

LUISS GUIDO CARLI
LIBERA UNIVERSITA' INTERNAZIONALE DEGLI STUDI SOCIALI

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

A.A. 2011-2012

TESI IN DIRITTO COMMERCIALE 2

TITOLO: LA RESPONSABILITA' EX ART. 2497 C.C.: QUESTIONI
ESEGETICHE E APPLICAZIONI PRATICHE

RELATORE: Prof. Visentini Gustavo

CANDIDATA: Tiziana Ventrella
MATR: 089753

CORRELATORE: Prof. Mosco Gian Domenico

LA RESPONSABILITA' EX ART 2497: QUESTIONI ESEGETICHE E APPLICAZIONI PRATICHE.

INTRODUZIONE (FENOMENO DEI GRUPPI SOCIETARI E RESPONSABILITA')

I) EVOLUZIONE STORICA

1. Soluzioni normative anteriori alla riforma
2. La teoria dei vantaggi compensativi
3. La Riforma del 2003
4. Linee guida della Riforma in materia di gruppi

II) LA DISCIPLINA ATTUALE: PROBLEMATICHE INTERPRETATIVE DELL'ART 2497

1. Gli interessi tutelati e la legittimazione attiva
2. I principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società del gruppo quali elementi di una corretta attività di direzione e coordinamento
3. La natura della responsabilità della capogruppo: la duplice direzione della tutela.
4. Il danno: art. 2497 e art. 2395 a confronto
5. La prova in giudizio da parte dell'attore del nesso causale tra pregiudizio e violazione
6. I casi di esclusione della responsabilità previsti dal codice civile: i vantaggi compensativi
7. La legittimazione passiva: in particolare i soggetti solidalmente responsabili
 - 7.1. In particolare: la posizione dell'amministratore di responsabilità soggetta a direzione e coordinamento.
8. Il preventivo soddisfacimento del pregiudizio da parte della società soggetta a direzione e coordinamento
9. La legittimazione attiva in caso di procedura concorsuale della società soggetta a direzione e coordinamento.

III) LE PROBLEMATICHE POSTE DALL'ART. 2497 E LA POSSIBILE APPLICAZIONE DELLE REGOLE DEL DIRITTO COMUNE

1. Responsabilità contrattuale o aquiliana: la scelta della riforma, la posizione della giurisprudenza e la rilevanza pratica della distinzione.
2. Colpa e diligenza come criteri guida per l'individuazione dei principi di corretta gestione.
3. Il regime probatorio, il danno risarcibile e il nesso causale.
4. I vantaggi compensativi quali "giusto danno" e la preventiva richiesta alla controllata quale "denuntiatio litis".

CONCLUSIONI (In particolare: l'amministratore della controllata e le previsioni di impiego del nuovo rimedio)

BIBLIOGRAFIA

INTRODUZIONE

Il fenomeno dei gruppi di società è parso refrattario alla regolamentazione giuridica sin dalla sua comparsa nel panorama economico italiano.

Questo non ha però impedito la diffusione del modello, in quanto i vantaggi economici, connessi alla sua adozione, gli hanno assicurato una legittimazione “di fatto” presso gli operatori commerciali.

I tentativi del legislatore di disciplinare i gruppi sono stati sempre molto cauti, probabilmente per evitare di irrigidire un fenomeno che è prima di tutto economico e che proprio per la sua fluidità è riuscito a rispondere alle esigenze di un mercato in continua evoluzione.

Un primo elemento che caratterizza il gruppo societario rispetto alla società monade è la diversa finalità per cui viene utilizzata la partecipazione societaria.

La partecipazione in società, infatti, nasce per rispondere alle esigenze concrete dell'imprenditore, il quale trova nella società uno strumento per facilitare e ottimizzare la propria attività.

La realtà del gruppo invece si sviluppa sul terreno del controllo societario, cioè di un “rapporto” tra società.

Stando alla definizione che ne dà l'art. 2359 c.c. una società ne controlla un'altra se ha, alternativamente:

- a) la maggioranza dei voti nell'altra assemblea (controllo di diritto);
- b) un numero di voti sufficiente per dominarne le decisioni (controllo di fatto);
- c) un dominio sulla società, derivante da vincoli negoziali (controllo da contratto);

Nelle prime due ipotesi il controllo deriva da quella particolare forma contrattuale che è la partecipazione societaria.

Se dunque *ab origine* la partecipazione coinvolge persone fisiche, interessate allo svolgimento in comune di attività d'impresa, nel gruppo la partecipazione è poi assunta da persone giuridiche, le quali mirano a incrementare ciascuna il proprio profitto, tramite una strategia economica comune. Nel primo caso, in sostanza, la partecipazione è semplicemente l'organizzazione dell'attività imprenditoriale, nel

secondo caso è l'organizzazione "dell'organizzazione" (ovvero una società di società), il cui scopo è moltiplicare il vantaggio della responsabilità limitata al capitale conferito.

Dal punto di vista strutturale i gruppi possono distinguersi in:

- a) Gruppi orizzontali o a "struttura semplice": i rapporti sono di controllo solo "diretto" da parte della società capogruppo su una o più società affiliate. Le diverse controllate sono quindi, tra loro, sullo stesso piano rispetto alla società capogruppo;
- b) Gruppi verticali o "a struttura complessa" : i rapporti di controllo della capogruppo sono anche di tipo "indiretto" (capogruppo A controlla direttamente società B che a sua volta controlla la società C: in questo modo A controlla indirettamente C);
- c) Gruppi "a catena": una società detiene una partecipazione in un'altra (o più altre), che, al contempo, possiede (possiedono) una partecipazione nella prima. Si vengono così a creare legami partecipativi "incrociati" bilaterali (multilaterali). Spesso in questi casi non è possibile identificare una vera società capogruppo.

Bisogna inoltre considerare che il gruppo non è, a sua volta, una società, ma è una modalità organizzativa dell'impresa che può coinvolgere tanto società di capitali quanto società personali. Il gruppo, dunque, non ha un regime patrimoniale "proprio" ma funziona in base alle regole delle diverse società componenti : nel caso di società di capitali anche il gruppo gode, indirettamente, dell' autonomia patrimoniale perfetta che spetta loro in qualità di persone giuridiche; se invece si tratta di società di persone, dotate di mera soggettività giuridica, anche il gruppo non può che funzionare come un "soggetto di diritto", in cui l'autonomia del patrimonio è imperfetta non essendo il patrimonio sociale completamente distinto dai patrimoni personali dei soci. Si tratta però sempre di regole che attengono alle singole società e che solo indirettamente si riflettono sul gruppo, infatti, laddove quest'ultimo ricomprenda, al contempo, società di persone e di capitali, ciascuna società mantiene il regime patrimoniale che le è proprio.

Il controllo della capogruppo sulla società personale non potrà quindi scaturire dalla partecipazione, perché in questo tipo sociale la partecipazione non presenta

il vantaggio della responsabilità limitata al capitale conferito: senza una responsabilità limitata al capitale non si può, concretamente, esercitare un controllo sul capitale. Il controllo sulla società personale non sarà, quindi, un controllo sul capitale, ma deriverà da vincoli di diversa natura.

Quanto ai problemi del gruppo di società (di capitali) emergono in primo luogo quelli che costituiscono anche i rischi ontologici del controllo societario.

Rischi che minacciano innanzitutto l'oggetto sociale: può facilmente accadere che, in seguito ad una cospicua assunzione di partecipazioni, la singola società si ritrovi a svolgere, nei fatti, un'attività che travalica i confini disegnati dallo statuto. Un'alterazione, dunque, dell'oggetto sociale, che può egualmente derivare da aspetti meramente quantitativi piuttosto che qualitativi del fenomeno partecipativo.

Nel caso di alterazione dovuta ad aspetti quantitativi della partecipazione, la società vedrebbe impegnato il proprio patrimonio in attività finanziarie che, singolarmente, sono funzionali al perseguimento dell'oggetto sociale, ma il cui quantitativo è tale da provocare una deviazione sostanziale della vita societaria rispetto a quanto originariamente stabilito dai soci.

Nel caso di alterazione qualitativa, invece, la modifica sarebbe imputabile alla natura stessa della partecipazione. Difatti anche la singola partecipazione minoritaria in altra società che presenti un oggetto sociale sostanzialmente difforme rispetto alla partecipante è qualificabile come esposizione del patrimonio societario ad un rischio cui i singoli soci non hanno convenuto di sottoporsi.

Ulteriore pericolo è l'annacquamento del capitale. La società che acquisti, con proprie risorse destinate a capitale, una partecipazione in altra società, la quale detenga a sua volta partecipazioni nella stessa società acquirente, trasferisce nei fatti le medesime risorse in un'altra compagine sociale, risorse che verranno così gravate non da uno ma da ben due rischi commerciali.

Trasferimento, dunque fuoriuscita di ricchezza reale, mascherato però da aumento di capitale: una moltiplicazione, a ben vedere, solo fittizia, e che può verificarsi a prescindere dalla circostanza che le due società aventi partecipazioni incrociate siano o meno legate da rapporti di controllo.

I due rischi sopraenunciati, rispettivamente per l'oggetto sociale e l'integrità del capitale, sono intrinseci al controllo societario.

Il legislatore ne ha preso atto con il codice del '42, attraverso una regolamentazione, art. da 2359 a 2361, specificamente rivolta al contrasto di queste "patologie" del controllo. La disciplina del controllo societario consiste essenzialmente in regole e divieti per gli amministratori delle società coinvolte nel fenomeno. I punti fondamentali sono: a) divieto di assunzione di partecipazioni il cui oggetto alteri sostanzialmente l'oggetto sociale della società acquirente; b) estensione dei limiti previsti per l'acquisto di azioni proprie anche all'acquisto di azioni della controllante da parte della controllata (in particolare il divieto di impiegare nell'acquisto le risorse della controllata vincolata a capitale); c) sospensione dell'esercizio del voto sulle proprie azioni, per evitare che l'amministratore possa, tramite il voto, influenzare l'assemblea.

Il gruppo societario invece, realtà economica, prima ancora che giuridica, ha nel controllo di società un mero presupposto. Il che pone al legislatore problematiche ulteriori, rispetto alle quali la disciplina suindicata non è sufficiente.

Il gruppo infatti è un rapporto di controllo, potenzialmente anche non derivante da partecipazione, tra due o più società di cui una sia identificabile come capogruppo.

Il *quid pluris* che distingue questa fattispecie dalle altre sussumibili all'art 2359 c.c. è dunque l'attività di direzione e coordinamento, svolta dalla controllante nei confronti delle controllate, da intendersi quale influenza costante della controllante sulla gestione della controllata.

Tale attività trova origine nelle discipline economiche, ma dal 2003 anche il nostro codice civile la riconosce, subordinandola a criteri d'individuazione molto elastici, criteri che hanno consentito di recepire un concetto nato in un ambito extra-giuridico, senza però irrigidirlo con le categorie del diritto.

La stessa nozione di gruppo muta infatti a seconda che si adotti un approccio economico piuttosto che giuridico nella "lettura" del fenomeno.

In base al primo approccio il gruppo (aziendale) è un istituto economico in cui coesistono una pluralità di istituti giuridici formalmente indipendenti, ma sostanzialmente gestiti, diretti e coordinati in modo unitario dai rispettivi

amministratori. L'indipendenza giuridica formale delle singole unità viene dunque riconosciuta come carattere distintivo del gruppo anche nelle discipline economiche, ma esso assume rilevanza secondaria rispetto alla condizione di dipendenza sostanziale di dette unità. Dipendenza che deriva proprio dalla direzione unitaria, accentrata a sua volta nel soggetto economico gruppo aziendale.

E' proprio sulla definizione di gruppo quale istituto unitario, duraturo e autonomo che si appunta l'indagine nella prospettiva economica. Un'indagine volta a risolvere problematiche particolari: quelle che ostacolano il raggiungimento dell'"amalgamazione economica" ottimale delle società interdipendenti.

Se compiamo un'analisi in termini giuridici la situazione cambia.

Occorre tuttavia fare un distinguo tra quanto accadeva in assenza di un generale riconoscimento normativo della realtà dei gruppi, e quanto è poi avvenuto a seguito della riforma del 2003.

In passato l'ordinamento si limitava a dettare un'accurata disciplina del controllo di società. L'impostazione giuridica imponeva dunque, in assenza di ulteriori strumenti d'indagine, di osservare il fenomeno adottando esclusivamente la prospettiva della singola società del gruppo.

E' indubbio infatti che gli art 2359 e ss. del codice si limitano a regolare una fattispecie (il controllo) che implica un mero rapporto "tra soggetti" (controllante e controllata) reciprocamente distinti, rapporto che quindi non presuppone, di per sé, la creazione di un "nuovo soggetto"(la società di società) quale realtà ulteriore e comprensiva delle unità originarie.

Questa visuale oscurava qualunque dinamica trascendente la singola società. Le problematiche inerenti i rapporti societari infragruppo restavano perciò normativamente irrilevanti, in quanto non erano percepibili da una prospettiva limitata alla singola controllata.

Tali problematiche avevano però risvolti macroscopici anche sul piano giuridico, in quanto lo svolgimento di attività *di direzione e coordinamento* da parte della capogruppo nei confronti di controllate comportava l'esercizio, di fatto, di *un'unica attività d'impresa*.

Questo stride con l'assunto fondamentale del nostro codice, secondo cui ciascuna società costituisce centro d'imputazione autonomo d'interessi, interessi reali e distinti, dunque potenzialmente confliggenti rispetto non solo alle altre società del gruppo, ma anche al gruppo stesso quale diversa e ulteriore unità economica.

L'ipotesi del conflitto è contemplata nell'approccio giuridico, non in quello economico: è questo che distingue le due nozioni.

L'istituto economico gruppo può in realtà anche coincidere con quello giuridico, ma è una sovrapposizione che si realizza unicamente a fronte di società dipendenti controllate al cento per cento dalla capogruppo (c.d. partecipazione totalitaria). Solo in questo caso la diversità degli interessi è fittizia, e può ravvisarsi, anche a livello giuridico, un centro d'imputazione d'interessi omogeneo, in cui la pluralità di formazioni interne residua solo come modulo organizzativo dell'unica azienda.

Al di fuori di tale evenienza la contrapposizione tra interessi eterogenei è reale, e necessita di strumenti di tutela efficace per i soci di minoranza, terzi rispetto alla capogruppo, e per i creditori della singola controllata. Trattasi di categorie che vedono entrambe, nell'attività di direzione e coordinamento, una probabile lesione alle proprie posizioni giuridiche soggettive.

Nel silenzio preriforma, l'unica tutela adattabile al caso in esame, oltre alla specifica disciplina della legge Prodi, erano le norme sul conflitto d'interesse. Queste ultime norme erano però ritenute eccessive, per il caso in esame, da parte di numerosi autori.

La riforma del 2003 ha poi provveduto a dotare gli interpreti di una normativa ad hoc. La disciplina adotta una prospettiva d'analisi dinamica, in cui ciò che rileva è l'attività, non la forma: per la precisione, la direzione e coordinamento di società.

La direzione e coordinamento viene considerata attività lecita, in quanto ormai riconosciuta dalla legislazione primaria, ma anche rischiosa per quei soci di minoranza o creditori che, pur coinvolti nelle dinamiche infragruppo, restano terzi rispetto a chi esercita detta attività.

La responsabilità introdotta dall' art 2497 c.c. mira per l'appunto a temperare la direzione unitaria con la tutela di chi avrebbe motivo di dolersi degli effetti dovuti ad un suo esercizio arbitrario. Tutela, dunque, ex post, il cui intervento è giustificato solo qualora la capogruppo superi i limiti normativi.

Il “tracciato” entro cui la capogruppo deve agire si presenta però tutt’ora ricco di ambiguità ermeneutiche e difficoltà applicative, sulle quali dottrina e giurisprudenza non hanno tardato a pronunciarsi.

Il presente elaborato si propone dunque di esaminare le principali criticità dell’art. 2497 c.c., come ad oggi evidenziate da operatori e interpreti del diritto, tentando una sistematizzazione e suggerendo possibili soluzioni.

CAPITOLO PRIMO

EVOLUZIONE STORICA DELLA RESPONSABILITA'

1. Soluzioni normative anteriori alla riforma.

Il problema della responsabilità della capogruppo per le direttive impartite agli amministratori della controllata è rimasto privo di riconoscimento normativo fino all'entrata in vigore della l. n° 95 del 1979 (cosiddetta legge Prodi) riguardante la materia dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi.

Con tale provvedimento il legislatore attribuiva per la prima volta una rilevanza giuridica alla strategia unitaria del gruppo, individuandola quale possibile fonte di responsabilità.

All'ultimo comma dell'art. 3 la suddetta legge disponeva che, ove si fosse verificata "l'ipotesi di una direzione unitaria", "gli amministratori delle società che hanno esercitato tale direzione" avrebbero risposto "in solido con gli amministratori della società in amministrazione straordinaria dei danni da questi cagionati alla società stessa".

La responsabilità ex art. 3 della legge Prodi poteva esser fatta valere dal commissario straordinario, il quale, stando alla lettera della norma, avrebbe dovuto dimostrare, oltre ai danni subiti dalla società diretta, l'esercizio, non necessariamente abusivo¹, della direzione unitaria.^{2 3} Il d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270

¹ V. BONELLI F. "Gli amministratori di società per azioni", Milano, 1985, 268. L'interpretazione che ne diede la dottrina condusse a qualificare come abusiva la condotta della capogruppo, abusività ritenuta già ravvisabile nei "casi nei quali la direzione unitaria comporti violazioni (di norme di legge) che arrechino danno alla società controllata". L'abusività della condotta non aggiungeva dunque elementi di illiceità ulteriori rispetto a quelli caratterizzanti la responsabilità di diritto comune dell'amministratore.

² V. BUSSOLETTI M. - LA MARCA E., "Gruppi e responsabilità da direzione unitaria", in Riv. dir. comm., 2010, I, 65.

³ V. PANZANI L. "L'azione di responsabilità ed il coinvolgimento del gruppo di imprese dopo la riforma", in "Le Società", 2002, 12, 1477.

avrebbe poi modificato la formulazione della norma confermando quella che era stata la prevalente interpretazione della dottrina. L'art. 90 del decreto 270 indica infatti l'abuso, e non la mera direzione unitaria, quale presupposto della responsabilità degli amministratori della holding.⁴

La norma dunque consentiva di sanzionare gli amministratori della controllante non in quanto tali, ma in quanto "amministratori di fatto"⁵ della società controllata. In tal modo si poteva eliminare il divario tra centro d'imputazione reale e giuridico della governance, colpendo chi effettivamente aveva operato le scelte cui era riconducibile il default della società.

La disposizione tuttavia si dimostrò presto insufficiente, per tre ragioni: in primo luogo perché si applicava solo nell'ambito di una procedura concorsuale di amministrazione straordinaria; in secondo luogo perché esigeva la dimostrazione dell'effettiva "direzione unitaria", concetto di cui il legislatore non fornisce alcuna definizione; infine perché era una tutela *ex post*, che interveniva quando il danno si era ormai già verificato.

Al primo problema si cercò di ovviare considerando la norma quale espressione di un principio generale, come tale applicabile anche al di fuori dell'amministrazione straordinaria.

Taluni⁶ la consideravano una responsabilità, extracontrattuale, per induzione all'inadempimento degli amministratori delle controllate. Altri⁷ invece la definirono contrattuale, ritenendo che gli amministratori della controllante fossero

⁴ Ai sensi del citato art. 90, nei "casi di direzione unitaria delle imprese del gruppo, gli amministratori delle società che hanno abusato di tale direzione rispondono in solido con gli amministratori della società dichiarata insolvente dei danni da questi cagionati alla società stessa in conseguenza delle direttive impartite".

⁵ La figura dell'amministratore di fatto emerge in numerose pronunce della Suprema Corte, sino alle ultime, particolarmente "estensive", adottate nel settore fallimentare. Si veda, tra le altre, Cassazione 13-4-2011 n°15065 secondo la quale il codice civile non esclude che «l'esercizio dei poteri o delle funzioni di amministratore di fatto possa verificarsi in concomitanza con l'esplicazione dell'attività di altri soggetti di diritto». Il che sarebbe dunque possibile anche a fronte della coesistenza con altri amministratori, questi sì nominati regolarmente che «esercitino in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione».

⁶ V. JAGER P.G. "La responsabilità solidale degli amministratori della capogruppo nella legge sull'amministrazione straordinaria", Giur. comm., 1981, I, 420

gravati dei medesimi obblighi degli amministratori della controllata, qualora si fossero ingeriti nella gestione di quest'ultima.⁸

Quanto alla definizione del fenomeno di direzione unitaria fu determinante il contributo della giurisprudenza di legittimità. La sentenza della Cassazione n° 1439/1990 è la prima in questa direzione. Essa tratteggia un paradigma di direzione volta a “imprimere unità di indirizzo e di azione alle diverse imprese aggregate”, attraverso un “flusso costante di istruzioni che la società controllante impartisce alla controllata su modalità gestionali, sul reperimento di mezzi finanziari, su politiche di bilancio, sulla scelta dei contraenti ecc.”⁹ Sempre nella stessa sentenza la Corte precisa poi cosa differenzia il gruppo dal semplice controllo societario: quest'ultimo consiste in "una situazione potenziale di esercizio di influenza dominante", mentre il gruppo è caratterizzato dall'esercizio effettivo di detta potenzialità. I poteri che la capogruppo potrà esercitare in forza del controllo variano poi a seconda della finalità che essa si prefigge: potranno limitarsi al semplice esercizio del voto in assemblea della controllata e, dunque, all'indirizzo delle sue decisioni; oppure potranno estendersi fino a nominare dei funzionari della controllante alla guida della gestione della controllata, funzionari che, eseguendo scrupolosamente le istruzioni impartite dalla controllante, consentiranno a quest'ultima di condizionare ogni singola operazione della controllata.¹⁰

L'ultima carenza della norma consiste nel fatto che, trattandosi di un'azione *ex post*, non consente di tutelare adeguatamente i soci di minoranza della controllata,

⁷ V. *supra* nota 1.

⁸ In entrambe le ricostruzioni la responsabilità si propagava poi, dagli amministratori della controllante, alla controllante medesima. Secondo la prima impostazione ciò avveniva per effetto dell'art. 2049 c.c. (responsabilità extracontrattuale del committente). Per chi invece sosteneva la natura contrattuale della responsabilità la propagazione si basava sul principio di immedesimazione organica.

⁹ V. Cassazione n°1439, 26-2-1990 in “Foro Italiano” 1990, I, 1189;

¹⁰ V. PIRAS A. e CERRAI A. “Gruppi di società”, in AA.VV, Diritto commerciale, Bari 1995, 636;

la cui posizione coinvolge una serie di diritti e interessi di natura complessa, che esigono protezione sin dalla fase della gestione societaria.¹¹

Infatti, “per gli azionisti della controllata, l’interesse della capogruppo e gli interessi delle altre società sono interessi estranei, di persone estranee alla loro società; sono interessi di terzi, con i quali possono entrare in conflitto”¹². Questo conflitto potenziale costituisce il problema fondamentale del gruppo societario cui la legge Prodi non poteva fornire soluzione.

Dottrina e giurisprudenza tentarono dunque di utilizzare l'art. 2391 c.c.¹³, nella versione preriforma, come strumento di tutela del socio di minoranza della

¹¹ V. Cassazione n° 11959 del 17-5-2010 in “Giustizia Civile Massimario” 2010, 5, 757. A differenza della posizione giuridica dei creditori, cui l’ordinamento ricollega interessi di natura esclusivamente economica, il socio è “titolare di una situazione giuridica direttamente tutelata ancor prima che divenga esigibile il suo diritto alla quota di liquidazione“. Se dunque la tutela del creditore attiene al momento dell’insolvenza della società debitrice, quella del socio deve esplicarsi nella fase, assai precedente, della gestione societaria, fase di competenza (e, perciò, di responsabilità) esclusiva dell’amministratore.

¹² V. VISENTINI G. “Assunzione di partecipazioni: direzione e coordinamento di società”, in “Principi di diritto commerciale”, Verona, 2008, 429. L’interesse del socio esterno di X (o socio di minoranza di X) è autonomo e potenzialmente contrapposto a quello della società controllante Y (o socia di maggioranza di X) proprio come, in una qualsiasi società non soggetta a controllo, tale interesse sarebbe autonomo e contrapposto rispetto a quello dei soci di maggioranza. Quest’ultimo interesse è poi quello che, tramite l’assemblea dei soci, guida concretamente l’operato degli amministratori.

Nella società monade il conflitto tra interessi di maggioranza e di minoranza trova nell’assemblea dei soci la sede istituzionale di dialogo e composizione (il che è di per sé una tutela per il socio di minoranza). Nella società eterodiretta questo non vale , perché gli interessi della maggioranza, di fatto maturati e perseguiti nell’assemblea della capogruppo, vengono “calati dall’alto” della società controllante attraverso le direttive impartite agli amministratori della controllata.

¹³ V. art. 2391 testo preriforma: “Conflitto d’interessi[1] L’amministratore, che in una determinata operazione ha, per conto proprio o di terzi, interesse in conflitto con quello della società, deve darne notizia agli altri amministratori e al collegio sindacale, e deve astenersi dal partecipare alle deliberazioni riguardanti l’operazione stessa.[2] In caso d’inosservanza, l’amministratore risponde delle perdite che siano derivate alla società dal compimento dell’operazione.[3] La deliberazione del consiglio, qualora possa recare danno alla società, può, entro tre mesi dalla sua data, essere impugnata dagli amministratori assenti o dissenzienti e dai sindaci se, senza il voto dell’amministratore che doveva astenersi, non si sarebbe raggiunta la maggioranza richiesta. In ogni caso sono salvi i diritti acquistati in buona fede dai terzi in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione.”

controllata. In base a questa norma l'amministratore, portatore di un interesse per conto proprio o di terzi, doveva darne notizia agli altri amministratori e ai sindaci, nonché astenersi dalle deliberazioni consiliari relative all'operazione. In caso non l'avesse fatto, l'amministratore sarebbe stato responsabile, nei confronti della società per le perdite che ne fossero derivate.¹⁴

Tale responsabilità veniva fatta valere in giudizio tramite l'azione sociale di responsabilità disciplinata ex art. 2393 del vecchio codice civile, esercitabile secondo la disciplina preriforma solo dalla maggioranza assembleare.¹⁵

L'art. 2391 c.c., in combinato disposto con l'azione sociale di responsabilità, consentiva però solo di evitare che le deliberazioni del consiglio di amministrazione fossero influenzate dal voto di un amministratore in conflitto di interessi con la società.

Rispetto ai singoli atti compiuti dall'amministratore, unico o delegato, la giurisprudenza richiamava un'altra disposizione: l'art. 1394 c.c.¹⁶, riguardante il contratto concluso dal rappresentante in conflitto d'interessi col rappresentato.

La norma consentiva alla società controllata (rappresentato) di ottenere l'annullamento di eventuali contratti conclusi dal proprio amministratore

¹⁴ V. GAMBINO A. "Responsabilità amministrativa nei gruppi societari" in "Giur. Comm."1993, I, 841; In sostanza la norma evitava che l'organo amministrativo collegiale agisse in contrasto con il dovere di perseguire l'interesse sociale a causa del perseguimento dell'interesse personale di uno o più amministratori.

¹⁵ V. Art. 2393 preriforma. Azione sociale di responsabilità [1] L'azione di responsabilità contro gli amministratori è promossa in seguito a deliberazione dell'assemblea, anche se la società è in liquidazione. / [2] La deliberazione concernente la responsabilità degli amministratori può essere presa in occasione della discussione del bilancio, anche se non è indicata nell'elenco delle materie da trattare. / [3] La deliberazione dell'azione di responsabilità importa la revoca dall'ufficio degli amministratori contro cui è proposta, purché sia presa col voto favorevole di almeno un quinto del capitale sociale. In questo caso l'assemblea stessa provvede alla loro sostituzione. / [4] La società può rinunciare all'esercizio dell'azione di responsabilità e può transigere, purché la rinuncia e la transazione siano approvate con espressa deliberazione dell'assemblea, e purché non vi sia il voto contrario di una minoranza di soci che rappresenti almeno il quinto del capitale sociale.

¹⁶ V. art. 1394 c.c. Conflitto d'interessi. "Il contratto concluso dal rappresentante in conflitto d'interessi col rappresentato può essere annullato su domanda del rappresentato, se il conflitto era conosciuto o riconoscibile dal terzo".

(rappresentante) nell'interesse della società controllante (interesse in conflitto) laddove la situazione di conflitto fosse riconoscibile dal terzo contraente. Ad esempio nel 1999 Tribunale di Roma ha annullato un contratto di locazione stipulato dall'amministratore di società controllata con una società terza, ritenendo che l'amministratore avesse agito nell'interesse della società madre e in conflitto d'interesse con la propria società. Gli elementi da cui il Tribunale deduceva la sussistenza del conflitto di interesse erano: a) il fatto che l'immobile locato fosse anche quello in cui la società controllata svolgeva la propria attività sociale di elaborazione di dati informatici a vantaggio della società madre; b) il fatto che al momento della conclusione del contratto, da parte dell'amministratore della controllata, la società madre fosse in liquidazione; c) il fatto che la società conduttrice si fosse impegnata a svolgere, a favore della società madre e a prezzo di mercato, la stessa attività fino a quel momento esercitata dalla società controllata; d) la circostanza che l'amministratore della controllata fosse anche il figlio dell'amministratore della controllante.¹⁷

Entrambe le norme richiamate, dal punto di vista della responsabilità, non potevano in ogni caso, da sole, tutelare il socio di minoranza in quanto erano

¹⁷ La decisione del tribunale venne poi ribaltata, in Corte d'Appello come in Cassazione, sulla base delle seguenti argomentazioni: a) il contratto di locazione non contrastava con l'interesse della società controllata ma, semmai, con gli interessi della liquidazione e quindi dei creditori della società madre, poiché tale contratto avrebbe assicurato una "redditività vantaggiosa" alla controllata che le avrebbe consentito di sopravvivere nonostante lo stato economico della società madre; b) l'"improbabile situazione di conflitto" non era in ogni caso conoscibile dalla società terza, non essendo sufficienti, per dimostrare la situazione di conoscibilità, né la presenza di attrezzature informatiche nell'immobile locato, né la lettera con cui la società terza si era rivolta al commissario liquidatore offrendo i propri servizi, analoghi a quelli forniti dalla controllata, a prezzo di mercato. V. Cassazione n°4505, 10-4-2000 in "Giurisprudenza Italiana" 2001, 477.

Non può tralasciarsi, a mio parere, il fatto che l'argomentazione di cui sub a) dimostra come la Corte reputi sufficiente, per considerare un atto vantaggioso per la società, il fatto che esso le apporti un iniezione di liquidità, consistente nel canone di locazione. Ora, sorvolando sul fatto che la società terza era risultata anche inadempiente all'obbligo di pagamento del canone, sembra che la Corte non tenga in nessun conto quel particolare interesse della società che consiste nel continuare a svolgere, finché possibile, l'attività in cui si esplica il proprio oggetto sociale.

azionabili solo dai soci di maggioranza¹⁸. Ora, la maggioranza, nel gruppo basato sul controllo, coincide generalmente con la controllante. Il soggetto che poteva azionare la tutela del conflitto di interessi finiva quindi per coincidere con il terzo in conflitto, circostanza che avrebbe reso la norma inoperante.

Per dare modo al socio di minoranza di azionare il rimedio della responsabilità per conflitto d'interessi si utilizzava lo strumento della denuncia al tribunale, prevista dall'art. 2409 c.c.¹⁹. Grazie a questa previsione i soci di minoranza, qualora insieme rappresentassero una percentuale qualificata disposta dalla norma, potevano denunciare al tribunale la “grave irregolarità amministrativa” compiuta dal loro amministratore. A questa seguiva poi il riscontro, da parte del tribunale, dell'effettivo conflitto d'interessi e, in caso di esito positivo, l'adozione degli opportuni provvedimenti, ivi incluso l'esercizio dell'azione di responsabilità.

Queste soluzioni, individuate nella fase anteriore alla riforma, non erano, in definitiva, soddisfacenti di per sé. Infatti, se applicate alla lettera, esse avrebbero determinato l'automatica illiceità²⁰ dei gruppi societari nel nostro ordinamento.

¹⁸ V. art. 2391 c.c. poteva anche essere fatto valere dagli amministratori assenti o dissenzienti, i quali potevano impugnare le delibere consiliari potenzialmente dannose e votate dall'amministratore in conflitto d'interessi.

¹⁹ V. articolo 2409 c.c. testo preriforma. “Se vi è fondato sospetto di gravi irregolarità nell'adempimento dei doveri degli amministratori e dei sindaci, i soci che rappresentano il decimo del capitale sociale possono denunciare i fatti al tribunale. Il tribunale, sentiti in camera di consiglio gli amministratori e i sindaci, può ordinare l'ispezione dell'amministrazione della società a spese dei soci richiedenti, subordinandola, se del caso, alla prestazione di una cauzione. Se le irregolarità denunciate sussistono, il tribunale può disporre gli opportuni provvedimenti cautelari e convocare l'assemblea per le conseguenti deliberazioni. Nei casi più gravi può revocare gli amministratori ed i sindaci e nominare un amministratore giudiziario, determinandone i poteri e la durata. L'amministratore giudiziario può proporre l'azione di responsabilità contro gli amministratori e i sindaci. Prima della scadenza del suo incarico l'amministratore giudiziario convoca e presiede l'assemblea per la nomina dei nuovi amministratori e sindaci o per proporre, se del caso, la messa in liquidazione della società. I provvedimenti previsti da questo articolo possono essere adottati anche su richiesta del pubblico ministero, e in questo caso le spese per l'ispezione sono a carico della società”.

²⁰ La dottrina, peraltro, ha sempre evidenziato la necessità di non bollare il fenomeno del gruppo come illecito. Il che si evince anche dall'interpretazione data all'art. 3 della legge Prodi. V. nota 1.

La ragione di ciò sta nel fatto che l'amministratore della controllata, qualora agisca su indicazione della capogruppo, è "per definizione" portatore di un interesse terzo rispetto alla società: il gruppo è quindi "in sé" una situazione di conflitto, come tale sempre sanzionabile.

La necessità di evitare che l'enorme potenziale economico del gruppo si allontanasse dal nostro ordinamento ha spinto quindi la giurisprudenza ad elaborare soluzioni che consentissero una convivenza equilibrata tra eterodirezione, nella persona dall'amministratore della controllata, e interesse della singola controllata, rappresentato dai relativi soci di minoranza.

2. La teoria dei vantaggi compensativi

L'applicazione rigorosa degli artt. 2391, 1394 e 2409 c.c. ai gruppi societari, come anticipato nel paragrafo precedente, avrebbe di fatto precluso a questi ultimi l'accesso nel nostro ordinamento. La giurisprudenza ha dunque cercato di evitare che la tutela dei soci rispetto alla capogruppo si realizzasse attraverso una sanzione automatica dell'amministratore di controllata che agisce in attuazione delle direttive della holding.

In particolare le Corti di merito e di legittimità hanno di fatto consentito all'amministratore di controllata di perseguire l'interesse del gruppo, partendo dal presupposto che quest'ultimo interesse, per quanto terzo, non implica di per sé un danno per la società diretta.

