

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

DOTTORATO DI RICERCA IN
Diritto delle società e dei mercati finanziari

Ciclo XXIV

Settore Concorsuale di afferenza: Diritto commerciale e della navigazione

Settore Scientifico disciplinare: IUS 04

L'azione risarcitoria *ex art. 2497 c.c.*

Presentata da: Chiara Colaprete

Coordinatore Dottorato

Prof. Francesco Vella

Relatore

Prof. Umberto Tombari

Esame finale anno 2012

INDICE

INTRODUZIONE.....	4
-------------------	---

CAPITOLO I

UNA NUOVA IPOTESI DI AZIONE RISARCITORIA

1. Dai gruppi di impresa all'art. 2497 c.c.	6
2. L'attività di direzione e coordinamento come regola organizzativa	10
3. (<i>Segue</i>) l'attività di direzione e coordinamento come fonte di responsabilità.....	19
4. Una particolare ipotesi di azione risarcitoria nelle società eterodirette.....	21

CAPITOLO II

GLI ELEMENTI COSTITUTIVI DELL'AZIONE RISARCITORIA

1. I presupposti per l'esercizio dell' azione prevista dall'art. 2497 c.c.	23
2. I legittimati attivi	35
a) I soci	36
b) I creditori sociali	40
c) La società etero diretta	42
d) I legittimati del iv° comma dell'art. 2497 c.c.....	43
e) Il titolare di <i>warrants</i>	46
3. Legittimati passivi	47
4. Una sorta di responsabilità solidale ai sensi del 2° comma dell'art. 2497 c.c.....	51
5. (<i>Segue</i>): La possibile responsabilità della holding persona fisica	59

6. I vantaggi compensativi come esimente la responsabilità <i>ex art.</i> 2497 c.c.	63
--	----

CAPITOLO III

MODALITA' PER L'ESERCIZIO DELL'AZIONE EX ART. 2497 C.C. DA PARTE DEI SOCI E DEI CREDITORI SOCIALI

1. Analisi del 3° comma dell'art. 2497 c.c.....	74
2. (<i>Segue</i>) la posizione della società etero diretta: legittimato attivo o passivo?.....	82
3. La responsabilità della società capogruppo.....	85
4. (<i>Segue</i>) la responsabilità di chi ha eseguito la direttiva dannosa	91
5. L'azione di responsabilità esercitata dal socio	97
6. L'azione risarcitoria come tutela dei creditori sociali	106
7. Modalità per la quantificazione dei danni risarcibili e i problemi relativi all'onere della prova	110
8. Termini di prescrizione dell'azione <i>ex art.</i> 2497 c.c.....	118
<i>Bibliografia</i>	121

Introduzione

Scopo della presente trattazione è quello di andare ad osservare in che modo il legislatore della riforma abbia cercato di offrire una disciplina ad un fenomeno sempre più in espansione nell'economia italiana: i gruppi di impresa.

Il tentativo è pertanto quello di analizzare, in un primo momento, le regole introdotte nel 2003 utili a disciplinare un nuovo istituto quale è l'attività di direzione e coordinamento; a tal proposito, è necessario evidenziare che la scelta del legislatore è andata nella direzione di prevedere alcune norme generali, in grado di individuare gli elementi costitutivi dell'attività di direzione e coordinamento, norme contenute agli artt. 2497 ss. c.c..

L'attività di direzione e coordinamento se da un lato può essere considerata come una regola di organizzazione dell'impresa, dall'altro lato pone una serie di problematiche soprattutto in relazione agli interessi che da un gruppo possono scaturire; uno su tutti è quello dei protagonisti che operano all'interno della realtà del gruppo, cioè i soci, gli amministratori, ma anche i soggetti che indirettamente entrano in contatto con le società e cioè i creditori sociali.

Per tale motivo, l'interesse più rilevante di questo lavoro non è tanto quello di individuare i tratti caratterizzanti la direzione e il coordinamento, quanto piuttosto quello di soffermarsi sulle problematiche legate all'azione risarcitoria introdotta con la disposizione di cui all'art. 2497 c.c..

Nel dare spazio all'azione di responsabilità nell'ambito dei gruppi, sarà poi importante analizzare gli aspetti problematici dell'esercizio vero e proprio di tale azione, soprattutto confrontando la posizione dei soci di minoranza con quella dei creditori sociali.

A tal fine, verrà sinteticamente ripercorso l'iter che ha portato all'introduzione del capo IX del Libro V del nostro codice civile ponendo l'attenzione anche sulle ragioni (giuridiche e non) che hanno spinto il legislatore a prevedere per la prima volta nel nostro ordinamento una serie di regole in materia di gruppi di società.

Mi riferisco in particolare alle modalità con le quali i soci e i creditori sociali possono effettivamente esercitare l'azione a tutela dei propri interessi e dunque tentare di trovare pieno ristoro ai danni sofferti; danni che in qualche modo risultano legati alle scelte operate dal gruppo di comando e, più tecnicamente, dalla società che esercita l'attività di direzione e coordinamento, la c.d. capogruppo.

Questo lavoro non esaurisce le tematiche che dall'attività di direzione e coordinamento possono derivare, ma vuole essere un tentativo di andare a fondo delle potenzialità che l'azione risarcitoria introdotta con l'art. 2497 c.c. offre a quei soggetti che prendono parte alla vita del gruppo di società; allo stesso tempo, la presente trattazione metterà a confronto l'azione di responsabilità nei confronti della capogruppo con quanto accade nel caso di società monadi e, nello specifico, quali sono le differenze in tema di risarcimento del danno patito da soci e creditori sociali.

Ciò che è emerso dallo studio di questo tema può essere sintetizzato in questo modo: lo strumento dell'azione risarcitoria *ex art. 2497 c.c.* è certamente alquanto interessante, soprattutto in riferimento alla tutela offerta a quei soggetti che a vario titolo entrano in contatto con la realtà del gruppo; tuttavia appare uno strumento che al fine di raggiungere la sua piena utilità, ha bisogno di essere esercitato e, non solamente, nelle situazioni di crisi societaria.

Tale considerazione nasce infatti dal riconoscimento che, pur essendo trascorsi ormai 8 anni dall'introduzione di tale azione, poche sono le pronunce dei Tribunale di merito su questo tema.

CAPITOLO I

UNA NUOVA IPOTESI DI AZIONE RISARCITORIA NEI GRUPPI DI SOCIETÀ

Sommario: 1. Dai gruppi di impresa all'art. 2497 c.c.; 2. L'attività di direzione e coordinamento come regola organizzativa; 3. (*segue*) L'attività di direzione e coordinamento come fonte di responsabilità; 4. Una particolare ipotesi di azione risarcitoria all'interno delle società etero dirette.

1. Dai gruppi di impresa all'art. 2497 c.c.

1.1 In Italia è stato calcolato che alla fine del 2000 i gruppi di impresa¹ erano oltre 3000²: ciò indica che sulla scena dell'economia nazionale il soggetto protagonista non è più la singola società commerciale, ma il gruppo societario³, divenendo così il modello di struttura tipico dell'impresa medio-grande⁴.

Da un punto di vista strutturale il gruppo di società può essere definito come una aggregazione di società formalmente autonome ed indipendenti l'una dall'altra ma assoggettate ad una direzione unitaria; tutte le società sono sotto l'influenza dominante di un'unica società (capogruppo) che direttamente od

¹ SCOGNAMIGLIO, *Poteri e doveri degli amministratori nei gruppi di società dopo la riforma del 2003*, in *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, Milano, 2003, 201 secondo la quale i gruppi si presentano nella realtà economica secondo una gamma di modelli alquanto articolata: le differenze fra i diversi modelli o tipi della realtà sono date, *in primis*, dal differente grado di intensità della direzione unitaria, ovvero ove si preferisce dalla diversa intensità con cui sono esercitate le prerogative connesse alla posizione di controllo societario, la quale può essere esercitata in maniera lasca, sì da favorire al massimo il decentramento organizzativo e l'autonomia gestionale delle singole società controllate, o, l'opposto, in maniera rigida, sì da realizzare un forte accertamento di funzioni gestorie nel vertice.

² GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, in *Contr. impr.*, Saggi 3, 2002, 1015 in cui l'Autore propone uno studio statistico del fenomeno.

³ VALLARDI, *L'insolvenza dei gruppi e l'azione di responsabilità*, in *Fall.* 2004, n. 6, 622;

⁴ Si sviluppa nel nostro paese dopo essersi affermato, come forma di organizzazione di impresa, in altri Stati, ad esempio, all'interno degli stati di Common law, ma non solo, nel corso degli anni si è sviluppato in maniera massiccia; nel 1988 lo stato del New Jersey per primo ha emendato il diritto societario permettendo alle *corporations* di acquistare partecipazioni azionarie di altre società. In Germania, paese cui si deve la disciplina più organica dei gruppi societari, è emersa prepotentemente l'esigenza di prevedere una normativa autonoma rispetto alle norme regolanti il diritto delle società, affinché venisse data una tutela maggiore agli interessi di società presenti all'interno di aggregazioni di gruppo. Tale disciplina prevede che ove risulti l'esistenza di un danno per illegittimo esercizio dell'influenza svolta, venga riconosciuta alla società danneggiata e ai soci/azionisti della stessa il diritto al risarcimento del danno esperibile sia nei confronti dei membri dell'organo gestorio dell'impresa di vertice sia della stessa capogruppo. L'ordinamento spagnolo, viceversa, non contiene particolari previsioni per l'insolvenza di una società inserita in un'aggregazione di gruppo. Anche nell'ordinamento francese, pur in assenza di un'apposita disciplina in materia di gruppi di società, prevalgono tendenze giurisprudenziali volte a tutelare i creditori della società controllante nell'ipotesi di illegittimo esercizio della direzione unitaria. A questo riguardo, e per un maggior approfondimento, si veda VALLARDI, *op. già cit.*, 622;

indirettamente le controlla e dirige secondo un disegno unitario la loro attività di impresa per il perseguimento di uno scopo unitario e comune a tutte le società del gruppo (c.d. interesse di gruppo)⁵.

La ragione della crescita del numero di gruppi di società nel nostro paese va letta come una strategia adottata dagli imprenditori per tentare di entrare meglio nel mercato e, nel caso ve ne fosse bisogno, nella possibilità di rafforzare la propria posizione a livello internazionale contando su competenze, processi industriali, capacità tecniche migliori di quelle detenute singolarmente⁶.

Scopo dunque dei gruppi⁷ è quello di combinare i vantaggi dell'unità economica della grande impresa con quelli offerti dall'articolazione in più strutture organizzative come detto autonome e distinte⁸.

Da un punto di vista giuridico, nonostante il fenomeno fosse sempre più diffuso e fosse necessaria la predisposizione di una disciplina *ad hoc*⁹, il legislatore non ha tuttavia mostrato un particolare interesse sul punto¹⁰,

⁵ G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, II, *Diritto delle società*, 288.

⁶ La costituzione di gruppi di società trova la sua origine nella possibilità di rispondere all'esigenza di razionalizzazione e di maggiore efficienza del sistema produttivo. Da ciò ovviamente derivano anche una serie di aspetti problematici che le normative tendono a salvaguardare; in particolare, è triplice l'esigenza che le disposizioni in materia di gruppi devono tenere in considerazione: a) assicurare un'adeguata informazione sui collegamenti di gruppo, sui rapporti finanziari e commerciali fra le società del gruppo, b) evitare che eventuali intrecci di partecipazioni alterino l'integrità patrimoniale delle società coinvolte ed il corretto funzionamento degli organi decisionali della capogruppo, c) evitare che le scelte operative delle singole società del gruppo pregiudichino le aspettative di quanti fanno affidamento esclusivamente sulla consistenza patrimoniale e sui risultati economici di quella determinata società. Interessante anche notare che alcuni, pur riconoscendo i numerosi vantaggi che l'appartenenza ad un gruppo può far sorgere (c.d. sinergie di gruppo), subito si preoccupano di segnalare che tale scelta societaria solleva complessi problemi giuridici, si veda su tutti TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, 2010, 3. A questo riguardo, è importante notare che l'appartenenza ad un gruppo comporta vantaggi per le singole società "non solo sotto il profilo dell'immagine e il conseguente credito di cui le società operative possono godere sul mercato, ma anche, in forma più immediata, in termini di utilizzo dei servizi di comune interesse e di realizzazione di economie di scala", in questi termini Cass. 26 febbraio 1990, n. 1439, in *Giur. comm.* 1991, I, 360; Cass. 11 marzo 1996, n. 2001, in *Giur. comm.* 1997, II, 129; Cass. 29 settembre 1997, n. 9532, in *Foro amm.* 1998, 1041; Cass. 5 dicembre 1998, n. 12325 in *Giur. it.* 1999, 2317; Cass. 21 gennaio 1999, n. 521 in *Soc.* 1999, 428.

⁷ Per un approfondimento sul tema dei gruppi e sul dibattito anteriore alla riforma del 2003 si veda PAVONE LA ROSA, *I gruppi di società di imprese ed informazione societaria*, in AA.VV., *L'informazione societaria*, in *Atti del convegno internazionale di studi di Venezia del 5-7 novembre 1981*, Milano, 1982, p. 1119; RONDINONE, *I gruppi di imprese fra diritto comune e diritto speciale*, 1999.

⁸ Con l'ulteriore effetto di ridurre i c.d. costi di transazione.

⁹ Il codice civile, precedente alla riforma del 2003, si occupava del fenomeno dei gruppi solamente indirettamente attraverso la disciplina dei poteri di controllo (art. 2359 c.c.).

¹⁰ In relazione a ciò, RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Soc.*, 2004, 5, 539 ritiene che non è privo di interesse ricordare che il legislatore del 1942 aveva

limitandosi alla emissione di volta in volta di normative di settore¹¹ e lasciando alla giurisprudenza il compito di occuparsi degli argomenti centrali in materia di *holding*, di controllo di direzione unitaria, di rapporti di gruppo e di responsabilità.