Sin dalla sentenza n°1439 del 1990, con la quale si è chiarito il concetto di direzione unitaria, la Cassazione ha escluso un'applicazione letterale del 2391 preriforma ai gruppi societari, specificando che è necessario, “perché scatti la tutela degli interessi che alla singola società fanno capo, non solo la potenzialità di un conflitto di interessi, ma l'effettività del conflitto di interessi idoneo a causare danno alla società del gruppo.”²¹

Il vincolo dell'organo amministrativo della società di gruppo, quindi, trova il limite della conformità dell'interesse sociale della società di gruppo, dovendosi i suoi amministratori astenersi dall'eseguire delibere ed indirizzi che possano danneggiare la società stessa”²²

In sostanza, dice la Corte, l'amministratore della controllata può agire su direttiva della controllante, purché non danneggi la propria società.

Questa affermazione sottende la consapevolezza che la strategia unitaria può ben rivelarsi profittevole per la singola controllata, e in quel caso l'amministratore farà l'interesse della sua società eseguendo le istruzioni della holding. Diversamente

²¹ Un'”effettività”, quella richiesta dalla Corte, che somiglia molto all'abusività della direzione unitaria richiesta per l'applicazione della tutela ex art. 3 della legge Prodi. V. *supra* par. precedente nota 1.

²² Così Cassazione n°1439, 26-2-1990 in “Foro Italiano” 1990, I, 1189;

l'amministratore dovrà astenersi dall'eseguire deliberazioni e direttive che possano danneggiare la società, anche se queste ultime favoriscono altre società del gruppo. Se non lo farà ne risponderà in base alle norme richiamate.²³

In realtà gli intrecci e le partecipazioni tra le società del gruppo rendono assai complicata la qualificazione di un atto, in particolare non è sempre chiaro se l'operazione compiuta da una controllata, apparentemente in proprio danno, sia ineffetti un'operazione vantaggiosa solo per un'altra società del gruppo, o se non possa invece risultare vantaggiosa, anche per la società che la compie, in forza del legame che unisce quest'ultima alle altre società del gruppo. Ad esempio nel 1992 la Cassazione si è trovata a dover affrontare il problema in riferimento alla prestazione di garanzie infragruppo, in particolare di una fideiussione rilasciata, senza controprestazione, da una società assicurativa a favore di altra società con la quale non c'era rapporto di controllo, ma solo un legame "indiretto", costituito dall'appartenenza di entrambe al medesimo gruppo societario. L'atto in questione, secondo la società garantita, era riconducibile anche all'interesse della società garante perché: a) la società garantita aveva assicurato tutta la propria attività presso la società garante, ciò avrebbe quindi consentito a quest'ultima di bilanciare l'immediato pregiudizio derivante dalla concessione della fideiussione con i vantaggi derivanti dall'incasso dei premi assicurativi; b) i settori di attività delle diverse società del gruppo (navigazione, editoriale, assicurazione e telecomunicazioni) erano tra loro interdipendenti, dimodoché l'una sosteneva e dava impulso all'altra e viceversa. La Cassazione ha però stabilito che l'atto non rispondeva ad alcun interesse della società garante, in quanto, oltre ad esporre il suo patrimonio ad un rischio non contemplato dall'oggetto sociale, non prevedeva alcun vantaggio effettivo per la società garante, considerato che "l'enorme divario tra il rischio assunto con la fideiussione e la relativa scarsa entità dei premi acquisibili con le polizze", stipulate dalla società garantita, rendeva impossibile identificare queste ultime come controprestazione della garanzia rilasciata.²⁴

²³ V. art. 2391, 2393, 1394 c.c. preriforma.

²⁴ Inoltre il rischio dell'operazione era posto interamente a carico della società garante, in

Questo porta direttamente a considerare un'ulteriore difficoltà della disciplina preriforma, che consisteva nello stabilire in base a che cosa valutare l'effettività del conflitto d'interesse e, di conseguenza, l'eventuale responsabilità dell'amministratore della controllata.

Il gruppo societario infatti opera attraverso varie operazioni, decise dalla controllante, e realizzate tra società componenti il gruppo, o tra società e soggetti terzi.

Queste operazioni distribuiscono oneri e vantaggi tra società al fine di realizzare un interesse complessivo a livello di gruppo.

E' probabile dunque che un'operazione, valutata singolarmente, presenterà un vantaggio per una o più società del gruppo, ma costituirà al contempo un pregiudizio rispetto ad un'altra. Solo alla luce della politica gestionale nella sua totalità sarà possibile rilevare i vantaggi conseguibili dalla società come contraltare all'immediato risultato pregiudizievole.

La Cassazione nel 2004 ha specificato che queste caratteristiche del contesto di gruppo comportano una "peculiare curvatura" del "dovere di fedeltà dell'amministratore all'interesse sociale".²⁵

L'amministratore cioè non sarà chiamato semplicemente a valutare se la singola direttiva impartita dalla holding comporti o meno un danno per la società, ma dovrà accertare "se il sacrificio immediato" richiesto alla controllata sia o meno giustificato "dall'aspettativa di un beneficio futuro"²⁶

La valutazione del pregiudizio subito dalla controllata, ai fini della responsabilità dell'organo amministrativo, va dunque svolta alla luce dei cosiddetti "vantaggi compensativi", cioè di quei benefici che una singola società potrebbe percepire in conseguenza della sua appartenenza al gruppo di imprese e che, in quanto tali,

quanto la società garantita non aveva provveduto ad assicurarsi per il rischio dell'inadempimento del debito garantito. V. Cassazione n°1759, 13-2-1992, in;" Giur. comm. "1993, II, 502 (nota di: SPAGGIARI).

²⁵ Così Cassazione n°16707, 24-8-2004 in "Giurisprudenza Commerciale" 2005, II, 405;

²⁶ V. nota 22.

potrebbero neutralizzare l'apparente pregiudizio ad essa arrecato da un'operazione vantaggiosa per il gruppo medesimo.

L'importante, sostiene la Corte, è che l'eventualità che un atto lesivo del patrimonio della società trovi compensazione nei vantaggi derivanti dall'appartenenza al gruppo “non sia posta in termini meramente ipotetici.” In particolare “non può sostenersi che la mera appartenenza della società ad un gruppo renda plausibile l'esistenza dei suddetti benefici compensativi, e che, pertanto, competa alla società la quale abbia agito contro il proprio amministratore l'onere di dimostrarne l'inesistenza.”²⁷

L'amministratore quindi, per evitare di incorrere in responsabilità, doveva allegare e provare gli ipotizzati benefici indiretti, connessi al vantaggio complessivo del gruppo, e la loro idoneità a compensare efficacemente gli effetti immediatamente negativi dell'operazione compiuta.

Sottolinea sempre la Corte che , “non potrebbe prescindere dalla prova che gli ipotizzati vantaggi compensativi si siano davvero in concreto realizzati”.

L'affermazione della responsabilità dell'amministratore dipende quindi, in ultima analisi, da cosa si intenda per vantaggi compensativi.

In assenza di indicazioni concrete da parte della Cassazione, la giurisprudenza ha mostrato orientamenti divergenti circa la natura e l'entità delle contropartite che determinano la legittimità del sacrificio sofferto dalla controllata.

Le interpretazioni più restrittive richiedevano vantaggi diretti e tendenzialmente certi, altre visioni, più elastiche, ritenevano invece che l'effetto patrimoniale immediatamente negativo per la singola società dovesse valutarsi alla luce di eventuali riflessi positivi, “ancorché indiretti e mediati”, che fossero derivati dalla partecipazione della singola entità al gruppo.”²⁸

Inizialmente la giurisprudenza di legittimità ha adottato un'interpretazione del primo tipo, come risulta dalla succitata sentenza del 2004 in cui la Corte afferma

²⁷ V. nota 22.

²⁸ V. SCONAMIGLIO V. “Vantaggi compensativi nel gruppo di società” in “Le società”, 2009, 4, 491;

che la “semplice aspettativa di un vantaggio futuro e incerto non è idonea a configurare un vantaggio compensativo”.

Alcune corti di merito²⁹ hanno invece ammesso, in astratto, che la compensazione potesse avvenire anche in via indiretta o in una fase successiva al pregiudizio, ma hanno quasi sempre finto per escluderla, in concreto, in base alle risultanze probatorie degli atti. Questo si è verificato, ad esempio, nel caso Cirio, in cui la controllata Cirio spa lamentava la distrazione, da parte del suo amministratore delegato, di risorse della stessa società attrice per pagare i debiti della sua diretta controllante. In particolare l'amministratore delegato, chiamato a fornire la prova di eventuali vantaggi compensativi, aveva asserito che la distrazione costituiva effetto di normali contratti di finanziamento a titolo oneroso, assistiti da appositi piani di rientro e garanzie, finalizzati a ristrutturare “il debito complessivo” del gruppo, ristrutturazione che avrebbe comportato, in una prospettiva futura, “vantaggi a cascata” per tutte le società del gruppo medesimo. In realtà, dagli accertamenti presentati alla Corte di merito, è poi risultato che le uniche beneficiarie della ristrutturazione erano alcune società del gruppo, diverse da Cirio spa, che avevano così ottenuto una riduzione del proprio indebitamento bancario attraverso rimesse dirette sui propri conti correnti. In altre parole secondo il giudice, anche nell'ottica di ammettere una compensazione tra perdite immediate e benefici futuri, il fatto che l'operazione avesse comportato dei vantaggi riferibili a società che facevano parte del gruppo Cirio, non valeva di per sé a qualificare l'operazione come favorevole anche a Cirio spa.³⁰³¹

²⁹ V. Trib. Roma 5-2-2008 in “Le Società”, 4, 2009, 491.

³⁰ V. Trib. Roma cit. nota 24: “Nel caso di specie, il punto cruciale sta nel fatto che Cirio s.p.a. è stata privata di risorse finanziarie, trasferite ad altre società del gruppo (...) e che, in cambio, non ha ricevuto né nell'immediato, né successivamente, né direttamente, né indirettamente, alcun effettivo e idoneo vantaggio compensativo.”

³¹ V. anche Trib. Roma, 2-2-1999; in “Società” 1999, 851. La decisione dichiara la “nullità dell'accollo con cui la società controllata si è assunta un debito della società controllante se nessuna prova sia stata offerta sulla sussistenza del rapporto di provvista o di altra causa individuabile in una politica imprenditoriale di gruppo in grado di realizzare sia pure indirettamente l'interesse economico della società disponente”.

La giurisprudenza ha dunque manifestato non poche incertezze nell'individuazione concreta dei vantaggi compensativi, ma erano incertezze comprensibili, data l'assenza di qualsiasi disposizione di riferimento.

In conclusione il rimedio descritto, ossia le norme sul conflitto d'interesse contemperate dalla teoria dei vantaggi compensativi, da una parte consentiva, seppur con alcuni limiti pratici, di tutelare i soci di minoranza nei confronti del proprio amministratore³² che avesse eseguito le direttive della società controllante³³, dall'altra attribuiva anche una rilevanza giuridica all'interesse di gruppo, considerandolo un'eventuale “esimente” di responsabilità.

Rimaneva tuttavia preclusa, al socio, la possibilità di far valere una qualche responsabilità della società controllante, ed eventualmente dell'amministratore di questa, per aver indotto l'amministratore della controllata ad eseguire un atto pregiudizievole per la sua società. Questo tipo di responsabilità, contemplata dalla legge Prodi, era azionabile solo dal commissario in sede di amministrazione straordinaria.

In particolare secondo la Corte l'operazione di acollo fu compiuta “in assenza di un qualsiasi piano o previsione da parte della controllante volta al coordinamento ed alla razionalizzazione della attività imprenditoriale del gruppo, dal quale fosse ragionevole attendersi un adeguato vantaggio compensativo per la controllata “

³² La tutela è “diretta” nei confronti dell'amministratore, “indiretta” rispetto alla capogruppo. Gli atti di indirizzo della holding sono infatti fonte di responsabilità nella misura in cui sono poi effettivamente attuati dall'amministratore della controllata.

³³ La responsabilità veniva poi talvolta estesa alla società controllante, ex art. 2055 c.c., a titolo di concorso nel fatto dannoso dell'amministratore. La società rispondeva però per fatto illecito in base all'art. 2043 c.c., come terzo che ha contribuito a determinare l'inadempimento del debitore/amministratore. Quest'ultimo era invece responsabile in ragione del rapporto contrattuale che lo legava alla propria società (art. 2392 e 2393 del c.c.)

3. La riforma del 2003

La situazione descritta nei paragrafi precedenti attiene alla fase precedente l'introduzione di una disciplina *ad hoc* dei gruppi societari all'interno del codice civile. Prima del 2003 il soggetto giuridico "gruppo" non esisteva per il nostro ordinamento, ma godeva comunque di un riconoscimento "indiretto" tramite :

- I) la tutela prevista per i creditori della controllata dalla legge Prodi, per il caso di gestione societaria effettivamente imputabile alla capogruppo ;
- II) la tutela riconosciuta ai soci di minoranza della società nei confronti dell'amministratore che agisce, su indicazione della capogruppo, in conflitto d'interessi: conflitto valutato alla luce di eventuali vantaggi compensativi

Con la riforma del 2003, "Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative",³⁴ il legislatore interviene per la prima volta con una disciplina organica in materia di gruppi societari, introducendo una serie di disposizioni costituenti il Capo IX del codice civile, dall'art. 2497 all'art. 2497 septies, che regolano la direzione e coordinamento societario nel suo complesso.

Le novità principali apportate dal d.lgs. 2003 rispetto all'assetto preriforma consistono in:

- l) un'azione di responsabilità "diretta" della controllante nei confronti dei soci di minoranza e dei creditori della controllata (art. 2497);³⁵

³⁴ La riforma è introdotta con il D.lgs. 17 gennaio 2003 n°6, emanato in forza di delega del parlamento, contenuta nella l. 3 ottobre 2001 n. 366.

³⁵ V. art. 2497 "[1] Le società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società. 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.[2] Risponde in solido chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio.[3] Il socio ed il creditore sociale possono agire contro la società o l'ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento, solo se non sono stati soddisfatti dalla società soggetta alla attività di direzione e coordinamento.[4] Nel caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria di

II) una disciplina del recesso che consente ai soci di sottrarsi al vincolo sociale a fronte di decisioni della capogruppo che possono alterare il rischio del proprio investimento. (art. 2497quater)³⁶;

III) un meccanismo presuntivo che consente di un'applicazione automatica delle norme del Capo IX al ricorrere di particolari condizioni (art. 2497 sexies).³⁷

Nella Relazione al decreto di riforma sono evidenziati gli scopi che il legislatore ha perseguito nell'approntare una disciplina espressa del fenomeno dei gruppi societari.

In particolare nella Relazione si legge che la legge di delega “richiede una disciplina di trasparenza con regole tali da assicurare che l’attività di direzione e coordinamento contemperi l’interesse del gruppo, delle società controllate e dei soci di minoranza”.

L'intervento del legislatore mirerebbe quindi, nel complesso, a garantire la trasparenza delle dinamiche infragruppo. Proprio la trasparenza, per il legislatore della riforma, era l'aspetto che mancava nel contesto preriforma e che non

società soggetta ad altrui direzione e coordinamento, l'azione spettante ai creditori di questa è esercitata dal curatore o dal commissario liquidatore o dal commissario straordinario.”

³⁶ V. art 2497quater “Diritto di recesso. Il socio di società soggetta ad attività di direzione e coordinamento può recedere: a) quando la società o l'ente che esercita attività di direzione e coordinamento ha deliberato una trasformazione che implica il mutamento del suo scopo sociale, ovvero ha deliberato una modifica del suo oggetto sociale consentendo l'esercizio di attività che alterino in modo sensibile e diretto le condizioni economiche e patrimoniali della società soggetta ad attività di direzione e coordinamento; b) quando a favore del socio sia stata pronunciata, con decisione esecutiva, condanna di chi esercita attività di direzione e coordinamento ai sensi dell'art. 2497; in tal caso il diritto di recesso può essere esercitato soltanto per l'intera partecipazione del socio, c) all'inizio ed alla cessazione dell'attività di direzione e coordinamento, quando non si tratta di una società con azioni quotate in mercati regolamentati e ne deriva un'alterazione delle condizioni di rischio dell'investimento e non venga promossa un'offerta pubblica di acquisto. Si applicano, a seconda dei casi ed in quanto compatibili, le disposizioni previste per il diritto di recesso del socio nella società per azioni o in quella a responsabilità limitata.

³⁷ V. art.2497-sexies. “Presunzioni. 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 controlli ai sensi dell'articolo 2359 .”

consentiva un contemperamento soddisfacente degli interessi in gioco, nonostante il riconoscimento, pacifico in giurisprudenza e dottrina, di ipotesi di responsabilità da direzione unitaria.³⁸

Dall'analisi del contenuto delle singole disposizioni emerge, per molti versi, la continuità della riforma con l'assetto raggiunto prima del 2003.

E' infatti evidente la “trasfusione”, all'interno delle nuove norme, dei principi giurisprudenziali che erano stati elaborati sulla base del vecchio codice.

La Relazione precisa tuttavia che la nuova regolamentazione “non si sostituisce ad una disciplina attuale, in sé in realtà inesistente, ma “alla disciplina attuale si aggiunge, posto che i numerosi tentativi di tutelare gli interessi dei creditori e dei soci della controllata non sembrano esser riusciti a dare ad oggi una tutela adeguata”.

La Riforma mira dunque a implementare quei meccanismi di contemperamento e di tutela degli interessi che fino a quel momento erano stati troppo blandi o comunque inefficaci. Per farlo si sceglie di regolamentare solo gli aspetti problematici del fenomeno, lasciando i profili meramente organizzativi o statici alla libera determinazione del mercato.³⁹

In particolare “si è ritenuto che il problema centrale del fenomeno del gruppo fosse quello della responsabilità, in sostanza della controllante, nei confronti dei soci e dei creditori sociali della controllata”⁴⁰.

Il fulcro dell'intera disciplina del Capo IX è dunque la norma sulla responsabilità della capogruppo, l'art. 2497 c.c.; le restanti disposizioni hanno per lo più una rilevanza strumentale ad un'efficace esercizio dell'azione di responsabilità.

³⁸ V. *supra* paragrafi precedenti.

³⁹ Salvo, come si vedrà più avanti, per quegli aspetti organizzativi che incidano indirettamente sul profilo della tutela dei soci o dei creditori.

⁴⁰ Così nella “Relazione allo schema di D.lgs. 6/2003”, § 13.

4. Linee guida della Riforma in materia di gruppi

Dall'analisi delle norme del Capo IX emergono i capisaldi sui quali si fonda la disciplina dei gruppi societari, che vengono qui passati rapidamente in rassegna e che saranno oggetto di una più puntuale analisi nel capitolo seguente.

4.1 Il concetto di direzione e coordinamento.

Il legislatore sceglie di regolamentare il fenomeno a prescindere da una nozione formale di gruppo, ma subordinando l'esercizio dell'azione di responsabilità al ricorrere di una situazione di fatto: l'attività di direzione e coordinamento di società.

La Relazione alla Riforma specifica che “si è ritenuto non opportuno dare o richiamare una qualunque nozione di gruppo o di controllo, e per due ragioni: è chiaro da un lato che le innumerevoli definizioni di gruppo esistenti nella normativa di ogni livello sono funzionali a problemi specifici; ed è altrettanto chiaro che qualunque nuova nozione si sarebbe dimostrata inadeguata all'incessante evoluzione della realtà sociale, economica e giuridica (..) “Per dare corretta impostazione e soluzione a questi problemi di responsabilità occorre porre a base della disciplina il *fatto* dell'esercizio di attività di direzione e coordinamento di una società da parte di un diverso soggetto, chiunque esso sia, e qualunque sia il titolo per cui il soggetto esercita questa attività. Si è altresì ritenuto che l'esercizio di una tale attività sia del tutto naturale e fisiologico da parte di chi è in condizioni di farlo e che non implica, né richiede, il riconoscimento o l'attribuzione di particolari poteri.”

Il legislatore non vuole dunque costringere il gruppo entro parametri fissi, la cui utilità pratica potrebbe risultare frustrata dai mutamenti della realtà economica, ma mira piuttosto a fornire strumenti operativi all'interprete, in modo che egli

possa affrontare adeguatamente le problematiche giuridiche che il gruppo pone rispetto ai soci e ai creditori.

Per tale ragione il codice non contiene una definizione di gruppo, ma si limita ad indicare degli indici presuntivi, ex art. 2497sexies, in presenza dei quali si applicano le norme sui gruppi societari.⁴¹

4. 2. Il controllo quale fonte del potere di direzione e coordinamento

a) Controllo ed eterodirezione

Il legislatore del 2003 ha riconosciuto che c'è un rapporto di presupposizione logica tra il concetto di controllo e quello di direzione unitaria: non si può, concretamente, esercitare la direzione e coordinamento di società se non c'è, a priori, un controllo di queste ultime.⁴²

⁴¹ V. *infra* paragrafo 4. c)

⁴² La Corte di Cassazione aveva già messo in luce, fin dalla sentenza n° 1439 del 1990 che non c'è equivalenza tra il concetto di controllo e quello di direzione unitaria. In particolare quest'ultima deve essere volta a "imprimere unità di indirizzo e di azione alle diverse imprese aggregate, attraverso un "flusso costante di istruzioni che la società controllante impartisce alla controllata su modalità gestionali, sul reperimento di mezzi finanziari, su politiche di bilancio, sulla scelta dei contraenti ecc.": tutte attività che la capogruppo può compiere se è ha una qualche forma di controllo sulla società che vuole dirigere.

Sempre nella stessa sentenza la Corte precisa poi cosa differenzia il gruppo dal semplice controllo societario, quest'ultimo consiste in "una situazione potenziale di esercizio di influenza dominante", mentre il gruppo è caratterizzato dall'esercizio effettivo di detta potenzialità.

Tra le due nozioni si ravvisa quindi un rapporto causa-effetto, in base al quale, se è vero che non può esserci direzione senza controllo, non è altrettanto vero che ogniqualvolta c'è controllo c'è anche direzione.

L'art. 2497-sexies prevede infatti che la situazione di controllo ex 2359 c.c.⁴³ costituisca indice presuntivo, per quanto *iuris tantum*, del concreto esercizio di direzione e coordinamento societario.

Allo stato attuale infatti il controllo, in particolare quello da partecipazione societaria⁴⁴, costituisce lo strumento più idoneo ad esercitare un grado di controllo tale da integrare il fenomeno della direzione e coordinamento, perché “attraverso la partecipazione la controllante acquista, con il voto, il potere di concorrere di diritto alla gestione della partecipata, sino addirittura a farne cosa propria nel caso di partecipazioni totalitarie”⁴⁵.⁴⁶

La Riforma sembra qui non innovare rispetto al passato, in quanto non specifica i limiti entro cui l'accentramento di potere decisionale in capo alla capogruppo può dirsi legittimo.

Al contempo però l'art. 2497 c.c. indica tra i presupposti della responsabilità della capogruppo la *violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale* della società controllata, ed è indubbio che tra le regole basilari

⁴³ V. art. 2359 c.c. Società controllate e società collegate.” Sono considerate società controllate: 1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria; 2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria; 3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa. Ai fini dell'applicazione dei numeri 1) e 2) del primo comma 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. Sono considerate collegate le società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole. L'influenza si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in borsa.”

⁴⁴ Il controllo può scaturire dalle seguenti fonti: il dritto (maggioranza dei voti in assemblea) il fatto (voti sufficienti per dominarne le decisioni) o il contratto (dominio derivante da vincoli negoziali). Nelle prime due ipotesi il controllo deriva da quella peculiare forma contrattuale che è la partecipazione societaria.

⁴⁵ Così G. VISENTINI “Assunzione di partecipazioni: direzione e coordinamento di società”, in “Principi di diritto commerciale”, Verona, 2008, 429

⁴⁶Tale modalità, che è l'ipotesi per antonomasia di direzione e coordinamento societario, non esclude in ogni caso che il gruppo possa trarre origine anche da un accordo negoziale tra società, che le vincoli secondo un rapporto di determinazione-dipendenza.

della corretta gestione c'è anche quella di non agire consapevolmente in danno della società amministrata.

Da ciò si può dedurre che non sarebbe illegittimo solo l'operato della controllante volto a danneggiare, colposamente o dolosamente, la società da lei gestita attraverso l'amministratore (primo livello della gestione: la capogruppo gestisce scorrettamente controllata).

Sarebbe cioè illecito anche quel controllo, esercitato dalla capogruppo, tale da non consentire all'amministratore della controllata di poter disattendere le direttive che reputi pregiudizievoli per la sua società (secondo livello della gestione : l'amministratore di controllata non può gestire correttamente la controllata perché tutto il potere è nelle mani della capogruppo).

b) Le presunzioni di cui all'art. 2497 sexies e il problema della prova contraria

Con l'art. 2497- sexies il legislatore mira a realizzare la massima elasticità di applicazione della disciplina sui gruppi.

La norma specifica infatti che il Capo IX si applica in presenza di attività di direzione e coordinamento. Tale attività non va dimostrata, ma si presume, salvo prova contraria, a fronte di società o ente tenuto al consolidamento dei bilanci o di un controllo societario come individuato dall'articolo 2359 c.c.⁴⁷

La differenza con il passato è a tutto vantaggio di chi agisce contro la capogruppo. Prima della riforma infatti il fenomeno della eterodirezione doveva essere dimostrato nella sua stessa esistenza, prima ancora che nella sua lesività. Ora è invece sufficiente la presenza di una delle due condizioni suindicate (obbligo di bilancio consolidato o rapporto di controllo) perché si ritenga giuridicamente accertata l'attività di direzione e coordinamento.

⁴⁷ V. *supra* nota 40.

Il «principio di effettività» resta però centrale. Ciò che rileva non è infatti la mera possibilità di attuare un'influenza dominante, ma il concreto esercizio della stessa, indipendentemente dalla fonte del potere di direzione.⁴⁸

Garanzia del suddetto principio è appunto la facoltà, assicurata dallo stesso art. 2497-sexies, di vincere la presunzione tramite prova contraria: lo schema è quello della presunzione *iuris tantum* diritto civile.

Spetterà quindi ai controllanti fornire eventualmente la prova liberatoria dell'inesistenza dell'attività di direzione e coordinamento nonostante la concreta presenza degli indici presuntivi contemplati all'art. 2497-sexies.

L'onere probatorio è stato dunque invertito rispetto al periodo preriforma.

La prova liberatoria consisterà nel dimostrare l'assenza della eterodirezione: prova non facile, in considerazione del fatto che una qualsiasi influenza, anche minima, che la controllante abbia esercitato sulla controllata, rappresenterà un ostacolo alla efficacia della prova negativa.⁴⁹

Nei fatti però la posizione dell'attore non sembra di molto agevolata, nonostante la presunzione vada a suo favore, e ciò in quanto gli indici presuntivi indicati dalla norma non sono sempre facili da dimostrare.

Non è semplice per l'attore dimostrare un controllo di fatto o derivante da contratto,⁵⁰ perché vuol dire dimostrare che la controllante ha esercitato un' "influenza dominante" sulla controllata. Il fatto che l'art. 2359 richieda che quest'influenza derivi da un certo numero di voti o da un contratto, non fornisce alcun chiarimento determinante su "cosa" concretamente sia questa influenza.

La soluzione più plausibile è che l'attore sarà chiamato a fornire una prova analoga a quella che gli veniva richiesta in passato, quando non era prevista alcuna presunzione in suo favore. Egli dovrà cioè dimostrare il "flusso costante di

⁴⁸ V. TOMBARI U. "Riforma del diritto societario e gruppo di imprese", in "Giurisprudenza commerciale", 2004, I, 61

⁴⁹ V. SALAFIA V. in "La responsabilità della holding nei confronti dei soci di minoranza delle controllate" in "Le società", 2 bis/2003, 390

⁵⁰ Nel caso di obbligo di consolidamento dei bilanci o di controllo di diritto la prova è invece più agevole.

istruzioni”⁵¹ impartite dalla controllante alla controllata, istruzioni che difficilmente lasciano tracce utilizzabili in giudizio.

4. 3. L'azione di responsabilità ex art. 2497 c.c.

a) La responsabilità diretta della capogruppo

La norma sull'azione di responsabilità nei confronti della capogruppo è la novità principale della riforma. Si tratta infatti di una responsabilità “diretta” di quest'ultima nei confronti dei soci e dei creditori della controllata.

Nel contesto preriforma il socio poteva agire contro il proprio amministratore in quanto *longa manus* della capogruppo, ma non c'era modo di arrivare direttamente alla capogruppo, salva la possibilità di agire contro gli amministratori di quest'ultima in qualità di “amministratori di fatto” della controllata.⁵²

La nuova azione di responsabilità presenta, come già anticipato, anche molti elementi da cui emerge la continuità con il passato.

In primo luogo il fatto che la capogruppo risponda solo se ha agito “nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui e in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale” richiama la fattispecie del conflitto d'interessi utilizzata contro l'amministratore di controllata prima del 2003. Da questo punto di vista la responsabilità della capogruppo sembra assimilabile a quella dell'amministratore per *mala gestio*.

In secondo luogo è evidente la trasposizione, nell'ultima parte del primo comma, della teoria dei vantaggi compensativi. La norma infatti esclude che ci sia responsabilità “quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente

⁵¹ Cassazione n°1439, 26-2-1990 in “Foro Italiano” 1990, I, 1189.

⁵² V. *supra* par. 1. Sul concetto di amministratore di fatto si basa anche la specifica azione di responsabilità riservata al commissario straordinario ex art. 3 della legge Prodi.

eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette.” Il concetto di compensazione che sta alla base di questa previsione è lo stesso che la giurisprudenza utilizzava come esimente della responsabilità dell'amministratore.⁵³

Le ulteriori innovazioni, oltre alla “direzione” della responsabilità, sono che l'azione può essere esercitata dal singolo socio⁵⁴ (oltre che dal creditore) e che il risarcimento ottenuto va unicamente a vantaggio dell'attore.⁵⁵

La convivenza di elementi eterogenei in un'unica disposizione ha creato non pochi problemi interpretativi, che saranno oggetto di analisi nel capitolo successivo.

b) I principi di corretta gestione nell'operato infragruppo

Uno dei presupposti perché vi sia la responsabilità della capogruppo ex art. 2497 è che essa abbia agito “in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime”.

Nella Relazione ministeriale al d.lgs. 6/2003 il legislatore riconosce la genericità di tale formulazione, e afferma che spetterà a dottrina e giurisprudenza individuare il contenuto concreto di tali principi al fine di tutelare adeguatamente il “bene partecipazione sociale”.

Alla vaghezza della norma soccorrono però, in parte, altre disposizioni introdotte nel Capo IX in seguito alla Riforma.

In particolare, agli art. 2497ter, quater e quinquies, si prevedono alcuni adempimenti formali e norme tecnico-operative la cui violazione potrebbe essere ritenuta “sintomo” di una gestione societaria e imprenditoriale scorretta.

L'art. 2497-quater consente ai soci di recedere dal patto sociale a fronte di operazioni quali 1) deliberazione, da parte della capogruppo, di una

⁵³ V. *supra* paragrafi 1 e 2.

⁵⁴ Prima della riforma si agiva contro l'amministratore tramite l'azione sociale di responsabilità, il cui esercizio spettava alla maggioranza assembleare ex art. 2393 c.c.

⁵⁵ Il risarcimento andava a vantaggio del patrimonio sociale, non dei singoli soci che avevano esercitato l'azione.

trasformazione che implica il mutamento del suo scopo sociale, ovvero di una modifica del suo oggetto sociale tale da consentire l'esercizio di attività che alterino in modo sensibile e diretto le condizioni economiche e patrimoniali della società controllata; 2) inizio o cessazione dell'attività di direzione e coordinamento, quando non si tratta di una società con azioni quotate in mercati regolamentati e ne deriva un'alterazione delle condizioni di rischio dell'investimento e non venga promossa un'offerta pubblica di acquisto.

Entrambe le ipotesi riguardano decisioni che incidono sulle condizioni di rischio cui è sottoposto l'investimento del socio. La norma consente quindi ai soci, che non si identificano con la capogruppo, di sottrarsi agli effetti di quelle determinazioni su cui non possono esercitare alcuna influenza o controllo⁵⁶, mantenendo la libertà di scegliere se sottoporre o meno il proprio investimento alle nuove condizioni che ne conseguono.

L'art. 2497ter prevede invece un obbligo motivazionale, gravante sugli amministratori della controllata, che dovrebbe risultare più stringente rispetto alla disciplina ordinaria.⁵⁷⁵⁸

L'utilità di tale motivazione si percepisce più chiaramente se letta in combinato disposto con l'art. 2497, in particolare quando fa riferimento all'istituto dei vantaggi compensativi.

⁵⁶ L'ipotesi di recesso ex lettera b) dell'articolo 2497-quater, ossia l'intervenuta condanna della capogruppo a favore del socio che abbia esercitato l'azione ex art. 2497, va considerata a sé stante, in quanto consegue ad una situazione di danno oramai accertata

⁵⁷ L'interpretazione della norma si è tuttavia stabilizzata in senso meno rigoroso di quanto non appaia, in quanto la previsione rafforzata del 2497ter si applicherebbe solo nei casi in cui l'interesse del gruppo ha condotto all'adozione di una decisione che, altrimenti, non sarebbe stato ovvio e naturale assumere per la società controllata

⁵⁸ L'art. 2497ter prevede che le decisioni della controllata influenzate dall'attività di direzione e coordinamento devono essere analiticamente motivate, e recare puntuale indicazione di ragioni e interessi la cui valutazione ha inciso sulla decisione. Ciò a fronte di un obbligo generale di motivazione già previsto dall'art. 2391 II comma per le decisioni di amministratori portatori di interessi ulteriori e distinti da quello della società controllata. La dottrina maggioritaria, rilevando nell'applicazione cumulativa dei due articoli un inutile aggravio di attività burocratica, ha ritenuto sistematicamente e razionalmente più corretto adottare l'interpretazione di cui sopra.

La motivazione ex art. 2497ter mirerebbe appunto ad evidenziare da subito tali vantaggi, in modo da consentire al socio di valutare previamente se realmente danno c'è stato e, in caso di esito positivo, elaborare una strategia giudiziale efficace.

La tutela dei creditori sociali è invece necessaria rispetto ad operazioni di finanziamento, ossia quelle che incidono sui loro interessi economico-patrimoniali. L'art. 2497-quinquies detta una disciplina *ad hoc* per i finanziamenti infragruppo, stabilendo l'applicazione dell'art. 2467 c.c.⁵⁹ ai finanziamenti da parte della controllante/controlata nei confronti di altra società del gruppo che risulti eccessivamente indebitata rispetto all'entità del proprio patrimonio (cosiddetti finanziamenti "anomali")⁶⁰ La norma, in sostanza, impedisce che i soci finanziatori della propria società, chiedendo il rimborso dei finanziamenti, riescano a sottrarli alle legittime pretese dei creditori.

L'eventuale violazione, da parte degli amministratori della controllata, delle norme su finanziamenti, recesso e motivazione delle decisioni, costituirà dunque indice di una gestione poco corretta, e quindi potrà valere come "violazione dei principi di corretta gestione" ai fini dell'azione ex art. 2497 c.c.

⁵⁹ V. art. 2467 c.c. "Finanziamenti dei soci". [1] Il rimborso dei finanziamenti dei soci a favore della società è postergato rispetto alla soddisfazione degli altri creditori e, se avvenuto nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento della società, deve essere restituito. [2] Ai fini del precedente comma s'intendono finanziamenti dei soci a favore della società quelli, in qualsiasi forma effettuati, che sono stati concessi in un momento in cui, anche in considerazione del tipo di attività esercitata dalla società, risulta un eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto oppure in una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento.

⁶⁰ V. Cassazione n° 16393, 24-7-2007 in "Le società" 2009, 4, 435, secondo cui tale disciplina è applicabile solo ai prestiti "anomali o sostitutivi del capitale". L'onere della prova di tale anomalia spetta alla parte attrice, secondo i principi generali in tema di onere probatorio relativo alla causa o al titolo posto a fondamento della domanda. Se dunque il finanziamento del socio risulta effettivamente concesso a titolo questi avrà diritto alla restituzione durante la vita della società.

CAPITOLO SECONDO

LA DISCIPLINA ATTUALE: PROBLEMATICHE INTERPRETATIVE DELL'ART.2497

1. Gli interessi tutelati e la legittimazione attiva

a) La società controllata e i soci di minoranza

L'obiettivo di fondo che la riforma persegue, stando a quanto indicato nella Relazione al d.lgs n°6/2003, è la trasparenza, non solo “del” gruppo rispetto ai terzi, ma anche “all'interno” del gruppo. Quest'ultimo punto, in particolare, implica l'adozione di regole tali da assicurare il contemperamento “dell'interesse del gruppo, delle società controllate e dei soci di minoranza”.⁶¹

Il legislatore del 2003 ha perciò un duplice scopo: tutelare la società controllata e al contempo fornire eguale protezione al suo socio di minoranza. Entrambi i soggetti, giuridicamente distinti l'uno dall'altro, si contrappongono all'ulteriore entità “gruppo”, il cui interesse, più ampio in quanto si appunta su un soggetto di notevole estensione, rischia di oscurare le prerogative specifiche delle entità di dimensioni minori. Le regole del Capo IX dovrebbero quindi fornire strumenti di tutela adeguati per: I) la controllata; II) il socio di minoranza.

Tuttavia la Relazione ribadisce che il problema centrale del fenomeno del gruppo è quello della responsabilità, in sostanza della controllante, nei confronti “dei soci e dei creditori sociali della controllata.” Nel costruire concretamente l'azione di responsabilità il legislatore mette dunque da parte la società controllata, dando rilevanza unicamente alla posizione del socio e del creditore sociale lesi dalla direzione e coordinamento societario.

Il testo dell'art. 2497 prevede infatti una responsabilità, delle società o enti che

⁶¹ Così nella “Relazione allo schema di D.lgs. 6/2003”, § 13.

esercitano la direzione unitaria, nei confronti dei soci delle controllate “per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società”⁶²

Nessuna responsabilità è prevista nei confronti della società eterodiretta. Quella stessa società nel cui interesse, secondo la Relazione, sono state dettate le norme del Capo IX.

L'esercizio di direzione unitaria è legittimo secondo la riforma, purché si svolga con modalità intelleggibili ai soggetti nella cui sfera giuridica si riflettono le scelte gestionali.

Tralasciamo per un attimo la posizione dei creditori sociali.

Sia il socio di minoranza che la controllata sono esposti agli effetti di un'attività, lecita, altrui: la controllata lo è direttamente, in forza delle proprie partecipazioni societarie nelle mani della capogruppo e da quest'ultima utilizzate per esercitare il controllo⁶³; il socio, invece, indirettamente, tramite la sua partecipazione al patrimonio della suddetta società, che è a sua volta influenzato dalle decisioni che la controllante può determinare come socia di maggioranza della controllata.

Tale esposizione, secondo lo schema del mandato di diritto privato, dovrebbe però trovare sempre fonte nella volontà di chi è giuridicamente inciso dall'attività, una volontà che in tanto può dirsi effettiva e libera, in quanto il soggetto inciso dalla stessa sia in grado di conoscerne e valutarne la portata e gli effetti. A questo dunque servirebbe la trasparenza imposta dalla Riforma: mettere in condizione il soggetto esposto all'attività altrui di decidere se sottrarsi a quest'ultima laddove non la ritenga per sé profittevole.

Problematico sembra però applicare questo principio ad entrambi i soggetti nel cui interesse è imposta, dalla Relazione, la trasparenza del gruppo, e cioè la società controllata e il suo socio.

Se la capogruppo non rispetta l'obbligo il socio può esercitare l'azione di

⁶² V. art. 2497 c.c. primo comma.

⁶³ Per le altre forme di controllo societario v. *supra* cap. I par. 1 e 2.

responsabilità ex art. 2497; ciò è previsto dallo stesso articolo, quando parla di diretta responsabilità della capogruppo nei confronti dei soci per aver agito in “violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime”.

Il socio è legittimato attivo, e il suo interesse ad agire è “il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale” a seguito di una violazione di “norme di corretta gestione”, norme facilmente riconducibili a quelle regole di trasparenza previste dalla Relazione per contemperare interesse di gruppo e interesse del socio.

La Relazione richiedeva però il contemperamento anche con un non meglio precisato “interesse della controllata”. Ebbene, supponendo che i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale siano posti anche a tutela della controllata, in quanto beneficiaria della trasparenza societaria, quale strumento avrebbe la società per lamentarne la violazione da parte della capogruppo?

Stando al testo dell’art. 2497 c.c. la controllata non ha azione in tal senso, perché non figura tra i legittimati attivi.⁶⁴

La Relazione alla riforma sembra dunque attribuire un qualche rilievo giuridico al cosiddetto “interesse della controllata”, riconoscendogli la tutela della trasparenza, ma l’art. 2497 c.c. non vi ha dato attuazione, in quanto non ha dato titolo alla controllata per agire contro la capogruppo.

Il che pone ulteriori domande alla luce del pregiudizio che legittima il socio all’esperimento dell’azione: l’interesse giuridico alla “redditività e al valore della partecipazione sociale”.

Un tale interesse difficilmente potrà subire lesioni che non comportino anche un danno, simultaneo, al patrimonio della controllata, quella stessa controllata che, per quanto ritenuta dalla dottrina⁶⁵ beneficiaria dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, non potrebbe azionare il rimedio giuridico ex

⁶⁴ Gran parte della dottrina non esclude che la controllata possa, a tal fine, azioni diverse, in ultimo quella generale ex art. 2043 c.c. V. sul punto *infra* cap. III par. 8.

⁶⁵ RORDORF R. “I gruppi nella recente riforma del diritto societario” in “Le società”, 5/2004, 538.

art.2497 nei confronti della capogruppo.

La formulazione dell'art. 2497 sembra stridere con la ratio che emerge dalla Relazione alla riforma, in quanto l'azione di responsabilità sotto il profilo in esame risulta esercitabile da un solo soggetto, il socio di minoranza, che non esaurisce il novero di coloro i quali sono interessati alla redditività della partecipazione sociale. Non può dubitarsi che anche la società controllata nel suo complesso, quindi comprensiva di soci di minoranza e di maggioranza, miri a proteggere e incrementare il valore delle proprie partecipazioni.

Per quale motivo allora il legislatore ha fornito tutela solo “ad una parte”, minoritaria, della società controllante, a fronte di un'interesse che è “sociale”, e non è proprio solo “del socio di minoranza”?

Forse perché la norma dà per presupposto che i soci di maggioranza non possano realmente dolersi di atti della capogruppo che li abbiano danneggiati, perché delle due l'una: a) la capogruppo è la socia di maggioranza, in tal caso facendo i suoi interessi fa anche quelli della controllata; b) la capogruppo non è socia di maggioranza, in questo caso i soci di maggioranza potranno comunque evitare l'abuso della capogruppo, attraverso i controlli e le sanzioni normalmente azionabili nei confronti del proprio amministratore.^{66 67}

b) Il creditore della società controllata

La Relazione non pone tra i soggetti nel cui interesse è imposta la trasparenza il creditore che, tuttavia, a norma del primo comma dell'art. 2497 c.c. è anch'esso soggetto legittimato all'esercizio dell'azione di responsabilità, come suggerito

⁶⁶ Le decisioni della capogruppo, per avere effetti, devono passare attraverso l'attuazione dell'amministratore della controllata. Quest'ultimo è responsabile nei confronti della propria società ex art. 2393 c.c. Se i soci di maggioranza reputano che certe operazioni, attuate dal proprio amministratore ma decise dalla capogruppo, siano pregiudizievoli per la società, potranno intervenire, ex ante, tramite l'assemblea, o ex post, esercitando l'azione sociale di responsabilità.

⁶⁷ Sulla possibilità di riconoscere anche alla società controllata una legittimazione attiva ex art. 2497 c. c. si veda *infra* paragrafo successivo.

dalla stessa Relazione quando afferma che il problema centrale del fenomeno del gruppo e quello della responsabilità “della controllante verso soci e creditori sociali della controllata”.

Se dunque verso il socio c'è un problema di trasparenza e di responsabilità, nei confronti del creditore pare ci sia unicamente un problema di responsabilità. La Relazione alla riforma sembra allora riconoscere una diversità tra la posizione del socio, che implica interessi e prerogative di diversa natura, e quella del creditore, il cui interesse sembra invece limitarsi unicamente alla sfera patrimoniale, senza coinvolgere aspetti inerenti la correttezza e la chiarezza della gestione sociale.

Tale diversità, tratteggiata nella Relazione alla riforma, non emerge chiaramente nel testo dell'art. 2497 c.c., che sembra invece non distinguere tra socio e creditore ai fini dell'esercizio dell'azione di responsabilità.⁶⁸

La dottrina ha però dato, in sede interpretativa, una rilevanza concreta alle differenze tra socio e creditore nell'ambito del gruppo, evidenziandola in particolare sotto il profilo del contenuto e della “direzione” dell'obbligo di rispettare i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale da parte della capogruppo.⁶⁹

⁶⁸ V. più diffusamente *infra* par. 3.

⁶⁹ V. *infra* par. successivo.

2. I principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società del gruppo quali elementi di una corretta attività di direzione e coordinamento.

La responsabilità ex art. 2497 c.c. viene definita, nella Relazione alla riforma, come avente natura “sostanzialmente aquiliana”.⁷⁰ Questa affermazione esigerebbe che, a fondamento dell'azione di responsabilità, ci fosse un “fatto illecito”.⁷¹

L'illecito fonte della responsabilità da direzione e coordinamento societario consiste nella violazione, da parte di chi esercita la direzione, dei “principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale” delle società controllate.

Tale condotta, integrando un'attività di gestione societaria, sarà una condotta “di fatto” posta in essere dagli amministratori⁷². Allo stesso tempo però essa sarà imputabile alla controllante in ragione dell'immedesimazione organica.

Ma il punto che qui interessa è individuare la sostanza del comportamento illecito al di là della formula letterale.

La Relazione si mantiene piuttosto vaga sul punto, in quanto lascia a dottrina e giurisprudenza il compito di “individuare e costituire i principi di corretta gestione imprenditoriale e societaria posti nel nuovo testo a tutela del bene ‘partecipazione’, e ovviamente, in concreto, dottrina e giurisprudenza non potranno non tener conto delle infinite variabili e dell'incessante evoluzione economica e operativa.”

La Relazione precisa che, nell'indicare questi principi, il richiamo a formule generali è ineliminabile nella legislazione commercialistica e, richiama a tal proposito l'art. 2598⁷³, comma 1, n. 3, c.c., per il riferimento ai ‘principi della

⁷⁰ Così nella “Relazione allo schema di D.lgs. 6/2003”, § 13.

⁷¹ Nella logica dell'azione generale di responsabilità aquiliana nessun pregiudizio obbliga chi l'ha cagionato al risarcimento se esso non deriva da un fatto doloso o colposo, v. art. 2043 c.c.

⁷² Se questi siano poi in concreto gli amministratori della controllante o della controllata è questione delicata e che merita approfondimento più avanti, v. *infra* cap. II par. 8 e cap. III par.

⁷³ V. art. 2598 c.c. “(Atti di concorrenza sleale). Ferme le disposizioni che concernono la

correttezza professionale'. La disposizione infatti disciplina gli atti di concorrenza sleale, rispetto ai quali il legislatore ha introdotto una norma di chiusura con cui impone di considerare concorrenza sleale tutto ciò che non si conforma alle regole di correttezza professionale: la finalità è quella di indurre l'interprete ad indagare, volta per volta e a seconda del momento storico e del settore dell'attività, cosa si intende per tali principi.

Il legislatore ha dunque voluto rimettersi all'indagine concreta degli operatori per individuare i comportamenti giuridicamente rilevanti.

La giurisprudenza ancora tarda nell'assumere una posizione in merito. Ricca di spunti si è invece mostrata la dottrina.

Qualche autore afferma che la gestione societaria parrebbe riguardare il modo in cui la struttura della società è organizzata ed è messa in condizione concretamente di funzionare.

In una logica di gruppo, anche questi aspetti possono essere improntati a criteri uniformi per tutte le società raggruppate, ad esempio "al fine di assicurare l'attendibilità dei sistemi contabili di ciascuna di esse, e quindi la completezza, la tempestività e la comparabilità delle informazioni che da ogni singola società debbono giungere all'ente capogruppo per permettere la corretta redazione del bilancio consolidato".

Parlare di correttezza o scorrettezza di questi modelli diventa però difficile, tenuto in conto che la loro concreta applicazione e gestione finisce per sconfinare nell'area di responsabilità degli amministratori di ogni singola controllata.

Quanto alla correttezza della gestione imprenditoriale, individuare un criterio di valutazione è ancor più problematico. Sotto il profilo delle strategie di mercato, infatti, da un lato può apparire logico che queste siano elaborate e decise in maniera unitaria al vertice del gruppo, dall'altro però c'è una difficoltà notevole nel separare quel che attiene al rischio d'impresa ed al merito delle scelte imprenditoriali, mai sindacabili in ambito giudiziario, e quel che costituisce

tutela dei segni distintivi e dei diritti di brevetto, compie atti di concorrenza sleale chiunque:(..)3) si vale direttamente o indirettamente di ogni altro mezzo non conforme ai principi della correttezza professionale e idoneo a danneggiare l'altrui azienda. “

invece violazione di una regola di correttezza rilevante sul piano giuridico e suscettibile di generare responsabilità legale: “il confine tra la regola giuridica e la *business judgment rule* rischia, insomma, di farsi qui pericolosamente labile.”⁷⁴

Questa dottrina prospetta quindi una soluzione interpretativa da adottare in sede giurisprudenziale, suggerendo che il giudice dovrebbe, in sede di valutazione sulla ricorrenza dei presupposti, rifarsi ai criteri che la giurisprudenza ha finora elaborato nei giudizi concernenti la responsabilità degli amministratori di singole società.

E' stato evidenziato come l'art. 2497 c.c. non possa essere applicato senza un consistente riferimento ai parametri della governance delle singole società.

La corretta gestione della singola impresa consiste in un adeguato esercizio della sua attività economica, ovvero nell'esaustiva raccolta delle informazioni di mercato precedenti l'avvio di una nuova operazione, nella oculata valutazione dell'entità e della natura dei rischi connessi, nello studio approfondito delle difficoltà dell'operazione e del suo impatto sul mercato, in particolare, possibilità di finanziamento e previsione del rapporto tra rischi, costi e benefici immediati e futuri.

Una classica ipotesi in cui viene in rilievo la scarsa oculatezza dell'amministratore può essere la concessione di finanziamenti ad altra società senza pretendere adeguate garanzie.⁷⁵ In questo caso l'amministratore non sta certo violando una disposizione di legge, ma non può neanche sostenersi che l'operazione sia stata attuata con tutte le precauzioni del caso. L'attività di finanziamento presenta infatti un rischio ontologico: il mancato rimborso da parte del terzo finanziato. Il finanziatore può mettersi al riparo da questa eventualità richiedendo un'apposita garanzia, la cui entità dipenderà probabilmente da quanto il terzo appare affidabile: più è probabile che il finanziamento sia rimborsato regolarmente, minore sarà il rischio dell'operazione e, di conseguenza, la garanzia che la società

⁷⁴ Così RORDORF R. “I gruppi nella recente riforma del diritto societario” in “Le società”, 5/2004, 538.

⁷⁵ V. Cassazione n°18231, 12-8-2009 in “Guida al diritto” 2009, 37, 16; sul punto v. più diffusamente *infra cap.* III par. 2.

pretenderà per accollarsi il suddetto rischio.

La mancata richiesta di garanzie reali o personali prima del finanziamento costituisce, se non altro, indice di una mancata valutazione del rischio dell'operazione, perché anche qualora il terzo risultasse perfettamente in grado di restituire il finanziamento richiesto, alla luce delle indagini svolte sulle sue condizioni economiche e finanziarie, sembrerebbe comunque impossibile escludere qualsiasi margine di rischio per la società finanziatrice, tale da indurre l'amministratore a non richiedere alcuna garanzia.

Questo principio, valido per la società monade, dovrebbe, secondo l'impostazione che stiamo esaminando, applicarsi anche nel caso di finanziamenti concessi da una società ad altra società del gruppo: se l'amministratore della prima concede un prestito alla seconda senza richiederle garanzie, se ne potrà dedurre che l'organo di gestione non ha effettivamente valutato il rischio dell'operazione.

Un altro caso che la Cassazione ha ricondotto, nel marzo del 2012, al difetto di diligenza dell'amministratore, al di fuori della violazione di legge o di statuto, è quello della totale devoluzione ad un terzo dei doveri di custodia del patrimonio della società o di una parte rilevante di esso, devoluzione che non potrebbe, come preteso dall'amministratore, rientrare nell'ambito dell'opportunità di scelte imprenditoriali a carattere discrezionale, in quanto sarebbe un'operazione inconciliabile “con i doveri di custodia e di gestione inderogabilmente gravanti sul patrimonio dell'ente”.⁷⁶

⁷⁶ V. Cassazione n° 3902, 12-3-2012 in www.dejure.giuffre.it. Il caso riguardava gli amministratori della Gropell srl, i quali, quando già la società versava in stato di insolvenza, si erano accordati con la S.I.I. Abruzzo sviluppo srl per prestazione di una garanzia, in vista della richiesta di un concordato preventivo. In pendenza di tale richiesta gli amministratori della Gropell avevano affidato l'intera cassa sociale alla S.I.I., operazione definita come apertura di “conto corrente improprio”. Quando poi il Tribunale ha respinto la domanda di concordato preventivo la S.I.I. si è rifiutata di restituire la cassa sociale asserendo che questa era stata impiegata in attività di consulenza commissionate dalla stessa Gropell srl.

Nel caso di specie, oltre alla devoluzione ad un terzo dell'obbligo di custodia dell'intero patrimonio sociale, mancava anche qualsiasi garanzia “in ordine sia all'effettiva destinazione e possibilità di recupero di quanto versato, che alla reale fattibilità del piano di salvataggio aziendale nel quale tale consegna apparentemente si inseriva”.

In realtà, come già si è anticipato nel precedente capitolo con riferimento ai cosiddetti vantaggi compensativi, le regole elaborate rispetto alle società monadi vanno sì applicate al gruppo, ma devono anche tener conto delle sue peculiarità. E' plausibile, ad esempio, che la società finanziatrice ritenga di non dover richiedere garanzie alla società finanziata perché il rischio dell'operazione è già coperto da un altro rapporto infragruppo, oppure che una società decida di affidare interamente la gestione del proprio patrimonio ad un'altra società del gruppo cui sia stato assegnato il ruolo di “cassa” del gruppo medesimo (si pensi al caso sempre più frequente nei gruppi, soprattutto internazionali, dei contratti di tesoreria accentrata: c.d. *cash pooling*⁷⁷). Sia il finanziamento che la devoluzione del patrimonio potrebbero infatti rientrare in una strategia economica più ampia, appunto la strategia di gruppo, in cui i costi e i benefici sono stati già adeguatamente ripartiti tra le società tramite operazioni eterogenee.

E' evidente però che in questo caso l'amministratore dovrà fornire un'adeguata informazione circa l'effettiva convenienza dell'operazione, il che deve avvenire all'interno della motivazione “rafforzata” di cui all'art. 2497ter.⁷⁸

Un'analogia violazione del dovere di diligenza, in particolare nei confronti dei creditori, è stata poi ravvisata nel caso dell' amministratore di società monade che aveva ceduto l'azienda senza un'adeguata valutazione e si era disinteressato, una volta che l'azienda era passata in altre mani, della gestione sociale, cagionando

⁷⁷ Il contratto di *cash pooling* viene utilizzato per accentrare in capo ad un unico soggetto giuridico l'intera gestione delle disponibilità finanziarie di un gruppo societario; l'utilizzo di tale struttura permette infatti di migliorare l'allocazione della liquidità monetaria.

Per poter raggiungere tale scopo la società che dispone delle maggiori risorse economiche (società *pooler*) conclude con una, o più, delle altre società appartenenti al medesimo gruppo un contratto di conto corrente inter-societario. La società *pooler* provvede poi a stipulare un contratto di conto corrente bancario principale, denominato *pool account*, in cui confluiranno tutti i movimenti che transiteranno per i conti correnti delle singole società.

La vera ragione che sottende a tale contratto è che attraverso l'accentramento di risorse finanziarie, la società *pooler* è in grado di gestire in modo ottimale i flussi di liquidità provenienti dalle varie società del gruppo, concedendo finanziamenti ad hoc (a tassi convenienti) alle altre società.

⁷⁸ V. *supra* cap. I par. 4. 3.

l'impossibilità di far fronte ai debiti della società cedente.⁷⁹ Deve quindi presumersi che anche rispetto ad una cessione d'azienda infragruppo l'amministratore sia tenuto a rispettare gli stessi obblighi, avendo cura che la cessione non si riveli un'operazione dannosa per la singola società, seppur profittevole per altre società del gruppo.⁸⁰

Nel complesso dunque la corretta gestione del gruppo societario dovrebbe consistere nell'individuazione, per ogni singola strategia o operazione, del punto di equilibrio tra interessi delle controllate e della capogruppo,⁸¹ equilibrio che risulta dall'applicazione delle regole sulla diligenza dell'amministratore di società monade e delle specifiche regole dettate dal Capo IX in tema di operazioni infragruppo, privilegiando, a parità di ratio, quest'ultima categoria di norme.⁸²

E' pur vero tutti i casi sinora richiamati fanno riferimento a condotte che attengono, fisiologicamente, al piano della controllata, e che sembra difficile trasporre sul piano della capogruppo. Inoltre, quanto alla prova in giudizio dell'effettiva scorrettezza dell'operato della capogruppo, l'onere di dimostrarla graverebbe, nella logica della responsabilità aquiliana, sull'attore, il quale dovrà perciò ricondurre la violazione dei principi di corretta gestione alla holding.

Imputare, concretamente, il comportamento scorretto alla holding, non solo

⁷⁹ V. Cassazione n° 3674, 8-3-2012 in www.dejure.giuffre.it. In particolare la Corte ha respinto per "manifesta infondatezza" il ricorso dell'amministratore che pretendeva di essere tenuto indenne da responsabilità in ragione dello "scarso ruolo" rivestito di fatto nella gestione della società ceduta, desumibile tra l'altro dal fatto che questi non aveva preso parte all'assemblea che aveva autorizzato la cessione e non era stato neppure informato dell'avvenuta vendita: la Cassazione ha ribadito che la mancanza di interesse dell'amministratore rispetto al compimento di un'operazione così rilevante nella vita della società è del tutto incompatibile con i doveri di cura e diligenza inerenti alla carica.

⁸⁰ V. Cassazione Penale n° 4458, 10-11-2011 (data deposito 2-2-2012) in www.dejure.giuffre.it : la Cassazione Penale ha recentemente affermato che è vero che la convenienza della cessione, in un contesto di gruppo, deve essere valutata con riguardo ai vantaggi che potrebbero derivare dall'appartenenza al gruppo, ma questo non consente di escludere la responsabilità dell'amministratore per bancarotta fraudolenta, anche ai sensi dell' art 2634 c.c. Il comma, laddove abbia deciso una cessione favorevole per il gruppo ma pregiudizievole per la singola impresa cedente.

⁸¹ V. SALAFIA V. "La responsabilità della holding nei confronti dei soci di minoranza delle controllate" in "Le società", 2 bis/2003, 390.

⁸² In applicazione del principio di specialità.

all'amministratore di controllata, sembra dunque un'operazione tutt'altro che semplice, e necessita di ulteriori approfondimenti che verranno svolti nei prossimi paragrafi.⁸³

⁸³ V. in particolare *infra* par. 5 sulla prova del nesso causale tra violazione e danno.

3. La natura della responsabilità della capogruppo: la duplice direzione della tutela.

Il richiamo dell'art. 2497 c.c. ai principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale ha portato parte della dottrina a contestare quanto asserito dalla Relazione alla riforma circa la natura extracontrattuale dell'azione di responsabilità.

Di recente questa posizione è stata assunta dal Tribunale di Milano in relazione ad un'azione di responsabilità proposta dal socio di controllata nei confronti della holding e dell'amministratore di questa, ritenuti responsabili, rispettivamente, ex. 1° e 2° comma dell'art.2497 c.c.

Il Tribunale milanese, nel rigettare entrambe le domande attoree, ha affermato che la disposizione di cui al 1° comma prefigura, con riferimento ai soci della società eterodiretta, una responsabilità di natura contrattuale, poiché per un verso è la stessa norma a prevedere obblighi di corretto esercizio del potere di direzione e coordinamento, in capo alla holding e nei confronti della società che vi soggiace, che trascendono ampiamente il generale dovere di astensione da atti lesivi, e, per altro verso, sembra evidente che quell'obbligo sia volto a tutelare non solo la società eterodiretta ma anche le posizioni soggettive dei suoi soci, specie quelli di minoranza.⁸⁴

Esaminiamo la questione della natura della responsabilità in una prospettiva squisitamente esegetica.⁸⁵

Il primo comma dispone che le controllanti che abbiano agito in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società controllate, “sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei

⁸⁴ V. Trib. Milano 17-6-2011 in “Repertorio della Giustizia Civile”, 2011, 6590;

⁸⁵ Per un approfondimento della questione anche alla luce dell'ultima giurisprudenza di legittimità vedi *infra* cap. III par. 1.

confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società”.

Sembra che i soci di minoranza e i creditori sociali siano posti sul medesimo piano rispetto alla capogruppo. E' pur vero che il danno lamentato è necessariamente diverso a seconda che l'attore sia socio o creditore: il primo ha un interesse che si appunta sul rapporto di partecipazione con la società controllata; l'interesse del secondo si esaurisce invece nel rapporto di credito-debito con la medesima società.

Di conseguenza il socio lamenterà che la propria partecipazione non ha quel valore sul mercato e quella capacità di remunerazione che essa avrebbe avuto in assenza di attività di direzione e coordinamento. Il creditore invece lamenterà che il proprio credito ha meno probabilità di essere soddisfatto perché, a seguito dell'attività di eterodirezione, il patrimonio della controllata si è ridotto, rappresentando così una minor garanzia per i propri creditori.

Ciò nonostante la Relazione al decreto di riforma non fa dipendere la natura dell'azione esperita dal tipo di danneggiato che invoca la responsabilità. Essa si limita ad affermare che “la responsabilità dettata da questa impostazione normativa è apparsa fundamentalmente di stampo ‘aquiliano’, e necessariamente della controllante direttamente verso i danneggiati”.

Stando al testo del 2497 c.c. dunque sia il creditore sia il socio dovranno provare in giudizio, nella logica generale dell'art. 2043 c.c., la violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, oltre al danno, al nesso causale e all'elemento psicologico.

Alcuni autori hanno però evidenziato la difficoltà di ricondurre ad un regime unitario la posizione di due categorie che, sebbene siano esposte alla medesima condotta lesiva, cioè l'eterodirezione abusiva, presentano caratteristiche assai eterogenee.

All'indomani della Riforma si è osservato che se l'aver qualificato “aquiliana” l'azione di responsabilità non suscita perplessità nei confronti dei creditori sociali,

perché mancherebbe ogni relazione diretta tra costoro e l'ente capogruppo⁸⁶, lo stesso non può dirsi nei confronti dei soci di minoranza.

Questo perché, se è vero che il legislatore non ha provveduto a dettare regole di comportamento al cui rispetto la società o l'ente capogruppo siano tenuti nei confronti delle altre società del gruppo, è anche vero che siffatte regole, benché in termini piuttosto generici, si ricavano dalla stessa disposizione con cui è disciplinata la responsabilità.

La norma infatti da un lato chiarisce che l'esercizio di una simile attività di direzione e coordinamento è in sé del tutto legittima, dall'altro però ne segna i lineamenti e i confini, perché implica che essa si attenga a principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale.

Secondo questo orientamento la controllante avrebbe degli obblighi di correttezza specifici e diretti nei confronti della società soggetta a direzione e coordinamento, obblighi più stringenti del generale dovere di *neminem laedere* di cui ciascuno è gravato verso ogni altro soggetto.⁸⁷

Il fatto che la dottrina in esame individui tra i beneficiari degli obblighi di correttezza anche le società controllate, per quanto non espressamente menzionate dall'art. 2497 c.c., ha grande rilevanza sotto il profilo dei legittimati attivi dell'azione di responsabilità.⁸⁸ Difatti, a rigor di logica, se la società soggetta ad altrui direzione e coordinamento ha un interesse giuridicamente riconosciuto a che tale attività sia corretta, avrà anch'essa titolo per agire nei confronti dell'ente capogruppo per il risarcimento dei danni sofferti in conseguenza della violazione delle regole di correttezza.⁸⁹

⁸⁶ V. RORDORF R. opera cit. "d'altronde, una parte della dottrina e della giurisprudenza è da tempo incline a considerare aquiliana l'azione dei creditori sociali anche nel quadro dell'art. 2394 c.c."

⁸⁷ V. nota precedente.

⁸⁸ V. *supra* cap. II par. 1.

⁸⁹ All'obiezione secondo cui si tratterebbe di un'eventualità poco probabile, dal momento che la società danneggiata è di regola controllata proprio da chi del danno dovrebbe rispondere, l'autore risponde che, anzitutto, "non può escludersi che l'azione venga proposta dopo l'eventuale passaggio della società in altre mani, oppure ad opera del

A prescindere da quest'ultima deduzione, non pacifica, interessa qui evidenziare che il richiamo ai principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale spinge gran parte della dottrina verso una qualificazione differente dell'azione di responsabilità verso i soci di minoranza. Il legislatore cioè avrebbe gravato la capogruppo del rispetto di particolari norme di correttezza proprio nell'interesse di questi ultimi.

In ciò sarebbe quindi ravvisabile la “relazione diretta” tra capogruppo e socio di minoranza che, mancando invece tra capogruppo e creditore sociale, conferirebbe natura differenziata all'azione ex. 2497 esperita dal socio rispetto a quella esercitata del creditore.

Il creditore non avrebbe infatti alcun titolo per esigere il rispetto di questi principi da parte della capogruppo, né eventualmente questo gli interesserebbe. Ciò che al creditore preme è che l'obbligazione della società nei suoi confronti venga adempiuta e che, in attesa di ciò, le sue aspettative di adempimento vengano tutelate da un'adeguata garanzia. Se questa garanzia, ovvero il patrimonio della società debitrice, si assottiglia in pendenza dell'obbligazione, il creditore potrà lamentarsene nei confronti di chi sia responsabile della riduzione patrimoniale. Questo interesse è alla base dell'azione ex art. 2394 c.c., che molti in dottrina reputano l'equivalente dell'azione del creditore ex. 2497. La differenza tra le due azioni consisterebbe nel fatto che la prima, valida sia per le società monadi che per i gruppi, si applica se la condotta si imputa all'amministratore, la seconda, valida solo per i gruppi, si applica se la riduzione è imputabile alla controllante.

Questa differenziazione tra socio e creditore non trova però alcun espresso riconoscimento all'“interno” del testo del 2497 c.c.

Apparentemente la disposizione richiede ad entrambi i soggetti di dimostrare la violazione dei principi di corretta gestione da parte della capogruppo, il che

curatore in ipotesi di fallimento; e poi, in ogni caso, il mancato esercizio di una tale azione potrebbe assumere rilievo come fonte di responsabilità omissiva per gli amministratori della società controllata, e perciò, ove ne ricorrano le condizioni, dare adito ad azioni da parte dei soci di minoranza di questa, ai sensi dell'art. 2393-bis c.c. (o anche di singoli soci, ex art. 2476, c. 3°, c.c., se si tratta di società a responsabilità limitata).

potrebbe portare a due diverse interpretazioni di tali principi:

a) I principi di corretta gestione non qualificano l'attore ex art. 2497, socio o creditore, rispetto al danneggiato ex art. 2043 c.c.

b) I suddetti principi determinano un obbligo specifico della controllante nei confronti non solo dei soci ma anche dei creditori della controllata.

La dottrina, come già evidenziato, seguendo l'indicazione del legislatore di cercare "all'esterno" del codice il contenuto dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale,⁹⁰ ha ricostruito tali principi sulla scorta di quelli validi per l'amministratore di società monade. In queste ultime però tali principi valgono solo per i rapporti tra amministratore e società⁹¹, mentre nei confronti dei creditori l'amministratore è responsabile solo per la violazione degli obblighi inerenti la conservazione del patrimonio sociale.⁹²

Alla luce di ciò pare ragionevole che la capogruppo debba attenersi, nei confronti dei soci della controllata, alle stesse regole che vincolano l'amministratore rispetto alla propria società. Questo perché la capogruppo amministra, indirettamente, la controllata, più o meno come l'amministratore gestisce la sua società.

Se invece verso i creditori di società monade l'amministratore è tenuto solo al rispetto degli obblighi inerenti la conservazione del patrimonio sociale, non pare ci sia motivo di vincolare la capogruppo al rispetto di qualcosa di più di questi nei confronti dei creditori della controllata.

⁹⁰ V. "Relazione allo schema di D.lgs. 6/2003", § 13.

⁹¹ V. art. 2392 c.c. I comma "Responsabilità verso la società [1] Gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze. Essi sono solidalmente responsabili verso la società dei danni derivanti dall'inosservanza di tali doveri, a meno che si tratti di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori."

⁹² V. art. 2394 c.c. "Gli amministratori rispondono verso i creditori sociali per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale." *Questi ultimi obblighi non sono che una minima parte degli obblighi di corretta gestione che l'amministratore ha nei confronti della società.*

4. Il danno: art. 2497 e art. 2395 a confronto

Il “danno” rilevante ai sensi dell’art. 2497 c.c. è forse l’elemento di più difficile interpretazione all’interno della disposizione.

Il problema non riguarda tanto il pregiudizio subito dal creditore sociale, per interpretare il quale la dottrina maggioritaria, come si è visto, si rifà all’art. 2394 c.c.⁹³, alla stregua del quale il creditore lamenta la diminuzione delle probabilità di soddisfare il proprio credito, dovuta a sua volta all’assottigliamento del patrimonio sociale. Il problema concerne piuttosto il danno che fonda l’esperimento dell’azione da parte del socio di minoranza.⁹⁴

L’attore dovrà infatti dimostrare di aver subito un pregiudizio al proprio diritto “alla redditività ed al valore della partecipazione sociale” quale effetto dell’attività di direzione e coordinamento posta in essere dalla controllante.

Il bene tutelato dalla norma rispetto al socio di minoranza è dunque la partecipazione societaria. La disposizione tuttavia crea difficoltà quando occorre stabilire quali sono, in concreto, gli aspetti giuridici della partecipazione che risultano effettivamente tutelati dal 2497, e sui quali deve perciò incidere l’attività lesiva.

In primo luogo si pone il problema del soggetto giuridico su cui si appunta il diritto tutelato.

Molti esponenti della dottrina hanno infatti obiettato che non esiste un diritto “autonomo” del socio alla redditività e al valore della partecipazione, ma che semmai il socio ha diritto a ricevere nel proprio patrimonio, in forza della partecipazione sociale, parte dei benefici affluiti al patrimonio della società

⁹³ V. *supra* par. precedente.