Con la legge 3 ottobre 2001, n. 366, il Parlamento ha però “cambiato rotta” ed ha imposto al Governo di “prevedere una disciplina di gruppo secondo principi di trasparenza, tale da assicurare che l’attività di direzione e coordinamento fosse in grado di contemperare l’interesse del gruppo delle società controllate nonché dei soci di quest’ultime”.

Tuttavia, la legge delegata ha introdotto nel nostro ordinamento una disciplina riguardante la direzione e il coordinamento senza alcun esplicito riferimento al “gruppo” in quanto tale; tale scelta nasce probabilmente dalla volontà di tentare di inserire nel codice civile una normativa in grado di far fronte all’evoluzione economica e sociale della realtà e che ponesse al centro il problema principale del fenomeno del gruppo quale è la responsabilità della controllante nei confronti dei soci e dei creditori sociali della controllata¹².

avuto presente il fenomeno dei gruppi societari, cui si fa esplicito riferimento nella Relazione al codice come ad “un fenomeno che risponde tipicamente agli orientamenti della moderna economia organizzata”, destinato per lo più ad evolversi in un nucleo produttivo che va integrandosi dando vita ad attività sussidiaria, alla quale meglio si addice una gestione autonoma.

¹¹ Ci si riferisce *a*) alla prima legge sulla amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi (l. n. 95 del 1979) il cui art. 3 co. 6 prevedeva che il commissario potesse proporre l’azione di responsabilità sociale nei confronti degli amministratori della società controllante e di quella controllata e che poi è stata riprodotta nell’art. 90 del d.lg. n. 270 del 1999, il quale per l’ipotesi di imprese di gruppo soggette a direzione unitaria, dispone che “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”; *b*) al Testo unico in materia bancaria e creditizia (d.l. n. 385 del 1993) che all’art. 61 co. 4 prevedeva che la capogruppo, nell’esercizio dell’attività di direzione e coordinamento, emana disposizioni alle componenti del gruppo per l’esecuzione delle istruzioni impartite dalla Banca d’Italia nell’interesse della stabilità del gruppo; *c*) al d.lg. n. 127 del 1991 che ha introdotto l’obbligo della redazione del bilancio consolidato per le società di capitali che controllano altre imprese riconoscendo una rilevanza al gruppo sotto il profilo finanziario, economico e patrimoniale; *d*) al Testo unico sull’intermediazione finanziaria (d.lg. n. 58 del 1998) dove è previsto che in presenza di controllo tra società vi sia una vigilanza estesa a tutte le componenti del gruppo societario da parte dell’autorità; su quest’ultimo aspetto si veda, per un approfondimento, PAVONE LA ROSA, *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*, in *Riv. soc.* 2003, 765.

¹² A questo riguardo si veda *Relazione al decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 6. Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366* in *Riv. soc.* 2003, par. 13, 155.

Il legislatore si è quindi limitato a disciplinare gli aspetti patologici del fenomeno (a discapito degli elementi costitutivi ed identificativi)¹³, fra cui in particolare quello della responsabilità della capogruppo.

Ciò nonostante, la riforma è stata in grado di tracciare una serie di indicatori per risalire agli elementi costitutivi ed essenziali dell'attività di direzione e coordinamento¹⁴; si veda ad esempio l'art. 2497 c.c. dove si impone alla società o all'ente che esercita attività di direzione e coordinamento di società di agire nel rispetto dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale; oppure l'art. 2497 *bis* c.c., il quale prescrive le forme di pubblicità cui devono attenersi, non soltanto le società aggregate (indicazione negli atti e nella corrispondenza e iscrizione nel registro delle imprese della società o ente cui sono assoggettate), ma anche la stessa capogruppo (iscrizione in apposita sezione presso il registro delle imprese); articolo che, all'ultimo comma, impone altresì agli amministratori di "indicare nella relazione sulla gestione i rapporti intercorsi con chi esercita l'attività di direzione e coordinamento e con le altre società che vi sono soggette, nonché l'effetto che tale attività ha avuto sull'esercizio dell'impresa sociale e sui suoi risultati".

La disciplina contenuta nel capo IX continua poi con l'art. 2497 *ter* che prevede obblighi di motivazione delle decisioni delle società appartenenti al gruppo, quando siano state influenzate da tale relazione, con l'art. 2497 *quater* che introduce, con riferimento alla realtà di gruppo, una nuova disciplina del diritto di recesso e, infine, con l'art. 2497 *quinquies* in materia di finanziamenti infragruppo, il quale, estendendo la disciplina prevista dall'art. 2467 c.c. all'ipotesi di finanziamenti effettuati a favore della società da chi esercita attività di direzione e coordinamento, introduce vere e proprie regole di gestione dell'impresa di gruppo sotto il profilo finanziario.

¹³ Non fornendo nemmeno una definizione di gruppo il legislatore ha optato per una soluzione chiaramente rinunciataria, CARIELLO, *Direzione e coordinamento e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Riv. soc.* 2003, 6, 1232.

¹⁴ Come anticipato anche dalla stessa legge delega, saranno gli interpreti a dover armonizzare e perfezionare la disciplina in modo da completare il sistema TOMBARI, *Riforma del diritto societario e gruppo di imprese*, in *Giur. comm.* 2004, I, 61; MINERVINI, "Cronache della grande impresa", in *Giur. comm.* 2004, 4, I, 894.

L'introduzione di una disciplina come quella appena percorsa è stata da alcuni vista come una vera e propria rivoluzione "copernicana"¹⁵ rispetto al passato, ove la responsabilità era incentrata sugli amministratori della società dipendente e della capogruppo e solo faticosamente si cercava di fondare interpretativamente una responsabilità (anche) di quest'ultima società.

Inoltre, va ricordato che la riforma ha riconosciuto nel contratto un ulteriore strada per la creazione di un gruppo societario; si fa riferimento in particolare alla previsione contenuta nell'art. 2497 *septies* c.c., il quale afferma che le disposizioni del capo relativo all'attività di direzione e coordinamento debbano essere applicate anche a quelle società o enti che esercitano tale potere sulla base di un contratto o di clausole inserite negli statuti delle società dirette e coordinante¹⁶.

La disciplina così introdotta sembra individuare nell'attività di direzione e coordinamento il fulcro di tutta la regolamentazione dei gruppi di impresa, ma, allo stesso tempo, proprio per l'essenzialità delle norme, tende a richiamare seppur non esplicitamente l'applicazione delle regole dettate dal codice civile nei confronti delle società autonome e in generale quelle in materia societaria¹⁷.

2. L'attività di direzione e coordinamento come regola organizzativa

2.1 Elemento dunque essenziale e caratterizzante la disciplina in materia di gruppi di società così come introdotta nel codice civile è l'attività di direzione e coordinamento.

¹⁵ ABBADESSA, *La responsabilità della società capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2008, I, 279;

¹⁶ Senza dimenticare la disposizione che ha esplicitamente riconosciuto la forma giuridica di gruppo, quale è l'art. 2545 *septies* c.c. che disciplina il gruppo cooperativo paritetico in cui in forza di un contratto fra più cooperative ad una viene attribuita la funzione di direzione e coordinamento delle altre.

¹⁷ Le norme sull'attività di direzione e coordinamento sono infatti destinate a convivere con quelle di diritto comune vigenti in tema di società dando vita ad una regolamentazione complessa di cui può astrattamente essere destinataria ogni tipo di società e ogni impresa anche non societaria; si veda al riguardo, ZOPPINI – TOMBARI, *Intestazione fiduciaria e nuova disciplina dei gruppi di società*, in *Contr. impr.* 2004, 3, 1105 che definiscono la disciplina della direzione e coordinamento di società transtipica.

Tale attività, come accennato già in precedenza, si può estrinsecare sia attraverso il controllo – nel caso di aggregazioni di imprese – di una società sulle altre sia in forza di un contratto; inoltre è bene ricordare che la scelta del legislatore è stata quella di disciplinare solo alcuni tratti dell’attività di direzione e coordinamento senza soffermarsi su aspetti ritenuti secondari.

Ciò detto, occorre tentare di definire in cosa consista l’attività di direzione e coordinamento che, da un lato potrebbe consistere in una legittima esplicazione dell’iniziativa economica, e, dall’altro, in un peculiare modello di organizzazione della stessa, ma che invece, da un punto di vista giuridico, parrebbe richiamare la tipica situazione di “controllo” tra società .

La direzione e coordinamento può dunque essere ricondotta (i) al concetto di controllo, già presente nel nostro ordinamento e sul quale numerosi autori si sono espressi nel tempo, oltre che (ii) a quanto già introdotto con la prima legge sull’amministrazione straordinaria delle imprese in crisi¹⁸ che richiamava proprio al concetto di direzione unitaria.

Con riguardo alla prima ipotesi, si segnala da subito che una ormai consolidata elaborazione dottrinale¹⁹ ha indicato nell’elemento della direzione unitaria il tratto caratterizzante e distintivo del gruppo rispetto al noto istituto del controllo²⁰, anche alla luce degli ordinamenti, diversi da quello italiano, che conoscono una disciplina positiva dei gruppi societari (cfr § 18 AktG che codifica la nozione di *einheitliche Leitung*)²¹.

¹⁸ Si veda nota 11; tale interpretazione era peraltro confermata dall’allora dottrina e giurisprudenza maggioritarie tra cui LO CASCIO, *La responsabilità degli amministratori nei gruppi di impresa*, in *Soc.* 1982, 271; ALLEGRI, *Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori*, Milano, 1979, 199; App. Milano, 21 gennaio 1994, in *Soc.*, 1994, 923;

¹⁹ MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. soc.* 2007, 317;

²⁰ Si veda per tutti PAVONE LA ROSA, *Le società controllate – I gruppi*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 2***, Torino, 1991, 581 spec 600;

²¹ In relazione a ciò, TOMBARI, *Riforma del diritto societario e gruppo di imprese*, in *Giur. comm.* 2004, I, 61 precisa che non è stata introdotta nel nostro sistema una disciplina del c.d. gruppo di diritto. Con tale locuzione si intende stipulativamente far riferimento ad istituti quali “il contratto di dominazione” conosciuto nell’esperienza tedesca e poi utilizzato in altre esperienze, o la c.d. “dichiarazione di gruppo” proposta dal Forum European sul diritto dei gruppi; più in particolare si intende far riferimento alla possibilità che, mediante un apposito contratto tra due società o una specifica dichiarazione da parte della controllante nei confronti della controllata, la società capogruppo acquisti il diritto di impartire alle società dipendenti direttive anche pregiudizievoli per quest’ultime e senza alcuna necessità di un c.d. vantaggio compensativo. Le proposizioni del c.c. sono ispirate ad un “principio di effettività” disciplinando un fatto e, più in

Ciò posto, al fine di chiarire se sussista o meno una distinzione tra i due concetti, occorre definire il concetto di controllo che viene individuato nell'esercizio dei poteri di nomina degli amministratori e, in senso lato, dei poteri organizzativi (modifiche statutarie, fusioni, scissioni) e delle scelte di finanziamento dell'impresa (come per esempio, l'aumento di capitale); tali poteri sono peraltro diminuiti nella riforma con riguardo (a) all'attribuzione all'assemblea di un mero potere autorizzatorio sugli atti di gestione (art. 2364, n. 5), (b) all'attribuzione agli amministratori, salva diversa disposizione di legge o statutaria, della competenza all'emissione di obbligazioni e (c) alla facoltà di attribuire agli amministratori competenze tipicamente assembleari (art. 2365, comma 2).

Ulteriore distinzione tra direzione unitaria e controllo emerge anche dalla lettura dell'art. 2497 *sexies* in cui il controllo è indicato come una mera presunzione²² circa la sussistenza dell'attività di direzione e coordinamento²³; pertanto, pur in presenza del controllo, non è detto che vi sia attività di direzione e coordinamento.

2.2 Ma in cosa si concretizza la nuova nozione normativa prevista all'art. 2497 c.c.?

In via preliminare, non configura un'ipotesi di direzione e coordinamento il compimento di un singolo atto, o di atti sporadici, ancorché rilevanti: l'attività,

particolare, l'attività di direzione e coordinamento di società a prescindere dalla fonte del potere (contratto, partecipazione sociale) in forza del quale tale attività viene esercitata.

²² CALLEGARI, *I gruppi di società*, in *Il nuovo diritto societario*, (a cura di) COTTINO, CAGNASSO, BONFATTI, Bologna, 2009, 1056, la quale sottolinea che la presunzione, pur senza tradursi in un'inversione dell'onere della prova, è peraltro chiaramente volta ad agevolare l'azione nei confronti della capogruppo quanto meno sotto il profilo probatorio. Cfr. GIOVANNINI, *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, Milano, 2007, 90; NIUTTA, *Sulla presunzione di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento di cui agli artt. 2497 *sexies* e *septies*: brevi considerazioni di sistema*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 983; per un approfondimento maggiore sul tema e sulle problematiche dell'art. 2497 *septies* c.c. e il sistema di presunzioni inserito dal legislatore si veda anche FIGÀ – TALAMANCA, *Riforma del diritto societario e gruppi di società*, in *Vita notarile*, n. 2, 2004, 1193.

²³ MONTALENTI, *op. già cit.*, 317 il quale ritiene la direzione una nozione più ampia del controllo che, della prima, è il genere prossimo;

dunque, consiste in una pluralità di atti teleologicamente indirizzati ad uno scopo²⁴.

Dunque, il contenuto dell'attività di direzione e coordinamento²⁵ non può che essere riferito all'esercizio di una pluralità sistematica e costante di atti di indirizzo, idonei ad incidere sulle decisioni gestorie dell'impresa, cioè sulle scelte strategiche ed operative di carattere finanziario, industriale, commerciale che attengono alla conduzione degli affari sociali²⁶; si pensi alle funzioni che la società dipendente, nell'esercizio dell'attività di impresa, pone in essere come ad esempio tutto ciò che riguarda le attività riguardanti la finanza, le vendite, gli acquisti, la politica del personale, l'organizzazione²⁷.