⁹⁴ V. SALAFIA V. cit. *supra* ” Si tratta di una norma la cui elaborazione è stata tormentata. In un primo testo il danno ai soci veniva configurato come lesione del diritto all’utile di esercizio e alla valorizzazione della quota sociale. Nel testo definitivo è stata cancellata la suddetta lesione, perché ci si è resi conto che i soci acquistano il diritto all’utile solo in forza di una specifica deliberazione dell’assemblea, che espressamente lo costituisca, e si è pensato di identificare la lesione risarcibile, come quella riguardante il diritto alla redditività ed alla valorizzazione della partecipazione sociale”.

controllata quale risultato della gestione del capitale sociale.

Il danno del socio, laddove la gestione del gruppo abbia invece impedito questo incremento, non è dunque effetto “diretto” della politica di gruppo stabilita dalla holding, ma costituisce danno “indiretto” subito dal socio: questo deriverebbe cioè da un diverso danno, questo sì “diretto”, provocato alla società controllata dalla gestione del suo capitale sociale.

Il nostro codice, prima della riforma del 2003, non conteneva alcuna disposizione che consentisse al socio di ottenere il risarcimento di un danno subito “di riflesso”, l'unico strumento che il socio aveva per ottenere il ristoro di una perdita economica era l'azione ex art. 2395 c.c.⁹⁵, attraverso la quale il socio poteva chiedere all'amministratore il risarcimento solo di un danno subito “direttamente” nella propria sfera patrimoniale.

Il danno del socio ex art. 2497 è invece indiretto perché “proiezione” del danneggiamento del patrimonio della società; si tratta perciò di un danno di cui il socio non può richiedere il risarcimento agli amministratori e ai sindaci della sua società ex art. 2395 c.c.⁹⁶, in quanto quest'ultimo consente di ottenere il risarcimento dei soli danni che il socio abbia subito quali effetti diretti della condotta dolosa o colposa dell'amministratore.

I due articoli dovrebbero riguardare due diverse tipologie di danno, stando almeno a quanto afferma il legislatore del 2003 nella Relazione alla riforma. Nella Relazione si legge infatti che il 2497 c.c. introduce una disciplina che non si sostituisce ad una disciplina attuale ma che a quest'ultima si aggiunge, in quanto il gruppo pone, oltre ai problemi tipici delle società monadi, ulteriori esigenze di tutela scaturenti dall'attività di direzione e coordinamento. Prosegue la Relazione: “(..) Risulta così chiaro che non viene alterata la tutela del socio verso la società,

⁹⁵ V. art. 2395 c.c. “Azione individuale del socio e del terzo[1] Le disposizioni dei precedenti articoli non pregiudicano il diritto al risarcimento del danno spettante al singolo socio o al terzo che sono stati direttamente danneggiati da atti colposi o dolosi degli amministratori.[2] L'azione può essere esercitata entro cinque anni dal compimento dell'atto che ha pregiudicato il socio o il terzo.”

⁹⁶ V. in tal senso BONELLI F. “La responsabilità degli amministratori” in “Trattato Colombo e Portale”, IV, Torino, 1994, 352 e ss.

in generale, ed, in particolare quella offerta dall'art. 2395, né, per i creditori sociali la tutela offerta dall'art. 2394; in effetti diverse, e non certo alternative, sono le due azioni, trattandosi, nella nuova disciplina di azione diretta verso la controllante.”

L'art. 2497 c.c. stabilisce infatti che il socio può proporre l'azione di responsabilità “direttamente” contro l'ente controllante. Una previsione apparentemente in contrasto con il fatto che, alla stregua dei principi generali in tema di responsabilità, i danni risarcibili sarebbero solo quelli che costituiscono effetti diretti del fatto illecito imputato alla persona cui si chiede il risarcimento. In tal caso il danno sarebbe evidentemente l'effetto diretto di operazioni poste in essere dall'amministratore della controllata, e solo un'indiretta conseguenza delle direttive imposte dall'ente controllante.⁹⁷

Per quanto riguarda le qualità su cui deve incidere l'attività lesiva, esse consistono nel “valore”, inteso come prezzo della partecipazione assunto nella libera contrattazione, e nella “redditività”, ovvero la capacità di produrre guadagno in relazione al capitale investito: entrambe sono però qualità solo potenziali del bene partecipazione.

In particolare, la redditività consiste nella potenzialità redditizia della partecipazione: essa è un rapporto fra socio e società, in forza del quale il socio può aspirare ad una remunerazione del capitale investito, se determinate condizioni si verificheranno.

La redditività dunque non è un attributo naturale della partecipazione, ma solo una potenzialità, in quanto non è legata solo all'andamento positivo della gestione dell'impresa sociale, ma anche alle decisioni che l'assemblea dei soci assumerà, qualora l'esercizio si chiudesse con un risultato positivo.

Un discorso analogo può farsi rispetto alla valorizzazione, che consiste invece nell'incremento che il valore di mercato della partecipazione potrà complessivamente conseguire grazie a vari fattori, fra i quali non c'è solo l'andamento positivo della gestione dell'impresa, ma anche la reputazione, più o

⁹⁷ V. più diffusamente *infra* cap. II par. 8.

meno positiva, che la società avrà nel mercato⁹⁸: elemento, quest'ultimo, che spesso risulta inversamente proporzionale alla correttezza della gestione (si veda il caso di falsificazione dei dati contabili attuata dall'amministratore per rendere la società più attraente sul mercato).

Tutto ciò implica che il pregiudizio non può dirsi verificato per il solo fatto che tali potenzialità non diventano attuali, ma l'attore dovrà dimostrare che in assenza di quella certa condotta illecita, le qualità potenziali si sarebbero effettivamente concretizzate. In altre parole, il socio dovrà egli stesso elaborare una strategia o un'operazione alternativa, compatibile con le risorse della società e con le dinamiche di mercato, per poi dimostrare che essa, se adottata in luogo di quella stabilita dalla capogruppo, avrebbe prodotto risultati economici tali da influire positivamente sulla partecipazione sociale.

Infine, dal paragone tra l'art. 2497 c.c. e il 2395 c.c. emerge un trattamento del socio differente a seconda che la condotta lesiva venga attuata in un contesto di gruppo o in una società monade.

Se infatti la lesione avviene in seguito ad operazioni decise dalla capogruppo, e poi attuate dall'amministratore della controllata, il socio della controllata avrà a disposizione sia l'azione ex art. 2497 c.c., per i danni "indiretti" conseguenti al danno sociale, contro la capogruppo e i soggetti che hanno preso parte al fatto lesivo o ne hanno consapevolmente tratto beneficio⁹⁹, sia l'art. 2395 c.c.¹⁰⁰ per i danni "diretti" subiti a seguito di condotta dolosa o colposa del proprio amministratore.

Se invece la medesima operazione viene autonomamente decisa e attuata dagli amministratori della società indipendente, il socio potrà ottenere il risarcimento dei soli danni che siano derivati direttamente nel proprio patrimonio¹⁰¹, senza

⁹⁸ V. SALAFIA V. opera cit.

⁹⁹ Tra i quali, verosimilmente, potrà rientrare lo stesso amministratore della controllata. v. più diffusamente *infra* cap. II par. 7 e 8.

¹⁰⁰ V. *supra* nota 92.

¹⁰¹. V. in particolare Cassazione n°6558, 22-3-2011 in "Guida al diritto" 2011, 26, 68

l'intermediazione del danno al patrimonio sociale. Senza tralasciare che quest'ultima ipotesi, di fatto, è stata riscontrata in ipotesi circoscritte, ad es. in caso di aggio compiuto dall'amministratore, o di mancata distribuzione ai soci dei dividendi il cui pagamento sia stato deliberato dall'assemblea.

In definitiva, la suddetta disparità di trattamento suscita perplessità, in quanto la formulazione del danno posto a fondamento dell'azione ex art. 2497 c.c. non sembra descrivere un effetto tipico ed esclusivo dell'attività di direzione e coordinamento, tale da richiedere un'azione *ad hoc* spendibile solo dal socio di controllata.

La nozione di danno rilevante sembra piuttosto ricomprendere, potenzialmente, qualsiasi perdita economica rientrante nella normale alea di rischio dell'attività imprenditoriale, con il risultato che il singolo socio risulterebbe tutelato più intensamente nei gruppi che nelle società monadi.

Un ultimo punto da analizzare è poi quello della direzione del risarcimento in caso di accoglimento dell'azione di responsabilità. Difatti, sebbene il danno, del socio come del creditore, sia un danno riflesso del danno subito dalla società controllata,

“L'avverbio ‘direttamente’ delimita l'ambito di esperibilità dell'azione ex art. 2395 c.c. rispetto alle fattispecie disciplinate dagli artt. 2393 e 2394 c.c. rendendo palese che il discrimine tra le stesse non va individuato nei presupposti stabiliti dalla legge per il sorgere di tali forme di responsabilità bensì nelle conseguenze che il comportamento illegittimo degli amministratori ha determinato nel patrimonio del socio o del terzo. Se il danno allegato costituisce solo il riflesso di quello cagionato al patrimonio sociale, si è al di fuori dell'ambito di applicazione dell'art. 2395 c.c., in quanto tale norma richiede che il danno abbia investito direttamente il patrimonio del socio o del terzo. Pertanto, secondo l'orientamento ormai consolidato, neppure rileva che il danno sia stato arrecato dagli amministratori nell'esercizio del loro ufficio o al di fuori di tali incombenze, ovvero che tale danno sia (o meno) ricollegabile ad un inadempimento della società, né infine che l'atto lesivo sia stato eventualmente compiuto dagli amministratori nell'interesse della società e a suo vantaggio, dato che la formulazione dell'art. 2395 c.c. pone in evidenza che l'unico dato significativo ai fini della sua applicazione è costituito appunto dall'incidenza del danno. Secondo la S.C. non costituiscono ipotesi di danno diretto ai soci né la sottrazione indebita degli utili, né la loro mancata distribuzione, ma neppure la riduzione del valore della partecipazione sociale o il mancato rispetto del divieto imposto agli amministratori ex art. 2390. La Corte di appello ha fatto corretta applicazione di detti principi ritenendo che il comportamento asserito illecito dei convenuti, che avrebbe impedito il conseguimento di utili e danneggiato il patrimonio della società e reso impossibile la liquidazione delle quote sociali costituiscono condotte in relazione alle quali difetta il carattere del danno diretto richiesto dall'art. 2395 c.c.”

la controllata non beneficerà in nessun caso di quanto il socio o il creditore otterranno a titolo di risarcimento dalla controllante. L'art. 2497 non contiene infatti alcun riferimento alla società controllata, ma specifica che l'azione di responsabilità da direzione e coordinamento è un'azione “diretta” del socio e del creditore nei confronti della controllante, il che comporta che anche i vantaggi conseguenti all'accoglimento dell'azione saranno “diretti” unicamente nel patrimonio del soggetto che ha esercitato l'azione medesima.¹⁰²

¹⁰² Sul punto v. più diffusamente *infra* par. 8.

5. La prova in giudizio da parte dell'attore del nesso causale tra pregiudizio e violazione

L'attore ex art. 2497 dovrà dimostrare in giudizio il danno subito e la violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, due condizioni che, alla luce di quanto già detto, risultano tutt'altro che semplici da interpretare e, quindi, da dimostrare.¹⁰³

A queste difficoltà deve aggiungersi la necessità di dimostrare in giudizio il nesso di causalità che intercorre tra i suddetti elementi.¹⁰⁴

In altre parole chi agisce ai sensi dell'art. 2497 c.c., oltre a ricostruire la condotta illecita all'origine del pregiudizio, dovrà dimostrare che da tale comportamento, imputabile alla controllante convenuta, sia scaturito effettivamente quello specifico pregiudizio alla redditività e al valore della partecipazione sociale, o all'integrità del patrimonio sociale della controllata.¹⁰⁵

La portata dell'onere probatorio richiesto al socio e al creditore, con riferimento al nesso causale, presenta indubbiamente delle particolarità nell'ambito del gruppo rispetto a quanto accadrebbe all'interno di società monade.

In quest'ultimo caso la gestione si decide e si attua ad un unico livello: quello della singola società. Nel contesto di gruppo invece la gestione si articola in una

¹⁰³ Questa difficoltà inevitabilmente si ripercuotono, sotto forma di insufficienza probatoria, sulla posizione dell'attore in giudizio, v. più diffusamente infra cap. III par. 3 e 5.

¹⁰⁴ V. tra le altre Cassazione n°26516, 17-12-2009 in "Giustizia civile Massimario"2009,12,1704 "L'art. 2043 c.c., fissa i principi informatori della responsabilità civile, ai quali anche il giudice di pace nel giudizio di equità deve attenersi, quanto alla struttura del fatto dannoso (costituito da una condotta, almeno colposa, da un evento lesivo e da un nesso causale che unisca eziologicamente la prima al secondo) ed al danno risarcibile, inteso come danno consequenziale all'evento lesivo".

¹⁰⁵ V. Cassazione n° 26042, 23-12-2010 in "Giustizia civile Massimario" 2010, 12, 1645: "in tema di nesso causale esistono due momenti diversi del giudizio, I) costruzione del fatto idoneo a fondare la responsabilità, per la quale la problematica causale, detta causalità materiale o di fatto, è analoga a quella penale, artt. 40 e 41 c.p.c., ed il danno rileva solo come evento lesivo. II) determinazione dell'intero danno cagionato, che costituisce l'oggetto dell'obbligazione risarcitoria; ed attribuisce rilievo, all'interno delle serie causali così individuate a quelle che, nel momento in cui si produce l'evento, non appaiono del tutto inverosimili, come richiesto dalla cosiddetta teoria della causalità adeguata o della regolarità causale".

prima fase, di decisione, che si svolge necessariamente al livello della holding, per assicurare l'unitarietà della strategia complessiva; e in una seconda fase, di attuazione, che implica invece il compimento di atti di esecuzione al livello delle singole controllate.

Ipotizziamo, in particolare, l'adozione di una strategia imprenditoriale che, elaborata dalla holding, persegua una finalità economica positiva per il gruppo nel suo complesso ma pregiudizievole per una o più singole controllate.

E' presumibile che l'elaborazione, la decisione e il compimento delle singole operazioni avverranno tramite uno o più "passaggi" tra la società capogruppo e l'amministratore della controllata. Passaggi che, nella prassi societaria, hanno natura spesso informale e ufficiosa.

I rapporti tra capogruppo e controllata sono quindi difficilmente ricostruibili, mentre la fase di decisione/attuazione interna alla singola società controllata presenta un grado di "procedimentalizzazione" molto maggiore.

Se assumiamo che la direzione unitaria non può che consistere in indirizzi e suggerimenti agli amministratori della controllata, ai quali compete in ultima analisi il potere di decidere in concreto le strategie e le operazioni,¹⁰⁶ allora dobbiamo concludere che il nesso causale tra il danno subito dalla controllata e l'influenza della controllante consiste nell'effettiva ripercussione della volontà della controllante sulla gestione della controllata per il tramite degli amministratori (o anche dei sindaci) della controllata medesima. Questi ultimi sono infatti le "cinghie di trasmissione" tra società senza le quali l'attuazione della direzione societaria sarebbe impossibile.

Da una parte abbiamo quindi l'"indirizzo e il suggerimento" della controllante, dall'altra la decisione concreta dell'amministratore della controllata.¹⁰⁷

E' chiaro che, più saranno dettagliate e precise le indicazioni della capogruppo, minori saranno i margini di gestione effettivi per l'amministratore della singola

¹⁰⁶ V. SALAFIA V. "La responsabilità della holding nei confronti dei soci di minoranza delle controllate" in "Le società", 2 bis/2003, 390.

¹⁰⁷ Sul punto di veda più diffusamente *infra* cap. II par.8.

controllata, che non avrà modo di decidere quale operazione sia più idonea a contemperare l'indirizzo della capogruppo con l'interesse della sua società, ma dovrà semplicemente eseguire un atto già stabilito e predeterminato dalla holding in tutti i suoi aspetti.

In ogni caso, in sede giudiziale, tra le due condotte quella che emergerà con maggior chiarezza sotto il profilo dell'apporto causale alla singola determinazione sarà quella dell'organo amministrativo della società eterodiretta, piuttosto che quella della capogruppo, il cui ruolo si limita, per definizione, ad un'attività di indirizzo generale e non di concreta gestione. Non sarà dunque agevole, per l'attore, fornire la prova del collegamento causale tra l'influenza della controllante e il pregiudizio lamentato.

In particolare, secondo l'orientamento generale della Cassazione, “un evento è da considerare causato da un altro se il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo”.¹⁰⁸ L'applicazione di questo principio all'azione in esame imporrebbe all'attore di dimostrare che, in assenza di direzione e coordinamento, la lesione non si sarebbe verificata.

In altre parole chi agisce dovrà scegliere tra due possibili ricostruzioni:

- a) L'amministratore, in assenza di strategia di gruppo, non avrebbe affatto deciso di compiere l'operazione;
- b) L'amministratore, in assenza della direttiva della capogruppo, avrebbe compiuto quell'atto ma con modalità diverse, tali da non integrare il pregiudizio.

Nel primo caso, l'attore dovrà ricostruire nel complesso la politica di gruppo; dovrà poi elaborarne una alternativa che non preveda il compimento dell'operazione che si assume lesiva. La difficoltà maggiore per il socio o il creditore sarà evidentemente risalire alla strategia della holding, strategia della quale solo la holding stessa è pienamente a conoscenza.

Nel secondo caso, invece, l'attore dovrà individuare il singolo atto di indirizzo della capogruppo che ha spinto l'amministratore ad adottare quel particolare atto esecutivo; dopodiché dovrà dimostrare che lo stesso atto, realizzato con modalità

¹⁰⁸ V. tra le altre Cassazione n° 8403, 12-4-2011, in “Diritto & Giustizia”2011, 2 giugno

diverse da quelle imposte dalla controllante, avrebbe comportato lo stesso vantaggio di gruppo senza arrecare danno alla partecipazione o al patrimonio sociale. Evidentemente qui l'ostacolo maggiore per l'attore sarà individuare una direttiva così dettagliata da vincolare l'amministratore della controllata ad eseguire proprio quell'atto e non uno diverso, posto che, formalmente, la capogruppo si rivolge alle sue controllate sempre tramite indirizzi e direttive molto generali.

In entrambi i casi, se le ricostruzioni non faranno emergere chiaramente il collegamento tra la capogruppo e l'atto lesivo, ne risulterà che il danno non è stato effettivamente prodotto dalla direzione e coordinamento della holding, ma è causalmente riconducibile solo alla negligente condotta degli amministratori della controllata.

6. I casi di esclusione della responsabilità previsti dal codice civile: i vantaggi compensativi.

L'art. 2497 c.c. contiene inoltre un espresso riconoscimento dei vantaggi compensativi. L'istituto, come già esaminato nel capitolo precedente, è stato elaborato dalla giurisprudenza preriforma ed era utilizzato *ab origine* per valutare la responsabilità dell'amministratore di controllata che agisse nell'interesse della capogruppo.¹⁰⁹

Nella disciplina del Capo IX essi costituiscono invece un' esimente di responsabilità della capogruppo, capace di paralizzare l'azione esperita dal socio o dal creditore anche laddove questi abbiano soddisfatto le condizioni precedentemente elencate.

L'ultimo periodo del primo comma dell'art. 2497 c.c. stabilisce infatti che non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento, oppure quando esso sia stato integralmente eliminato, anche in ragione di successive operazioni *ad hoc*.

Al concreto ricorrere di una di queste ipotesi verrebbe quindi a mancare l'interesse ad agire dell'attore, escludendosi qualsiasi possibilità di accoglimento dell'azione.

E' pacifico, in dottrina come in giurisprudenza¹¹⁰, che l'onere di allegare e di

¹⁰⁹ Sulla definizione di vantaggi compensativi v. *supra* cap. I par 2.

¹¹⁰ V. in tal senso Cassazione n°16707, 24-8-2004 in "Giurisprudenza Commerciale" 2005, II, 405 "Se si accerta che l'atto non risponde all'interesse diretto della società il cui amministratore lo ha compiuto e che ne è scaturito nell'immediato un danno al patrimonio sociale, potrà ben ammettersi che il medesimo amministratore deduca e dimostri l'esistenza di una realtà di gruppo alla luce della quale anche quell'atto è destinato ad assumere una coloritura diversa e quel pregiudizio a stemperarsi; ma occorre che una tal prova egli la dia. Non può, viceversa, sostenersi - come sembra fare la corte d'appello - che la mera appartenenza della società ad un gruppo renda plausibile l'esistenza dei suddetti "benefici compensativi" e che, pertanto, competeva alla società la quale abbia agito contro il proprio amministratore l'onere di dimostrarne l'inesistenza. Viceversa, la società attrice esaurisce il proprio onere probatorio dimostrando l'esistenza di comportamenti dell'amministratore che ledono il patrimonio dell'ente e perciò appaiono contrari al suo obbligo di perseguire lo specifico interesse sociale. E' il medesimo amministratore, se del caso, che deve farsi carico di allegare e provare gli ipotizzati benefici indiretti, connessi al

provare i benefici connessi a tali vantaggi, e la loro idoneità a bilanciare efficacemente gli effetti immediatamente negativi dell'operazione compiuta, grava sul convenuto in giudizio con l'azione di responsabilità.¹¹¹

Un primo problema interpretativo sorge però in mancanza di un limite temporale entro cui detti vantaggi debbono intervenire per neutralizzare l'azione di responsabilità. Manca cioè un *dies ad quem*, un momento preciso oltre il quale i mutamenti intervenuti nella situazione economica della controllata non hanno più rilevanza ai fini del giudizio. Senza questo parametro potrebbe essere difficile individuare il carattere di una qualsiasi operazione societaria.

Ad esempio il fatto che in un certo momento si riscontri un utile piuttosto che una perdita dipende in molti casi dai riferimenti temporali adoperati nella contabilizzazione: un finanziamento concesso dalla società x alla società y costituisce, nell'immediato, una perdita per la società x, ma al momento del rimborso, ad es. due anni dopo, quella stessa operazione rappresenterà un utile per la società x, che avrà ottenuto non solo la somma prestata ma anche i relativi interessi.

La difficoltà interpretativa sembra confermata dal raffronto tra la disposizione dell'art. 2497 e quella utilizzata, in tema di responsabilità penale per il reato di infedeltà patrimoniale degli amministratori di società controllate, dall'art. 2634, c. 3°, c.c., secondo cui non è ingiusto il profitto eventualmente conseguito da altre società collegate o dal gruppo in danno della controllata "se compensato da vantaggi conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo".

Dal raffronto si nota infatti che solo quest'ultima norma, non anche il 2497, specifica che l'illiceità del comportamento è esclusa anche se i vantaggi compensativi sono soltanto "fondatamente prevedibili". L'esclusione sembra peraltro giustificata dalla specificità della tutela penale, che costituisce l' *extrema*

vantaggio complessivo del gruppo, e la loro idoneità a compensare efficacemente gli effetti immediatamente negativi dell'operazione compiuta."

¹¹¹ V. RORDORF R. "I gruppi nella recente riforma del diritto societario" in "Le società", 5/2004, 538;

ratio dal nostro ordinamento contro i comportamenti illeciti.

Da ciò potrebbe desumersi, *a contrario*, che per far venir meno la responsabilità civile ex art. 2497, il cui ambito di applicazione è necessariamente più ampio della responsabilità penale, occorrerebbe invece che i vantaggi si siano “effettivamente realizzati”¹¹², consentendo quindi di verificare se, in base a quanto richiesto dalla più recente giurisprudenza di merito¹¹³, essi siano o meno idonei a compensare la specifica diminuzione patrimoniale subita dalla controllata.¹¹⁴

L'esclusione di responsabilità viene ammessa anche in un'altra ipotesi: il compimento di successive operazioni dirette ad eliminare la lesione inferta al patrimonio della società soggetta ad altrui direzione e coordinamento.¹¹⁵

Un effetto analogo a quello dei vantaggi compensativi potrebbe quindi essere realizzato anche dopo il promovimento dell'azione, fin quando la causa non sia stata definitivamente decisa, provocando la cessazione della materia del contendere.

In questo secondo caso però sarebbe comunque necessario valutare se l'azione sarebbe stata accolta, in mancanza delle successive operazioni compensative, ai fini della condanna al rimborso delle spese di lite¹¹⁶. Nel caso di vantaggi realizzatisi prima del promovimento dell'azione, invece, la domanda verrebbe semplicemente dichiarata inammissibile per difetto di interesse ad agire.

In ogni caso, ciò che importa sottolineare è che la valutazione andrà fatta con riferimento al “risultato complessivo” dell'attività di direzione e coordinamento. La compensazione tra perdita patrimoniale e benefici ottenuti avverrà dunque non

¹¹² Questa circostanza renderebbe ancor più necessaria la previsione di un *dies a quem* entro cui verificare se i suddetti vantaggi sono stati o meno conseguiti.

¹¹³ V. in tal senso Trib. Roma 5-2-2008 in “Le Società”, 4, 2009, 491.

¹¹⁴ V. sul punto ABRIANI N. “Gruppi di società e criterio dei vantaggi compensativi nella riforma del diritto societario, in Giurisprudenza commerciale, 2002, I, 616;

¹¹⁵ V. RORDORF R. opera cit., secondo cui l'ipotesi costituisce “una sorta di ravvedimento operoso che, se ed in quanto effettivamente idoneo ad eliminare il danno di cui potrebbe esser chiesto il risarcimento, ovviamente preclude l'esercizio dell'azione risarcitoria da parte di chi avrebbe altrimenti titolo ad esercitarla.”

¹¹⁶ Occorrerebbe cioè la valutazione della cosiddetta soccombenza virtuale.

nel patrimonio dell'attore ma nel patrimonio della società controllata¹¹⁷, a differenza del risarcimento dovuto in caso di esercizio vittorioso dell'azione, che andrà solo al socio o al creditore sociale.

Un' ultimo interrogativo concerne poi la "natura" dei benefici idonei a realizzare la compensazione.

Da una lettura sistematica si dovrebbe dedurre che siano tali anche i benefici "meramente ipotetici", ossia non suscettibili di valutazione patrimoniale secondo i principi contabili e quindi "non liquidabili".

Se infatti ammettessimo la compensazione della perdita economica solo con un beneficio patrimonialmente valutabile, sarebbero già sufficienti allo scopo le norme di diritto comune sulla compensazione, senza bisogno di un'apposita previsione ex art.2497 c.c.

Questa interpretazione resta tuttavia attaccabile, se interpretiamo l'art.2634, 3° comma, c.c. come specificamente contrapposto al 2497: in tal caso dovremmo concludere che se il legislatore non ha richiamato, anche in quest'ultimo, la nozione di danni "fondatamente prevedibili", la ragione è che richiede, per escludere la responsabilità della capogruppo, che questi ultimi si siano "effettivamente realizzati".

¹¹⁷ Il che confermerebbe la natura del danno subito quale danno "riflesso" dalla controllata al socio.

7. La legittimazione passiva: in particolare, i soggetti solidalmente responsabili.

L'azione di responsabilità ex art. 2497 può essere esercitata, in base al primo comma, nei confronti delle società e degli enti che esercitano la direzione e coordinamento di società.

La pretesa risarcitoria connessa deve quindi essere rivolta, quantomeno in via principale, nei confronti di un soggetto giuridico diverso dalla persona fisica, con la conseguenza che se ad esercitare la direzione unitaria fosse, ad esempio, un imprenditore individuale, quest'ultimo non ne sarebbe responsabile nei confronti di soci e creditori della controllata.

Il 2° comma del 2497 c.c. introduce però la responsabilità solidale di altri soggetti, diversi dalla società o ente controllante, che abbiano comunque preso parte al fatto lesivo o che ne abbiano consapevolmente tratto beneficio¹¹⁸. In quest'ultimo caso la norma specifica che la responsabilità non può estendersi oltre il limite dei vantaggi conseguiti.

Una prima osservazione consiste nel rilievo che, in assenza di indicazione contraria, i responsabili ex art. 2497 2° comma possono essere anche persone fisiche.

Secondo autorevole dottrina¹¹⁹ la norma mira a far emergere il dominio societario “di fatto” che gli interessati abbiano tentato di nascondere dietro lo “schermo societario” della capogruppo. L'intento sembrerebbe confermato dal fatto che la norma colpisce non solo chi “ha preso parte”, ma anche chi “ha consapevolmente beneficiato” del fatto lesivo, senza quindi, apparentemente, aver svolto alcun ruolo attivo nella produzione del danno.

La stessa dottrina mette in luce come ciò impedirebbe che i soggetti di cui sopra possano sottrarsi alla responsabilità operando per interposta persona, e, allo stesso

¹¹⁸ V. art. 2497 II c. “Risponde in solido chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio.”

¹¹⁹. V. RORDORF R. “I gruppi nella recente riforma del diritto societario” in “Le società”, 5/2004, 538;

tempo, si potrebbe recuperare anche la responsabilità della persona fisica che eventualmente dirige il gruppo (cosiddetta “holding personale”¹²⁰) esclusa invece dall’area della responsabilità principale tracciata dal primo comma.

Il novero dei possibili responsabili in solido risulta quindi molto ampio. Gli autori vi hanno ricompreso:

- a) gli amministratori (e/o organi di controllo¹²¹) dell’ente capogruppo;
- b) gli amministratori (e/o gli organi di controllo¹²²) della singola società del gruppo,¹²³
- c) la stessa società soggetta all’altrui direzione e coordinamento;
- d) I soci della holding;
- e) i creditori della holding;

¹²⁰ Cassazione n° 3724, 13-3-2003 in “Giust. civ. Mass.”2003,516; “La holding personale ricorre quando una persona fisica, attraverso la partecipazione ad una o più società di cui detenga le quote, esorbitando dai limiti che la partecipazione in qualità di socio gli consente, esercita il controllo e la gestione delle società medesime (holding pura), ovvero ne procuri il finanziamento (holding operativa), svolgendo in tal guisa, l’attività ausiliaria prevista dall’art. 2195 n. 5 c.c.”(ovvero attività ausiliaria di quelle che, ex art. 2195, costituiscono attività d’impresa commerciale)

La Corte ha in particolare confermato le decisione della Corte d’Appello di Torino, secondo la quale affinché chi opera in forma di holding personale sia qualificabile imprenditore commerciale, occorre: a) che egli agisca, in nome proprio, affinché la sua attività sia fonte di responsabilità diretta, b) che persegua un risultato economico, collegabile alla detta attività per il gruppo e le sue componenti, c) che operi in maniera professionale, e cioè in maniera abituale e non occasionale, attraverso un’organizzazione, cioè mediante il coordinamento di fattori produttivi.

Nel caso di specie il socio G. aveva posto in essere, per mezzo anche delle quote attribuite alla moglie, attività di controllo e gestione coordinata delle società del gruppo, nonché di finanziamento delle stesse, attraverso fidejussioni concesse personalmente, con cui procurava i mezzi di sostegno finanziario. Egli stornava poi tali mezzi, distribuendoli secondo le varie esigenze a favore delle varie società. Secondo la Corte torinese tale attività è in tutto e per tutto qualificabile come attività d’impresa commerciale, come tale espone chi la esercita all’eventuale procedura di fallimento.

¹²¹ V. art. 2407 c.c. Il c: i sindaci “sono responsabili solidalmente con gli amministratori per i fatti o le omissioni di questi, quando il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica”

¹²² V. nota precedente.

¹²³ Sul punto v. più diffusamente *infra* par. successivo.

f) il revisore legale o la società di revisione legale.¹²⁴

Quanto agli amministratori della capogruppo è bene ricordare che, nel periodo preriforma, era proprio colpendo questi ultimi, in forza del concetto di amministrazione di fatto, trasfuso nella legge Prodi, che si riusciva ad arrivare indirettamente alla capogruppo.¹²⁵ La dottrina è infatti tutt'oggi concorde nell'affermarne la responsabilità laddove siano loro “imputabili i concreti comportamenti dai quali è dipesa la violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale delle società del gruppo.” L'amministratore, dunque, per essere responsabile ex art. 2497 2° comma, deve aver “partecipato al fatto lesivo” o “averne beneficiato”: comportamenti e benefici, questi, che dovrebbero essergli attribuiti al di fuori dell'esercizio della sua funzione, altrimenti rientrerebbero nel 1° comma del 2497 c.c. come attività o vantaggi “formalmente” imputabili alla holding, per quanto “materialmente” compiuti o ottenuti dal suo amministratore.

L'ampiezza dei poteri di rappresentanza della società che l' art. 2384 c.c.,¹²⁶ come modificato nel 2003, attribuisce all'amministratore, renderà probabilmente difficile individuare comportamenti concreti di quest'ultimo che abbiano

¹²⁴ V. art. 15 Dlgs. 39/2010 “Responsabilità. 1. I revisori legali e le società di revisione legale rispondono in solido tra loro e con gli amministratori nei confronti della società che ha conferito l'incarico di revisione legale, dei suoi soci e dei terzi per i danni derivanti dall'inadempimento ai loro doveri. Nei rapporti interni tra i debitori solidali, essi sono responsabili nei limiti del contributo effettivo al danno cagionato. 2. Il responsabile della revisione ed i dipendenti che hanno collaborato all'attività di revisione contabile sono responsabili, in solido tra loro, e con la società di revisione legale, per i danni conseguenti da propri inadempimenti o da fatti illeciti nei confronti della società che ha conferito l'incarico e nei confronti dei terzi danneggiati. Essi sono responsabili entro i limiti del proprio contributo effettivo al danno cagionato. 3. L'azione di risarcimento nei confronti dei responsabili ai sensi del presente articolo si prescrive nel termine di cinque anni dalla data della relazione di revisione sul bilancio d'esercizio o consolidato emessa al termine dell'attività di revisione cui si riferisce l'azione di risarcimento.”

¹²⁵ V. più diffusamente *supra* cap.1 par.1.

¹²⁶ V. art. 2384 c.c.:” Poteri di rappresentanza [1] Il potere di rappresentanza attribuito agli amministratori dallo statuto o dalla deliberazione di nomina è generale. [2] Le limitazioni ai poteri degli amministratori che risultano dallo statuto o da una decisione degli organi competenti non sono opponibili ai terzi, anche se pubblicate, salvo che si provi che questi abbiano intenzionalmente agito a danno della società”

contribuito al fatto lesivo, ma che allo stesso tempo non rientrino nell'ambito dell'amministrazione societaria.

Tuttavia, se nei confronti dei terzi è quasi impossibile scindere l'agire della società da quello del suo amministratore, nel rapporto "interno" che lega quest'ultimo alla società restano fermi gli obblighi ex art. 2392 primo comma¹²⁷: l'atto compiuto dall'amministratore in violazione dei propri doveri, è un atto "della società" rispetto ai terzi, ma è un atto "contro la società", e non "proprio" della stessa, ai fini del giudizio di responsabilità dell'amministratore.

La holding dunque, condannata ex art. 2497 I comma, potrà rivalersi¹²⁸ ex art. 2393 c.c., nei confronti del proprio amministratore, degli effetti di tale condanna, per la parte del danno che risulti conseguenza non della direzione e coordinamento, ma della negligenza dell'amministratore nell'attuare tale direzione. L'azione di responsabilità ex art. 2497 II comma, esercitata contro l'amministratore della holding, consentirebbe all'attore di ottenere direttamente dall'amministratore il risarcimento di quella parte del danno che non sia andato a vantaggio della holding, e che potrebbe dunque non troverebbe nelle casse della holding quanto necessario al risarcimento, ma che sia invece andato a beneficio dello stesso amministratore o di terzi.¹²⁹

¹²⁷ V. art. 2392 1° comma "Gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi importi dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze. Essi sono solidalmente responsabili verso la società dei danni derivanti dall'inosservanza di tali doveri, a meno che si tratti di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori."

¹²⁸ V. in tal senso BUSSOLETTI M. - LA MARCA E., "Gruppi e responsabilità da direzione unitaria", in Riv. dir. comm., 2010, I, 65: "L'illiceità della condotta che l'amministratore fa tenere alla capogruppo facendola esporre a responsabilità per abuso nella direzione unitaria pone dunque un problema di negligente perseguimento dell'interesse imprenditoriale di questa, e non di estraneità dell'interesse perseguito a quello della capogruppo. È chiaro inoltre che, se l'abuso ha determinato un indebito vantaggio della *holding*, l'amministratore negligente di questa potrà da essa essere chiamato a tenere indenne la società non del danno costituito dalla doverosa restituzione del maltolto, ma delle ulteriori conseguenze pregiudizievoli derivanti dall'aver esposto a tale responsabilità la capogruppo."

¹²⁹ L'amministratore della holding risponde anche oltre limiti del beneficio conseguito perché rientra tra chi ha "preso parte" al fatto lesivo. Diversamente chi ha solo a "consapevolmente tratto beneficio" dal fatto lesivo risponde solo nei limiti del vantaggio

Tra i soggetti solidalmente responsabili con la capogruppo la dottrina ha poi incluso l' amministratore della controllata e la controllata medesima. Occorre subito precisare che riconoscere tali responsabilità ha conseguenze non di poco contro sulla coerenza della disciplina nel suo complesso, conseguenze delle quali si tratterà approfonditamente nei paragrafi successivi.¹³⁰

Si è già detto che potrebbero rientrare nel 2° comma anche i soci della holding. Questi ultimi infatti potrebbero aver collaborato ad individuare l'oggetto sociale in maniera da comprendervi la direzione unitaria, ovvero possono aver autorizzato concretamente gli amministratori ad attuare il programma, la cui realizzazione si sia rivelata fonte del danno lamentato dai soci e dai creditori della controllata. Nel caso tali decisioni siano state prese con il preciso obiettivo di danneggiare la controllata o i suoi soci di minoranza, o anche laddove tale danno fosse prevedibile per un qualsiasi soggetto di media diligenza, i soci potranno essere chiamati a rispondere in solido con la holding: nella prima ipotesi risponderanno a titolo di dolo, nella seconda di colpa.¹³¹

Potrebbero poi rispondere i creditori della holding, laddove abbiano spinto i suoi amministratori all'elaborazione ed attuazione del predetto programma, con la consapevolezza che esso avrebbe sì apportato vantaggi alla holding tali da rendere possibile il soddisfacimento delle loro ragioni, ma che tali vantaggi sarebbero stati probabilmente conseguiti con un sacrificio: quello degli interessi della controllata, dei suoi soci e dei suoi creditori.¹³²

Infine, potrebbero essere chiamati a rispondere, in solido con gli amministratori della holding, i sindaci e i revisori legali (o società di revisione). Questo solo laddove si dimostrasse, eventualmente, che se questi ultimi avessero adempiuto i

conseguito.

¹³⁰ V. *infra*, rispettivamente, par. successivo, sull'amministratore della controllata, e par. 8, sulla società controllata.

¹³¹ Perché vi sia responsabilità civile è sempre necessaria quantomeno la colpa del convenuto.

¹³² V. SALAFIA V. “La responsabilità della holding nei confronti dei soci di minoranza delle controllate” in “Le società”, 2 bis/2003, 390

doveri inerenti il loro incarico, i danni cagionati dall'amministratore si sarebbero potuti evitare.

7. 1. In particolare: la posizione dell'amministratore della società soggetta a direzione e coordinamento

Tra i soggetti individuati al paragrafo precedente c'è l'amministratore della controllata. Bisogna quindi chiedersi se questi possa o meno, e a che titolo, essere chiamato a rispondere di abuso di direzione unitaria.

Egli non potrà certo rispondere ex art. 2497 1° comma, ma potrà al massimo rientrare nei soggetti di cui al 2° comma. Questo è vero per due ragioni, in primo luogo perché l'amministratore è una persona fisica, come tale esclusa dai responsabili ex primo comma.¹³³ Inoltre perché, anche laddove non ci fosse il limite di cui al primo comma, l'attività di eterodirezione svolta dall'amministratore sarebbe comunque imputabile alla società controllata in ragione dell'immedesimazione organica¹³⁴: si lamenterebbe così, per assurdo, un'attività di "eterodirezione" svolta dalla società verso se stessa.

La dottrina ha però messo in luce come l'applicazione del secondo comma del 2497 all'amministratore di controllata determinerebbe, in capo a quest'ultimo, un cumulo di responsabilità difficilmente conciliabili.

Innanzitutto perché si tratta del risarcimento di un danno provocato, in primo luogo, al patrimonio della società e, solo di riflesso, a quello personale del socio. L'azione di responsabilità, se estesa ex art. 2497 2° comma, nei confronti degli amministratori della società soggetta a direzione e coordinamento, corre quindi il rischio di intrecciarsi, e talvolta sovrapporsi, con le ordinarie azioni di responsabilità direttamente esercitabili nei confronti degli amministratori di società: quelle previste dagli artt. 2393 e ss. c.c., in caso di società per azioni, e

¹³³ V. *supra* par. precedente.

¹³⁴ Salva la responsabilità dell'amministratore per negligente attuazione della direzione unitaria.

quelle disciplinate dall'art. 2476 c.c.¹³⁵ per la società a responsabilità limitata. In entrambi i casi si rischierebbe una contraddizione.

Al socio infatti verrebbe in tal modo consentito l'esercizio di un'azione, individuale, per il risarcimento di un danno, sociale, che ha sofferto solo indirettamente. Circostanza che, ai sensi dell'art. 2395, sarebbe invece inibito al socio di spa monade.¹³⁶

Una parte della dottrina ha poi sostenuto che in caso di srl facente parte di un gruppo, vi sarebbe una contraddizione ulteriore, che consiste nel fatto che, considerando gli amministratori di controllata responsabili verso i creditori ex art. 2497 II comma, verrebbe sostanzialmente ripristinata quell'azione di responsabilità dei creditori sociali che l'art. 2476 sembra invece non aver voluto ricomprendere nella disciplina di quel tipo sociale.¹³⁷ Tuttavia l'affermazione

¹³⁵ V. art. 2476 c.c. “Responsabilità degli amministratori e controllo dei soci [1] Gli amministratori sono solidalmente responsabili verso la società dei danni derivanti dall'inosservanza dei doveri ad essi imposti dalla legge e dall'atto costitutivo per l'amministrazione della società. Tuttavia la responsabilità non si estende a quelli che dimostrino di essere esenti da colpa e, essendo a cognizione che l'atto si stava per compiere, abbiano fatto constare del proprio dissenso.[2] I soci che non partecipano all'amministrazione hanno diritto di avere dagli amministratori notizie sullo svolgimento degli affari sociali e di consultare, anche tramite professionisti di loro fiducia, i libri sociali ed i documenti relativi all'amministrazione.[3] L'azione di responsabilità contro gli amministratori è promossa da ciascun socio, il quale può altresì chiedere, in caso di gravi irregolarità nella gestione della società, che sia adottato provvedimento cautelare di revoca degli amministratori medesimi. In tal caso il giudice può subordinare il provvedimento alla prestazione di apposita cauzione.[4] In caso di accoglimento della domanda la società, salvo il suo diritto di regresso nei confronti degli amministratori, rimborsa agli attori le spese di giudizio e quelle da essi sostenute per l'accertamento dei fatti.[5] Salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo, l'azione di responsabilità contro gli amministratori può essere oggetto di rinuncia o transazione da parte della società, purché vi consenta una maggioranza dei soci rappresentante almeno i due terzi del capitale sociale e purché non si oppongano tanti soci che rappresentano almeno il decimo del capitale sociale.[6] Le disposizioni dei precedenti commi non pregiudicano il diritto al risarcimento dei danni spettante al singolo socio o al terzo che sono stati direttamente danneggiati da atti dolosi o colposi degli amministratori. [7] Sono altresì solidalmente responsabili con gli amministratori, ai sensi dei precedenti commi, i soci che hanno intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi.[8] L'approvazione del bilancio da parte dei soci non implica liberazione degli amministratori e dei sindaci per le responsabilità incorse nella gestione sociale”.

¹³⁶ Sul punto v. più diffusamente *supra* capitolo II par. 4.

¹³⁷ V. RORDORF R. “I gruppi nella recente riforma del diritto societario” in “Le società”,

secondo cui mancherebbe una responsabilità dell'amministratore di srl verso i creditori sociali non è ad oggi pacifica.

Prima della riforma l'art. 2487 c.c.¹³⁸ prevedeva infatti la totale assimilazione delle srl alle spa sotto il profilo della responsabilità degli amministratori. Oggi invece questo aspetto è disciplinato, per le srl, dall'art. 2476 c.c., che secondo la dottrina succitata distingue i due tipi sociali sotto i seguenti aspetti:

a) mancato riferimento al canone della diligenza richiesta “dalla natura dell'incarico” e dalle “specifiche competenze”, richiesto invece dal 2392 c.c. per valutare la responsabilità dell'amministratore di spa;

b) mancanza di una norma equivalente all'art. 2394 per le spa.¹³⁹

La prima differenza è stata però attenuata, in via interpretativa, da autorevole dottrina che ha evidenziato la sostanziale equivalenza tra l'attuale e la vecchia formulazione dell'art. 2392 c.c.¹⁴⁰

Quanto alla seconda differenza la dottrina al momento prevalente ha obiettato che l'art. 2394 c.c. è una norma a carattere generale, quindi suscettibile di applicazione analogica a prescindere dall'art. 2476 c.c. Per quanto ancora manchi una pronuncia definitiva della Cassazione in tal senso¹⁴¹, il Tribunale di Milano si

5/2004, 538;

¹³⁸ V. art. 2487 c.c. testo preriforma “Amministrazione. Salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo l'amministrazione della società deve essere affidata a uno o più soci. Si applicano all'amministrazione della società gli artt. 2381, 2382, 2383, primo, terzo, quarto, quinto, sesto e settimo comma, 2384, 2384 bis, 2385, 2386, 2388, 2389, 2390, 2391 2392, 2393, 2394, 2395, 2396 e 2434.

¹³⁹ Infatti il primo comma del 2476 c.c. riproduce il 2393 per le spa, il terzo comma equivale al 2393-bis, e il sesto comma ribadisce quanto previsto dall'art. 2395 c.c. unica differenza è che solo che “ciascun socio” di srl può esercitare l'azione, mentre il 2393-bis richiede una minoranza qualificata dei soci di spa. V. 2393-bis “1] L'azione sociale di responsabilità può essere esercitata anche dai soci che rappresentino almeno un quinto del capitale sociale o la diversa misura prevista nello statuto, comunque non superiore al terzo.[2] Nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, l'azione di cui al comma precedente può essere esercitata dai soci che rappresentino un quarantesimo del capitale sociale o la minore misura prevista nello statuto.(...).”

¹⁴⁰ Sul punto v. più diffusamente *infra* cap. III par. 2.

¹⁴¹ L'ultima decisione di legittimità a tal proposito, Cassazione n°17121, 21-7-2010 in “Giustizia civile Massimario”2010,7-8,1063, non è risolutiva in quanto riconosce la

è recentemente pronunciato in senso favorevole all'applicazione del 2394 c.c. anche alle srl.¹⁴²

La posizione dell'amministratore di controllata resta, in ogni caso, problematica.

Nell'ipotesi più semplice del gruppo di spa, infatti, lo stesso amministratore potrebbe essere responsabile verso:

- a) la società controllata, per danno sociale, ex art. 2393;
- b) il socio di controllata, per danno individuale, ex art. 2395;
- c) il socio di minoranza di controllata, per quello che sembrerebbe un "danno sociale riflesso", ex art. 2497 II c.

A fronte di tale moltiplicazione di responsabilità, alcuni autori¹⁴³ hanno affermato che il danno da abuso di direzione unitaria poteva già essere fatto valere nei confronti dell'amministratore di controllata, alternativamente, ex art. 2393 c.c. (se arrecato alla società, come violazione del dovere di lealtà dell'amministratore a quest'ultima) o ex art. 2395 (se arrecato al socio, come danno ingiusto rientrante nella categoria generale ex art. 2043 c.c.). Se applicassimo anche l'art. 2497 2° c. avremmo dunque che gli amministratori, "per i medesimi fatti, potrebbero vedersi

legittimazione del curatore, in caso di fallimento della società (qualunque sia la tipologia), ad esercitare tutte le azioni di responsabilità verso gli amministratori, ex art. 146 L Fall. Essa dunque non conferma né nega che ci sia una legittimazione ex art. 2394 c.c. dei creditori di srl in quanto tali.

¹⁴² V. Trib. Milano 18-1-2011 in www.fallimento.it. Secondo i giudici, l'eventuale assenza di una disciplina della responsabilità degli amministratori delle srl verso i creditori sarebbe inconciliabile con il sistema di responsabilità degli organi gestori delineato dalla riforma. La mancata espressa previsione nelle nuove norme sarebbe, quindi, la conseguenza di una svista di coordinamento della normativa e non invece una scelta legislativa, anche perché non vi è alcuna menzione di tale circostanza nella relazione illustrativa del decreto di riforma del diritto societario. La sentenza, infine, evidenzia che una differente interpretazione determinerebbe problemi di legittimità costituzionale sia per una ingiustificata disparità di trattamento rispetto ai creditori della società per azioni, sia perché il legislatore delegato della riforma delle società non era stato autorizzato all'eliminazione dell'azione dei creditori sociali delle srl.

¹⁴³ V. SALAFIA V. "La responsabilità della holding nei confronti dei soci di minoranza delle controllate" in "Le società", 2 bis/2003, 390 "Sebbene il fatto costitutivo del diritto al risarcimento derivi dal comportamento anche degli amministratori della società controllata, tuttavia l'azione predetta può essere proposta solo contro gli amministratori (ed i sindaci o altri controllori) della società capogruppo; contro quelli della società controllata non può proporsi in quanto, essendo diretta al risarcimento di un danno indirettamente da loro provocato, vi osta l'art. 2395 c.c.."

esposti a pretese risarcitorie concorrenti”¹⁴⁴, non alternative, della società e del socio.

Questa sovrabbondanza di azioni può spiegarsi considerando che nell’amministratore di controllata si sovrappongono due piani: il piano della holding, le cui direttive giungono, per mezzo degli amministratori della capogruppo¹⁴⁵ all’amministratore di controllata, e il piano della società eterodiretta, danneggiata dall’esecuzione delle medesime direttive da parte del proprio amministratore.

Sul piano della controllante il socio non ha modo di impedire l’abuso di direzione unitaria, se non agendo ex post ex art. 2497 2° c. Sul piano della controllata invece il socio può vigilare sull’operato dell’amministratore tramite l’assemblea¹⁴⁶ e reagire con le normali azioni di responsabilità. Ma la difficoltà di distinguere cosa l’amministratore fa nell’interesse della propria società da cosa invece compie a vantaggio della holding, ha probabilmente spinto il legislatore ad una formulazione più ampia possibile del 2° comma, al fine di sanzionare in sede processuale ciò che non si è riusciti ad impedire in sede assembleare.

La possibilità, sostenuta dalla dottrina minoritaria, di ravvisare un regime differenziato di responsabilità dell’amministratore tra spa e srl, induce infine a considerare che, in caso di gruppo composto da più tipologie societarie, si risconterà una parte di disciplina uniforme, stabilita dal Capo IX, ed un’altra parte di disciplina differenziata in ragione del tipo societario.¹⁴⁷

¹⁴⁴ Così RORDORF R. opera cit. nota 64.

¹⁴⁵ Già ricompreso nell’art. 2497 II comma.

¹⁴⁶ Questo gli consentirebbe di prevenire quel “danno sociale”, destinato a riflettersi sul patrimonio individuale, il cui risarcimento può essere ottenuto solo dalla società ex art. 2393 e ss. Se il socio vuole evitare che la “proprietà” perda valore a causa di una cattiva amministrazione, deve interessarsi alla “gestione”, non può chiedere in giudizio il risarcimento di un danno dovuto alla sua incuria.

¹⁴⁷ in tal senso BUSSOLETTI M. - LA MARCA E., “Gruppi e responsabilità da direzione unitaria”, in Riv. dir. comm., 2010, I, 65. “l’ultimo comma dell’art. 2497-ter c.c. impone di applicare al recesso “dal gruppo” *“le disposizioni previste per il diritto di recesso del socio nella società per azioni o in quella a responsabilità limitata”*, *“a seconda dei casi ed in quanto compatibili”*. Si può ipotizzare che “a seconda dei casi” voglia distinguere il

Se si darà prevalenza alla normativa specifica, ciascuna controllata risulterà soggetta a previsioni differenti non solo sul versante “interno”, ma anche sul versante dei rapporti con la holding, il che determinerà, probabilmente, una scarsa fluidità dei movimenti infragruppo.

Se invece la prevalenza verrà attribuita alle norme sulla direzione e coordinamento, il quadro dei rapporti infragruppo risulterà più omogeneo, ma ciò andrà a discapito dell’“autonomia” della singole società: autonomia che consiste nella possibilità di scegliere, tra le modalità organizzative tipiche di ciascun tipo sociale e a seconda delle esigenze della singola impresa, se costituirsi come spa, come srl o altro.^{148 149}

richiamo a seconda del tipo di società diretta, se società per azioni o società a responsabilità limitata. Il recesso “dal gruppo” dovrà quindi distinguersi a seconda che si partecipi a società per azioni o a responsabilità limitata; vale a dire che alla verifica della compatibilità delle disposizioni sul recesso dovrà procedersi per compartimenti stagni, distinguendo nel gruppo le società per azioni dalle società a responsabilità limitata. Il profilo della compatibilità è taciuto dal legislatore, e dunque sul punto è quanto mai incerta l’indagine da svolgere. Per comprendere se sia possibile impedire il recesso rimuovendo il fatto che ne ha costituito il presupposto occorre allora guardare alla corrispondente disciplina di diritto comune, distinguendo le società per azioni dalle società a responsabilità limitata. La giurisprudenza anteriore alla riforma negava la possibilità che, intervenuta una deliberazione assembleare legittimante il recesso, la successiva revoca potesse privare di effetto il recesso *medio tempore* intervenuto. Però, con l’introduzione del comma 3 dell’art. 2437- *bis* c.c. il legislatore delle società per azioni consente oggi alla revoca della deliberazione che intervenga entro 90 giorni di privare d’efficacia il recesso già esercitato. Il legislatore delle società a responsabilità limitata invece sembra aver legittimato il ripensamento in ogni tempo del socio di maggioranza; a termini dell’ultimo comma dell’art. 2473 c.c., infatti, il recesso non può essere esercitato e, se già esercitato, è privo di efficacia, se la società revoca la delibera che lo legittima (ovvero se è deliberato lo scioglimento della società). La scelta non pare felicissima.”

¹⁴⁸ Nel caso della responsabilità ex art. 2497 II c., l’ampiezza della formulazione indurrebbe ricomprendere anche gli amministratori di srl controllata tra i responsabili, in solido con la capogruppo, verso i creditori sociali. La norma finirebbe quindi per prevalere sull’art. 2476 c.c., che nella sua interpretazione letterale, invece, sembrerebbe escludere tale responsabilità.

¹⁴⁹ Sempre nei limiti delle tipologie societarie contemplate dal codice civile.

8. Il preventivo soddisfacimento del pregiudizio da parte della società soggetta a direzione e coordinamento

La società eterodiretta è stata anch'essa ritenuta soggetto responsabile, in solido con l'ente capogruppo, verso i propri soci e creditori sociali¹⁵⁰ danneggiati dall'abuso di direzione e coordinamento. Tale responsabilità sarebbe ravvisabile nella misura in cui l'atto lesivo fosse immediatamente e giuridicamente riferibile alla stessa controllata.

E' chiaro che non c'è modo, per la controllante, di esercitare la direzione e coordinamento se non attraverso atti degli amministratori delle controllate, pur compiuti dietro sua indicazione. Considerato che, in via di principio, gli atti della società sono gli atti del suo amministratore, sarà ben difficile ipotizzare la totale l'estraneità della controllata all'abuso di direzione societaria.

La situazione della controllata appare ancor più complessa in ragione di quanto previsto dal 3° comma dell'art. 2497, che subordina l'azione del socio e del creditore sociale contro l'ente capogruppo alla condizione che gli attori non siano stati soddisfatti direttamente dalla stessa società della quale sono soci o creditori. Tale circostanza è tanto più singolare quanto più si considera che è proprio la società controllata la prima danneggiata dall'abuso di direzione unitaria.

Si ravvisa dunque un onere, del socio e del creditore, di richiedere preventivamente il soddisfacimento delle proprie ragioni alla società soggetta ad altrui direzione e coordinamento, la quale, in base ad una prima lettura della norma, potrà provvedere essa stessa, con mezzi tratti dal proprio patrimonio sociale, a tacitare quelle pretese, ferma altrimenti la possibilità per il socio o il creditore insoddisfatti di citare in giudizio per danni l'ente capogruppo.

Per quel che riguarda l'azione del creditore, alcuni autori hanno sostenuto che è ovvio che questi debba anzitutto sperimentare la possibilità di conseguire il pagamento del proprio credito da parte della società direttamente debitrice, in quanto solo nell'eventualità in cui il patrimonio sociale risulti incapiente il

¹⁵⁰ V. supra cap. II par.7.

creditore potrà successivamente agire ex 2497 per “ricostituire il patrimonio della società”.¹⁵¹

Tuttavia, contrariamente all'interpretazione succitata, non può sfuggire che il testo del 2497 non sembra attribuire al creditore vittorioso un diritto a chiedere, alla capogruppo, l'adempimento della prestazione che gli è dovuta dalla società controllata¹⁵². Il creditore che agisce contro la capogruppo a fronte di una “lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società”, sembra invece richiedere a quest'ultima il risarcimento di un danno diverso dall'inadempimento, ovvero il danno della riduzione del livello di garanzia del proprio credito, imputabile ad una direzione e coordinamento che ha di fatto impoverito il patrimonio della controllata.

Anche il danno al creditore sarebbe quindi un danno “indiretto” cagionato dalla capogruppo, la quale avrebbe depauperato il patrimonio della controllata mettendola così in condizione di dover danneggiare, “direttamente”, il creditore, con l'inadempimento o la minor garanzia dell'obbligazione.

Il suddetto danno sembra analogo a quello che integra l'azione ex art 2394 c.c., ovvero il danno cagionato dagli amministratori di spa monade ai creditori in ragione della “violazione degli obblighi inerenti alla conservazione del patrimonio sociale”. Tuttavia l'azione ex art. 2394 non è un'autonoma azione di danno del creditore,¹⁵³ ma è un'azione di responsabilità della società verso il proprio amministratore, che il creditore può esercitare al posto della società in ragione del rapporto di credito che lo lega a quest'ultima. La conferma di ciò emerge dal terzo comma dello stesso art. 2394 , nel momento in cui disciplina la rinuncia e la

¹⁵¹ V. in tal senso RORDORF R. “I gruppi nella recente riforma del diritto societario” in “Le società”, 5/2004, 538

¹⁵² L'azione di adempimento può essere esercitata dal creditore solo verso il suo debitore, cioè verso la società controllata. La capogruppo non è anch'essa debitrice del creditore.

¹⁵³ V. in tal senso VISENTINI G. “Della responsabilità degli amministratori” in “Principi di diritto commerciale”, Verona, 2008, 357; “ L'autonomia dell'azione dei creditori si potrebbe spiegare se dovessimo ritenere che gli amministratori hanno un vincolo fiduciario anche verso i creditori. Ma è configurazione difficile visto che il vincolo fiduciario è verso i soci (..)”.

transazione dell'azione da parte “della società”, e i relativi effetti rispetto al creditore.¹⁵⁴

Il fatto che l'azione ex 2497 c.c. non sia analoga a quella ex art. 2394 c.c., pur essendo analogo il pregiudizio lamentato, discende dunque dalla mancanza di un'azione “sociale” di responsabilità da direzione e coordinamento¹⁵⁵, mancanza da cui consegue che il creditore, con l'azione ex 2497, sta chiedendo il risarcimento di un danno “proprio”, che andrà a vantaggio del proprio patrimonio, e non di un danno “della controllata”, che andrebbe invece a vantaggio del patrimonio sociale.

Il danno subito in prima battuta dalla controllata resterà quindi, privo di riparazione, nel patrimonio della società, ma non solo: a questo si aggiungerebbe un danno ulteriore per la società laddove fosse costretta, in forza del 3° comma dell'art. 2497, a risarcire essa stessa il danno subito, di riflesso, dall'attore. Il risultato prospettato è evidentemente paradossale, il che ha spinto gran parte della dottrina, e di recente anche la giurisprudenza di merito, a cercare di evitarlo ricorrendo ad un'interpretazione conforme ai principi di diritto comune.¹⁵⁶

L'onere di richiedere il preventivo soddisfacimento alla controllata non sembra in ogni caso postulare una vera e propria preventiva escussione del patrimonio

¹⁵⁴ V. art. 2394 III comma “ La rinuncia all'azione da parte della società non impedisce l'esercizio dell'azione da parte dei creditori sociali. La transazione può essere impugnata dai creditori sociali soltanto con l'azione revocatoria [c.c. 2901] quando ne ricorrono gli estremi [c.c. 2393, 2393-bis, 2395]”

¹⁵⁵ V. BUSSOLETTI M. - LA MARCA E., “Gruppi e responsabilità da direzione unitaria”, in Riv. dir. comm., 2010, I, 65. “Il testo mai entrato in vigore del terzo comma dell'art. 2497 c.c., approvato nella preliminare deliberazione del Consiglio dei Ministri adottata nella riunione del 30 settembre 2002, precisava che l'azione “*di cui ai precedenti commi non pregiudica il diritto della società al risarcimento del danno ad essa cagionato*”, e che la medesima azione “*non è pregiudicata dalla rinuncia o transazione da parte della società*”. Da tale previsione sarebbero discese due importanti conseguenze: anzitutto, il sicuro riconoscimento della legittimazione anche della società ad agire nei confronti dei responsabili della direzione unitaria abusiva, e, inoltre, il probabile riconoscimento che la pendenza e l'esito dell'azione sociale di responsabilità avrebbero pregiudicato l'azione individuale.”

¹⁵⁶ Sulla possibilità evitare il paradosso del doppio danno v. *infra* cap III par. 8.

sociale, nei termini previsti dall'art. 2268 c.c.¹⁵⁷, bensì solo la dimostrazione di aver richiesto senza esito alla società l'adempimento del debito.

Ulteriori problemi riguardano poi l'azione del socio, il quale non è equiparabile ad un creditore sociale (non, almeno, finché è in vita la società) e non potrebbe perciò pretendere che la società cui egli partecipa gli liquidi una qualche somma per compensare la riduzione di valore patrimoniale della partecipazione o il mancato incasso di eventuali utili, sia pure imputabili ad atti di cattiva gestione del patrimonio sociale. "Una simile eventualità si porrebbe, oltre tutto, in contrasto con il fondamentale principio di postergazione delle ragioni dei soci rispetto a quelle dei creditori sociali, finendo per consentire forme non controllate e non opponibili di restituzione (almeno parziale) dei conferimenti prima che siano state estinte le passività sociali verso i terzi."¹⁵⁸

In sostanza poi la controllata, non avendo azione verso la controllante,¹⁵⁹ una volta soddisfatte le pretese del socio rimarrebbe priva di strumenti per rivalersi della perdita subita. Una perdita che sembrerebbe, come si è già anticipato parlando dell'azione del creditore, addirittura duplice.

La società infatti verrebbe danneggiata una prima volta dal proprio amministratore, il quale su indirizzo della controllante abbia dato esecuzione agli atti di eterodirezione abusiva, e subirebbe una perdita economica ulteriore nel caso fosse chiamata a soddisfare la pretesa del socio, pretesa che trae origine dal "riflesso" di un danno subito in prima battuta proprio dal soggetto obbligato a risarcirlo.¹⁶⁰

¹⁵⁷ V. Art. 2268 c.c. Escussione preventiva del patrimonio sociale. Il socio richiesto del pagamento di debiti sociali può domandare, anche se la società è in liquidazione, la preventiva escussione del patrimonio sociale, indicando i beni sui quali il creditore possa agevolmente soddisfarsi.

¹⁵⁸ V. RORDORF R. opera cit. nota 139.

¹⁵⁹ V. *supra* nota 150.

¹⁶⁰ V. *supra* nota 152.

9. La legittimazione attiva in caso di procedura concorsuale della società soggetta a direzione e coordinamento

Per quanto riguarda l'ambito delle procedure concorsuali, l'art. 2497, ultimo comma, sancisce che, nel caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa ed amministrazione straordinaria, di società soggetta alla altrui direzione e coordinamento, l'azione spettante ai creditori di questa è esercitata dal curatore, dal commissario liquidatore e dal commissario straordinario.

Secondo quella parte della dottrina che ritiene l'azione proposta dai creditori sociali “un'iniziativa destinata a ricostituire il patrimonio sociale”¹⁶¹, quest'ultima avrebbe natura di azione di massa e come tale deve essere esercitata dall'organo suddetto nell'interesse di tutti i creditori. “Diversamente, l'azione dei soci deve essere considerata di loro personale spettanza, riflettendo il diritto alla reintegra della redditività ed il valore della partecipazione sociale.”¹⁶²

Il socio danneggiato dalla controllante dovrebbe dunque, anche in pendenza di fallimento della propria società, esercitare individualmente, e non per mezzo del curatore fallimentare, l'azione ex art. 2497 c.c., cosa che del resto il codice prevede anche per l'azione risarcitoria ex art. 2395: in perfetta armonia con la natura (asserita) aquiliana¹⁶³ di entrambi i danni che ciascuna norma mira a risarcire.¹⁶⁴

Il creditore danneggiato invece esperirebbe la medesima azione per reintegrare il patrimonio sociale, andando quindi a vantaggio di tutti coloro che possano vantare pretese su detto patrimonio. In questo senso l'azione sarebbe “di massa”, e come tale spettante al curatore fallimentare.

¹⁶¹ V. *supra* par. precedente, opinione di RORDORF R.

¹⁶² V. LO CASCIO G. “Il nuovo diritto societario nelle procedure concorsuali” in “Il fallimento”, 2003, 6, 593;

¹⁶³ Stando a quanto indicato nella Relazione al decreto di riforma.

¹⁶⁴ Per quanto il danno ex art. 2497 c.c. sia subito dal socio quale “riflesso” del danno sociale, mentre quello ex art. 2395 c.c. si produce “direttamente” nel patrimonio del socio.

L'assetto risultante appare però contraddittorio.

Assumiamo che il danno subito, sia dal socio che dal creditore, sia sempre individuale. Nelle spa monadi l'azione che mira a risarcire questo tipo di danno è quella ex art.2395 c.c. utilizzabile dal socio e dal creditore di spa contro l'amministratore per il risarcimento del danno aquiliano. Tale azione deve essere esercitata, da entrambi, individualmente, e ciò anche in caso di procedura concorsuale pendente. Questo perché, presumibilmente, il legislatore ritiene che sia il socio che il creditore agiscano per il risarcimento di un danno "individuale" subito nella propria sfera patrimoniale.

Al contrario nel 2497 c.c., secondo l'interpretazione richiamata, legislatore sembra presupporre che solo il socio agisca a ristoro di un danno individuale, mentre il creditore agirebbe per il ristoro di un danno subito dalla "massa del ceto creditorio"¹⁶⁵.

Tuttavia di tale differenza non c'è traccia nella Relazione al decreto di riforma, che definisce la responsabilità ex art. 2497 c.c. "diretta" e "di stampo fondamentalmente aquiliano", a prescindere dal soggetto che la fa valere. L'opinione dottrinale che assimila l'azione ex 2497 c.c., esercitata dal creditore, a quella ex art. 2394 c.c. evidentemente non tiene conto di questa definizione, oltre che dell'assenza di un'azione sociale, esperibile dalla controllate, per responsabilità da direzione e coordinamento.¹⁶⁶

Ritenere l'azione dei creditori ex 2497 un'azione volta alla ricostituzione del patrimonio sociale, equivale a presupporre che la stessa controllata possa agire contro la controllante per il risarcimento del danno subito, danno che i creditori potrebbero far valere in sua vece ex art. 2497 c.c. Mancando però un'apposita azione in tal senso, l'unica via per cui la controllata potrebbe rivalersi nei riguardi della controllante sarebbe l'azione "generale" di responsabilità ex art. 2043 c.c.

¹⁶⁵ V. in tal senso RESCIGNO M. "Rapporti e interferenze tra riforma societaria e riforma fallimentare" in "Il nuovo diritto fallimentare (diretto da Jorio e coordinato da Fabiani)", Bologna 2007, 2130. In aggiunta, secondo l'autore, la reintegrazione del patrimonio sociale leso dovrebbe escludere l'azione del socio per il danno conseguentemente subito in termini di minor valore e redditività della sua partecipazione.

¹⁶⁶ V. *supra* par. precedente,

La difficoltà di individuare una soluzione definitiva e univoca per il socio e il creditore, lascia dunque spazio a ulteriori dubbi su cosa effettivamente si intenda per “natura” della responsabilità ex art. 2497, e sulla possibilità che tale natura cambi a seconda che ad agire sia il socio di minoranza o il creditore. Inoltre, anche alla luce di quanto si dirà nel prossimo capitolo circa la possibilità della controllata di agire contro la capogruppo, emerge come il problema della natura dell'azione di responsabilità non si riconduca solo alla dicotomia contrattuale o aquiliana, ma anche alla qualificazione dell'azione come diretta, (nei confronti della holding) o surrogatoria (dell'azione della controllata nei confronti della controllante).

CAPITOLO TERZO

LE PROBLEMATICHE POSTE DALL'ART. 2497 E LA POSSIBILE APPLICAZIONE DELLE REGOLE DI DIRITTO COMUNE

1. Responsabilità contrattuale o aquiliana: la scelta della riforma, la posizione della giurisprudenza e la rilevanza pratica della distinzione.

La responsabilità da direzione e coordinamento, come già evidenziato¹⁶⁷, sembrerebbe avere natura extracontrattuale, posto che il testo della Relazione alla Riforma definisce la responsabilità della holding, nei confronti sia dei soci sia dei creditori, quale responsabilità di “stampo fondamentalmente aquiliano”.

In senso conforme a questa definizione si registra, tra le altre¹⁶⁸, una sentenza del Tribunale di Pescara del 2009¹⁶⁹, riguardante un'azione di responsabilità da direzione e coordinamento promossa dai soci della società X contro la società Y, affiliante della società X in virtù di un contratto di franchising¹⁷⁰ tra di esse in essere. In particolare gli attori lamentavano che la società Y (affiliante), in forza del suddetto contratto¹⁷¹, avesse esercitato abusivamente l'eterodirezione, avendo

¹⁶⁷ V. *supra* cap. II par. 2.

¹⁶⁸ Nello stesso senso v. anche Trib. Novara 12-1-2010, in www.dejure.giuffre.it.