Questo tuttavia, ed in via del tutto ideale, non comporta una totale etero direzione delle singole imprese, né una espropriazione dell'autonomia gestionale

²⁴ cfr. AULETTA, voce "attività", in *Enc. dir.*, Milano, 1958, 981, spec. 982; si veda anche RONDINONE, *L'"attività" nel Codice Civile*, Milano, 2001, spec. 6;

²⁵ FAVA, *I gruppi di società e la responsabilità da direzione unitaria*, in *Soc.* 2003, n. 9, 1197, per cercare di dare una definizione di attività di direzione e coordinamento si rifà alla definizione a cui dottrina e giurisprudenza sono pervenute in relazione all'abuso di direzione unitaria nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi (di cui all'art. 3 comma 10 l. 3 aprile 1979, n. 95, sostituito poi dall'art. 90, d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270); l'orientamento del testo qualifica la direzione unitaria in termini di attività diretta a coordinare la politica economica e le strategie complessive delle società collegate, imprimendo una identità o conformità di indirizzi operativi a una pluralità di soggetti formalmente distinti, di modo che il gruppo viene ad essere gestito come se si trattasse di una sola impresa. A questo riguardo, si vedano anche JAEGER, *La responsabilità solidale degli amministratori della capogruppo nella legge sull'amministrazione straordinaria*, in *Giur. comm.* 1981, I, 415 e BORGIOI, *Direzione unitaria e responsabilità nell'amministrazione straordinaria*, in *Riv. soc.* 1982, 21. In giurisprudenza, Cass. 8 maggio 1991, n. 5123, in *Foro it* 1992, I, 817, nonché App. Catania 18 gennaio 1997, che si esprime in termini di sistematica unificazione della gestione delle società del gruppo. Da tale definizione di direzione unitaria emerge chiaramente che l'endiadi utilizzata dall'art. 2497 non intende esprimere un concetto diverso e ulteriore rispetto a quello di direzione unitaria in quanto il coordinamento di società costituisce uno degli elementi che concorrono a qualificare l'attività di direzione unitaria. SALAFIA, *La responsabilità della holding nei confronti dei soci di minoranza delle controllate*, in *Soc.* 2003, 377.

²⁶ Al riguardo, PAVONE LA ROSA, *Nuovi profili nella disciplina dei gruppi societari*, in *Riv. soc.*, 2003, 765, oltre che in *La responsabilità degli amministratori della controllante nella crisi del gruppo societario*, in *Riv. soc.* 2002, 797, ritiene possibile (e necessario) rinvenire un dato legittimante della direzione unitaria nella norma primaria sulla libertà di iniziativa economica (art. 41 cost.), dovendo nella previsione di tale norma ritenersi ricompresa non solo la libertà di scelta del settore produttivo in cui operare, ma anche quella relativa al tipo di organizzazione col quale esercitare l'attività d'impresa. Analogo fondamento è riconosciuto al gruppo di imprese dalla dottrina spagnola, che individua la legittimità del fenomeno nel principio di "libertad de empresa" sancito dalla Costituzione; per un'analisi spagnola si veda ROJO, *Los grupos de sociedades en el dercho espanol*, in *I gruppi di società*, in *Le società*. Trattato diretto da COLOMBO e PORTALE, I, Torino, 411; GIRGADO PERANDONES, *La empresa de grupo y el dercho de sociedades*, ALBOLOTE, 2001, 7 e 278;

²⁷ Queste attività proprie di una società sono indicate da TOMBARI, in *op. già cit.*, 24 nota 16, il quale le estrapola dal concetto c.d. ampio di "direzione unitaria" che si è affermato nel sistema tedesco e ripreso anche dalla nostra letteratura

delle società controllate (tale da portare ad una completa eliminazione del potere di autodeterminazione delle società sorelle).

L'attività di direzione e coordinamento consiste dunque nel realizzare un sistema di sinergie tra società diverse appartenenti al medesimo gruppo nel quadro di una politica strategica complessiva, estesa all'“insieme” di società²⁸; si ritiene²⁹ infatti che la direzione unitaria si presenti come una sorta di influenza extrassembleare, di coordinamento amministrativo e finanziario, di controllo gestionale interno, di attività di governo continua e non saltuaria, con tutte le sfumature, dimensioni e intensità che essa può assumere.

Da ciò potrebbe derivare che la capogruppo (e per essa il proprio organo amministrativo) sia in grado di imporre legittimamente le linee strategiche generali, oltre che cooperare nella gestione ordinaria della controllata “ingerendosi stabilmente nelle quotidiane scelte gestorie della controllata”³⁰.

Anche alla luce di ciò, vi è chi³¹ ritiene che il legislatore abbia costruito la disciplina in modo da consentire l'adozione di un modello di gruppo accentrato, nel quale i criteri di valutazione della legittimità dell'operato della società che dirige sono quelli tipici del gestore di un'impresa autonoma.

²⁸ Ancora MONTALENTI, *op. già cit.*, ritiene che la direzione opera in senso verticale, il coordinamento in senso orizzontale. Si tratta di un'endiadi di cui il tratto caratterizzante è la direzione unitaria, dovendo allora ammettersi la riconducibilità alla disciplina anche dell'attività esercitata su un'unica società, non fosse altro perché si configura comunque un'attività di coordinamento tra la società “dirigente” e la società “eterodiretta”.

²⁹ ROSSI, *Il fenomeno dei gruppi ed il diritto societario: un nodo da risolvere*, in *I gruppi di società, Atti del convegno internazionale di studi di Venezia, 16-17-18 novembre 1995*, in *Riv. soc.* 1996, I, 24 il quale prosegue nell'analisi comparata tra l'istituto della direzione unitaria e quello del controllo ritenendo che il controllo è un concetto formale ed astratto mentre la direzione unitaria un concetto fattuale e concreto che si inserisce perfettamente nella disciplina dell'impresa.

³⁰ SCOGNAMIGLIO, *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 Scognamiglio, Milano, 2003, 202; in senso analogo anche MOZZARELLI, *Responsabilità degli amministratori e tutela dei creditori nella s.r.l.*, Torino, 2007, 202 secondo il quale la previsione normativa di una responsabilità specifica a carico di chi è legittimato ad esercitare l'attività di direzione e coordinamento, consente di configurare il potere del soggetto capogruppo non già come “limitato ad interventi episodici, bensì potenzialmente caratterizzabile da una continuità e complessità del tutto analoghe a quelle rintracciabili nell'attività gestoria posta in essere dagli amministratori”.

³¹ PENNISI, *La disciplina delle società soggette a direzione unitaria ed il recesso dai gruppi*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da Abbadessa e Portale, 3, Torino, 2007, 891 il quale sostiene che gli art. 2497 ss. c.c. hanno introdotto “un modello di organizzazione dell'impresa policorporativa” caratterizzato da regole di comportamento specifiche, anche in deroga al diritto societario comune, SCOGNAMIGLIO, *La motivazione delle decisioni nelle società soggette a direzione e coordinamento*, Relazione tenuta nel corso del Convegno su “*La disciplina dei gruppi di imprese. Profili sistematici ed esperienze applicative*”, organizzato dalla Fondazione Cesfin A. Predieri (Firenze, 4 dicembre 2008).

2.3 E' tuttavia opportuno precisare che la sussistenza o meno dell'attività di direzione e coordinamento nella vita di una pluralità di società deve essere di regola accertata in fatto³², anche se il legislatore ha dettato un sistema di presunzioni³³ che sembrerebbero sufficienti a distinguere le due ipotesi³⁴; la società subordinata, infatti, dovrebbe essere in grado di verificare l'esistenza o meno degli elementi concretanti la direzione unitaria, al fine di decidere se la presunzione legislativa coincida con la realtà empirica o se, invece, essa debba ritenersi superata dall'insussistenza degli elementi ulteriori che comunque distinguono la direzione unitaria dal mero controllo.

³² Alcuni autori (per i riferimenti si veda nota 14) ritengono peraltro che non siano decisivi, ai fini dell'applicazione degli artt. 2497 e ss. c.c., gli indici "formali" della situazione di "controllo" ex art. 2359 c.c., nonché quelli relativi alla "comunanza di amministratori", rilevando esclusivamente il profilo fattuale del concreto esercizio della direzione unitaria. Per quanto riguarda infatti la c.d. comunanza degli amministratori, è opportuno sottolineare che – se la nuova disciplina codicistica del gruppo non riconosce espressa rilevanza a tale dato fattuale – non mancano nel nostro ordinamento fattispecie legislative che utilizzano invece questo elemento in funzione, ad esempio, dell'individuazione del "gruppo bancario" (cfr art. 23, 2° c. n. 4, artt. 59 e 60 T.u.b.), nonché dell'"impresa del gruppo". La comunanza degli amministratori può quindi essere un sintomo della possibile esistenza della direzione unitaria, ma non la certezza al riguardo. L'attenzione non è fissata sulla circostanza formale dell'essere le stesse persone amministratori delle due società (...), ma sulla circostanza obbiettiva – da verificare caso per caso – di una direzione omogenea, del perseguimento di indirizzi unitari cui più imprese (...) sono sottoposte. E' la direzione comune che costituisce il reale presupposto del rapporto di gruppo e non la mera comunanza degli amministratori;

³³ Su questo punto si veda NIUTTA, *Sulla presunzione di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento di cui agli artt. 2497 sexies e 2497 septies c.c.: brevi considerazioni di sistema*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 983 il quale sostiene che l'art. 2497 sexies c.c. che stabilisce che "ai fini di quanto previsto nel presente capo si presume salvo prova contraria che l'attività di direzione e coordinamento sia esercitata dalla società o ente tenuto conto al consolidamento dei loro bilanci o che comunque controlla ai sensi dell'art. 2359", ha come conseguenza che la società può e anzi deve fornire la prova contraria al fine di dimostrare di non essere capogruppo;

³⁴ TOMBARI, *I gruppi di società*, in *Le nuove s.p.a.*, CAGNASSO – PANZANI, Bologna, 2010, 1750 il quale ritiene che le disposizioni contenute negli artt. 2497 c.c. sono ispirate ad un principio di effettività, disciplinando un fatto e, più in particolare, l'attività di direzione e coordinamento di società, a prescindere dalla fonte del potere (partecipazione sociale, contratto, *interlocking directorates*) in forza della quale tale attività viene esercitata e della valutazione del fatto medesimo. Nell'approfondire inoltre il concetto di presunzione usato dal legislatore, l'Autore ritiene che l'art. 2497 c.c. sexies introduca una presunzione relativa e ciò in perfetta coerenza con il "principio dell'effettività". Peraltro anche DACCÒ, *sub art. 80*, in CASTAGNOLA e SACCHI, *La nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, Torino, 2000, 424 e 426, oltre che la nota 19; GALGANO, *I gruppi di società*, Torino, 2001, 52; per le medesime considerazioni con riferimento alla rilevanza delle "unioni personali" nel "gruppo" di cui alla l. 3 aprile 1979, n. 95 – c.d. legge Prodi – si veda LIBONATI, *Il gruppo insolvente*, Firenze, 1981, 83 il quale osserva che la "circostanza di fatto determinante è la direzione unitaria e non la mera composizione degli organi amministrativi delle società in oggetto"; ma ulteriormente anche SBISA, *Il gruppo di società nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi (criteri di individuazione)*, in *Giur. comm.* 1980, I, 274; MAFFEI ALBERTI, *Amministrazione straordinaria*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1979, 744;

Non è detto, però, che per l'attività di "direzione e coordinamento" debbano ricorrere gli stessi presupposti in base ai quali il diritto societario somministra la definizione di "società controllate e collegate" (art. 2359 c.c.); infatti, si ritiene che si possa dirigere e coordinare l'attività di più società pur non disponendo della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria delle singole società o comunque dei voti sufficienti per esercitare una c.d. "influenza dominante" (art. 2359 c.c.)³⁵ e che, quindi, l'esistenza di una maggioranza non possa essere sufficiente per realizzare una attività di "direzione e coordinamento"³⁶.

Tra l'altro, il legislatore ha inserito un secondo requisito in grado di aiutare ad individuare la presenza di una vera e propria attività di direzione e coordinamento; in relazione a ciò, l'art. 2497 *bis* c.c. – introducendo una forma di pubblicità – dispone che *"la società deve indicare la società o l'ente alla cui attività di direzione e coordinamento è soggetta"*³⁷ negli atti e nella corrispondenza, nonché mediante iscrizione, a cura degli amministratori, presso la sezione del registro delle imprese" e sottopone ad un regime ulteriore di

³⁵ TOMBARI, *I gruppi di società*, in *Le nuove s.p.a.*, CAGNASSO, COTTINO, BONFATTI (a cura di), 2009, 1754 il quale ritiene che si debba configurare una attività continuata nel tempo. Continua poi cercando di dare una dare una definizione segnalando che l'attività indicata all'art. 2497 c.c. equivalga sostanzialmente al "direzione dell'impresa organizzata in forma di gruppo". Se questo è vero, continua citando PENNISI, *Attività di direzione e poteri della capogruppo nei gruppi bancari*, Torino, 1997, 39 il quale sostiene che "il processo di direzione di un'impresa, pur costituendo un sistema unitario e continuo di decisioni", si articola sostanzialmente "in quattro fasi: la pianificazione e la programmazione; l'organizzazione; il coordinamento e la guida; il controllo".