¹⁶⁹ V. Trib. Pescara 3-2-2009 in “Giur. Merito”2010, 11, 2740;

¹⁷⁰ Con il contratto di franchising un produttore o rivenditore di beni od offerente di servizi (franchisor, o affiliante), al fine di allargare il proprio giro commerciale e di aumentare le proprie capacità di penetrazione nel mercato - creando una rete di distribuzione senza dover intervenire direttamente nelle realtà locali - concede, verso corrispettivo, di entrare a far parte della propria catena di produzione o rivendita di beni o di offerta di servizi ad un autonomo ed indipendente distributore (franchisee, o affiliato), che, con l'utilizzarne il marchio e nel giovare del suo prestigio ha modo di intraprendere un'attività commerciale e di inserirsi nel mercato con riduzione del rischio.

¹⁷¹ L'attore asseriva l'esperibilità dell'azione di responsabilità da direzione e coordinamento in forza dell'art. 2497-septies: “Coordinamento fra società. Le disposizioni del presente capo si applicano altresì alla società o all'ente che, fuori dalle ipotesi di cui all'art. 2497-sexies, esercita attività di direzione e coordinamento di società sulla base di un contratto con le società medesime o di clausole dei loro statuti”. Nel caso

agito con l'intento di aggravare lo stato di dissesto dell'affiliata, svilendone il valore aziendale e portando così i soci di quest'ultima a cederle le quote ad un prezzo irrisorio.¹⁷² Il Tribunale, nel rigettare la domanda degli attori, ribadisce che le norme sulla responsabilità da direzione e coordinamento tipizzano “un' ipotesi di fatto illecito ex art. 2043 e segg. c.c., il quale si risolve nella descrizione di un nesso, che leghi storicamente un evento dannoso (nella specie la lesione della *redditività e del valore della partecipazione sociale della società controllata*) ad un soggetto (il controllante) chiamato a risponderne sulla base di una condotta antiggiuridica (nella specie, l'aver perseguito un interesse proprio violando i principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale della controllata)”. Nel caso esaminato, secondo il Tribunale, mancava la prova dell'antigiuridicità della condotta, cioè del fatto che l'affiliante avesse agito consapevolmente in danno dell'affiliata. La società affiliante aveva, infatti, sempre operato nei limiti dei poteri che le derivavano dal contratto di franchising: quindi in modo assolutamente lecito.

A diverse conclusioni, circa la natura della responsabilità della controllante verso i soci e i creditori della controllata, giunge invece il Tribunale di Milano in una pronuncia del 2011.¹⁷³ L'azione era stata proposta dal socio di controllata nei confronti della holding e dell'amministratore di questa, ritenuti dall'attore responsabili, rispettivamente, per violazione del 1° e 2° comma dell'art.2497 c.c.

Il Tribunale milanese, nel rigettare entrambe le domande attoree, ha affermato che la disposizione di cui al 1° comma “prefigura, con riferimento ai soci della società

di specie il Tribunale di Pescara ha poi ammesso che il contratto di franchising tra le due società fosse tale da determinare una situazione di eterodirezione, ma ha negato che nella fattispecie ci fosse stato un “abuso” di eterodirezione, in quanto l'affiliata sarebbe sempre stata libera di non adottare quanto suggerito dall'affiliante.

¹⁷² Secondo i soci della società affiliata quest'ultima non avrebbe avuto alcuna possibilità di svincolarsi dal rapporto, pregiudizievole, intrattenuto con l'affiliante, perché quest'ultima, dalla sua posizione di superiorità, l'aveva indotta a concludere una serie di accordi *ad hoc*, accordi che l'avevano intrappolata in una “gabbia blindata” di rapporti giuridici, dai quali era praticamente impossibile recedere senza subire enormi pregiudizi.

¹⁷³ V. Trib. Milano 17-6-2011 in “Repertorio della Giustizia Civile”, 2011, 6590.

eterodiretta¹⁷⁴, un'ipotesi di responsabilità di natura contrattuale¹⁷⁵, in quanto la società controllante, nel momento in cui esercita la direzione unitaria, è tenuta al rispetto di particolari obblighi di correttezza (ossia il rispetto dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società eterodirette) verso la società controllata e verso i suoi soci: obblighi la cui violazione non può essere sanzionata con un rimedio ascrivibile alla categoria, generale e residuale, della responsabilità aquiliana.¹⁷⁶ Anche in questo caso, però, il Tribunale ha ritenuto le pretese del socio infondate, perché mancava:

a) la prova del nesso causale tra la condotta della controllante e il danno subito, in quanto l'attore non ha dimostrato che, in assenza dell'atto ritenuto lesivo, le sue partecipazioni avrebbero avuto maggior valore¹⁷⁷;

b) la prova dell'antigiuridicità della condotta, in quanto il comportamento che, secondo l'attore, la controllante avrebbe dovuto tenere, in luogo di quello lesivo,

¹⁷⁴ E' significativo che il Tribunale non dica lo stesso per la responsabilità nei confronti dei creditori sociali. V: *supra* cap. II par. 3 e 10.

¹⁷⁵«Poiché per un verso è la stessa norma a prevedere obblighi di corretto esercizio del potere di direzione e coordinamento in capo alla holding e nei confronti della società che vi soggiace che trascendono ampiamente il generale dovere di astensione da atti lesivi, e, per altro verso, sembra evidente (è introdotto un caso speciale di responsabilità diretta per danno riflesso al valore e alla redditività della partecipazione [...]) che quell'obbligo non sia volto solo a tutelare la società eterodiretta, essendo invece palese che esso concerne anche le posizioni soggettive dei suoi soci, specie quelli di minoranza» così Trib. Milano 17-6-2011 in “Repertorio della Giustizia Civile”, 2011, 6590.

¹⁷⁶ Il tribunale ha poi, in ogni caso, rigettato l'azione del socio. Quest'ultimo lamentava che il proprio amministratore, il quale era anche amministratore delegato della controllante, aveva rinunciato al diritto di prelazione spettante alla controllata sull'acquisto di partecipazioni azionarie. A seguito di tale rinuncia le medesime partecipazioni erano state invece acquistate dalla controllata, che aveva poi realizzato una plusvalenza notevole rivendendole con più contratti separati. L'attore lamenta che, a seguito della rinuncia alla prelazione, il patrimonio della società controllata ha subito un danno di mancata valorizzazione, pari alla plusvalenza realizzata dalla controllante e non realizzata dalla controllata in forza della suddetta rinuncia. Tale mancata valorizzazione si è poi riflessa, indirettamente, sulla posizione del socio attore, che ha subito a sua volta il danno della mancata valorizzazione della propria partecipazione come socio di minoranza della controllata.

¹⁷⁷ L'attore non ha dimostrato che, se l'amministratore non avesse rinunciato alla prelazione, la controllata avrebbe avuto i mezzi per acquistare le partecipazioni e realizzare così una plusvalenza,

atteneva il piano della discrezionalità delle scelte di gestione della controllante.¹⁷⁸ Sebbene la contrapposizione concettuale della giurisprudenza di merito, circa la natura aquiliana o contrattuale della responsabilità da direzione e coordinamento, appaia netta, essa andrebbe letta a mio parere alla luce di quanto precisato dalla Cassazione in una fondamentale sentenza del 2007. In questa decisione, adottata a Sezioni Unite, si legge che la responsabilità “può dirsi contrattuale non soltanto nel caso in cui l'obbligo di prestazione derivi propriamente da un contratto, nell'accezione che ne dà il successivo art. 1321 c.c.¹⁷⁹, ma anche in ogni altra ipotesi in cui essa dipenda dall'inesatto adempimento di un'obbligazione preesistente, quale che ne sia la fonte.”¹⁸⁰

Il criterio distintivo tra responsabilità contrattuale *lato sensu* e aquilana sembra essere, dunque, la preesistenza o meno, rispetto all'obbligazione risarcitoria, di un obbligo giuridico in capo al convenuto nei confronti dell'attore: obbligo che non è formalizzato in un contratto, ma trae comunque origine da un “contatto” tra le parti.

In base a quest'ultimo indirizzo della Cassazione, la classica distinzione tra responsabilità aquiliana e contrattuale non scompare, ma si arricchisce di una

¹⁷⁸ L'attore aveva affermato che la controllante non ha agito conformemente ai principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale perché, alla luce dei presupposti di fatto (la controllata era già socia al 50% della società alienante) la controllante ha agito in senso contrario all'interesse della controllata non consentendole di esercitare la prelazione.

Il Giudice nega le affermazioni dell'attore, in quanto, nel caso di specie, la controllata non poteva esercitare la prelazione con mezzi propri, ma avrebbe dovuto ricorrere all'indebitamento o ad un aumento di capitale: tutte decisioni che attengono al merito delle scelte imprenditoriali e di gestione della controllante (socia di maggioranza della controllata).

¹⁷⁹ V. art. 1321 c.c. “Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale”

¹⁸⁰ Così Cassazione SS.UU. n° 14712, 26-6-2007 in “Guida al diritto”2007, 29, 42.”Ne deriva che la distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale sta essenzialmente nel fatto che quest'ultima consegue dalla violazione di un dovere primario di non ledere ingiustamente la sfera di interessi altrui, onde essa nasce con la stessa obbligazione risarcitoria, laddove quella contrattuale presuppone l'inadempimento di uno specifico obbligo giuridico già preesistente e volontariamente assunto nei confronti di un determinato soggetto (o di una determinata cerchia di soggetti)”

“terza via” intermedia, la responsabilità “da contatto”, in forza della quale l'attore, pur non essendoci un contratto tra sé e il convenuto, gode della stessa disciplina che il codice riserva alle azioni di responsabilità derivanti da contratto¹⁸¹.

Queste affermazioni della Suprema Corte consentono di prescindere dall'esistenza o meno di un contratto tra socio e capogruppo o tra creditore e capogruppo, e di valutare la natura della responsabilità da direzione e coordinamento in base al diverso criterio della preesistenza o meno, rispetto all'obbligazione risarcitoria, di un “obbligo giuridico specifico e volontariamente assunto” dalla holding rispetto al socio o al creditore.

Ricostruite le alternative giurisprudenziali circa la natura della responsabilità da direzione e coordinamento, e individuato il parametro alla stregua del quale svolgere l'indagine, è opportuno a questo punto chiarire se il dibattito in merito sia realmente utile, e dunque se derivino conseguenze pratiche dal collocare l'azione ex art. 2497 c.c. nell'ambito della responsabilità aquiliana piuttosto che contrattuale, e viceversa.

Sul versante dell'onere probatorio, alla luce delle sentenze di merito esaminate, sembra che non cambi granché per l'attore, in quanto quest'ultimo è sempre chiamato a provare la condotta (eterodirezione), l'antigiuridicità (cioè la colpa/negligenza, che qui consiste nella violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale), l'evento dannoso e il nesso causale. Sul punto si tornerà, in ogni caso, più diffusamente nei paragrafi successivi.¹⁸²

Un profilo di distinzione potrebbe essere quello dell'entità dei danni risarcibili: l'art. 1225 c.c., dettato in tema di inadempimento contrattuale e non richiamato dal

¹⁸¹ La nuova categoria giurisprudenziale, elaborata per la prima volta dalla Cassazione rispetto al rapporto medico-paziente, nasceva principalmente per tutelare il paziente che, pur in assenza di contratto con il medico, si fosse affidato a quest'ultimo, confidando che la prestazione medica sarebbe stata eseguita in maniera conforme a quanto fosse ragionevole aspettarsi da un soggetto con quelle particolari caratteristiche. Dal caso specifico del medico si è poi arrivati, gradualmente, ad estendere questo tipo di responsabilità a tutti quei rapporti basati sul cosiddetto “contatto sociale”, cioè su una situazione di affidamento ingenerata dalle posizioni che, di fatto, chi esegue un'attività ricopre rispetto a chi la subisce.

¹⁸² V. *infra* par. 3.

2056 c.c. per la responsabilità aquiliana, limita il risarcimento al solo danno che poteva prevedersi nel tempo in cui è sorta l'obbligazione. Il ristoro anche dei danni imprevedibili si avrebbe solo in caso di dolo del debitore.¹⁸³

Dunque, in forza dell'art. 1223 c.c., l'autore del fatto illecito risponde sempre anche dei danni che non erano "prevedibili", mentre il debitore ne risponde solo nel caso di cui all'art. 1225 c.c.

Peraltro, la Cassazione¹⁸⁴ ha specificato che per definire il danno come prevedibile occorre rifarsi al criterio della prevedibilità "astratta", e non della prevedibilità riferibile allo specifico debitore.

Detto ciò, va ricordato che la tutela ex art. 2497 sembra riguardare interessi di natura esclusivamente patrimoniale, considerato che i danni rilevanti per l'esercizio dell'azione ricadono sul "valore" e sulla "redditività" di una partecipazione societaria, oppure sull'integrità del patrimonio sociale: per questo tipo di interessi è difficile immaginare delle variazioni che non siano prevedibili neppure astrattamente.¹⁸⁵

Se, dunque, i danni ex art. 2497 risultano tutti, o quasi, astrattamente prevedibili, la distinzione tra responsabilità contrattuale e aquiliana sembra avere scarso rilievo sotto il profilo dell'individuazione dei danni risarcibili.

L'aspetto di maggiore interesse sembra comunque quello della prescrizione,

¹⁸³ Peraltro, v. FIGA'-TALAMANCA G., GENOVESE A. "Riforma del diritto societario e gruppi di società" in "Vita notarile" 2004, Palermo, 1189, secondo parte della dottrina anche la responsabilità aquiliana, nella tutela di interessi patrimoniali, non si estende alle conseguenze impreviste e imprevedibili dall'agente del danno. In quest'ottica la distinzione perderebbe quindi ulteriore rilievo.

¹⁸⁴ V. Cassazione n° 16763, 29-7-2011 in "Giust. Civ".2011,12,I,2811. "Al riguardo va avvertito che l'imprevedibilità alla quale la citata norma codicistica fa riferimento non costituisce un limite all'esistenza del danno, ma alla misura del suo ammontare, determinando, infatti, la limitazione del danno risarcibile a quello prevedibile non da parte dello specifico debitore, bensì avendo riguardo alla prevedibilità astratta inerente ad una determinata categoria di rapporti, sulla scorta delle regole ordinarie di comportamento dei soggetti economici e, cioè, secondo un criterio di normalità in presenza delle circostanze di fatto conosciute".

¹⁸⁵ Potrebbe quindi risultare difficile conciliare il risarcimento dei questo tipo di danni con la necessità di evitare una successiva azione ex art. 2041 c.c. (ingiustificato arricchimento).

considerato che il testo della norma non fornisce indicazioni espresse sul punto.

Le Sezioni Unite hanno, infatti, recentemente ribadito che la natura della responsabilità incide sul periodo necessario per il maturare della prescrizione della relativa azione.¹⁸⁶

Prima di ricorrere all'argomento della natura della responsabilità per individuare il termine di prescrizione applicabile, occorre verificare se non sia possibile dedurlo alla stregua delle norme codicistiche.

In generale, l'art. 2946 c.c. stabilisce che i diritti si prescrivono in dieci anni, salvo diversa previsione di legge; dunque l'azione ex art. 2497 c.c. dovrebbe prescriversi anch'essa in dieci anni laddove non venisse ricondotta a nessuna delle disposizioni che prevedono un termine di prescrizione differente.

In primo luogo, considerato che i due legittimati attivi dell'azione di responsabilità, socio e creditore, fanno valere in giudizio due posizioni che paiono alquanto eterogenee¹⁸⁷, si ritiene opportuno valutare singolarmente le rispettive azioni.

Quanto all'azione del socio, la dottrina ha ritenuto applicabili, alternativamente, due disposizioni: l'art. 2947 c.c. 1° comma¹⁸⁸, che prevede un termine di prescrizione quinquennale per le azioni di risarcimento del danno derivanti da fatto illecito¹⁸⁹, e l'art. 2949 c.c. 1° comma, che riserva un termine di prescrizione

¹⁸⁶ V. in tal senso Cassazione SS.UU. n° 14712, 26-6-2007 in “Guida al diritto”2007,29,42; in materia di responsabilità *lato sensu* contrattuale della banca per violazione art. 43 della L. assegni: “La conclusione cui si è pervenuti circa la natura della responsabilità di cui si discute ha un'ovvia quanto immediata conseguenza in ordine al termine di prescrizione cui è soggetta l'azione di risarcimento proposta dal danneggiato. Esclusa la natura aquiliana di detta responsabilità, è infatti evidente che nessuno spazio può trovare, in un caso come questo, la disposizione dell'art. 2947 c.c., secondo cui il diritto al risarcimento del danno derivante da fatto illecito si prescrive in cinque anni dal giorno in cui il fatto si è verificato. Resta invece applicabile, in difetto di altra disposizione che più specificamente si attagli alla fattispecie, il regime della prescrizione ordinaria decennale stabilito dall'art. 2946 c.c., come statuito dal l'impugnata sentenza.”

¹⁸⁷ V. *supra* cap. II par. 3.

¹⁸⁸ V. art. 2947 1° comma “Prescrizione del diritto al risarcimento del danno. Il diritto al risarcimento del danno derivante da fatto illecito si prescrive in cinque anni dal giorno in cui il fatto si è verificato”.

¹⁸⁹ Salva la possibilità di maggiore durata se il fatto integra gli estremi del reato di

quinquennale alle azioni derivanti dai rapporti sociali.¹⁹⁰

Entrambe le soluzioni prospettate, tuttavia, si prestano a specifiche obiezioni: l'art. 2947 1° comma si riferisce chiaramente alle azioni di natura aquiliana, e, come si è visto, non è pacifica, ad oggi, l'attribuzione di tale natura all'azione ex art. 2497 c.c., quanto al 2949 1° comma si potrebbe obiettare che quest'ultima disposizione si riferisce alle azioni derivanti dai “rapporti sociali”, laddove invece il socio di minoranza non riveste la qualità di socio della controllante, dunque il rapporto da cui deriverebbe l'azione di responsabilità della capogruppo non sarebbe un vero e proprio rapporto “sociale”.

Nessuna delle norme del codice sembrerebbe, dunque, applicabile in via del tutto pacifica e risolutiva all'azione del socio.

La durata della prescrizione dovrebbe, quindi, essere chiarita a seconda della natura contrattuale o aquiliana della relativa azione, come suggerito dalla citata sentenza delle Sezioni Unite del 2007.

Per quanto riguarda l'azione dei creditori ex art. 2497, invece, è da ritenere applicabile il 2° comma dell'art. 2949 c.c., il quale prevede che l'azione dei creditori verso gli amministratori sia soggetta al termine di prescrizione quinquennale. L'ente controllante infatti ben può considerarsi l'amministratore di fatto¹⁹¹ della società debitrice; ciò consentirebbe dunque di applicare il termine

infedeltà patrimoniale ex art. 2634 c.c. o ricorrono altre tra le condizioni ex art. 2947 3° comma.

¹⁹⁰ V. art. 2949 c.c. “I) Si prescrivono in cinque anni i diritti che derivano dai rapporti sociali, se la società è iscritta nel registro delle imprese. II) Nello stesso termine si prescrive l'azione di responsabilità che spetta ai creditori sociali verso gli amministratori nei casi stabiliti dalla legge.”

¹⁹¹ V. Cassazione n° 6719, 12-3-2008 in “Giust. civ. Mass.” 2008, 3, 410: “In tema di responsabilità degli amministratori delle società di capitali la relativa disciplina è applicabile anche a coloro i quali si siano ingeriti nella gestione sociale in assenza di una qualsivoglia investitura, ancorché irregolare o implicita, da parte della società, così individuandosi il cosiddetto amministratore di fatto; ne consegue che, accertato il predetto inserimento dalle direttive impartite e dal condizionamento delle scelte operative dell'ente, si ha sospensione della decorrenza dei termini di prescrizione dell'azione di responsabilità prevista per gli amministratori finché sono in carica, ai sensi dell'art. 2941, n. 7, c.c.”.

quinquennale anche all'azione del creditore nei confronti dell'ente controllante. Qualunque sia la soluzione, comunque, l'inizio del decorso della prescrizione coinciderebbe con il verificarsi del danno o, meglio, con il momento in cui l'evento dannoso sia divenuto conoscibile.

L'individuazione del *dies a quo* è, però, notevolmente complicata dalla previsione, contenuta nel 1° comma dell'art. 2497, secondo cui il danno potrebbe risultare mancante alla luce del risultato complessivo della direzione della holding.

Se, infatti, si adotta un'interpretazione "elastica" della nozione di vantaggi compensativi¹⁹², non è possibile stabilire a priori fino a quale momento il pregiudizio cagionato al patrimonio della controllata possa essere compensato dai vantaggi "fondatamente prevedibili". In questo modo risulterebbe difficile non solo individuare il momento in cui si è verificato il pregiudizio, ma anche stabilire se un pregiudizio ci sia effettivamente stato oppure no¹⁹³.

La situazione si complica ulteriormente se consideriamo che, nel rapporto tra capogruppo e socio di minoranza, non opera la causa di sospensione della prescrizione, prevista ex art. 2941 n.7¹⁹⁴, intercorrente tra le persone giuridiche e i loro amministratori ai fini delle azioni di responsabilità contro questi ultimi. I soci, infatti, non sono persone giuridiche, e, quindi, per l'intero svolgersi della direzione unitaria il termine di prescrizione, quinquennale o decennale che sia, continuerebbe a decorrere.

Cercando di risolvere il problema della prescrizione rispetto al socio, non si può negare che le difficoltà relative all'esercizio dell'azione sarebbero meno opprimenti a fronte di una prescrizione decennale, se non altro perché il socio

¹⁹² V. *supra* cap. II par. 6.

¹⁹³ V. PENTA A. "La natura della responsabilità per abuso di attività di direzione e coordinamento" in "Dir. Fall.", 2009, 2, 235; "Si pensi al caso della commessa di grandi opere (quali la realizzazione di uno stabilimento o la costruzione di un oleodotto), in cui il risultato complessivo potrebbe essere valutato solo sulla base del rendiconto finale, con la conseguenza che l'azione non potrebbe essere proposta sino a che l'opera non fosse stata completata".

¹⁹⁴V. art. 2941 c.c. n 7, secondo cui la prescrizione rimane sospesa "tra le persone giuridiche e i loro amministratori, finché sono in carica, per le azioni di responsabilità contro di essi"

avrebbe, in questo modo, più tempo a disposizione per valutare “se” e “come” esercitare l’azione di responsabilità.

La valutazione sul punto non può, però, basarsi su cosa sarebbe più utile al socio, ma deve seguire le indicazioni della Cassazione, la quale ha sostenuto che il termine di prescrizione ordinaria decennale si applica alle azioni “di natura non aquiliana” e per le quali non risulti applicabile una disposizione specifica sul termine di prescrizione¹⁹⁵. Posto che una disposizione specifica, rispetto all'azione del socio, non sembra ad oggi pacificamente applicabile, occorre valutare se tale azione possa qualificarsi come avente natura “non aquiliana” ed in tal caso, a mio parere, sarebbe forse plausibile attribuirle un termine di prescrizione decennale.¹⁹⁶

Di recente, ad esempio, la Suprema Corte ha attribuito natura *lato sensu* contrattuale, con conseguente applicazione del termine di prescrizione decennale, all'azione risarcitoria proposta dal terzo danneggiato contro la Banca che aveva violato le norme sulla corretta circolazione degli assegni ex art. 43 R.D. 21 dicembre 1933, n. 1736 (L. Assegni).¹⁹⁷

L'aspetto più interessante della sentenza richiamata¹⁹⁸, ai fini dell'indagine sulla natura della responsabilità ex art. 2497, è che la Corte riconosce natura contrattuale all'azione di un terzo che non ha un rapporto contrattuale con la Banca, ma che è stato occasionalmente danneggiato dalla violazione delle norme che disciplinano il rapporto tra la Banca e il proprio cliente.¹⁹⁹

La Cassazione basa queste affermazioni sul fatto che il terzo, nei confronti della Banca, si trova in una posizione di “affidamento” rispetto alla cura del proprio

¹⁹⁵ V. *supra* nota 178.

¹⁹⁶ V. *supra* nota 186.

¹⁹⁷ L'articolo stabilisce che gli assegni muniti di clausola di non trasferibilità possono essere pagati solo al prenditore indicato nei titoli, o altrimenti girati per l'incasso ad un banchiere, onde la banca che abbia invece eseguito il pagamento a persona diversa ne risponde nei confronti di chi, per la violazione di esse, abbia sofferto un danno.

¹⁹⁸ V. Cassazione SS.UU. n° 14712, 26-6-2007 cfr. nota 186.

¹⁹⁹ La Banca ha un obbligo *stricto sensu* contrattuale solo verso chi emette l'assegno, obbligo che consiste nel pagare a chi risulti intestatario dell'assegno. Non c'è un contratto tra la Banca e il soggetto, terzo, cui viene intestato l'assegno.

interesse ad una corretta circolazione del titolo, affidamento giustificato dal ruolo che la stessa Banca si trova, volontariamente, a ricoprire in materia di circolazione di assegni.

E', dunque, possibile ravvisare un'analogia tra la posizione del terzo rispetto alla banca e la posizione che il socio di minoranza assume rispetto alla capogruppo? La holding si trova, di fatto, in una posizione da cui gestisce gli interessi anche dei soci di minoranza, e lo fa in ragione di un ruolo, quello di capogruppo, che assume volontariamente e prima che nasca l'obbligo risarcitorio, cioè quando inizia ad esercitare l'eterodirezione su quella specifica controllata, e dunque anche sui suoi soci di minoranza.

Quanto ai creditori della controllata, sembra, invece, difficile ipotizzare un obbligo, preesistente e specifico, della capogruppo nei loro confronti. La holding, non sceglie di curare gli interessi dei suoi creditori individualmente considerati, ma è costretta, in via generale, a non pregiudicare le aspettative del ceto creditorio, per evitare di incorrere in responsabilità.

La natura contrattuale o aquiliana dell'azione ex art. 2497, rileverebbe comunque, ai fini del termine di prescrizione, solo per l'azione dei soci di minoranza, in quanto all'azione dei creditori sembra pacificamente applicabile il termine di prescrizione quinquennale in forza dell'art. 2949 2° comma, riguardante l'azione dei creditori nei confronti dell'amministratore.

Va tuttavia posto in luce che, applicando il termine di prescrizione ordinaria all'azione del socio, si verrebbe a creare l'unico caso in materia societaria di azione con prescrizione decennale, ammesso che, come si è già anticipato, il rapporto tra socio di minoranza e holding possa definirsi un rapporto *stricto sensu* sociale.²⁰⁰

2. Colpa e diligenza come criteri guida per l'individuazione dei principi di

²⁰⁰ V. art. 2949 1° e 2° comma cfr. nota 190. In forza di queste due norme tutti i rapporti in ambito societario finiscono per essere assoggettati al termine di prescrizione quinquennale.

corretta gestione.

Le sentenze di merito esaminate nel paragrafo precedente, pronunciate rispettivamente del Tribunale di Milano e dal Tribunale di Pescara, mettono in luce quanto sia difficile, per l'attore ex art. 2497, dimostrare la violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale da parte della capogruppo²⁰¹. In entrambi i casi, infatti, l'azione di responsabilità ex art. 2497 c.c. è stata rigettata perché l'attore non aveva raggiunto la prova della violazione dei suddetti principi, limitandosi a prospettare ipotesi di condotta corretta della holding, alternative a quelle asserite lesive, che non potevano, secondo il Tribunale, considerarsi “dovute”, in quanto attenevano al piano della mera discrezionalità delle scelte di gestione.

Tale difficoltà probatoria deriva con tutta evidenza da una problematica che è essenzialmente interpretativa, in quanto l'operatore si trova a dover riempire di contenuto una formula che il legislatore ha voluto fosse estremamente generica. Questo intento del legislatore emerge chiaramente dalla Relazione alla Riforma, nella quale si legge che la formulazione, così ampia, dei principi di corretta gestione dovrà essere interpretata dalla dottrina e dalla giurisprudenza in modo da individuare, in base al contesto economico di riferimento, le norme più idonee a garantire la tutela del “bene partecipazione sociale”.

L'indagine ricostruttiva di tali principi sembra debba partire dalla considerazione che essi costituiscono, nell'ambito della direzione e coordinamento di società, il parametro dell'agire corretto della holding: l'agire, cioè, che non comporta responsabilità per chi l'ha posto in essere, anche nell'ipotesi in cui da quella condotta, corretta, sia derivato un danno.

Nel diritto comune questo ruolo di indirizzo è svolto dal canone della diligenza, intesa come assenza di colpa, rispetto alla responsabilità di chi agisce: se il danno è cagionato da chi ha agito diligentemente, questi non ne risponde; se invece il

²⁰¹ V. *supra* par. precedente. In entrambe le sentenze il giudice afferma che l'attore non è riuscito a dimostrare l'“antigiuridicità” della condotta, che consiste nella violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società eterodirette.

danneggiante ha agito con negligenza (con colpa) risponderà del danno cagionato.

La diligenza è quindi criterio d'imputazione della responsabilità (la sua assenza individua il comportamento colposo e dunque responsabile), ma è anche criterio di valutazione del comportamento (la sua presenza o assenza qualifica il comportamento, rispettivamente, come corretto o scorretto)²⁰².

Sotto il profilo del “contenuto”, la diligenza è un parametro astratto²⁰³, che a seconda delle concrete circostanze di fatto determinerà un “modello” da seguire per il singolo comportamento.

Agire con diligenza vuol dire agire rispettando gli standard della prudenza, dell'accuratezza e della ponderazione: a seconda del comportamento concreto (ad es. guidare un'auto, o gestire un gruppo di società) la diligenza consisterà nei suddetti standard applicati all'attività concreta, e quindi nel rispetto delle regole tipiche di quella singola attività.

Per ricostruire il contenuto dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, quindi, l'operazione da eseguire, a mio parere, dovrebbe consistere nell'applicare lo standard della diligenza di diritto comune alla concreta attività di direzione e coordinamento di società.

²⁰² V. sul punto STRIPE A. “La diligenza come criterio di responsabilità dell'obbligato: evoluzione storica della regola giuridica. Gli amministratori di società”, (ottobre 2009) in www.archivioceraudi.luiss.it, 33.

²⁰³ Quando il codice civile, all'art. 1176, 1° comma, richiede che il debitore adempia l'obbligazione, genericamente intesa, usando “la diligenza del buon padre di famiglia”, sta chiarendo che cosa si intende per diligenza, e cioè l'agire della persona mediamente accurata e prudente.

Quando poi, al 2° comma, lo stesso articolo prevede che nell'adempimento di obbligazioni “inerenti all'esercizio di attività professionale” la diligenza debba valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata, esso sta a specificare che, nello svolgimento di un'attività professionale, lo standard della persona mediamente accurata e prudente va ricavato alla luce delle peculiarità della singola attività.

Il 2° comma è, dunque, un chiarimento del 1° comma, perché è intuitivo che la persona mediamente accorta, se deve svolgere un'attività qualunque, agirà con attenzione, ma se se deve eseguire un'attività “professionale”(cioè improntata al rispetto delle regole della professione) agire con attenzione significherà applicare le regole tipiche di quell'attività.

E' evidente che, rispetto a talune attività “tipiche”, ad es. la guida di un'auto, l'agire diligente è facilmente riconducibile al rispetto di talune norme specifiche, ad es. quelle del codice stradale: l'operazione dell'interprete è, in questi casi, agevolata dalla circostanza che le regole della guida corretta sono già precostituite in un codice *ad hoc*.

Questo non avviene nel caso della diligenza applicata alla gestione di un gruppo societario, in quanto non esiste un codice di riferimento della corretta attività di eterodirezione: l'interprete sarà dunque costretto a ricavare il modello di “corretta eterodirezione” applicando, di volta in volta, lo standard della diligenza ai diversi comportamenti che costituiscono esercizio dell'attività di direzione e coordinamento.

L' eterodirezione è, infatti, un' attività “non tipica”, per la quale mancano delle specifiche norme di correttezza con cui dar corpo alla diligenza, e rispetto alla quale non sarebbe neppure possibile immaginare delle regole paragonabili a quelle contenute nel codice stradale, data l'ampiezza delle operazioni che potenzialmente rientrano in questa attività.²⁰⁴

La direzione unitaria appartiene, infatti, alla categoria delle attività di gestione di interessi altrui, cioè di quelle attività il cui contenuto consiste nel prendersi cura di interessi terzi.

Tali attività, il cui paradigma giuridico è il rapporto di mandato²⁰⁵, si caratterizzano per un'ampia discrezionalità attribuita a chi gestisce l'interesse: questo comporta, necessariamente, che più è discrezionale l'attività (gestione di interessi) , meno specifico potrà essere lo standard concreto di diligenza (corretta gestione dei medesimi interessi), proprio perché parte essenziale dell'attività

²⁰⁴ Basti pensare che lo stesso legislatore ha deciso di non fornire una definizione dell'attività di direzione unitaria, ma l'ha individuata tramite indici presuntivi. L'obiettivo del legislatore era, infatti, quello di estendere l'applicazione del Capo IX al numero più ampio possibile di fattispecie concrete. V. *supra* cap. I par. 4.

²⁰⁵ Art. 1703 c.c. “Il mandato è il contratto col quale una parte si obbliga a compiere uno o più atti giuridici per conto dell'altra.”

consiste nel decidere cosa sia o non sia opportuno.²⁰⁶

Nel definire, concretamente, in cosa consista una corretta eterodirezione, non si può prescindere dal fatto che essa sia un'attività a carattere discrezionale, consistente, appunto, nella “gestione di più società” e, perciò, dei loro interessi.

Per ricavare i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società eterodirette si potrebbe, dunque, indagare in primo luogo quali siano le regole per una corretta gestione di interessi altrui, prendendo a modello la diligenza richiesta all'amministratore di società monade: questi, infatti, dovendo gestire “un” ente societario, è la figura più simile, dal punto di vista dell'interesse curato, a chi gestisce “più” enti societari.

Le regole così individuate andrebbero poi adattate all'oggetto dell' eterodirezione, cioè una pluralità di società: in tal modo si potrebbero, a mio parere, individuare le regole di comportamento che la holding dovrebbe rispettare per non incorrere nella responsabilità ex art. 2497 c.c.

Provando a svolgere il ragionamento con riferimento all'amministratore di società monade, emerge subito la difficoltà della giurisprudenza, di merito come di legittimità, di individuare dei parametri di valutazione dell'attività che non si risolvano in norme di legge o di statuto.²⁰⁷

Nello sforzo di tracciare una distinzione tra *business judgment rule*, insindacabile dal giudice in quanto espressione di una valutazione di opportunità che è l'essenza del rapporto di mandato, e regola di correttezza, la cui violazione costituisce negligenza nell'esecuzione dell'attività, la giurisprudenza sembra riconoscere una

²⁰⁶ V. VISENTINI G. “Il Conflitto d’interessi nelle relazioni fiduciarie” in “Nextam Partners Quaderni”, 2002, www.nextampartners.com; “L’affidamento al mandatario dell’interesse del mandante è la caratteristica del mandato. Con l’acceptare l’affidamento l’agente pone a disposizione la propria attività volitiva per la gestione di un affare altrui. Il mandatario non deve eseguire un’opera che gli è commessa, l’interesse della quale è trattenuto e valutato dal committente, ma è investito dell’interesse del mandante, in ordine al quale deve giudicare dei mezzi per la migliore cura: il criterio di giudizio è l’interesse del mandante”

²⁰⁷ E' palese che la violazione di un obbligo imposto dalla legge all'amministratore sia, di per sé, sintomo di negligenza, ma la diligenza non è solo il rispetto di norme di legge o di statuto, e asserendo altrimenti si finirebbe per confondere una condotta “diligente” con una condotta “legale”.

particolare coloritura della diligenza, qualora si applichi ad attività che consistono nella cura di interessi altrui. In questo caso infatti l'agire diligente verrebbe a coincidere con l'agire "leale": l'agire in cui la scelta concreta del compimento di un atto e del come compierlo, viene fatta sempre nell'interesse del mandante, non nell'interesse proprio o di terzi. E' chiaro che per capire se la decisione dell'amministratore sia stata presa in modo leale rispetto alla sua società, occorrerà una valutazione, *ex ante*²⁰⁸, delle circostanze di fatto che hanno accompagnato l'operazione (ad es. lo svolgimento o meno di indagini sulla convenienza dell'atto e la loro accuratezza, la trasparenza²⁰⁹ delle diverse fasi che hanno portato alla decisione, ecc.)²¹⁰

Il problema, quando si cerca di trasporre il modello del comportamento leale dell'amministratore al comportamento della società capogruppo, consiste nella circostanza che nel gruppo di società non si agisce più, come nella società monade, nell'interesse di un'unica compagine sociale, il cui interesse è "sostanzialmente" unitario perché risultante dal confronto e dalla composizione degli interessi dei soci in assemblea. Nel gruppo di società, infatti, gli interessi delle controllate e dei loro soci sono molteplici e potenzialmente contrapposti, tra loro e rispetto all'interesse della controllata, e non sono gestiti dall'organo amministrativo della controllata, ma dalla capogruppo nel suo complesso.