³⁶ DI MAJO, *La responsabilità per l'attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, in *Giur. comm.* 2009, 540; la stessa giurisprudenza della Corte di Cassazione sembra orientata nel senso di assegnare alla direzione unitaria una posizione centrale nella ricostruzione dei gruppi. Premesso infatti che *"il controllo societario non esaurisce il fenomeno del gruppo, ma (...) è alla base del modello strutturale del gruppo di società"* - al fine di affermare l'autonomia e il carattere imprenditoriale della funzione svolta dalla capogruppo - *"il fatto caratterizzante il gruppo si sostanzia propriamente nella direzione e nel coordinamento unitario espletato dalla holding"*; Cass., 26 febbraio 1990, n. 1439. In questo modo, la Corte individua tra gruppo e controllo una diversificazione qualitativa ed aggiunge che, da un punto di vista organizzativo, la direzione unitaria comporta che il centro decisionale delle strategie venga posto al di fuori delle singole società operative (cfr. Cass. 26 febbraio 1990, n. 1439); a questo riguardo, si veda sul punto anche Cass. 29 novembre 2006, n. 25275; Cass. 9 agosto 2002, n. 12113; Cass. 21 gennaio 1999, n. 521; Cass. 5 dicembre 1998, n. 12325; T.A.R. Lazio, sez. III., 2 febbraio 2007, n. 777, in *Red. Amm. TAR*, 207,2, 547; Trib. Milano, 22 gennaio 2001, in *Fall.* 2001, 1143 con nota di ZAMPERETTI; Trib. Roma, 10 gennaio 2001, in *Soc.* 2001, 1256, con nota di DI MAJO, in *Banca, borsa, tit. cred.* 2002, 176, con nota di DACCÒ.

³⁷ Le parole *"la società o l'ente alla cui attività di direzione e coordinamento è soggetta"* sono state così sostituite alle precedenti *"la propria soggezione all'altrui direzione e coordinamento"* dall'art. 5.1, lett. zz, n. 1, d.lgs. 6 febbraio 2004, n. 37.

responsabilità gli amministratori che non rispettano la suddetta disposizione (i quali saranno “*responsabili dei danni che la mancata conoscenza di tali fatti abbia recato ai soci o ai terzi*”, come previsto dalla seconda parte del 3° comma dell’articolo).

Ciò premesso, stante la necessità di verificare la presenza di una direzione unitaria anche al fine di valutare una eventuale responsabilità nei confronti dei soci e dei creditori sociali, divengono rilevanti:

- (i) gli atti formali a carattere negoziale, quali deliberazioni o accordi contrattuali, tra le società interessate;
- (ii) gli atti di indirizzo, quali ordini di servizio, istruzioni, regole di comportamento e, infine,
- (iii) i meri fatti, comunque idonei ad influenzare significativamente le scelte gestionali della società³⁸.

Resta inteso che tale assunto può modificarsi a seconda delle articolazioni o delle dimensioni che caratterizzano i vari gruppi; l’attività di direzione potrebbe infatti realizzarsi sia attraverso forme istituzionalizzate, per quanto atipiche (i c.d. comitati di coordinamento), sia attraverso modi del tutto informali, come comunicazioni dirette tra organi della capogruppo e delle controllate di cui non resta alcuna evidenza documentale³⁹.

Tutto ciò premesso e volendo identificare una serie di attività che all’interno di un gruppo possono essere ricondotte alla direzione e al coordinamento, può essere interessante accennare alla teoria dell’amministrazione aziendale secondo la quale “il processo di direzione di un’impresa, pur costituendo un sistema unitario e continuo di decisioni, si articola in quattro fasi: la pianificazione e la programmazione; l’organizzazione; il coordinamento e la

³⁸ ROSSI, *Il fenomeno dei gruppi ed il diritto societario: un nodo da risolvere*, op. già cit., 26 ritiene che la direzione unitaria, intesa come dominio extrassembleare, si dispiega in attività che si identificano non solo con l’imposizione di linee strategiche generali nella gestione dell’impresa, ma più specificamente nella creazione di un’unica tesoreria di gruppo, nella pianificazione fiscale unitaria, in procedure interne, spesso realizzate attraverso comitati variamente definiti e ai quali partecipano in veste diversa coloro che di fatto hanno il governo dell’impresa.

³⁹ CALLEGARI, op. già cit., 1056 e PRESTI RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*, Bologna, 2007, 662.

guida; il controllo” e questo vale “per qualsiasi impresa sia oppure no organizzata in forma di gruppo”⁴⁰.

E’ evidente che, non essendo tutti i gruppi di società organizzati al proprio interno nella medesima maniera (possono essere previste delle diversificazioni a seconda della dimensione del gruppo o delle società che lo compongono) risulta decisivo dove nell’organizzazione di impresa la direzione unitaria viene collocata e, soprattutto, in che modo essa giunge alle società del gruppo.

A quest’ultimo riguardo è interessante notare che anche la giurisprudenza⁴¹ si è soffermata sul tema - data l’urgenza di definirlo ogniqualvolta viene promossa una azione di responsabilità nei confronti di chi, società o ente, esercita la direzione ed il coordinamento - e ha chiaramente sancito cosa si debba intendere per direzione unitaria.

⁴⁰ Per un approfondimento sulla teoria dell’amministrazione aziendale si rimanda a PENNISI, *Attività di direzione e potere della capogruppo nei gruppi bancari*, Torino, 1997, 39 e SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, Torino, 1996, 244.

⁴¹ Trib. Roma, 17 luglio 2007, in *Riv. dir. comm.* 2008, II, 216, “la direzione unitaria consiste nell’imposizione agli organi direttivi della società controllata di decisioni provenienti dalla società dominata e si traduce in direttive impartite dalla holding. Essa si sostanzia in un flusso costante di istruzioni che la *holding* impartisce alla controllata su modalità gestionali, sul reperimento dei mezzi finanziari, su politiche di bilancio, sulla scelta dei contraenti, ecc.”. Ma anche più recentemente Trib. Pescara, 16 gennaio 2009, in *Le soc.* 2010, con nota di ZANELLI e in cui il Tribunale ha così sancito “l’attività di direzione è comunemente intesa come l’esercizio di una pluralità sistematica e costante di atti di indirizzo idonei ad incidere sulle decisioni gestorie dell’impresa, cioè sulle scelte strategiche ed operative di carattere finanziario, industriale, commerciale che attengono alla conduzione degli affari sociali. L’attività di coordinamento può comunemente intesa come la realizzazione di un sistema di sinergie tra diverse società del gruppo nel quadro di una politica strategica complessiva, estesa all’insieme di società. La direzione opera quindi in senso verticale; il coordinamento in senso orizzontale.” Il Tribunale prosegue richiamando quanto già sottolineato da autorevole dottrina MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, cit., 380 ss., il quale precisa che le società soggette a direzione unitaria sono società a sovranità limitata e non società in toto eterodirette. Cfr. anche MIGNOLI, *Interesse di gruppo e società a sovranità limitata*, in *Contr. e imp.*, 1986, 799 ritenendo che si tratta di un’endiadi di cui il tratto caratterizzante sia la direzione unitaria e la cui precipua finalità sia quella di enfatizzare la rilevanza della funzione di coordinamento tra i differenti interessi riferibili ad una pluralità di soggetti giuridici, all’interno di un indubbio meritorio sforzo, inteso ad unificare le denominazioni della stessa fattispecie. Sul punto non è chiara la posizione del Tribunale di Biella, 17 novembre 2006 (consultabile in www.ilcaso.it) secondo il quale “il potere di direzione e coordinamento esiste per il solo fatto che esiste un gruppo di società dotato di una capogruppo”.

3. (segue) l'attività di direzione e coordinamento come fonte di responsabilità

3.1 Abbiamo visto che l'art. 2497 c.c. introduce una sorta di regola in positivo in grado di individuare le caratteristiche necessarie per individuare la presenza di una realtà complessa come quella dell'attività di direzione e coordinamento.

Ciò nonostante la disposizione non si limita al riconoscimento della direzione unitaria svolta da società o enti come un'attività lecita e ammessa nel nostro ordinamento; al contrario, il 1° comma prevede esplicitamente una forma di responsabilità in capo a chi esercita l'attività di direzione e coordinamento qualora tale esercizio arrechi un pregiudizio ai soci e ai creditori sociali.

Questa seconda lettura della norma era stata già segnalata dalla Relazione al d.lg. n. 6 del 2003 in cui veniva individuato nella responsabilità della società che esercita l'attività di direzione e coordinamento "il problema centrale del fenomeno del gruppo"⁴².

Da qui la necessità di analizzare se e in che modo l'art. 2497 c.c. preveda e disciplini i presupposti e le modalità, affinché i soggetti (soci e creditori sociali) danneggiati da un'attività di direzione e coordinamento contraria ai principi di corretta gestione imprenditoriale e societaria possano esperire una azione risarcitoria.

A questo proposito occorre fare una prima considerazione tenendo presente che all'interno del codice civile esistono delle norme che, nel caso di società autonome, riconoscono il diritto ai soggetti danneggiati di agire per il risarcimento dei propri danni ed è dunque interessante notare come l'azione introdotta con l'art. 2497 c.c. si collochi all'interno del medesimo scopo che il nostro ordinamento vuole raggiungere e cioè quello di concedere ai soggetti

⁴² E' interessante segnalare che l'art. 2497 c.c., così come redatto dal legislatore del 2003, introduce nel nostro ordinamento una forma di responsabilità diretta della capogruppo nei confronti dei soci e dei creditori sociali e andando a differenziarsi rispetto alla responsabilità presente nell'art. 90 della l. n. 270 del 1999 che invece si riferisce ad una sorta di responsabilità dell'organo amministrativo della holding che ha abusato della direzione unitaria in solido con gli amministratori della società dichiarata insolvente laddove le direttive impartite dal organo amministrativo abbiano effettivamente cagionato un danno alla società medesima; dunque una forma di responsabilità innanzitutto della società in quanto persona giuridica e, grazie al 2° comma, anche di chi materialmente pone in essere l'attività di direzione e coordinamento, cioè gli amministratori.

operanti nell'alveo societario (sia direttamente i soci, ma anche indirettamente, i creditori) una tutela piena in caso di danno.

Si pensi, ad esempio, all'azione prevista dall'art. 2394 c.c. esercitabile dai creditori sociali tutte le volte in cui sia configurabile una responsabilità degli amministratori "per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale", ma anche a quella disciplinata all'art. 2395 c.c. mediante la quale il singolo socio o il terzo possono agire per richiedere il risarcimento agli amministratori che, con atti dolosi o colposi, abbiano prodotto un danno diretto ai patrimoni di questi ultimi.

Si tratta quindi di un'azione, quella prevista per i gruppi di società, che ricalca quanto il legislatore aveva già previsto per le società autonome e che, pur tenendo presente che nel contesto dell'attività di direzione e coordinamento è presente un interesse di gruppo⁴³, viene riconosciuta ai soci e ai creditori sociali ugualmente la medesima tutela risarcitoria.

Tale azione, proprio per il fatto che può essere esercitata in un ambito differente da quello classico della società singola, comporta una serie di accorgimenti (soprattutto con riguardo alle modalità di esercizio dell'azione, ma anche relativamente all'onere probatorio, nonché al danno risarcibile) e richiede la

⁴³ È noto il dibattito nato all'interno della dottrina e della giurisprudenza sulla legittimità dell'attività di direzione unitaria e sul perseguimento dell'interesse di gruppo.

In particolare, la dottrina si è divisa sul raffronto tra interesse di gruppo, interesse della capogruppo e interesse delle singole controllate, non trovandosi unanime nell'interpretazione. In passato, MIGNOLI, *Interesse di gruppo e società a sovranità limitata*, in *Contr. impr.* 1986, 729 ha ritenuto che nei rapporti infragruppo si debba procedere ad un confronto tra i vantaggi derivanti dall'appartenenza al medesimo ed i sacrifici cui sono costrette le singole imprese. Altri autori hanno sostenuto che l'interesse del gruppo debba prevalere anche se comporta il sacrificio dell'interesse particolare delle imprese che lo compongono, si veda GAMBINO, *Responsabilità amministrativa nei gruppi societari*, in *Giur. comm.* 1993, I, 841; una differente impostazione ha invece sostenuto che l'interesse del gruppo di società risiede nel perseguimento dell'oggetto sociale della capogruppo e delle controllate, in questo senso GALGANO, *L'oggetto della holding, è dunque l'esercizio mediato e indiretto dell'impresa di gruppo*, in *Contr. e impr.* 1990, 401. Ulteriore parte della dottrina, pur ritenendo che l'interesse del gruppo non possa essere perseguito a discapito delle società controllate, è giunta a riconoscere che lo svantaggio subito dalle controllate, nei rapporti intercorrenti nel gruppo, possa essere compensato dal vantaggio acquisito dal gruppo, BONELLI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società*, *Giur. comm.* 1992, I, 219; MONTALENTI, *Conflitto di interessi nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.* 1995, I, 710.

La giurisprudenza di merito ha affermato invece che la legittimità dell'operazioni infragruppo deve essere valutata in relazione alla realizzazione di un equo bilanciamento tra vantaggi del gruppo e sacrifici per le controllate (cfr. Trib. Milano 19 marzo 1993, in *Soc.* 1993, 1247; App. Milano, 5 febbraio 1994, in *Soc.* 1994, 630; Trib. Roma, 2 febbraio 1999, in *Soc.* 1999, 951).

presenza di alcuni presupposti che l'art. 2497 c.c. individua, seppur in maniera molto limitata, e che è necessario analizzare.

Va aggiunto inoltre che l'azione di responsabilità *ex art. 2497 c.c.* nei confronti della società capogruppo non si sostituisce alle altre azioni che il socio e il creditore sociale possono proporre in virtù della disciplina generale; infatti, come indicato anche nella relazione di accompagnamento al d.lgs. 6/2003, la disciplina introdotta per regolare l'attività di direzione e coordinamento si somma alle azioni esistenti senza andare a modificare la tutela, già riservata, al socio e ai creditori sociali, dal momento che le rispettive azioni, pur risultando differenti fra loro, non sono alternative.

4. Una particolare ipotesi di azione risarcitoria nelle società eterodirette

4.1 La riforma del 2003 con l'art. 2497 c.c. si è preoccupata di predisporre una tutela anche ai soci delle società eterodirette che, a seguito di un inadempimento gestionale da parte della società capogruppo, hanno subito un pregiudizio.