²⁰⁸ Se la valutazione fosse fatta *ex post*, si punirebbe l'amministratore per l'eventuale risultato negativo dell'operazione, trasladando su quest'ultimo il rischio economico di un'operazione che attiene alla sfera di interessi del terzo.

²⁰⁹ Cassazione n° 2359, 12-11-1965 in "Giur. It." 1966, I, 1, 401. Decisive, ai fini della condanna per negligenza degli amministratori, furono qui le modalità con cui gli stessi avevano deciso un'operazione particolarmente onerosa per la società (alienazione di un cinema che costituiva il maggior cespite patrimoniale della società, nonché l'oggetto delle prevalenti finalità commerciali della stessa). Tale operazione, giustificata con un asserito stato di crisi della società, era stata compiuta all'improvviso, senza interpellare alcuno e senza procedere ad alcuna gara d'acquisto: modalità decisamente sospette e quasi clandestine, ad avviso della Corte.

²¹⁰ Il mandato è un' "obbligazione di mezzi", cioè un'obbligazione in cui il contenuto dell'attività non è il conseguimento di uno specifico risultato. Il contenuto della prestazione coincide con l'agire diligente e quindi con il criterio di imputazione della responsabilità. Nel caso dell'amministratore la diligenza dell'agire è la lealtà dell'amministrazione.

Alcuni autori²¹¹ hanno, infatti, ricostruito la responsabilità ex art. 2497 c.c. come una forma di responsabilità della stessa assemblea della holding per delibere dannose rispetto alle controllate: questo perché la gestione degli interessi delle controllate non è svolta, come nella società monade, da un organo “di gestione” (amministratore o consiglio di amministrazione) che esegue quanto deciso, almeno a grandi linee, dal titolare dell'interesse gestito (i soci riuniti in assemblea). Nei gruppi societari, infatti, la gestione delle controllate è esercitata da un organo “di decisione” (l'assemblea dei soci della capogruppo) che dovrebbe deliberare, ad un tempo, nel proprio interesse e nell'interesse di ciascuna delle controllate da lei gestite, per quanto le controllate non siano rappresentate (come lo sono invece i soci di minoranza della società monade) all'interno dell'assemblea della capogruppo.

La capogruppo, dunque, attraverso la sua assemblea, dovrebbe dirigere “lealmente” le controllate, e lo fa se, da un lato, persegue l'interesse economico unitario del gruppo, e, dall'altro, rispetta quelle regole necessarie affinché ogni controllata funzioni come “impresa” e come “società”: il rispetto di tali norme, infatti, costituisce interesse “ontologico” per ciascuna controllata.

Tra le regole che identificano la cattiva gestione “imprenditoriale” della controllata vi sarebbero quelle che vietano alla holding di determinare, pur perseguendo un interesse di gruppo, l'alienazione di beni strumentali e indispensabili all'attività della dominata, o se utilizza la propria influenza per determinare la conclusione di rapporti commerciali tra controllate a condizioni inique.²¹²

²¹¹ V. GALGANO F., “Le società”, in “Diritto commerciale”, Bologna, 251;

²¹² Queste ipotesi, che configurano violazione di regole sulla corretta gestione dell'impresa, sembrano, peraltro, analoghe a quelle che la dottrina preriforma ha considerato sanzionabili rispetto all'amministratore della capogruppo ex art. 3 della legge Prodi. La giurisprudenza aveva infatti ammesso che vi fossero dei casi tipici di influenza dominante, esercitata dai suddetti amministratori, che costituivano un abuso di influenza sulla controllata, e cioè la conclusione di i contratti di esclusiva, di cessione, di know how, di assistenza tecnica. In questi casi, si diceva, è molto più facile dimostrare che c'è stata un'induzione, da parte degli amministratori della capogruppo e nei confronti degli amministratori della controllata, ad agire in modo non conforme agli interessi della

Le regole che esprimono la corretta gestione “societaria”, sarebbero poi le norme poste a tutela del capitale e dell'oggetto sociale delle controllate, tra cui, ad esempio, norme che imporrebbero l'attivazione della holding per convocare l'assemblea delle controllate nelle ipotesi di riduzione obbligatoria del capitale di cui agli artt. 2446²¹³ e 2447 c.c.²¹⁴; oppure regole che vieterebbero alla controllante di indurre la controllata ad assumere partecipazioni di controllo in società con oggetto incompatibile, che modifichino di fatto l'oggetto sociale, o che violino l'art. 2361, 1° comma c.c.²¹⁵; allo stesso modo sarebbe scorretta una delibera che prevedesse l'adozione di un assetto “organizzativo amministrativo e contabile” che risulti inadeguato alle caratteristiche della singola controllata, violando quanto previsto ex art. 2381 c.c.²¹⁶

Le suddette norme, che a me sembra siano il contenuto più probabile dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società eterodirette, controllata.

²¹³ V. art. 2446 c.c. 1° comma: “Quando risulta che il capitale è diminuito di oltre un terzo in conseguenza di perdite, gli amministratori o il consiglio di gestione, e nel caso di loro inerzia il collegio sindacale ovvero il consiglio di sorveglianza, devono senza indugio convocare l'assemblea per gli opportuni provvedimenti. All'assemblea deve essere sottoposta una relazione sulla situazione patrimoniale della società, con le osservazioni del collegio sindacale o del comitato per il controllo sulla gestione. La relazione e le osservazioni devono restare depositate in copia nella sede della società durante gli otto giorni che precedono l'assemblea, perché i soci possano prenderne visione.”

²¹⁴ V. art. 2447 c.c. “Se, per la perdita di oltre un terzo del capitale, questo si riduce al disotto del minimo stabilito dall'articolo 2327, gli amministratori o il consiglio di gestione e, in caso di loro inerzia, il consiglio di sorveglianza devono senza indugio convocare l'assemblea per deliberare la riduzione del capitale ed il contemporaneo aumento del medesimo ad una cifra non inferiore al detto minimo, o la trasformazione della società.”

²¹⁵ V. art. 2361 c.c. 1° comma “ L'assunzione di partecipazioni in altre imprese, anche se prevista genericamente nello statuto, non è consentita, se per la misura e per l'oggetto della partecipazione ne risulta sostanzialmente modificato l'oggetto sociale determinato dallo statuto. “

²¹⁶ V. art. 2381 5° comma “Gli organi delegati curano che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa e riferiscono al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale, con la periodicità fissata dallo statuto e in ogni caso almeno ogni sei mesi, sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione nonché sulle operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate”

dovrebbero costituire obblighi della capogruppo è tenuta nei confronti dei soci di minoranza della controllata, non dei creditori sociali: questo perché, come si è già avuto modo di chiarire, non sembra che la capogruppo sia tenuta a “gestire gli interessi” dei creditori delle controllate ma che, al massimo, essa sia tenuta a non pregiudicare “l’interesse” dei creditori sociali all’integrità del patrimonio della controllata.²¹⁷

Nel gruppo, l’interesse economico è unico, ma l’impresa è “molecolare” (cioè composta da più unità imprenditoriali giuridicamente autonome, per quanto economicamente interdipendenti).

Alla capogruppo, infatti, non viene richiesto di agire in modo da perseguire il profitto economico di ciascuna singola società: il che sembra ormai pacifico alla luce del riconoscimento, nell’ambito dell’art. 2497 c.c., dell’istituto dei “vantaggi compensativi”, con il quale si ammette che la capogruppo possa gestire le controllate anche in modo che cagioni loro una perdita, se considerate come entità isolate, purché esse ottengano un vantaggio economico a livello di gruppo.

La capogruppo dovrebbe, però, sempre fare in modo, alla luce dell’impianto della riforma (come del canone di “leale” gestione), che il profitto di gruppo venga perseguito attraverso entità effettivamente distinte e qualificabili come società, e non trasformando queste ultime in “scatole vuote”, che la capogruppo possa utilizzare come ritiene più opportuno per perseguire un interesse che è solo dei propri soci, non anche delle controllate.

La direzione e coordinamento “di società”, come richiede la stessa formulazione, dovrebbe dunque avvenire tramite entità che non risultino essere “società commerciali” solo formalmente, ma che continuino, soprattutto nei fatti, anche a “funzionare” come tali.

²¹⁷ V. *supra* par. precedente

3. Il regime probatorio, il danno risarcibile e il nesso causale.

Il regime probatorio connesso all'esercizio dell'azione di responsabilità ex art. 2497 c.c. potrebbe mutare, come si è accennato, a seconda della natura che si attribuisce a tale responsabilità fatta valere.²¹⁸

La responsabilità della capogruppo, come ho argomentato nei precedenti paragrafi, sarebbe, a mio parere, riconducibile alla figura della responsabilità da “contatto”, in cui il regime probatorio, secondo quanto affermato dalla Cassazione, dovrebbe essere il regime tipico della responsabilità contrattuale.²¹⁹

Tra gli adempimenti probatori richiesti a chi agisce, un elemento fondamentale è quello, psicologico, della colpa del convenuto.

Nella responsabilità civile, aquiliana come contrattuale, la colpa del convenuto, intesa come mancato rispetto degli standard di cura e attenzione esigibili dall'uomo medio nell'esecuzione di un'attività, costituisce il requisito minimo dell'imputabilità.²²⁰

Ciò che cambia, tra responsabilità aquiliana e contrattuale, è il soggetto su cui grava l'onere probatorio della colpa del convenuto: nel primo caso la prova spetta all'attore, nel secondo caso è invece il convenuto a dover dimostrare, se non vuole incorrere in responsabilità, di aver adottato tutte le cautele esigibili, da un uomo mediamente accorto, nel compimento di quella specifica attività.

Vi è poi una particolare categoria di obbligazioni, c.d. obbligazioni di mezzi o di diligenza, che si collocano in posizione “trasversale” rispetto alla distinzione contrattuale/aquiliana della responsabilità: a prescindere dalla fonte, il contenuto di tali obbligazioni consiste nell’“agire diligente” del debitore, non nel conseguimento di un certo risultato (come invece accade nelle c.d. obbligazioni di risultato). L'inadempimento di queste obbligazioni è, dunque, l’“agire non diligente”, che consiste, a sua volta nella colpa: nelle obbligazioni di mezzi,

²¹⁸ V. *supra* cap. III par. 1.

²¹⁹ V. Cassazione SS.UU. n° 14712, 26-6-2007 in “Guida al diritto”2007, 29, 42

²²⁰ V. anche *supra* par. precedente.

dunque, l'inadempimento e la colpa coincidono e chi è chiamato a dimostrare il primo finirà per dover dimostrare anche la seconda.

Ricostruito in questi termini, il regime probatorio in materia di colpa è molto più favorevole all'attore che esercita l'azione di responsabilità contrattuale, perché gli viene risparmiata l'incombenza di dimostrare lo stato psicologico con cui ha agito il convenuto. Di conseguenza, laddove si attribuisse natura *lato sensu* contrattuale alla responsabilità ex art. 2497 c.c., questo comporterebbe una notevole agevolazione probatoria per l'attore e, dunque, maggiori possibilità di accoglimento dell'azione.

In realtà, da un'analisi approfondita, emerge un quadro più complesso.

La Cassazione, infatti, ha ripartito l'onere probatorio della colpa in base ad un criterio, ancora una volta, “trasversale” alle categorie della responsabilità contrattuale, aquiliana o da contatto: criterio che si rifà alla distinzione, già anticipata, tra obbligazioni di mezzi e di risultato.

La decisione chiarificatrice in tal senso si è avuta quando la Corte ha affrontato il problema della diligenza nell'esecuzione della prestazione del medico: in questa sentenza, risalente al 2004, si legge che l'onere probatorio della diligenza segue “il principio della vicinanza della prova, inteso come apprezzamento dell'effettiva possibilità per l'una o per l'altra parte di offrirla. Infatti, nell'obbligazione di mezzi, in cui l'oggetto è l'attività, l'inadempimento coincide con il difetto di diligenza nell'esecuzione della prestazione, cosicché non vi è dubbio che la prova sia «vicina» a chi ha eseguito la prestazione; tanto più che trattandosi di obbligazione professionale il difetto di diligenza consiste nell'inosservanza delle regole tecniche che governano il tipo di attività al quale il debitore è tenuto.”²²¹

Dunque, sembra dire la Corte, se l'obbligazione è di mezzi, a prescindere dal fatto che essa derivi da un contratto o da un'altra fonte, la prova della colpa (o difetto di diligenza) coincide con la prova dell'inadempimento/danno (cioè l'agire non diligente) ²²². Il difetto di diligenza andrebbe però solo allegato dall'attore, mentre

²²¹ Così Cassazione n° 10297, 28-5-2004 in “Foro It.”2005,I,2479.

²²² V. anche *supra* par. precedente.

è il convenuto a dover fornire l'eventuale prova contraria, in quanto è il soggetto che può individuare più facilmente le regole di quell'attività e, dunque, può anche agevolmente dimostrare di essersi conformato.

La semplificazione sembrerebbe, in tal modo, duplice: l'attore che agisce per il risarcimento di un danno derivante da un'obbligazione di mezzi non solo non deve dimostrare la colpa, ma finisce per non dover dimostrare neanche il danno, in quanto quest'ultimo coincide con la colpa.

L'elemento che sovverte un impianto così nettamente favorevole all'attore, è la prova che la giurisprudenza di legittimità richiede in termini di nesso causale tra condotta e danno.

La Suprema Corte, infatti, in una recente sentenza a Sezioni Unite²²³, ha affermato che spetta al convenuto dimostrare che il proprio inadempimento è eziologicamente irrilevante, e che quindi, anche laddove avesse adempiuto, ciò non avrebbe comportato la soddisfazione del creditore. Questa ulteriore agevolazione per l'attore, sotto il profilo del nesso causale, comporta però quello che sembrerebbe un "arretramento" della prova, del collegamento causale e finanche della colpa, sul danno: la Corte richiede infatti che l'attore, nelle obbligazioni di comportamento, fornisca la prova di un "inadempimento

²²³ V. Cassazione SS.UU. n° 577, 11-1-2008 in "Resp. civ. e prev."2008,4,849 In questa sentenza la Corte afferma che sino a quel momento la giurisprudenza delle sezioni semplici, nelle cause di responsabilità professionale del medico, ha ritenuto che gravasse sull'attore la prova del nesso di causalità tra l'azione o l'omissione del debitore e l'evento dannoso, mentre poteva limitarsi ad allegare l' inadempimento del sanitario. Restava invece a carico del debitore l'onere di provare l'esatto adempimento, cioè di aver tenuto un comportamento diligente.

La Corte critica la giurisprudenza succitata, e afferma che "Il punto relativo alla prova del nesso di causalità non può essere condiviso, nei termini in cui è stato enunciato, poiché risente implicitamente della distinzione tra obbligazioni di mezzi ed obbligazioni di risultato, che se può avere una funzione descrittiva, è dogmaticamente superata, quanto meno in tema di riparto dell'onere probatorio dalla predetta sentenza delle S.U. n. 13533/2001."

Difatti, secondo la Corte, provare che l'inadempimento è eziologicamente irrilevante spetta al convenuto in entrambi i tipi di obbligazione, la differenza sta solo nel fatto che: "l'inadempimento rilevante nell'ambito dell'azione di responsabilità per risarcimento del danno nelle obbligazioni così dette di comportamento, non è qualunque inadempimento, ma solo quello che costituisce causa (o concausa) efficiente del danno".

qualificato”, cioè “astrattamente idoneo a causare il danno” lamentato.

Ora, nelle obbligazioni di mezzi l’inadempimento consiste nella violazione delle regole che risultano dallo standard della diligenza applicato alla singola attività: l’inadempimento “qualificato” sarà dunque la violazione di una specifica regola che sia “preordinata ad evitare il singolo evento dannoso”. Se il danno non è tra quelli che la regola mirava a impedire, toccherà all’attore dimostrare che il rispetto di quella regola tecnica da parte dell’obbligato avrebbe evitato la produzione del danno.

In sostanza, ad una prima lettura delle argomentazioni della Corte, sembrerebbe che, sotto il profilo del nesso causale, il debitore di un’obbligazione di mezzi abbia un regime probatorio molto sfavorevole, perché dovrà dimostrare che, anche se avesse tenuto un comportamento assolutamente diligente, l’interesse dell’attore non si sarebbe realizzato.

Il nesso causale tuttavia è un “rapporto” tra elementi (inadempimento-danno) che si àncora al primo per determinare il secondo.

Per dimostrare la “qualificazione” dell’inadempimento, l’attore finirà per dover dimostrare l’inadempimento cui essa afferisce: inadempimento che, nelle obbligazioni di mezzi, consiste nella mancanza di diligenza.

Il regime probatorio del creditore di un’obbligazione di comportamento sarà, dunque, tenuto a provare sia il nesso causale che l’elemento psicologico: come l’attore che agisca per far valere una responsabilità da fatto illecito ex art. 2043 c.c.

Il socio attore ex art 2497 c.c.²²⁴, in quanto creditore di un’obbligazione di mezzi della capogruppo (consistente nella gestione dei suoi interessi), risulterebbe anch’egli tenuto alla dimostrazione prova sia del nesso causale sia dell’elemento psicologico della holding.

L’unica ipotesi in cui, secondo la Cassazione, non occorre che l’attore dimostri la “qualificazione” della regola di diligenza violata dal convenuto, è quella in cui si

²²⁴ L’obbligazione di mezzi/comportamento dovuta sarebbe qui l’attività di gestione degli interessi da parte della capogruppo convenuta.

agisca contro un professionista che abbia violato una regola tecnica “preordinata” ad evitare lo specifico danno lamentato: in tal caso è la stessa norma violata ad preidentificare il danno che deriverebbe dalla propria violazione. La Suprema Corte ha asserito che , in quest'ultimo caso, si riscontrerebbe una situazione di “nesso causale presunto”.²²⁵

Tra i casi cui la Cassazione ha applicato la presunzione in favore dell'attore si registra, ad esempio, l'esercizio di azione risarcitoria contro la Banca che aveva reso false informazioni nel prospetto informativo. Il collegamento causale tra l'erroneità del prospetto e le scelte dell'investitore può presumersi perché “è lo stesso sistema disegnato dal legislatore per disciplinare le sollecitazioni al pubblico risparmio che necessariamente induce ad assegnare al prospetto una funzione centrale nell'informazione dovuta agli investitori cui la sollecitazione è rivolta”.²²⁶

Gli ultimi criteri enunciati costituiscono i parametri in base ai quali la più recente giurisprudenza di legittimità ripartisce, tra attore e convenuto, l'onere di provare gli elementi della responsabilità (colpa/negligenza, danno, nesso causale).

Alla luce dell'analisi svolta sembra dunque che, sotto il profilo del regime probatorio, collocare l'azione di responsabilità nell'ambito contrattuale o aquiliano non comporti, praticamente, alcun vantaggio: la Cassazione, infatti, si basa su altri elementi quando deve ripartire l'onere probatorio tra attore e convenuto.

Alle stesse conclusioni si giunge, peraltro, confrontando le motivazioni delle più

²²⁵ Nel caso di cui in nota precedente l'attore assumeva di aver contratto l'epatite C con le trasfusioni praticategli in occasione di un intervento chirurgico, e chiedeva il risarcimento danni alla casa di cura e al medico che l'aveva eseguito. Qui l'astratta idoneità a evitare il danno dell'epatite C è stata riconosciuta dal giudice nelle norme che impongono alla struttura gli obblighi relativi alle trasfusioni di sangue, come quelli relativi alla identificabilità del donatore e del centro trasfusionale di provenienza.

²²⁶ V. Cassazione n° 14056, 11-6-2010 in “Guida al diritto”2010,29,61. Qui la Suprema Corte afferma che il giudice di merito ha erroneamente preteso dalla ricorrente la prova che, in assenza del prospetto informativo non veritiero, la sua scelta d'acquisto sarebbe stata diversa: prova estremamente difficoltosa. Secondo la Cassazione “ la non veridicità del prospetto non può non generare la presunzione di rilevanza della distorsione informativa sulle scelte dell'investitore, al quale non può esser perciò imposto l'ulteriore onere della prova negativa di eventuali diversi fattori dai quali dette scelte sarebbero state determinate”.

recenti sentenze di merito che hanno preso posizione sulla natura dell'azione ex art. 2497 c.c.²²⁷

Dalla lettura delle decisioni, rispettivamente, del Tribunale di Pescara, che ha asserito la natura extracontrattuale dell'azione, e del Tribunale di Milano, che l'ha invece ritenuta contrattuale, emerge che, per l'attore, gli elementi da provare sono sempre i medesimi, e cioè la condotta, l'antigiuridicità (colpa), il danno e il nesso causale.

L'obbligazione di comportamento della capogruppo, infatti, non sembra sottoposta a regole di diligenza “qualificate”, cioè preordinate ad evitare singoli eventi dannosi. I principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, come si è detto,²²⁸ sono regole volte a garantire la sopravvivenza dell'impresa, non sono norme, come ad esempio quelle dell'attività medica, specifiche e preordinate ad evitare ciascuna un rischio peculiare dell'attività.

La differenza è giustificata dal fatto che la gestione societaria è, ontologicamente, attività discrezionale, in cui la diligenza è soprattutto “corretta valutazione”; diversamente, l'attività medica è attività altamente tecnica, in cui le norme di correttezza restringono il più possibile l'ambito di discrezionalità in vista della più “corretta esecuzione” possibile.

Rispetto al tema del nesso causale, e alla possibilità di presumerlo, sembra invece che l'azione contro la capogruppo possa essere paragonata a quella contro la Banca che aveva reso false informazioni agli investitori²²⁹.

Nel caso della Banca, infatti, il legislatore ritiene che il nesso causale possa presumersi perché è lo stesso ruolo che l'ente ricopre nell'ordinamento a generare una presunzione di affidabilità delle sue dichiarazioni: alla luce di ciò, onerare l'attore dell'ulteriore prova dell'effettiva influenza dell'errore della Banca sulle decisioni di investimento sembrava, dunque, contrario al generale principio di

²²⁷ V. Trib. Milano 17-6-2011 e Trib. Pescara 3-2-2009, cfr. cap. III par.1. Note 169 e 173.

²²⁸ V. *supra* par. 2.

²²⁹ V. Cassazione n° 14056, 11-6-2010 in “Guida al diritto”2010,29,61

buona fede.

Ora, posto che anche la capogruppo si trova a ricoprire un ruolo di gestione di interessi, basato sulla fiducia, e che parte essenziale dell'attività di gestione è il rispetto della regola di lealtà, che nel gruppo consiste nei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, non sembra assurdo ritenere che anche all'azione dei soci di minoranza contro la capogruppo possa applicarsi la presunzione del nesso causale tra l'attività della holding, svolta in violazione del principio di corretta gestione, e il danno subito (cioè il danno alla redditività e al valore della partecipazione).

Diverso sembra invece il caso dell'azione promossa dal creditore della controllata contro la capogruppo. Dall'analisi del contenuto dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, infatti, non mi sembra possibile ritenere detti principi come posti nell'interesse dei creditori sociali, perché l'interesse dei creditori si limita al mantenimento dell'integrità del patrimonio della controllata, in modo che le proprie aspettative non risultino pregiudicate: il che induce a ritenere che mancherebbe, rispetto alla capogruppo, quella situazione di affidamento degli interessi che potrebbe invece, per i soci, fondare la presunzione del nesso causale tra condotta e danno.

4. I vantaggi compensativi quali “giusto danno” e la preventiva richiesta della controllata quale “denuntiatio litis”

Il tenore letterale dell'art. 2497 c.c., come già evidenziato nel corso della trattazione, ha sollevato un dibattito dottrinale sul concetto di danno risarcibile, in particolare sul momento e le modalità con cui deve intervenire l'eventuale fenomeno compensativo previsto dall'ultima parte del primo comma²³⁰, in cui si legge che “non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette”.

Parte della dottrina²³¹ ha ritenuto, anche in passato, che, per integrare la clausola di esclusione della responsabilità, fosse necessaria una rigida proporzionalità fra il pregiudizio prodotto dalla singola operazione infragruppo e il vantaggio compensativo; altri²³², invece, più recentemente, hanno sostenuto che anche un vantaggio temporalmente distanziato rispetto al pregiudizio potesse configurare un vantaggio compensativo.

La Cassazione per parte sua, con riferimento al regime preriforma, ha affermato che in un contesto di gruppo “è perfettamente logico che la valutazione di quel che potenzialmente giova, o invece pregiudica, l'interesse della società non possa prescindere da una visione generale” ma “l'eventualità che un atto lesivo del patrimonio della società trovi compensazione nei vantaggi derivanti dall'appartenenza al gruppo non può essere posta in termini meramente ipotetici.”²³³

Questa posizione appare coerente con la logica dell'art. 1223 c.c.²³⁴, richiamato

²³⁰ V. *supra* cap. II par. 6.

²³¹ V. ABRIANI N. in *Giur. comm.*, 2002, I, 618, il quale precisa come l'articolo 2497 c.c., pur richiamando il contenuto dell'articolo 2634 c.c., sia più rigoroso e severo rispetto a quest'ultimo.

²³² V. MONTALENTI P. “Direzione e coordinamento dei gruppi societari: principi e problemi” in “*Rivista delle società*”, 52, 2007, 317.

²³³ V. Cassazione n° 16707, 24-8-2004 in “*Giurisprudenza Commerciale*” 2005, II, 405;

²³⁴ V art. 1223 c.c. “Il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve

dall'art. 2056 c.c. in tema di determinazione del risarcimento dovuto al danneggiato.

L'attore ex art. 2497 deve limitarsi a fornire la prova della perdita economica e del mancato guadagno, mentre toccherà al convenuto provare i fatti estintivi o modificativi delle singole voci (cioè i vantaggi compensativi).²³⁵

Per quanto concerne la natura dei vantaggi compensativi, la Suprema Corte, pretendendo la "prova" dei benefici e della loro efficacia compensatoria, sembra richiedere che essi siano effettivamente venuti ad esistenza. La capacità del vantaggio di elidere un danno non può essere effettivamente valutata se il beneficio è solo futuro: anche se il vantaggio si "prospettava" adeguato al momento della valutazione del giudice, è possibile che il danno si aggravi successivamente o che gli stessi beneficio risultino, al momento dell'effettiva verifica, minori di quanto si prevedeva.

In tempi più recenti peraltro, ma sempre con riferimento al regime preriforma, la giurisprudenza di legittimità sul punto si è espressa in maniera oscillante.

In una prima decisione del 2006 la Suprema Corte ha riconosciuto che l'eventuale pregiudizio economico derivato direttamente da un'operazione può anche aver trovato la sua contropartita in un generico "altro rapporto", tale per cui l'atto *prima facie* lesivo risulterebbe "preordinato al soddisfacimento di un ben preciso interesse economico, sia pure mediato e indiretto".²³⁶

In un'altra decisione, di pochi mesi successiva, la Corte sembra però richiedere

comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta."

²³⁵ V Cassazione cfr. nota 230: "la società attrice esaurisce il proprio onere probatorio dimostrando l'esistenza di comportamenti dell'amministratore che ledono il patrimonio dell'ente [...]. E' il medesimo amministratore, se del caso, che deve farsi carico di allegare e provare gli ipotizzati benefici indiretti, connessi al vantaggio complessivo del gruppo, e la loro idoneità a compensare efficacemente gli effetti immediatamente negativi dell'operazione compiuta."

²³⁶ V. Cassazione n° 17696, 4-8-2006 in "Mass. Giust. Civ." 2006, 7-8. Nella fattispecie la S.C. ha infatti ritenuto legittimo il contratto di mutuo, stipulato da una delle società del gruppo, destinato a procurare la liquidità necessaria alla sistemazione dei debiti dell'intero gruppo, sistemazione che condizionava la realizzazione dei progetti imprenditoriali della società mutuataria.

una valutazione più rigorosa dei vantaggi in questione. In un caso, riguardante la costituzione di ipoteca in favore di altra società controllata, si riconosce infatti che, in presenza di un interesse di gruppo, la liceità dell'atto rispetto ai limiti posti dall'oggetto sociale “può essere valutata prescindendo dalla sua possibile inerenza allo scopo sociale ed alla sua potenziale utilità per il perseguimento dello scopo stesso”, ma in questo caso la valutazione, “deve essere peraltro rigorosa nell'individuare l'interesse mediato che si traduce in un vantaggio per la società che compie un atto formalmente estraneo all'oggetto sociale”²³⁷.

I casi succitati, ribadiamo, si collocano però, *ratione temporis*, nel contesto normativo precedente al 2003, quando ancora mancava un riconoscimento espresso della responsabilità della capogruppo.

I ragionamenti della Corte riguardano, infatti, solo il piano dei rapporti “interni” tra amministratore e società, improntati secondo la logica del contratto di mandato: se l'amministratore, nel perseguire l'interesse di gruppo, travalicava l'oggetto sociale, doveva fornire la prova dei suddetti vantaggi per non incorrere in responsabilità ex art. 2393 c.c.²³⁸

L' amministratore, infatti, risponde per non essersi attenuto a quanto deciso, dai soci, in assemblea, e parte svantaggiato rispetto all'attore (società) perché deve dimostrare l'assenza di responsabilità (assenza di colpa nelle obbligazioni di mezzi): cioè di aver agito nell'interesse della sua società, come risultante dallo statuto e dalle decisioni dei soci. Dimostrando, però, la presenza dei vantaggi compensativi l'amministratore può liberarsi da responsabilità anche senza dimostrare di aver agito nei limiti dell'oggetto sociale.

La holding, invece, non è tenuta a rispettare quanto deciso dall'assemblea della sua controllata: valutando, dunque, l'azione ex art. 2497 c.c. quale sottocategoria

²³⁷ “Tanto più nel caso di specie, ove difettava tra la concedente la garanzia e la società finanziata un rapporto di controllo (le due società erano soltanto collegate in ragione del comune controllo da parte della capogruppo)”. così Cassazione n° 26325, 11-12-2006 in “Massimario del Foro italiano” 2006, 2153;

²³⁸ Posto che, ex art 2384 c.c., l'atto dell'amministratore estraneo all'oggetto sociale resta fermo nei confronti dei terzi, salvo che questi fossero in malafede.

dell'art. 2043 c.c., la clausola espressa di esclusione del danno sembra un elemento di discontinuità. Infatti l'art. 2043 c.c., richiedendo genericamente l'“ingiustizia” del danno, costituisce la tutela “residuale” per antonomasia, mentre l'art. 2497, per come è formulato, sembra ammettere “l'assenza di danno” in molte ipotesi, in quanto parla genericamente di “operazioni” dirette a eliminare un danno che va comunque valutato alla luce del “risultato complessivo” dell'attività del gruppo.

Alla capogruppo basterebbe, cioè, per andare esente da responsabilità, asserire che l'operazione compiuta, per quanto apparentemente lesiva per la controllata, apporterà a quest'ultima (generici) benefici nel lungo periodo: in tal modo il danno che la controllata ha subito risulterà, “giustamente”, inferto dalla controllante. La giustizia del danno consisterebbe, perciò, nella circostanza che la lesione, immediata, alla controllata, è stata arrecata con l'intento di apportarle un vantaggio economico successivo, per quanto tale vantaggio risulti (o risulterà) percepibile solo nel contesto di gruppo, e non sul piano della singola società eterodiretta.

La capogruppo avrebbe a disposizione, in definitiva, un efficace strumento con cui paralizzare l'azione del socio/creditore nei suoi confronti: uno strumento che presenta connotati ancor più interessanti se analizzato a confronto con la norma di cui al 3° comma dell'art.2497, che richiede al socio e al creditore di rivolgersi in prima battuta alla controllata per ottenere la soddisfazione delle proprie pretese.

E' stato, infatti, ampiamente evidenziato che il danno di cui si chiede il risarcimento è un danno subito “in conseguenza” del pregiudizio arrecato alla controllata.

Questa riflessione spingerebbe ad escludere l'interpretazione secondo cui il 3° comma imporrebbe alla società controllata di risarcire essa stessa il danno da abuso di direzione e coordinamento, consistente nel pregiudizio della partecipazione sociale o delle aspettative del creditore²³⁹ perché non sembra ammissibile costringere la controllata a risarcire al socio un danno che essa ha

²³⁹ V. *supra* cap. II par. 9.

subito per prima, salvo poi esporre il socio o il creditore ad una successiva azione, esercitata dalla società controllata, per l'ingiustificato arricchimento ottenuto da questi a proprio danno.²⁴⁰

l'unica soluzione possibile è che fermo l'onere per il socio di richiedere alla propria società il soddisfacimento delle proprie ragioni, la società non possa comunque soddisfare una tal richiesta con mezzi patrimoniali propri, ma unicamente con mezzi a tal fine posti a sua disposizione dall'ente capogruppo, "sul quale del resto grava il rischio del successivo eventuale contenzioso."²⁴¹

Questa lettura è stata di recente avallata dalla giurisprudenza con varie argomentazioni. Si segnalano in particolare quelle adoperate dal più volte citato Tribunale di Milano²⁴², secondo cui la norma "non sottende alcun tipo di responsabilità della società eterodiretta nei confronti dei suoi soci, in ipotesi per aver subito senza opporsi o senza opporsi efficacemente ad una diminuzione patrimoniale causata dall'altrui illegittima attività di direzione/coordinamento ed a sua volta causativa di una diminuzione del valore delle partecipazioni".²⁴³ La responsabilità andrebbe esclusa in quanto:

- I) la condotta di mancata opposizione al pregiudizio non sarebbe ascrivibile alla società eterodiretta ma, semmai, ai suoi amministratori, contro i quali la società potrà a sua volta rivalersi ex art. 2393 e 2476 c.c.;
- II) il danno riflesso subito dai soci troverebbe origine proprio nel danno subito in prima battuta dalla società eterodiretta;

²⁴⁰ V. art. 2041 c.c. 1° comma " Chi, senza giusta causa, si è arricchito a danno di un'altra persona è tenuto, nei limiti dell'arricchimento, a indennizzare quest'ultima della correlativa diminuzione patrimoniale"

²⁴¹ V. RORDORF R. "I gruppi nella recente riforma del diritto societario" in "Le società", 5/2004, 538;

²⁴² V. Trib. Milano 17-6-2011 in "Repertorio della Giustizia Civile", 2011, 6590;

²⁴³ Il tribunale peraltro afferma che "diverso forse sarebbe se fosse dedotta una diminuzione della redditività delle partecipazioni, il che qui non è", ammettendo quindi la possibilità di una responsabilità della società eterodiretta ex art. 2497 2° comma laddove il danno inerisca la redditività (rapporto capitale investito-rendimento) della partecipazione. Non così per il danno al valore (prezzo nella libera contrattazione) della medesima, in quanto questo non può dipendere dall'assemblea dei soci.

III) i soci sarebbero “portatori di partecipazioni rappresentative di conferimenti di capitale di rischio ed elementi costitutivi di un ente che gode di autonomia patrimoniale”: essi non possono pertanto mai chiedere all'ente ristoro per la diminuzione del valore della partecipazione che derivi dalla diminuzione del valore del patrimonio sociale.

Dunque, secondo questa impostazione la norma andrebbe interpretata in senso letterale, ovvero come onere di richiesta di soddisfazione, posto in capo al socio (e al creditore), che può essere assolto anche citando in giudizio la società controllata in chiave di *denuntiatio litis*. L'istituto, secondo la definizione che di esso dà il diritto comune, consisterebbe nel rendere noto, ad un soggetto “altro” dall'attore, l'avvio di un procedimento nei confronti del convenuto, mettendo quindi il destinatario della *denuntiatio* in condizione di intervenire nel procedimento per far valere le proprie pretese nei confronti del convenuto.

E' peraltro interessante notare che, secondo il tribunale milanese, la suddetta richiesta dovrebbe essere rivolta alla controllata per “stimolarla all'azione verso la controllante, verso gli amministratori [di questa] e (...) verso i propri amministratori”, avvallando così l'interpretazione secondo cui, nonostante l'art. 2497 non lo preveda espressamente, la controllata avrebbe anch'essa titolo per rivalersi sulla controllante dei danni che questa le abbia provocato, probabilmente agendo ex art. 2043 c.c.²⁴⁴

In definitiva, secondo il Tribunale, la previa intervenuta soddisfazione dei soci da

²⁴⁴V. in tal senso RORDORF R. “I gruppi nella recente riforma del diritto societario” in “Le società”, 5/2004, 538: “la società soggetta ad altrui direzione e coordinamento ha essa stessa titolo per agire nei confronti dell'ente capogruppo per il risarcimento dei danni sofferti in conseguenza della violazione dei principi di correttezza cui quell'ente deve attenersi nella conduzione del gruppo. Si obietterà che si tratta di un'eventualità poco probabile, dal momento che la società danneggiata è di regola controllata proprio da chi del danno dovrebbe rispondere. Ed è vero. Ma, anzitutto, non può escludersi che l'azione venga proposta dopo l'eventuale passaggio della società in altre mani, oppure ad opera del curatore in ipotesi di fallimento; e poi, in ogni caso, il mancato esercizio di una tale azione potrebbe assumere rilievo come fonte di responsabilità omissiva per gli amministratori della società controllata, e perciò, ove ne ricorrano le condizioni, dare adito ad azioni da parte dei soci di minoranza di questa, ai sensi dell'art. 2393-bis c.c. (o anche di singoli soci, ex art. 2476, c. 3°, c.c., se si tratta di società a responsabilità limitata.”

parte della loro società, sarebbe solo apparentemente illogica. Essa infatti precluderebbe al socio di agire contro la holding, ma solo laddove si sia realizzata una peculiare ipotesi di compensazione: tale ipotesi consisterebbe nell'eventualità che i soci vengano soddisfatti "indirettamente" attraverso iniezioni patrimoniali o finanziarie *ad hoc* dalla controllante alla controllata, le quali ripristinino valore e redditività delle loro partecipazioni al livello precedente all'atto lesivo.

Alla luce di ciò il 3° comma non istituirebbe, a favore della holding e rispetto alla controllata, né un *beneficium excussionis*, perché la controllata, rispetto ai suoi soci, non è un debitore che si pone accanto alla holding, né un *beneficium ordinis*, in quanto i soci della controllata non hanno azione verso la loro società: la norma riconoscerebbe, cioè, solo la "possibilità di inibire l'azione dei soci qualora, prima della proposizione o durante il suo corso, la stessa holding attui, agendo verso la controllata, quelle misure che consentono la soddisfazione dei soci della controllante."

Queste stesse affermazioni sono da ritenersi applicabili anche all'azione dei creditori, in quanto le iniezioni di liquidità, dalla controllante alla controllata, potrebbero ripristinare anche le aspettative creditorie, non solo le partecipazioni sociali, al livello precedente la lesione.

La suddetta interpretazione del 3° comma, costituisce, in definitiva, l'unica via per non incorrere nel c.d. "paradosso del doppio danno", e cioè del doppio depauperamento che la controllata subirebbe nel caso fosse costretta a soddisfare con mezzi propri le pretese degli attori ex art. 2497: pretese che, si ribadisce, traggono sempre origine da un danno che la stessa controllata ha subito per prima.

CONCLUSIONI

La Riforma in materia societaria, attuata con il decreto legislativo n° 6/2003 ha introdotto per la prima volta nel codice civile una regolamentazione organica del fenomeno dei gruppi di società.

Prima di tale Decreto la disciplina dei gruppi societari era stata ricavata dalla giurisprudenza, con l'ausilio della dottrina, sulla scorta di alcune norme di riferimento: l'art. 3 della Legge Prodi sull'amministrazione delle imprese in crisi, che consentiva al commissario di far valere la responsabilità degli amministratori della capogruppo che si fossero ingeriti, come “amministratori di fatto”, nella gestione della controllata; le norme sul conflitto di interesse (art. 2391 c.c. e 1394 c.c.), che tutelavano i soci (di maggioranza) della controllata rispetto al proprio amministratore che agisse nell'interesse (terzo) della capogruppo o di altra società del gruppo; la denuncia al tribunale di grave irregolarità amministrativa ex art. 2409c.c., che permetteva anche ad una minoranza qualificata dei soci di lamentare in giudizio la situazione di conflitto del proprio amministratore.

Non c'era dunque, prima della Riforma, nessuna norma che consentisse a soci o creditori della controllata di aggredire direttamente il patrimonio della società capogruppo. L'unica possibilità, indiretta, di sanzionare la holding per abuso di eterodirezione era far valere la responsabilità dei suoi amministratori ex art. 3 della Legge Prodi, responsabilità che veniva poi estesa alla capogruppo i forza del principio di immedesimazione organica.

Poiché il gruppo determina, di per sé, una situazione di conflitto, le norme sul conflitto d'interesse venivano stemperate dalla teoria dei vantaggi compensativi, un istituto di elaborazione giurisprudenziale che consentiva di considerare “in conflitto”, e quindi fonte di responsabilità, non qualsiasi atto compiuto dall'amministratore della controllata nell'interesse della controllante, ma solo l'atto che, adottato nell'interesse del gruppo, non comportasse, per la controllata, dei vantaggi derivanti dall'appartenenza al gruppo medesimo.

La normativa preriforma, elaborata con cautela dagli operatori del diritto per

evitare di imbrigliare eccessivamente il potenziale economico del gruppo, è stata in parte trasfusa nelle nuove norme del codice civile introdotte con la Riforma.

L'art. 2497 1° comma prevede, ad esempio, un riconoscimento espresso dell'istituto dei vantaggi compensativi quale esimente di responsabilità della capogruppo (non più dell'amministratore, rispettivamente, della controllata, nei casi di responsabilità ex art. 2393 c.c., e della controllante, nei casi di responsabilità ex art. 3 della legge Prodi) rispetto ai soci e ai creditori delle controllate.

Il legislatore, con la Riforma del 2003, ha fornito ai gruppi societari una normativa *ad hoc*, ritenendo, stando almeno a quanto si legge nella Relazione alla Riforma, che una disciplina espressa fosse necessaria per assicurare un'effettiva trasparenza delle dinamiche infragruppo: dinamiche che potevano rivelarsi assai pregiudizievoli per gli interessi dei soci di minoranza e dei creditori delle controllate.

Per realizzare tale obiettivo il legislatore ha previsto in particolare: a) un'azione di responsabilità diretta della capogruppo verso i soci e i creditori della controllata; b) delle ipotesi specifiche di recesso per il socio di società controllata; c) un meccanismo presuntivo per l'identificazione del gruppo societario: meccanismo che non “definisce” il gruppo, ma lo individua tramite l'attività che ne è, ad un tempo, presupposto ed effetto, cioè l'eterodirezione di società.

In particolare l'azione di responsabilità da direzione e coordinamento, oggetto della trattazione svolta in queste pagine, ha sollevato, a causa della vaghezza dei concetti adoperati e della molteplicità degli interessi coinvolti, numerosi problemi esegetici ed applicativi.

Tra le questioni ancora aperte vanno certamente menzionate: a) le difficoltà nell'individuare il contenuto dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società eterodirette; b) il concetto di danno da direzione e coordinamento come danno “riflesso” e la difficoltà di conciliarne la risarcibilità con i principi generali della responsabilità civile; c) la genericità della clausola sui “vantaggi compensativi” per determinare l'esclusione di responsabilità della

controllante; d) il problema del cumulo della responsabilità ex art. 2497 2° comma con altre ipotesi di responsabilità previste in capo agli eventuali responsabili in solido con l'ente controllante; e) la prescrizione.

A molte delle questioni richiamate si è tentato di proporre soluzioni adoperando categorie e strumenti di diritto comune: ad esempio, il parametro della diligenza per determinare il contenuto dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale; la rilettura del 3° comma dell'art. 2497 c.c. in chiave di *denuntiatio litis* per evitare il paradosso del doppio danno alla società controllata; il recupero della genericità della clausola di esclusione della responsabilità tramite la possibile agevolazione probatoria dell'attore in termini di nesso causale; il tentativo di ricostruire l'azione del socio di minoranza contro la capogruppo come *lato sensu* contrattuale ai fini dell'applicazione, sulla scorta delle recenti sentenze di legittimità, del termine di prescrizione ordinaria .

L'aspetto che tuttavia mi sembra più interessante e su cui vorrei soffermarmi in queste riflessioni conclusive, anche perché credo consenta di fare un bilancio sulle potenzialità della nuova azione, è quello dell'amministratore della controllata: un soggetto che incarna il punto di contatto (e “contrasto”) tra i due “macrointeressi” coinvolti nell'eterodirezione (quello della capogruppo e della controllata) e ulteriori “microinteressi” (quello, rispettivamente, dei soci di minoranza, dei creditori e, talvolta, anche dei soci di maggioranza della controllata, qualora essi non coincidano con la controllante).

Da un punto di vista della controllata, gli obblighi che legano l'amministratore alla sua società restano, formalmente, invariati in un contesto di gruppo.

La differenza che può cogliersi tra l'amministratore di controllata e quello della società monade è che il suo atto, pur estraneo all'oggetto sociale, può essere legittimo, se risponde ad un interesse della società in quanto appartenente ad gruppo. La “cartina di tornasole” di tale legittimità, come detto più volte, sarebbe la presenza di vantaggi compensativi per la società in questione.

La clausola di esclusione di responsabilità è stata, ad oggi, applicata dalla giurisprudenza come esimente di responsabilità dell'amministratore della

controllata nei confronti della sua società, laddove quest'ultimo avesse agito nell'interesse della capogruppo: cioè di un terzo.

Infatti la maggior parte delle decisioni di legittimità in materia hanno riguardato casi sorti in vigore delle norme anteriori all'introduzione del Capo IX, quando l'unico rimedio che i soci avevano a disposizione rispetto al danno da direzione unitaria era far emergere il conflitto di interessi del proprio amministratore che avesse eseguito indicazioni provenienti dall' "esterno" della propria società.

Sembra tuttavia che, in assenza di indicazione contraria della riforma, la clausola di esclusione possa essere ancora utilizzata anche "al di fuori" dell'articolo 2497 c.c., e cioè nell'ambito dei rapporti tra l'amministratore, che agisce nell'interesse della holding, anche al di fuori dell'oggetto sociale, e la società controllata. Anzi, considerando le difficoltà sinora emerse in termini di proponibilità dell'azione contro la capogruppo, è probabile che il socio o il creditore tenteranno di tutelare i propri interessi, in gran parte già riconosciuti dalla giurisprudenza preriforma, utilizzando le azioni e i rimedi approntati prima del 2003, perché, essendo già collaudati, questi ultimi strumenti godono di maggiore familiarità presso gli operatori giuridici.

Per il socio di minoranza risulterà, quindi, più semplice cercare di dimostrare la responsabilità, ex art. 2393-bis c.c., del proprio amministratore che abbia eseguito un atto estraneo all'oggetto sociale e non adeguatamente compensato dai vantaggi derivanti dall'appartenenza al gruppo, piuttosto che adoperarsi per far emergere la responsabilità della controllante ex art. 2497 c.c. Le ragioni sembrerebbero molteplici:

- la dimostrazione dei vantaggi compensativi, che escludono la responsabilità del convenuto, è semplice per holding, mentre per l'amministratore della controllata costituisce una prova difficile da fornire (è la holding che elabora le strategie economiche del gruppo, l'amministratore si limita solitamente ad eseguirle senza prender parte alla fase di indirizzo);
- la dimostrazione del nesso causale tra atto di indirizzo della controllante e

atto di esecuzione dell'amministratore non è affatto agevole (considerata la generale informalità dei rapporti tra la capogruppo e le controllate);

- la controllante può liberarsi da responsabilità dimostrando che l'atto è imputabile alla negligenza degli amministratori della holding o della controllata (dimostrazione semplice, rispetto alla prova di cui al punto precedente, perché, se dell'atto di indirizzo della controllante spesso non rimane traccia, l'atto esecutivo viene sempre adottato dall'amministratore della controllata, con le modalità e le procedure riservate agli atti della sua società).

In definitiva, l'amministratore della controllata risulta il soggetto su cui è più semplice far confluire tutte le responsabilità connesse all'attività di eterodirezione. Questi, infatti, a fronte di un'attività di direzione e coordinamento "abusiva" della controllante, sarebbe esposto:

- Ex art 2393 c.c., nei confronti dei soci di maggioranza della controllata (cioè della controllante), laddove non attuasse quanto deciso dall'assemblea (anche in danno dei soci di minoranza, ad es. non applicando le norme in materia di recesso). La controllante, infatti, può intervenire sull'oggetto sociale della controllata, modificandolo grazie all'influenza che esercita in assemblea.

L'amministratore, quindi, potrebbe trovarsi nella condizione di dover disattendere le indicazioni della propria maggioranza (che ad es. gli imponga l'adozione di una direttiva con cui affidi l'intero patrimonio sociale, senza garanzie di destinazione, alla gestione della capogruppo) se vuole agire nell'interesse della controllata come unità "imprenditoriale" e "societaria" effettiva (interesse che prescinderebbe, in quanto tale, dal volere della maggioranza);

- Ex art. 2497 2° comma, nei confronti del socio di minoranza, se partecipa al fatto lesivo della controllante o ne trae beneficio.

- Ex art. 2393- bis, nei confronti della minoranza qualificata dei soci.

Questa stessa azione potrebbe essere utilizzata contro l'amministratore:

1. dalla controllante che non abbia un numero di partecipazioni sufficienti ad esercitare il dominio assembleare. In questo caso potremmo individuare: A) un interesse della maggioranza (interesse della controllata); B) un interesse della minoranza qualificata (interesse della controllante); C) un interesse del socio di minoranza della controllata, diverso dai due precedenti.
2. dai soci di minoranza che si contrappongono alla capogruppo. Quest'ultima però potrebbe sempre neutralizzarla portando l'assemblea a decidere di rinunciare all'azione di responsabilità o di transigerla.

- Ex art. 2394 c.c., nei confronti dei creditori sociali della controllata per violazione dell'obbligo di mantenere integro il patrimonio sociale.

A differenza dell'azione del creditore ex art. 2497 II c.c. la responsabilità dell'amministratore è, in questo caso, “diretta” (quindi più favorevole all'attore) verso i creditori della sua società.

L'amministratore, in definitiva, si troverebbe esposto nei confronti sia della capogruppo (ex art. 2393 o 2393-bis), sia dei soci della controllata, rispettivamente di maggioranza (ex art. 2393 c.c.) e di minoranza (ex art. 2497 2° comma). Occorre poi considerare che, da un lato, la capogruppo, quando non è anche socia di maggioranza della controllata, esercita comunque una forma di controllo su quest'ultima e che, dall'altro, l'azione ex art. 2497 2° comma implica pur sempre un responsabilità “solidale” con quella della controllante, e non una responsabilità diretta dell'amministratore.

L'amministratore preferirà non contrapporsi alla capogruppo, scontentando

piuttosto i soci di minoranza: questo perché la holding può usare, contro di lui, i rimedi della maggioranza, mentre il socio di minoranza ha a disposizione solo l'azione ex art. 2497 2° comma, azione il cui accoglimento presuppone l'accertamento, non certo semplice, della responsabilità della capogruppo.

L'alternativa più favorevole al socio di minoranza sembra, come si è accennato, agire contro il proprio amministratore ex art. 2393-bis, laddove raggiunga, con gli altri soci di minoranza, la soglia numerica richiesta dalla norma. Si tratta, infatti, di una responsabilità “diretta” dell'organo di gestione della controllata, e l'onere probatorio sotteso sembra molto più favorevole all'attore rispetto a quanto invece non preveda l'art. 2497 c.c.. Si pensi, ad esempio, alla prova della negligenza del convenuto: nel caso dell'amministratore il difetto di diligenza può consistere anche nella violazione di norme “precostituite” nello statuto della controllata, nel caso della capogruppo invece tale difetto si limita alla violazione dei “principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale”, principi sul cui contenuto non c'è ancora una posizione unanime in dottrina e in giurisprudenza.

Lo scenario che si prospetta, dunque, rispetto alla nuova azione di responsabilità ex art. 2497 c.c., è quello di una generale tendenza a “diluire” nuovamente, sugli organi di gestione delle singole controllate, la responsabilità da eterodirezione che la Riforma del 2003 aveva voluto “accentrare” nella capogruppo.

L'evidente conseguenza è quella di rendere inoperante un'azione che, pur lodevole nell'intento di “responsabilizzare” la holding, non sembra sia riuscita, di fatto, a trasporre la logica unitaria dal piano della gestione, in cui sembra funzionare a dovere, al piano della responsabilità.

In quest'ambito, infatti, la logica più efficace, dal punto di vista della tutela, sembra ancora quella, cosiddetta, “atomistica”, che incentrandosi, però, unicamente sulla singola società quale ente autonomo e indipendente, rischia di presupporre un dato irrealistico, posto che l'attuale contesto economico è ormai largamente dominato da fenomeni di interdipendenza tra società.

BIBLIOGRAFIA

- ABBADESSA P. “La responsabilità della società capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione”, in “ Banca, borsa e titoli di credito” 2008, I, 279;
- ABBADESSA P. “I gruppi di società nel diritto italiano”, in “I gruppi di società, Bologna 1982”, 103;
- ABRIANI N. “Gruppi di società e criterio dei vantaggi compensativi nella riforma del diritto societario, in “Giurisprudenza commerciale”, 2002, I, 616
- ALLEGRI V. “Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori”, Milano, 1979, 199;
- ANGELICI C. “La riforma delle società di capitali: lezioni di diritto commerciale”², Padova, 2006, 204;
- ASSONIME. IL CASO “Scelte gestionali e diligenza degli amministratori” 2009, 7 in www.assonime.it;
- BONELLI F. “Atti estranei all’oggetto sociale e poteri di rappresentanza” in “Giurisprudenza commerciale” luglio-agosto 2004, I, 924;
- BONELLI F. “La responsabilità degli amministratori” in “Trattato Colombo e Portale”, IV, Torino, 1994, 352;
- BONELLI F.” Gli amministratori di società per azioni”, Milano, 1985, 268.
- BUSSOLETTI M. - LA MARCA E., “Gruppi e responsabilità da direzione unitaria”, in Riv. dir. comm., 2010, I, 65.
- CALLEGARI M. “Commento al 2497 quater” in “Il nuovo diritto societario”, commentario diretto da Cottino e Bonfante – Oreste Cagnasso – Montalenti, Bologna, 2004, 2206;
- CARIELLO V. “Dal controllo congiunto all’attività congiunta di direzione e coordinamento di società” in “Rivista delle società”, 2007, 1,1;
- CARIELLO V. “Sub art. 2497”, in “Società di capitali, Commentario Niccolini-Stagno-D’Alcontres”, III, Napoli, 2004, 1865;

CARIELLO V. “Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale” in “Rivista delle società” 2003, 6, 1229;

DAL SOGLIO P. “Direzione e coordinamento di società”, in “Il nuovo diritto delle società”, a cura di Maffei Alberti, Padova, 2005, III, 2302;

DOCUMENTO ARISTEIA N.38 “La responsabilità degli organi di amministrazione nella riforma del diritto societario”, novembre 2003 in www.irdcec.it/system/files/imce/aree-tematiche/ari/docari38c.pdf;

FAVA I. “I gruppi di società e la responsabilità da direzione unitaria” in “Le società”, 2003, 9, 1197;

FICO D. “La responsabilità per esercizio abusivo dell’attività di direzione e coordinamento” in “Le società”, 2009, 1, 79;

FIGA’-TALAMANCA G., GENOVESE A. “Riforma del diritto societario e gruppi di società” in “Vita notarile” 2004, Palermo, 1189

FRANZONI M. “Il danno risarcibile”, in Tratt. Franzoni, Milano, 2004;

GALGANO F., “Le società”, in “Diritto commerciale”, Bologna, 251;

GALGANO F. “I gruppi nella riforma delle società di capitali” in “Contratto e impresa, Saggi 3/2002”, 1015

GALGANO F. “Diritto civile e commerciale” II, 1, Padova, 1999, 32.

GAMBINO A. “Responsabilità amministrativa nei gruppi societari” in “Giur. Comm.”1993, I, 841;

GARCEA M. “Gruppi finti. Appunti in tema di gruppi di società e interposizione nell’esercizio dell’impresa” in Riv. dir. civ., 2005, 214 ss.

GUIZZI G. “La responsabilità della controllante per non corretto esercizio del potere di direzione e coordinamento” in “Profili e problemi dell’amministrazione nella riforma delle società” a cura di Giulia Sconamiglio, Milano, 2003, 207;

JAGER P.G. “«Direzione unitaria» di gruppo e responsabilità degli amministratori”, in Riv. Soc., 1985, 853;

JAGER P.G. “La responsabilità solidale degli amministratori della capogruppo nella legge sull’amministrazione straordinaria”, Giur. comm., 1981, I, 420;

LEONE T. “Contributi in conto capitale: generalità della fattispecie e invalidità della delibera di restituzione ai soci” in “Le società”, 2009, 4, 453;

LIBONATI B. “Responsabilità nel e del gruppo (Responsabilità della capogruppo, degli amministratori, delle varie società) ” in “Gruppi di società, Rivista delle società” Atti del Convegno internazionale di studi, Venezia 16/17/18-11-1995, II, 1489;

LO CASCIO G. “Il nuovo diritto societario nelle procedure concorsuali” in “Il fallimento”, 2003, 6, 593;

MARCHETTI P. “Sul controllo e sui poteri della controllante” in “Gruppi di società, Rivista delle società” Atti del Convegno internazionale di studi, Venezia 16/17/18-11-1995, II, 1547;

MARCHISIO E. “La corretta gestione della società eterodiretta ed il recepimento di direttive (programmaticamente o solo accidentalmente) dannose” in Giur. comm. 2011, 06, 923;

MINERVINI G. “Gli interessi degli amministratori di s.p.a.” in “Giurisprudenza commerciale”, 2006, I, 147;

MINERVINI G. “La capogruppo e il governo del gruppo” in “Gruppi di società, Rivista delle società” Atti del Convegno internazionale di studi, Venezia 16/17/18-11-1995, II, 1565;

MONELLI P. “La responsabilità degli amministratori di società per azioni” in “Quaderni di giurisprudenza commerciale” n.135, Milano, 1992, 136;

MONTALENTI P. “Direzione e coordinamento dei gruppi societari: principi e problemi”, in “Rivista delle società”, 52, 2007, 317;

MONTALENTI P. “Gruppi e conflitto di interessi nella riforma del diritto societario, Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi” in “Giurisprudenza commerciale”, 2002, I, 624;

MONTALENTI P. “Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi” in “Gruppi di società, Rivista delle società” Atti del Convegno internazionale di studi, Venezia 16/17/18-11-1995, II, 1627;

MOSCO G.D. “Il controllo tramite sindacato di voto: uno studio empirico” in “Gruppi di società, Rivista delle società” Atti del Convegno internazionale di studi, Venezia 16/17/18-11-1995, II, 1651;

MUCCIARELLI G. “Problemi in tema di gruppi e oggetto sociale” in “Gruppi di società, Rivista delle società” Atti del Convegno internazionale di studi, Venezia 16/17/18-11-1995, II, 1651;

MURATORE A. “Commento agli artt. 2497 bis- 2497 ter c.c.” in “Il nuovo diritto societario”, commentario diretto da Cottino e Bonfante - Cagnasso – Montalenti, Bologna, 2004, 2185;

NIUTTA A. “Sulla presunzione di esercizio dell’attività di direzione e coordinamento di cui agli artt. 2497sexies e 2497 septies c.c.: brevi considerazioni di sistema” in “Giurisprudenza commerciale”, I, 2004, 983;

NIUTTA A. “La nuova disciplina delle società controllate: aspetti normativi dell’organizzazione del gruppo di società” in “Rivista delle società”, 2003, 8, 780;

PANZANI L. “L’azione di responsabilità ed il coinvolgimento del gruppo di imprese dopo la riforma”, in “Le Società”, 2002, 12, 1477.

PANZIRONI V. “Il conflitto di interessi dell’amministratore di s.p.a. nell’elaborazione di dottrina e giurisprudenza” (2003) in www.archivioceradi.luiss.it

PAOLUCCI L.F. “Il dilemma dell’amministratore gentiluomo. Alcune considerazioni ex art. 2391 c.c.” in “Le società”, 9, 2007, 1095;

PENNISI R. “La disciplina delle società soggette a direzione unitaria ed il recesso nei gruppi” in “Il nuovo diritto delle società” diretto da Abbadessa e Portale, 3, Torino, 2007, 890;

PENTA A. “La natura della responsabilità per abuso di attività di direzione e coordinamento” in “Dir. Fall.”, 2009, 2, 235;

PIRAS A. e CERRAI A., “Gruppi di società”, in AA.VV, Diritto commerciale, Bari 1995, 636;

RESCIGNO M. “Rapporti e interferenze tra riforma societaria e riforma fallimentare” in “Il nuovo diritto fallimentare (diretto da Jorio e coordinato da Fabiani)”, Bologna 2007, 2130;

RORDORF R. “La responsabilità civile degli amministratori di S.p.A. sotto la lente della
giurisprudenza (I parte)”, in “Le Soc.”, 2008, 1195 s.,

RORDORF R. “I gruppi nella recente riforma del diritto societario” in “Le società”, 5/2004, 538;

ROVELLI L. “Correttezza” in “Dig. disc. Priv.” Sez. civ. IV, Utet, Torino, 1989, 423;

SALAFIA V. “La responsabilità della holding nei confronti dei soci di minoranza delle controllate” in “Le società”, 2 bis/2003, 390;

SCHEMA DI DECRETO LEGISLATIVO recante «Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative», Parere ai sensi dell’articolo 1, comma 4, della legge 3 ottobre 2001, n. 366.

SCHIANO DI PEPE G. “Commento a Trib. Alba 23.1.1995” in Società, n. 8/1995, 1078;

SCONAMIGLIO G. “Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento” in “Il nuovo diritto delle società”, diretto da Abbadessa e Portale, 3, Torino, 2007, 947;

SCONAMIGLIO G. “Poteri e doveri degli amministratori nei gruppi di società dopo la riforma del 2003” in “Profili e problemi dell’amministrazione nella riforma delle società” a cura di Giuliana Sconamiglio, Milano, 2003, 189;

SCONAMIGLIO G. “Appunti sul potere di direzione nei gruppi di società” in “Gruppi di società, Rivista delle società” Atti del Convegno internazionale di studi, Venezia 16/17/18-11-1995, II,2107;

SCONAMIGLIO V. “Vantaggi compensativi nel gruppo di società” in “Le società”, 2009, 4, 491;

STRIPE A. “La diligenza come criterio di responsabilità dell’obbligato: evoluzione storica della regola giuridica. Gli amministratori di società”, (ottobre 2009) in www.archivioceradi.luiss.it;

TOMBARI U. “Poteri e doveri dell’organo amministrativo di una s.p.a. “di gruppo” tra disciplina legale e autonomia privata (Appunti in tema di Corporate Governance e gruppi di società)” in “Riv. Soc.” 2009, 1, 122;

TOMBARI U., “Riforma del diritto societario e gruppo di imprese”, in “Giurisprudenza commerciale”, 2004, I, 61

VALZER A. “Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto” in “Il nuovo diritto delle società” diretto da Abbadessa e Portale, 3, Torino, 2007, 831;

VENTORUZZO M. “Ad art 2391 c.c.” in “Amministratori”, a cura di Ghezzi, in “Comm. Marchetti ed altri”, Milano, 2005, 423;

VISENTINI G.” Appunti per discutere: De Nicola, Il diritto dei controlli societari (2011, Gruppo 24 ore)” in www.archivioceradi.luiss.it;

VISENTINI G. “Assunzione di partecipazioni: direzione e coordinamento di società”, in “Principi di diritto commerciale”, Verona, 2008, 429;

VISENTINI G. “Della responsabilità degli amministratori” in “Principi di diritto commerciale”, Verona, 2008, 357;

VISENTINI G. “ La diligenza come criterio di responsabilità dell’amministratore”, in Afferni – Visintini (a cura di), “Principi civilistici nella riforma del Diritto Societario”, Milano, 2005, 101;

VISENTINI G. “Il Conflitto d’interessi nelle relazioni fiduciarie” in “Nextam Partners Quaderni”, 2002, www.nextampartners.com;

ZAMPARETTI G.M. “Responsabilità della società del gruppo e abuso della direzione unitaria della controllante” in “Il Fallimento”2001, 10, 1143;

ZOPPINI A. – TOMBARI U., “Intestazione fiduciaria e nuova disciplina dei gruppi di società, Contratto e impresa”, 2004, 3, 1104.

Cassazione n° 3902, 12-3-2012 in www.dejure.giuffre.it ;

Cassazione n° 3674, 8-3-2012 in www.dejure.giuffre.it ;

Cassazione Penale n° 4458, 10-11-2011 (data deposito 2-2-2012) in www.dejure.giuffre.it ;

Cassazione n° 16763, 29-7-2011 in “Giust. Civ”. 2011, 12, I, 2811;

Cassazione n° 8403, 12-4-2011 in “Diritto & Giustizia” 2011, 2 giugno;

Cassazione n°6558, 22-3-2011 in “Guida al diritto” 2011, 26, 68;

Cassazione n° 26042, 23-12-2010 in “Giustizia civile Massimario” 2010, 12, 1645;

Cassazione n°23344, 18-11-2010 in “Società” 2011, 1, 101;

Cassazione n° 21250, 14-10-2010 in “Giust. civ. Mass”. 2010, 10, 1325;

Cassazione n°20597, 4-10-2010 in www.altalex.com;

Cassazione n°17121, 21-7-2010 in “Giustizia civile Massimario” 2010, 7-8, 1063;

Cassazione n° 14056, 11-6-2010 in “Guida al diritto” 2010, 29, 61 ;

Cassazione n°11959, 17-5-2010 in “Giustizia Civile Massimario” 2010, 5, 757;

Cassazione SS.UU. n°27346, 24-12-2009 in “Società” 2010, 4, 511;

Cassazione n°26516, 17-12-2009 in “Giustizia civile Massimario” 2009, 12, 1704;

Cassazione n°18231, 12-8-2009 in “Guida al diritto” 2009, 37, 16;

Cassazione n° 6719, 12-3-2008 in “Giust. civ. Mass.” 2008, 3, 410;

Cassazione SS.UU.n° 577, 11-1-2008 in “Resp. civ. e prev.” 2008, 4, 849;

Cassazione n° 16393, 24-7-2007 in “Le società” 2009, 4, 435;

Cassazione SS.UU. n° 14712, 26-6-2007 in “Guida al diritto” 2007, 29, 42;

Cassazione n° 26325, 11-12-2006 in “Massimario del Foro italiano” 2006, 2153;

Cassazione n° 17696, 4-8-2006 in “Mass. Giust. Civ.” 2006, 7-8;
Cassazione SS.UU. n°15781, 28-7-2005 in “Giur. It”. 2006, 7, 1380;
Cassazione n°16707, 24-8-2004 in “Giurisprudenza Commerciale” 2005, II, 405;
Cassazione n° 10297, 28-5-2004 in “Foro It.” 2005, I,2479;
Cassazione n° 5718, 23-3-2004 in “Riv. Del Notar.” 2004, 1571;
Cassazione n° 3724, 13-3-2003 in “Giust. civ. Mass.” 2003, 516;
Cassazione n°10403, 18-7-2002 in “Giust. civ. Mass”. 2002, 1258;
Cassazione n°13533, 30-10-2001 in “Nuova giur. civ. commentata” 2002, I, 349
Cassazione n°4505, 10-4-2000 in “Giurisprudenza Italiana” 2001, 477;
Cassazione n° 589, 22-1-1999 in “Nuova giur. civ. commentata 2000” I, 334;
Cassazione n°12325, 5-12-1998 in “Giurisprudenza Italiana” 1999, 2317;
Cassazione n°10488, 22-10-1998 in “Giurisprudenza Italiana”1999, 773;
Cassazione n°2001, 11-3-1996 in “Giurisprudenza commerciale”1997, II, 133;
Cassazione n°1759, 13-2-1992, in;” Giur. comm. “1993, II, 502 (nota di: SPAGGIARI)
Cassazione n°1439, 26-2-1990 in “Foro Italiano” 1990, I, 1189;
Cassazione n°6278, 22-6-1990 in “Giur. comm.” 1992, II,45;
Cassazione n° 2359, 12-11-1965 in “Giur. It.” 1966, I, 1, 401.

Trib. Milano 17-6-2011 in “Repertorio della Giustizia Civile”, 2011, 6590;
Trib. Milano 18-1-2011 in www.fallimento.it;
Trib. Pescara 3-2-2009 in “Giur. Merito”2010, 11, 2740;
Trib. Pescara 2-2-2009 in “Foro it.” 2009, 2829;
Trib. Napoli 26-5-2008 in “Dir. Fall.” 2009, II, 235;
Trib. Milano, 23-4-2008 in “Società” 2009, 78;
Trib. Roma 5-2-2008 in “Le Società”, 4, 2009, 491;
Trib. Roma, 17-7-2007 in “Riv. dir. comm.” 2008, II, 211;
Trib. Biella, 17-11-2006 in www.ilcaso.it;
Trib. Milano, 29-5-2004 in “Giurisprudenza Italiana” 2004, 2333;
App. Milano, 30 marzo 2001, in “Giur. Comm.”, 2002, II, 200
Trib. Roma, 2-2-1999; in “Società” 1999, 851
Trib. Milano, 15-11-1995 in” Giur. it.” 1996, I,2, 525
Trib. Milano, 25-9-1995; “Giurisprudenza Italiana” 1996 , I , 2 , 79
App. Milano, 16-6-1995 in “Società” 1995, 1564;
Trib. Alba 23.1.1995” in Società, n. 8/1995, 1078;
Trib. Milano, 19-3-1993 in “Società” 1993, 1247 osser. (MORELLI);
Trib. Venezia, 14-12-1990 in “Nuova giur. civ. commentata” 1992, I, 898 (nota di:
BONTEMPI)