Come è stato accennato, il meccanismo con cui il legislatore ha previsto tale tutela è quello dell'introduzione, all'interno del nostro codice civile, di un'azione risarcitoria.

Tale riconoscimento, voluto dalla riforma per offrire una tutela piena e completa ai soci, nasce anche dal generico potenziamento che è conferito alla posizione di controllo del socio *uti singulus* sull'andamento dell'attività economica della società e che si realizza mediante l'attribuzione di diritti di informazione e/o di risarcimento (e che nell'ambito dell'attività di direzione e coordinamento trova piena esplicitazione).

Il potere dei soci della società etero diretta di agire nei confronti di chi esercita l'attività di direzione e coordinamento può essere inteso come l'ampliamento della tutela contro l'inadempimento da parte della stessa capogruppo dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale e, allo

stesso tempo, come un rimedio sanzionatorio della responsabilità degli amministratori⁴⁴.

Da qui l'affermazione che quella inserita nell'art. 2497 c.c. sia per i soci un'azione risarcitoria in grado di accordare protezione a chi, a seguito di un abuso dell'attività unitaria, si trovi in una situazione di pregiudizio e di danno; a questo riguardo, è importante sottolineare che il diritto di azionare la pretesa risarcitoria sociale corrisponde ad una posizione giuridica individuale del socio che, nell'ambito dell'attività di direzione e coordinamento, si affianca alla posizione dei creditori sociali (e a cui il legislatore ha, anche in questo caso, riconosciuto il potere di promuovere un'azione di responsabilità) anch'essi lesi dall'attività illegittima della capogruppo.

I successivi capitoli cercheranno di individuare ed analizzare i presupposti dell'azione risarcitoria introdotta e disciplinata dall'art. 2497 c.c. anche nell'ottica di un confronto con uno strumento di tutela nelle mani dei principali attori all'interno dei gruppi di società, cioè i soci e i creditori sociali (che per loro natura si trovano in posizioni ontologicamente differenti, ma ugualmente bisognosi di essere ristorati in caso di danno subito).

⁴⁴ LATELLA, *L'azione sociale di responsabilità esercitata dalla minoranza*, Giappichelli, 2007, 172.

CAPITOLO II

GLI ELEMENTI COSTITUTIVI DELL'AZIONE RISARCITORIA

Sommario: 1. I presupposti per l'azione ai sensi dell'art. 2497 c.c.; 2. Legittimati attivi a) I soci, b) I creditori sociali, c) La società etero diretta, d) I legittimati del iv° comma dell'art. 2497 c.c., f) Il titolare di *warrants*; 3. Legittimati passivi; 4. (*Segue*) una sorta di responsabilità solidale: i soggetti del 2° comma dell'art. 2497 c.c.; 5. (*Segue*) la possibile responsabilità della *holding* persona fisica; 6. I vantaggi compensativi come esimente dalla responsabilità *ex art.* 2497 c.c.

1. I presupposti per l'esercizio dell'azione prevista dall'art. 2497 c.c.

1.1 Tentando di individuare i passaggi da seguire al fine di accertare la esistenza di una responsabilità *ex art.* 2497 c.c. in capo alla capogruppo (e anche al relativo organo amministrativo) occorre richiamare gli elementi costitutivi della fattispecie in esame che emergono anche dalla lettura della disposizione.

In particolare perché soci o creditori sociali possano promuovere un'azione risarcitoria ai sensi dell'art. 2497 c.c. devono sussistere:

- a)* una attività di direzione e coordinamento posta in essere da parte della *holding* sulla controllata;
- b)* il compimento di specifiche condotte da parte della *holding* o anche di specifiche operazioni della controllata realizzate su direttiva della *holding* contrarie ai principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale;
- c)* il danno subito dai soci, dai creditori sociali e dalla stessa società eterodiretta per effetto di tali condotte ed operazioni;
- d)* il rapporto eziologico tra le precedenti componenti.

1.2 Con riguardo al presupposto (forse) più importante, cioè l'esercizio da parte della capogruppo di un'attività di direzione e coordinamento, oltre a quanto già indicato nel capitolo precedente (relativamente all'importanza che l'istituto ha avuto per la previsione di una disciplina *ad hoc* nel codice civile dopo la riforma

del 2003), è comunque interessante soffermarsi su questo tema e fare alcune considerazioni.

In primis, è opportuno segnalare la rilevanza degli oneri pubblicitari che sorgono in capo agli amministratori di tutte le società soggette a direzione e coordinamento e che diventano fondamentali sia per individuare chi è sottoposto all'altrui attività di direzione e coordinamento sia come possibile fonte di responsabilità per gli amministratori della società dominata per i danni subiti dai soci o dai terzi, nel caso in cui non venga reso noto, attraverso le modalità previste dal codice, l'esistenza nei confronti della stessa società etero diretta di una direzione unitaria.

In relazione a ciò, il legislatore ha scelto di porre esclusivamente a carico degli amministratori delle società dominate tale obbligo; tuttavia, pur essendo una scelta alquanto ardua⁴⁵ appare in linea con l'impostazione generale della sezione in cui gli amministratori della società etero diretta, proprio per garantire una tutela⁴⁶ ai propri soci e ai creditori, sono soggetti al rispetto delle norme in materia pubblicitaria in grado di evidenziare, soprattutto per i soggetti terzi, l'esistenza di una realtà più ampia e la presenza di un soggetto dominante.

È bene comunque precisare che non bisogna cadere nell'errore di considerare gli obblighi previsti dall'art. 2497 *bis* c.c. come fonti di responsabilità della capogruppo ai sensi del primo comma dell'art. 2497 c.c.; infatti, alla base della disciplina in materia di attività di direzione e coordinamento è posto il "fatto", l'esistenza di un'attività di questo tipo e non la pubblicità in quanto tale, con la conseguenza che, anche in presenza di dati informativi che attestino in maniera formale e indiscutibile la soggezione al potere di direzione unitaria di una o più società, lo *status* effettivo di subordinazione deve essere provato, non essendo sufficiente a tale scopo né l'iscrizione nella sezione speciale del registro

⁴⁵ È possibile infatti che gli amministratori della società etero diretta si trovino in difficoltà nel reperire le informazioni e i dati richiesti dalla legge soprattutto per la posizione in cui si trova la società sottoposta all'altrui direzione e coordinamento in cui il flusso informativo non è sempre garantito.

⁴⁶ SCIUTO, *Direzione e coordinamento di società*, in *La riforma delle società di capitali e cooperative*, a cura di STAROLA, Milano, 2003, 310 osserva che la tutela degli investitori (intendendosi tanto i soci quanto i creditori della controllata, attuali e potenziali) si attua non solo in via risarcitoria e quindi successiva, ma anche attraverso la predisposizione di un apparato informativo in grado di consentire loro di valutare le condizioni di rischio del proprio investimento, quindi in via preventiva.

delle imprese⁴⁷ né l'indicazione contenuta nella corrispondenza o negli atti della società etero diretta.

In sostanza, sembra potersi affermare che, come l'inadempimento agli obblighi pubblicitari di cui all'art. 2497bis c.c. non può costituire prova negativa circa l'esistenza dello stato di soggezione, allo stesso tempo, l'adempimento di tali obblighi non può costituire presupposto sufficiente per provare l'esercizio di fatto dell'attività di direzione e coordinamento⁴⁸.

Allo stesso tempo vi è qualcuno⁴⁹ che ritiene che tale forma di pubblicità, richiedendo non solo l'indicazione dell'essere la società "autonoma" o "appartenente ad un gruppo", ma anche l'individuazione della società o ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento, consenta ai soci di minoranza ed ai creditori delle società c.d. dipendenti di individuare il possibile soggetto responsabile ai sensi dell'art. 2497 primo comma c.c..

Ulteriore considerazione va fatta relativamente alla scelta del legislatore – forse ben consapevole della difficoltà di fornire la prova di un effettivo esercizio di un'attività di direzione e coordinamento – di preferire lo strumento della presunzione relativa, prevedendo, all'art. 2497 sexies c.c., che *“si presume salvo prova contraria che l'attività di direzione e coordinamento di società sia esercitata dalla società o ente tenuto al consolidamento dei loro bilanci o che comunque le controlla ai sensi dell'art. 2359”*⁵⁰.

Tuttavia, nel rispetto del principio di effettività la società potrà fornire la prova contraria e dimostrare di non essere la capogruppo; sulla stessa linea, ai fini dell'applicabilità dell'art. 2497 c.c. e dunque il riconoscimento di un'attività di direzione e coordinamento, non sono decisivi nemmeno gli indici “formali” della situazione di controllo previsti all'art. 2359 c.c. nonché la comunanza degli

⁴⁷ Adempimento tuttavia richiesto dal primo comma dell'art. 2497bis c.c. che testualmente recita *“la società deve indicare la società o l'ente alla cui attività di direzione e coordinamento è soggetta negli atti e nella corrispondenza, nonché mediante iscrizione, a cura degli amministratori, presso la sezione del registro delle imprese”*.

⁴⁸ CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in Riv. soc. 2003, 6, 1258.

⁴⁹ CORSO, *La pubblicità dell'attività di direzione e coordinamento di società*, Milano, 2008, 105.

⁵⁰ Su tutti si veda NIUTTA, *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 Giur. comm. 2004, I, 983.

amministratori⁵¹, rilevando esclusivamente il profilo fattuale di un concreto esercizio della direzione unitaria.

1.3 Riconosciuta ed accertata un'attività di direzione e coordinamento tra la società capogruppo e una o più società etero dirette, occorre porre l'attenzione sulla condotta, indicata dal legislatore come fonte di responsabilità della capogruppo, alla quale la norma richiama; l'art. 2497 c.c. dispone infatti che “*le società o gli enti*” che esercitano l'attività di direzione e coordinamento debbano “*agire nell'interesse imprenditoriale proprio e altrui*”⁵², nel rispetto “*dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime*”.

Al riguardo, nonostante si ritenga⁵³ piuttosto vago⁵⁴ il contenuto della disposizione, diviene indispensabile conoscerne il reale contenuto⁵⁵, alla luce soprattutto del collegamento con il regime di responsabilità previsto in capo agli amministratori e alle società del gruppo (capogruppo ed eterodirette).

L'indicazione presente nella norma, in particolare il riferimento alla violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale delle controllate, per alcuni è stata vista come una novità⁵⁶, dal momento che il sistema italiano conosceva parametri quali la diligenza professionale – richiesta dalla

⁵¹ Diversamente da quello che accade in altri ambiti del nostro ordinamento dove tale circostanza diviene rilevante; si veda ad esempio nell'individuazione del gruppo bancario o nella nuova disciplina delle grandi imprese in stato di insolvenza.

⁵² CARIELLO, *Primi appunti sulla c.d. responsabilità da attività di direzione e coordinamento di società*, in *Riv. dir. civ.* 2003, fasc. 4, pt. 2 il quale sottolinea che, mantenendosi strettamente aderenti alla lettera della legge, eventualmente censurabile e sanzionabile sembrerebbe essere solo l'agire nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui, non anche l'agire nell'interesse di altra natura propria o altrui.

⁵³ FIGÀ – TALAMANCA, *Riforma del diritto societario e gruppi di società*, op. già cit., 1203 i quali sostengono che i dubbi interpretativi (che succederebbe se la capogruppo agisse nell'interesse altrui “non imprenditoriale”?) che alimenta la previsione, tuttavia, si superano se ad essa si riconosce portata prescrittiva, in positivo. Vale a dire se l'organizzazione imprenditoriale del gruppo di società si considera fonte di un preciso dovere di gestione delle società nell'interesse imprenditoriale del gruppo e nell'osservanza dei principi di corretta gestione imprenditoriale e societaria delle società controllate.

⁵⁴ Questa vaghezza è da alcuni vista come coerente sia con la natura del fenomeno, connotato da numerose variabili e dal suo continuo evolversi, sia dalla stessa funzione che una clausola generale svolge.

⁵⁵ A questo riguardo, si segnala che già nella Relazione ministeriale si legge che “[...] spetterà a dottrina e giurisprudenza individuare e costruire 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 tenere conto delle infinite variabili dell'incessante evoluzione economica ed operativa”.

⁵⁶ MONTALENTI, *La riforma del diritto societario: appunti*, in *Soc.* 2002, 1449.

natura dell'incarico secondo la nuova formulazione dell'art. 2392, 1° comma, c.c. – ed i principi di corretta amministrazione di cui all'art. 149, 1° comma, lett. b) TUF⁵⁷; allo stesso tempo, qualcuno⁵⁸ si è chiesto se il legislatore, introducendo una formula generale relativa ai principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale, abbia voluto “mettere da parte” le tradizionali formule privatistiche di “correttezza”, “buona fede”⁵⁹.

In via preliminare, una possibile chiave di interpretazione risulta quella di correlare la corretta gestione societaria ed imprenditoriale proprio alla nozione (pur non identica) dei "*principi di corretta amministrazione*"⁶⁰ che l'art. 2403 del nostro codice utilizza per definire uno dei compiti di vigilanza del collegio sindacale sugli amministratori; nell'art. 2497 c.c. la regolarità della condotta della *holding* viene configurata come osservanza appunto dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale⁶¹.

La diversità della formula per determinare la correttezza del comportamento degli amministratori della *holding*, rispetto a quella usata nell'art. 2403 c.c. non si riferisce ad un comportamento diverso da quello indicato nello stesso articolo; infatti, l'amministrazione di una società si articola, in generale,

⁵⁷ ROSSOTTO, CRESTA, *Direzione e coordinamento di gruppo nella riforma societaria: prime riflessioni*, in *Corr. Giur.* n. 6, 2003, 822

⁵⁸ COVELLI, in BONFANTE, CORAPI, MARZIALE, RORDORF, SALAFIA, *Codice Commentato delle nuove società*, 2004, 1200 continua precisando che l'introduzione all'art. 2497 c.c. evoca i generali principi “di corretta amministrazione” societaria (v. art. 2043 c.c. e art. 149 d.l. 58/1998) e trae fondamento dalla ricerca, nelle concrete modalità di esercizio dell'attività, di un bilanciamento tra l'interesse riferibile alla società o ente capogruppo o ad altra società del gruppo.

⁵⁹ BADINI CONFALONIERI, *Commento all'art. 2497 c.c.*, in *Il nuovo diritto societario*, Commentario diretto da Cottino, Bonfante, Cagnasso e Montalenti, 2004, 2163 ritengono che il fatto che la norma faccia riferimento ai “principi” piuttosto che ad obblighi inerenti al rapporto sociale, sembrerebbe confermare, e quindi coerente, con la volontà di definire di natura extracontrattuale la responsabilità *ex art.* 2497 c.c.

⁶⁰ Principi che vengono richiamati anche nell'art. 149 TUF, lett. b, con riguardo ai doveri del collegio sindacale.

⁶¹ CARANO, *Responsabilità per direzione e coordinamento di società*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 435. In tale prospettiva, da un alto, rimarrebbe ferma la *business judgement rule*, dovendosi valutare non già il merito della scelta gestionale, ma il metodo (in pratica, l'assunzione di adeguate informative preventive, la valutazione dei rischi, l'analisi dei costi e dei ricavi ragionevolmente connessi, l'impatto della scelta sull'equilibrio finanziario, nonché, prima ancora, la stessa presenza di assetti organizzativi-contabili e anche di sistemi di controllo interni adeguati all'attività svolta); dall'altra, il sindacato rimarrebbe di tipo sintetico e non già puntuale (riguardando l'attività della società e non i singoli atti). Sempre l'Autore ritiene che con il termine correttezza non si voglia richiamare al concetto bene noto di “diligenza”; quest'ultima attiene infatti alle modalità dell'agire gestorio, laddove la prima attiene alle finalità della condotta, con la conseguenza che corrisponde a corretta gestione nell'ambito del gruppo il perseguimento delle legittime aspettative di tutti i soggetti in esso coinvolti (e non solo dei soci c.d. di controllo).

- (i) nella gestione dell'impresa, mediante la quale la società esercita la propria attività economica, e
- (i) nell'amministrazione della società (comprensiva di tutte le attività di relazione con gli altri organi sociali, delle deliberazioni dei soci e delle informazioni che ad essi debbono essere fornite, ecc.)⁶².

Cercando di riportare questi principi alla realtà dei gruppi ed, in particolare, nella società capogruppo (e nei suoi amministratori), si può notare che la regolarità della condotta della capogruppo nei confronti delle società da essa controllate, dirette e coordinate, dovrebbe consistere non solo nella correttezza delle istruzioni impartite, in tema di gestione dell'impresa, ma anche nella correttezza della individuazione dei punti di equilibrio fra l'interesse proprio e quello delle controllate stesse.

Pertanto, problema fondamentale e oggetto di valutazione riguarda la definizione sia della "corretta gestione societaria" che della "corretta amministrazione".

In via esemplificativa, i principi di corretta gestione dell'impresa riguardano per esempio la (preventiva) raccolta delle informazioni di mercato prima dell'avvio di nuove operazioni, la valutazione dell'entità e della natura dei rischi connessi e le possibilità di funzionamento dell'operazione (cercando di effettuare una previsione circa i possibili rischi, costi e benefici immediati e futuri); per essere ancora più precisi, la capogruppo ed, in particolare, i suoi amministratori, dovrebbero effettuare uno studio approfondito delle difficoltà dell'operazione che si vorrebbe porre in essere e del probabile esito che la stessa operazione potrebbe avere sul mercato.

Per quanto riguarda invece la corretta amministrazione del gruppo (in relazione soprattutto alla direzione unitaria e al coordinamento con le società controllate), si tratta di individuare, per ciascuna strategia o operazione, il punto di equilibrio fra i singoli interessi delle controllate e quelli della capogruppo, in termini di soddisfazione che i soggetti partecipanti al gruppo potrebbero trarre dall'operazione (anche, ed ovviamente, con gradazioni differenti).

⁶² SALAFIA, *La responsabilità della holding nei confronti dei soci di minoranza delle controllate*, in *Soc. 2003, 2bis*.

Vi è comunque qualcuno⁶³ che ritiene utile collegare la definizione dei principi alla base della corretta gestione societaria ed imprenditoriale (e come richiesta dall'art. 2497 c.c.) all'istituto della correttezza o al principio generale della buona fede contrattuale ai sensi dell'art. 1175 c.c.; una buona fede contrattuale intesa peraltro come solidarietà con le altre parti di un rapporto, volta a perseguire il proprio interesse senza ledere oltre il necessario quello altrui.

Ciò premesso risulta ancora più opportuno in questa sede ricercare il reale significato della dizione “*corretta gestione societaria ed imprenditoriale*”, e, in particolare, individuare i criteri con cui verificare se sussista o meno una responsabilità derivante da una gestione contraria ai principi di corretta gestione nell'ambito della direzione unitaria.

Un'ipotesi, in tal senso, potrebbe essere quella di procedere, in maniera lineare e semplice, ammettendo l'applicazione dei principi che stanno alla base della gestione ordinaria tipica delle società commerciali⁶⁴ alla realtà del gruppo; in questo modo dovrebbero valere gli stessi criteri di valutazione utilizzati in sede di azione di responsabilità nei confronti degli amministratori di una società autonoma (*ex art. 2392 e 2394 c.c.*), qualora si voglia accertare l'eventuale condotta negligente posta in essere nell'esercizio dei relativi poteri e a danno dei soci e dei creditori sociali⁶⁵.

⁶³ GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 1, Padova, 1990, 461.

⁶⁴ In questo modo infatti si possono applicare per analogie le regole utilizzate per verificare la gestione diligente da parte degli amministratori, nell'ambito della vita delle società “indipendenti”. PAVONE LA ROSA, *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*, in *Riv. delle soc.* 2003, 768 il quale sostiene che non può ovviamente ritenersi estraneo l'organo gestorio di una società per l'ipotesi che questa risulti inserita in un'aggregazione di gruppo (una decisa adesione a tal assunto in BONELLI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società*, in *Giur. comm.*, 1992, I, 219. Analoga posizione è assunta da GALGANO, *I gruppi di società*, *op. già cit.*, p. 101 il quale però rileva che l'inserimento di una società in una organizzazione di gruppo incide sulle condizioni di esercizio dell'impresa sociale, rendendo necessaria una valutazione delle operazioni gestionali della controllata nel contesto delle “opportunità” offerte dall'appartenenza al gruppo). Una regola simile non può non valere per l'organo gestorio della controllante, al quale non può essere consentito di formulare programmi gestionali di gruppo ed emanare direttive che possano in concreto essere fonte di pregiudizio per una od altra entità aggregata.

⁶⁵ In particolare, ai sensi del testo riformato, gli amministratori devono adempiere i loro obblighi di legge e di statuto “*con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e secondo le specifiche competenze*”, parametro peraltro qualificato da alcuni come diligenza professionale ai sensi dell'art. 1176 comma 2° c.c.: al riguardo si veda BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, in Colombo e Portale (diretto da), *Trattato delle s.p.a.*, Torino, 1991, IV, 174; WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, Torino, 1974, 143; BADINI CONFALONIERI, VENTURA, *op. già cit.*, 2164.

In linea teorica, quindi, l'attività di direzione e coordinamento (esercitata nel rispetto dei principi come delineati sin qui) dovrebbe avere come obiettivo quello di creare un *surplus*, in termini di benefici economici, per i partecipanti alle società del gruppo, senza tuttavia poter garantire un risultato, del resto impossibile, di massimizzazione in termini di efficienza produttiva e di profitto per le singole società; resta ovviamente inteso che, pur essendo augurabile, il vantaggio economico del singolo socio non può prevalere rispetto al risultato globale e complessivo del gruppo.

In quest'ottica, appaiono ammissibili le operazioni che, pur producendo eventuali compressioni temporanee della redditività e del valore delle singole partecipazioni di alcuni soci poste in essere in una visione collettiva e di gruppo, siano compensate da vantaggi pregressi o futuri (peraltro indicati anche dall'art. 2497 c.c. come esimenti la responsabilità e sul quale si dirà di seguito).

A questo riguardo, è stato sostenuto⁶⁶ che la discrezionalità gestoria degli amministratori, nella scelta dell'amministrazione del gruppo, debba essere verificata con maggiore rigore nei rapporti infragruppo che, non essendo mediati dalla formazione del prezzo sul mercato, implicano maggiore rischio di comportamenti opportunistici; si potrebbe quasi ipotizzare di sindacare le scelte degli amministratori non soltanto in termini di diligenza, ma anche in termini di "fedeltà" agli interessi di tutti gli azionisti.

Il parametro indicato nella disposizione in commento sembra dunque potersi definire come una clausola generale⁶⁷ di responsabilità che impone alla società capogruppo, che esercita la direzione unitaria, un'attività volta ad assicurare alle singole società dipendenti un profitto economico (come del resto viene auspicato nell'ipotesi di società indipendenti); in questo modo, sarà compito del giudice, nell'ipotesi in cui venga promossa un'azione di responsabilità, verificare *ex post* l'eventuale violazione del parametro indicato al 1° comma da

⁶⁶ Ancora FIGÀ – TALAMANCA, *Riforma del diritto societario e gruppi di società*, *op. già cit.*, 120.3;

⁶⁷ Non sono mancate voci critiche nei confronti della scelta legislativa che hanno messo in evidenza come l'introduzione di una clausola generale, dai confini vaghi e incerti, potrebbe comportare inopportune incertezze nell'applicazione della disciplina, al riguardo si veda SACCHI, *op. già cit.*, 663 il quale rileva in particolare come l'introduzione di una clausola generale innovativa e molto vaga rischi di introdurre un fattore d'incertezza nell'applicazione della nuova normativa, non opportuno anche alla luce della delicatezza della materia regolamentata.

parte degli amministratori della capogruppo nell'esercizio dell'attività (del gruppo) d'impresa.

A quest'ultimo riguardo, è opportuno ricordare che i principi indicati dall'art. 2497 c.c. dovranno essere valutati relativamente alle attività (e ai relativi poteri e doveri che conseguono) della capogruppo e della propria attività di direzione e coordinamento, escludendo in questo modo che si possa utilizzare il parametro del 1° comma nei confronti della gestione delle società controllate (che invece saranno soggette alle classiche norme presenti e applicate alle società autonome).

1.4 In linea generale, perché sussista una responsabilità della capogruppo è necessario che si sia verificato un danno per effetto dell'attività di direzione e coordinamento svolta dalla stessa capogruppo in violazione dei principi di corretta gestione e, dunque, venga riconosciuto un nesso eziologico tra le singole e specifiche condotte ed operazioni poste in essere dalla *holding* (ovvero dalla controllata in esecuzione di direttive della *holding*) e il pregiudizio arrecato a soci e creditori sociali.

Come è stato anticipato, l'art. 2497 c.c. individua una pluralità di soggetti che potrebbero subire un danno e, a seconda del differente soggetto danneggiato, una diversa tipologia di pregiudizio.

Volendo provare ad analizzare le varie ipotesi di danno che, a fronte di una attività di direzione e coordinamento contraria ai principi indicati al 1° comma dell'art. 2497 c.c., possono essere lamentate, è interessante notare che con riguardo ai creditori sociali la difficoltà a individuare il danno risarcibile è minima; questi infatti potranno invocare il pregiudizio subito all'integrità del patrimonio sociale ai sensi dell'art. 2394 c.c. (in quanto è proprio attraverso la lesione di tale integrità che il loro credito rischia di restare insoddisfatto)⁶⁸.

⁶⁸ A. DI MAJO, *La responsabilità per l'attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, in *Giur. comm.* 2009, 3, 550; FIGÀ-TALAMANCA, GENOVESE, *Riforma del diritto societario e gruppi di società*, in *Vita notarile* n. 2, 2004, 1212 che ritiene che "il danno da risarcire ai creditori sociali sia la perdita derivante dall'incapacità della società di far fronte ai propri debiti"; PAVONE LA ROSA, *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*, in *Riv. delle soc.* 2003, 771 che "esclude che, al fine di quantificare il danno, i risultati dell'esercizio quali emergono dai dati contenuti nel relativo bilancio possano di per sé essere considerati determinanti. Sarà in ogni caso necessario individuare le operazioni che sono fonte del pregiudizio e l'esistenza

Quanto invece ai danni lamentati dai soci è lo stesso legislatore che indica il parametro per la relativa commisurazione nel “*pregiudizio arrecato alla redditività e al valore della partecipazione sociale*”.

Una prima considerazione nasce relativamente alla possibilità che la disposizione inserita al 1° comma dell’art. 2497 c.c. voglia indicare due concetti diversi; occorre dunque chiedersi se redditività e valore esprimano due differenti parametri per valutare il medesimo danno o se invece siano due gli elementi costitutivi del danno subito dai soci nell’ambito della direzione e coordinamento.

Da un lato, la norma sembrerebbe voler in questo modo tutelare il valore nominale della partecipazione (e quindi il diritto del socio al mantenimento del valore di scambio⁶⁹), mentre dall’altra si potrebbe interpretare come la volontà di proteggere l’aspetto “dinamico” della potenzialità redditizia della partecipazione stessa⁷⁰.

Ancora, dalla lettura dell’art. 2497 c.c. pare che il legislatore abbia voluto riconoscere un danno c.d. riflesso⁷¹ ai soci in conseguenza del danno subito

del nesso di causalità tra le operazioni medesime ed il danno del quale i soci o i creditori chiedono il risarcimento”; MENDITTO, *In tema di responsabilità della società capogruppo*, nota a Decreto Napoli, 28 maggio 2008, in *Foro it.*, 2009, 1963 che, con riguardo al danno subito dai creditori sociali sostiene che “la lesione dell’aspettativa di prestazione è annoverata nella più generale figura della lesione del credito, che ricorre non soltanto quando il fatto doloso o colposo altrui abbia determinato l’estinzione del credito, ma anche quando l’aspettativa del creditore sia vulnerata, pur non venendo definitivamente meno la possibilità per il debitore di esigere in futuro le proprie prestazioni”. Questa azione riconosciuta ai creditori sociali risulta di fatto differente rispetto all’azione degli stessi *ex art.* 2394 c.c. nei confronti degli amministratori di una società per il ristoro del proprio danno; mentre infatti in quest’ultimo caso l’azione può essere esperita “quando il patrimonio sociale risulta insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti”, l’art. 2497 c.c. richiede che si sia verificata una “lesione cagionata all’integrità del patrimonio della società”, con un’espressione che sembrerebbe quindi anticipare la tutela fornita ai creditori, consentendo loro di agire anche nel caso in cui sia stata semplicemente diminuita la garanzia offerta dal patrimonio sociale (fermo restando quanto precisato dall’art. 2497³ c.c., secondo il quale il creditore può agire contro la capogruppo solo se non è stato soddisfatto dalla società diretta e coordinata).

⁶⁹ Cioè la legittima aspettativa del socio a realizzare, ove decida di venderla, un adeguato controvalore in denaro della partecipazione posseduta, così si esprime GALGANO, *I gruppi*, *op. già cit.*, 1039.

⁷⁰ BRODASCA, *sub art.* 2497 c.c., in *Codice commentato delle S.p.A.*, FAUCEGLIA – SCHIANO DI PEPE (a cura di), Torino, UTET, II, 2007, 1612.

⁷¹ Confermato da GIOVANNINI, in *op. già cit.*, 175, che sostiene che “il danno cagionato alla redditività e al valore della partecipazione può, senza timori, definirsi come “danno riflesso o indiretto” in quanto non solo è indubitabile la sua derivazione dal danno al patrimonio sociale, ma soprattutto pare giustificato porre il suo risarcimento a carico della holding oltre che dei suoi amministratori e degli amministratori della società danneggiata. L’amministratore di una società appartenente ad un gruppo ha anche l’obbligo di perseguire l’interesse di gruppo che inevitabilmente e indirettamente incide sulla posizione giuridica degli azionisti di minoranza, a

direttamente dal patrimonio della società soggetta alla direzione e al coordinamento.

Sul punto, la dottrina e la giurisprudenza non sono unanimi nel definire la natura del danno subito dai soci all'interno di un gruppo (e si sono interrogati sulla possibilità di usare, mediante un'interpretazione analogica, ciò che è stato già previsto per i danni subiti *ex art. 2393 e ss c.c. nell'ambito delle società indipendenti*).

In particolare, chi⁷² riconosce nel pregiudizio subito dai soci un danno riflesso giustifica la propria posizione, sostenendo che si tratta di un danno al patrimonio personale del socio che, in assenza di un pregiudizio al patrimonio della società, non si verrebbe a configurare (stante il legame tra il socio e la società in forza della partecipazione al capitale sociale); ove infatti la capogruppo ponga in essere operazioni volte a depauperare il patrimonio di una società controllata, i soci di quest'ultima vedranno diminuire la propria prospettiva di percezione degli utili o di alienazione della propria quota azionaria ad un elevato valore di scambio. La redditività ed il valore della partecipazione sono infatti risultati dipendenti dalla corretta gestione dell'impresa sociale, ma rappresentano semplicemente una proiezione indiretta di risultati che attengono direttamente solo alla sfera economica e giuridica della società⁷³.

Anche la giurisprudenza ha avuto modo di sottolineare la natura riflessa di un danno siffatto, affermando che, in generale, qualora la società subisca, per effetto dell'illecito commesso da un terzo (o da un amministratore), un danno alla consistenza patrimoniale e detto danno sia tale da incidere sul valore delle

differenza di un amministratore di società isolta che ha solamente l'obbligo di gestire la propria società e di confrontarsi solo con la più semplice realtà economico-giuridica della stessa".

⁷² COVELLI, in BONFANTE, CORAPI, MARZIALE, RORDORF, SALAFIA, *Codice Commentato delle nuove società*, 2004, 1200; SALAFIA, *op. già cit.*, 393; GUIZZI, *La responsabilità della controllante per non corretto esercizio del potere di direzione e coordinamento*, in AA.VV. *Profili e problemi dell'amministrazione*, 214; CAMPOBASSO, *La riforma delle società di capitali e delle cooperative*, Torino, 2003, 84; BADINI CONFALONIERI – VENTURA, *op. già cit.*, 2173; BONELLI, *Gli amministratori delle spa dopo al riforma delle società*, Milano, 2004, n. 290, 214 – 215; GUERRERA, "Compiti" e responsabilità del socio di controllo, in "La disciplina dei gruppi di imprese. Profili sistematici ed esperienze applicative", Convegno di Firenze, 4 dicembre 2008, in *Riv. soc.* 2009, 317; GIOVANNINI, *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, 2007, 175 essendo innegabile che la partecipazione sociale subisce un pregiudizio alla redditività o al proprio valore in conseguenza di un pregiudizio che va ad incidere in primo luogo sul patrimonio sociale

⁷³ SALAFIA, *op. già cit.*, 393

partecipazioni sociali, l'illecito colpisce solo il patrimonio della società e non si traduce in un danno diretto all'azionista.⁷⁴

Al contrario, secondo l'opinione di altra dottrina⁷⁵ il danno alla redditività e al valore della partecipazione del socio deve qualificarsi come danno diretto⁷⁶ del socio e non come danno "sociale" e ciò per una serie di ragioni.

Nello specifico, qualificandosi come danno sociale e indiretto il danno subito dal socio ai sensi dell'art. 2497 c.c., si verrebbe a determinare un disparità di trattamento sotto due profili: (i) una disparità di responsabilità tra quella riconosciuta alla capogruppo (e ai suoi amministratori) e quella riconosciuta agli amministratori di una società non inserita in un gruppo, in quanto la prima può essere fatta valere a differenza della seconda, senza necessità di particolari percentuali di possesso azionario⁷⁷ e (ii) la diversità di trattamento del socio a seconda che il danno dipenda da operazioni liberamente decise dagli amministratori della società e, in generale, da una società non controllata ovvero operazioni degli amministratori stimulate o imposte da enti controllanti (contro gli amministratori della propria società i soci possono infatti solamente lamentare un danno diretto attraverso l'azione individuale *ex art. 2395 c.c.*, mentre se la società appartiene ad un gruppo, agli stessi amministratori può essere richiesto anche il

⁷⁴ Cass. 4 dicembre 2002, n. 171787, in *Dir. e prat. delle società*, 2003, 71; Cass. 27 giugno 1998, n. 6364, in *Foro it.*, 1999, I, 652; con specifico riferimento al danno provocato agli azionisti della controllata cfr App. Milano, 10 marzo 1995, in *Soc.* 1995, 1437; Secondo Trib. Bologna 12 aprile 2006, in *Redazione giuffré*, "l'azione di responsabilità riconosciuta ai soci dall'art. 2497 c.c., come modificato dalla legge n. 6 del 2003, consente al socio della società soggetta ad altrui direzione e coordinamento, di agire nei confronti dell'ente che tale direzione e coordinamento abbia malamente esercitato, al fine di conseguire a proprio favore il risarcimento di danni incidenti sostanzialmente sul patrimonio della società e dunque per conseguenza solo indiretta, sul suo patrimonio personale, avendo il legislatore richiamato il concetto di pregiudizio arrecato al valore o alla redditività della partecipazione sociale". Un consistente filone giurisprudenziale si riferisce al danno provocato dalla mala gestio degli amministratori, da cui non si ritiene invece che possa derivare un danno indiretto alla partecipazione sociale, cfr Cass. 7 febbraio 1974, n. 327, in *Giur. comm.*, 1974, II, 651; Cass. 3 agosto 1988, n. 4817, in *Dir. Fall.*, 1989, II, 381; Cass. 7 settembre 1993, n. 9385, in *Soc.* 1994, 48;

⁷⁵ SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 662 che mette in discussione la distinzione tra danno sociale e danno diretto al patrimonio del singolo socio e lo fa individuando nel danno sociale quel danno che colpisce il patrimonio sociale e tocca i soci solo in relazione al valore della partecipazione e che giustifica contro gli amministratori l'azione prevista dall'art. 2393 bis c.c. mentre nel danno diretto al patrimonio del singolo socio quel danno che investe il patrimonio del singolo socio direttamente e non come semplice riflesso della diminuzione (o del mancato accrescimento) del patrimonio sociale e che giustifica l'azione prevista dall'art. 2395 c.c.

⁷⁶ GIOVANNINI, *op. già cit.*, 175 che fa leva sul tenore letterale della norma in cui si legge che le società o gli enti sono "direttamente responsabili" nei confronti dei soci (e dei creditori).

⁷⁷ SACCHI, *op. già cit.*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 666;

risarcimento di un danno riflesso ai sensi dell'art. 2497 c.c., in contrasto con quanto previsto da quest'ultima norma⁷⁸).

Ciò nonostante, vi è chi⁷⁹ ritiene che il differente trattamento – come evidenziato – si giustificerebbe per il diverso rischio assunto dal socio di minoranza.

Le considerazioni sin qui fatte portano a concludere che, se l'art. 2497 c.c. pare individuare una duplice tipologia di danno che l'esercizio di un'attività di direzione e coordinamento contraria ai principi di corretta gestione societaria può causare, si è di fronte ad una differenza tipologica fra società isolata e società di gruppo⁸⁰.

2. I legittimati attivi

2.1 Analizzati gli elementi costitutivi dell'azione *ex art.* 2497 c.c. occorre domandarsi chi sono quei soggetti che da un'attività di direzione e coordinamento contraria ai principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale possono

⁷⁸ SALAFIA, *La responsabilità della holding*, in *op. già cit.*, 393- 394 che ritiene che qualificandosi come diretto il danno in questione verrebbe eccessivamente allargata la categoria del danno risarcibile anche ai sensi dell'art. 2395 c.c. in quanto la maggior parte delle decisioni prese dagli amministratori incide sulla redditività e sul valore delle partecipazioni sociali; sulla stessa linea Sacchi, *op. già cit.*, 666.

⁷⁹ GALGANO, *op. già cit.*, 99 che ritiene che il socio non essendo socio della *holding*, non avrebbe assunto alcun rischio per comportamenti di soggetti diversi dagli amministratori che può contribuire ad eleggere o revocare, né potrebbe influire in alcun modo sulla gestione della controllante.

⁸⁰ TOMBARI, *Il gruppo di società*, 142; DAL SOGLIO, Art. 2497 c.c., in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, Padova, 2005 2320; *contra* PATTI, *Direzione e coordinamento di società: brevi spunti sulla responsabilità del capogruppo*, in *La Nuova giuris. civ. comm.*, 2003 fasc. 5, pt. 2, e GALGANO, *op. già cit.*, che invece ritengono che non deve sorprendere che all'azionista si venga a riconoscere, quando è socio di una società appartenente ad un gruppo, un diritto al risarcimento che non spetta al socio di una società isolata. Rispetto all'azionista della controllata, infatti, la controllante è terza e l'azionista della controllata esercita i suoi diritti ed assume il rischio solo nella controllata stessa, mentre non può influire sulla gestione della controllante. Ancora BIN, *Il conflitto di interessi nei gruppi di società*, in *Contr. impr.* 1994, I, 491; GALGANO, *I gruppi di società*, in *op. già cit.*, 102 – 103 che sostengono la propria interpretazione segnalando che la ragione della disparità di trattamento tra la responsabilità degli amministratori del gruppo e gli amministratori di una singola società, slegata da ogni collegamento con altre società, risiede nell'esigenza di predisporre un'adeguata forma di tutela in una fattispecie in cui il rischio del conflitto di interessi degli amministratori e del socio di maggioranza, a danno delle società aggregate, è particolarmente elevato, se non addirittura sistematico, congenito ossia connaturato alla stessa realtà dei gruppi. Ciò a differenza di quanto accade nella società isolata, dove il conflitto d'interessi fra amministratori e società è soltanto un episodio saltuario ed eccezionale e come tale concepito e disciplinato dal legislatore.

essere danneggiati; infatti il diritto al risarcimento nasce come conseguenza di una situazione di danno o, meglio di lesione di un bene giuridico.

Come si è visto, a questa domanda risponde direttamente l'art. 2497 c.c. che individua nei soci e nei creditori sociali i soggetti che possono agire per richiedere il proprio risarcimento attraverso l'azione risarcitoria, in quanto principali attori che operano all'interno dei gruppi di società.

Rientrano dunque tra i legittimati attivi:

a) i soci della società che è sottoposta ad una attività di direzione e coordinamento e

b) i creditori sociali delle società dirette e coordinate.

Parallelamente a questi due insiemi di soggetti, possono essere individuati anche altri protagonisti che, a vario titolo, vengono in qualche modo danneggiati da un'attività di direzione e coordinamento illegittima⁸¹ come, ad esempio, la stessa società diretta e coordinata (su cui tuttavia è vivo il dibattito sul riconoscimento di un vero diritto ad esercitare l'azione *ex art. 2497 c.c.*), oppure i titolari di strumenti finanziari o, infine, coloro i quali hanno sottoscritto titoli di debito.

a) I soci

Partendo dalla prima categoria di legittimati attivi, cioè i soci della società eterodiretta, è opportuno segnalare che chiunque detenga anche una minima partecipazione della società figlia ha diritto di promuovere l'azione prevista dall'art. 2497 c.c., qualora sia stato leso nel proprio diritto.

Dunque non viene richiesto esplicitamente dal legislatore un valore particolare della partecipazione affinché un socio possa trovarsi nella condizione di soggetto danneggiato⁸² e titolare del diritto di esercitare l'azione (in modo da poter richiedere il relativo risarcimento).

Si tratta di una scelta diversa da quanto previsto per le altre azioni sociali di responsabilità dove invece viene richiesta, ad esempio per l'azione verso gli

⁸¹ Sui presupposti che fondano l'attività di direzione e coordinamento così come prevista dall'art. 2497 c.c. e i casi di abuso si è già parlato nel precedente paragrafo.

⁸² TOMBARI, *op. già cit.*, 1767.

amministratori, la maggioranza del capitale sociale avente diritto di voto o come, nell'ambito dell'azione della minoranza, viene richiesta dall'art. 2393 *bis* c.c. e – nelle s.r.l. – dall'art. 2476 comma 5° c.c. una minoranza qualificata.

Probabilmente la ragione di un trattamento di favore come quello riconosciuto ai soci di una società sottoposta ad una attività di direzione e coordinamento è data dalla centralità di tutela prevista per i soci, individuati tra i soggetti sottoposti maggiormente ai rischi, in termini di pregiudizio e, più in generale, di danni all'interno di una realtà così complessa come è quella dei gruppi; a questo riguardo, dal tenore della norma emerge che il legislatore sembra aver ravvisato nei gruppi proprio una situazione di particolare debolezza del socio, tale da giustificare un rafforzamento della tutela risarcitoria individuale (l'azionariato è prevalentemente in capo al gruppo di comando non interessato di solito ad agire contro se stesso – nella veste di *holding* – con un'azione come quella prevista dall'art. 2497 c.c.) concretamente realizzata mediante l'attribuzione di una rilevanza giuridica piena alla redditività ed al valore della partecipazione sociale.

Si tratta perciò di un diritto riconosciuto a tutti i soci della società etero diretta che, pregiudicati da comportamenti *contra legem* della società capogruppo⁸³, hanno subito una riduzione del valore della propria partecipazione a fronte di una più generale perdita economica del patrimonio della società figlia.

Pertanto i soci delle società “dirette e coordinate” sono ritenuti legittimati ad agire in quanto, a fronte dell'attività di direzione e coordinamento svolta dalla capogruppo, hanno subito un pregiudizio (i) alla redditività⁸⁴ e (ii) al valore della partecipazione sociale⁸⁵ che li costringe ad attivarsi per richiedere il risarcimento del danno attraverso l'azione prevista all'art. 2497 c.c.⁸⁶.

⁸³ Espressione utilizzata da ABBADESSA, *La responsabilità della società capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, in *Banca borsa e tit. di cred.* 2008, III, 279.

⁸⁴ Intesa come potenzialità redditizia della partecipazione.

⁸⁵ Che può essere configurato come l'incremento del valore nominale della partecipazione sociale. Secondo VICARI, *Gli azionisti nella fusione di società*, Milano, 2004, 6 e 26, l'interesse alla massimizzazione del valore delle partecipazioni costituisce la sintesi di quello alla massima “redditività del capitale”, dipendendo il valore globale delle azioni proprio dalla effettiva capacità della società di realizzare utili “... valutata in base alla previsione dei profitti attuali e futuri”; l'A. precisa inoltre che l'interesse alla conservazione del valore economico della partecipazione è l'unico interesse “individuale”, squisitamente societario, che la legge consideri autonomamente meritevole di protezione, alla stregua delle norme che impongono la “congrua” determinazione del rapporto di cambio. L'interesse degli azionisti all'alienazione (o non) dei titoli in base ad una

Sono diversi gli atti in grado di pregiudicare la redditività o il valore della partecipazione: si pensi alle alienazioni di beni strumentali indispensabili all'attività d'impresa della società etero diretta, oppure il recesso dai contratti commerciali essenziali all'attività della società, ma anche più in generale operazioni commerciali infragruppo concluse a condizioni di favore per talune società e a discapito di altre⁸⁷; un'ulteriore causa di pregiudizio alla redditività della partecipazione è data anche dalla sistematica neutralizzazione degli utili derivante dai costi per interessi da finanziamento⁸⁸.

Da ciò deriva quindi che, una attività di direzione e coordinamento che riduca in qualche modo il valore del patrimonio della società etero diretta, danneggia anche i soggetti partecipanti alla suddetta società, *in primis* proprio i soci⁸⁹.

Resta inteso però che, se con riguardo al valore della partecipazione il socio potrebbe vantare almeno il rimborso di quanto versato in sede di conferimento, in relazione al criterio della redditività non si può invocare necessariamente un danno, posto che non sussiste una aspettativa sicura del socio tale da divenire una pretesa creditoria verso la capogruppo⁹⁰.

Occorre tuttavia notare che, quando si parla di soci, non necessariamente si prende in considerazione la varietà dei soggetti che possono ricoprire tale

corretta e completa informazione coinvolge infatti, al contempo – per lo meno nelle società quotate – preponderanti aspetti di diritto del mercato finanziario. Secondo un'altra tesi, fino ad ora isolata, entrambi gli interessi descritti nel testo sarebbero accorpati nella nozione di “redditività”, mentre il “valore” della partecipazione andrebbe ricondotto all'interesse del socio- imprenditore, il quale confida “nella capacità della società partecipata di generare un'attività proficua in suo favore”(BADINI CONFALONIERI- VENTURA, *art. 2497 c.c.*, in COTTINO – BONFANTE – CAGNASSO – MONTALENTI, *Il nuovo diritto societario*, Bologna, 2004, 2165).

⁸⁶ Per un approfondimento sulle tipologie di danno distinguendo tra i danni subiti dai soci e quelli subiti dai creditori sociali e sulla modalità per la relativa quantificazione si tornerà nel successivo capitolo 3.

⁸⁷ DAL SOGLIO, in *Commentario al diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, 2011, 1391.

⁸⁸ GUGLIELMUCCI, *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento*, in *D. fall.* 2005, I, 45.

⁸⁹ Ancora più in generale vi è chi sostiene, come SBISÀ, *Responsabilità della capogruppo e vantaggi compensativi*, *Cont. impr.* 2003, 601 che “per la holding sarebbe vietato perseguire politiche di gruppo che impediscano la remunerazione del capitale della controllata e che deprezzino il valore di scambio delle partecipazioni al suo capitale sociale” o come PANZANI, *L'azione di responsabilità ed il coinvolgimento del gruppo di imprese dopo la riforma*, in *Soc.* 2002, 1487 che ritiene che in questo modo “sarebbe tutelato l'interesse del socio a godere del massimo valore con la situazione di mercato in cui opera la società”.

⁹⁰ A. DI MAJO, *La responsabilità per l'attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, in *Giur. comm.* 2009, 551.

posizione all'interno di tutto il gruppo di società; l'art. 2497 c.c. infatti sembra riferirsi solamente ai soci di minoranza delle società etero dirette (quindi soggetti diversi dai soci di comando), escludendo dal panorama dei legittimati attivi i soci esterni della società capogruppo⁹¹, con la possibile conseguenza che i soci di minoranza della capogruppo, esterni quindi rispetto ai vertici organizzativi del gruppo, non possano esperire l'azione *ex art. 2497 c.c.* nell'ipotesi di danno derivante da un'attività della capogruppo contraria ai principi di corretta gestione imprenditoriale⁹².

Un' ultima considerazione relativamente a questa prima categoria di legittimati attivi riguarda la possibilità che un soggetto, al tempo dell'attività di direzione e coordinamento e in particolare dell'atto posto in essere in contrasto al parametro del 1° comma dell'art. 2497 c.c., risultasse socio, ma che nel corso del tempo abbia deciso di cedere la propria partecipazione ad un terzo (totalmente o in parte) e dunque al momento della proposizione dell'azione di responsabilità risulti

⁹¹ MARCHISIO, *Usi alternativi del gruppo di società*, 2009, 99 che sul punto si sofferma e sostiene che “*l'operare sul mercato come capogruppo anziché come società autonoma, infatti, ben potrebbe determinare l'emersione di condotte opportunistiche a favore dei soci di maggioranza della controllante, condotte caratterizzate da una riallocazione delle risorse da parte degli amministratori in maniera tale che dai vantaggi derivanti dall'esercizio dell'attività mediante società controllate siano esclusi propri i soci di minoranza della capogruppo*”. L'attenzione della dottrina per il tema in oggetto sembra prendere origine dalla giurisprudenza tedesca sulla materia in particolare dal caso Holzmueller [sentenza del Bundesgerichtshof del 25 febbraio 1982, che si legge in JZ, 1982, 602; sulla sentenza cfr. le osservazioni di M. S. SPOLIDORO, *Tutela dei soci della capogruppo in Germania (con uno sguardo all'Italia)*, Riv. soc. 1986, 1299]. Come noto, il caso Holzmueller riguardava il trasferimento di una parte centrale dell'attività d'impresa, di notevole dimensione rispetto al patrimonio della società (circa l'80%) ad una società controllata. La decisione, in tal senso, superava il disposto del § 119, Abs 2, AktG (il quale prevede che il consiglio di gestione può sottoporre determinati atti di gestione all'assemblea) per riconoscere, invece, l'obbligo del consiglio di gestione di rimettere all'assemblea la decisione su quegli atti di gestione che abbia effetti tali sui “diritti corporativi” dell'azionista, che il consiglio di gestione può sottoporre di poterlo effettuare di propria esclusiva competenza (c.d. “competenze implicite” dell'assemblea).

⁹² R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. comm.* 2003, I, 675 con un accento critico sottolinea che nonostante la riforma del 2003 abbia dedicato ampio spazio alla protezione dei soci e dei creditori delle società sottoposte a direzione e coordinamento, “*nel capo dedicato a direzione e coordinamento ignora completamente il problema, ineludibile in un moderno diritto dei gruppi, della tutela dei soci esterni della capogruppo di fronte a decisioni su cambiamenti che, senza toccare le caratteristiche formali della capogruppo (ossia lasciando invariato lo statuto), modifichino le sue caratteristiche sostanziali, disponendo di cespiti aziendali strategici o, comunque, compiendo operazioni (sul patrimonio della società o di sue controllate) idonee ad influire significativamente sulle prospettive strategiche dell'impresa sociale*”; tale lacuna è stata segnalata in G.B. PORTALE, *Osservazioni sullo schema del decreto delegato (approvato dal governo in data 29-30 settembre 2002) in tema di riforma delle società di capitali*, in *Riv. dir. priv.*, 2002 fasc. 4, 716.

socio (grazia alla titolarità di una partecipazione seppur ridotta ed inferiore al passato), o addirittura non risulti più socio⁹³.

A questi soggetti non può essere preclusa la possibilità di agire per tentare il risarcimento del danno subito quando ancora ricoprivano al carica di soci; in questo senso dunque diviene importante individuare *a*) il momento effettivo in cui è sorto e si è verificato il pregiudizio per il socio e *b*) l'operazione che ha causato il danno in modo da poterla ricondurre eventualmente ad una *mala gestio* dell'organo amministrativo della capogruppo (e riconoscere a quest'ultima una responsabilità *ex art. 2497 c.c.*).

È chiaro che in una situazione come quella prospettata poc'anzi il soggetto danneggiato agirà nella veste di "ex socio" provando tuttavia il pregiudizio subito all'epoca in cui faceva parte della compagine societaria e dunque potendo rientrare tra i soggetti legittimati dal legislatore ad esperire l'azione risarcitoria *ex art. 2497 c.c.*.

b) I creditori sociali

L'art. 2497 c.c. continua poi nell'individuare nei creditori sociali un secondo soggetto a cui riconoscere il diritto di agire per richiedere il risarcimento del proprio pregiudizio nei confronti della società capogruppo. Il legislatore in

⁹³ Tale possibilità, cioè che gli ex soci della controllata possano esperire azione di responsabilità *ex art. 2497 c.c.*, nei confronti della società o ente controllante è stata confermata dalla giurisprudenza che con la sentenza del Tribunale di Pescara, 16 gennaio 2009, in *Le soc.* 2010, 683 con nota di ZANELLI, *Contratto di franchising ed abuso di direzione e coordinamento* che riporta quanto sostenuto dal Collegio seconda il quale "la considerazione della *ratio* della norma, individuabile nella volontà legislativa, da un lato, di sanzionare la società responsabile dell'abusivo esercizio del potere di direzione e coordinamento perpetrato ai danni dell'altra società e dall'altro di tutelare il patrimonio di quest'ultima che sia stato leso dall'abusivo comportamento, non consente di riservare (attraverso un'interpretazione meramente letterale della norma) la legittimazione all'esercizio della relativa azione di responsabilità soltanto a colui che sia, al momento dell'esercizio dell'azione, ancora socio della compagine societaria che si ritiene essere stata scorrettamente gestita e di escluderla in capo a chi, in quel momento, ne sia ormai divenuto un ex socio. Ciò che, infatti, fonda la legittimazione ad agire anche di un soggetto ex socio è unicamente la prospettazione della intervenuta consumazione, da parte della società dominante ai danni della società controllata, del fatto illecito sanzionato dalla norma quando lo stesso era ancora socio di quest'ultima così da averne subito le conseguenze patrimoniali dannose ossia proprio quelle conseguenze che la nuova norma codicistica vuole risarcire al danneggiato".

sostanza ha ritenuto necessario garantire, anche in un ambito differente da quello delle società autonome, la medesima tutela ai creditori sociali⁹⁴.

Ciò lo si nota dal fatto che l'azione risarcitoria disciplinata dall'art. 2497 c.c. sembra ricalcare la previsione dell'art. 2394 c.c. (almeno con riguardo al bene tutelato) che riconosce ai creditori sociali la possibilità di esperire una azione di responsabilità in tutti i casi in cui gli amministratori abbiano, attraverso l'inosservanza dei propri obblighi, leso l'integrità del patrimonio sociale e, di conseguenza, ridotto la garanzia in termini di soddisfazione economica dei creditori stessi.

E' doveroso precisare che quando il primo comma dell'art. 2497 c.c. indica tra i soggetti legittimati all'esercizio dell'azione di responsabilità i creditori sociali si riferisce ai creditori della società etero diretta; tale riferimento comporta una differente posizione che si viene a creare tra i creditori sociali delle società soggette all'attività di direzione e coordinamento e quelli della società capogruppo.

La differenza emerge in maniera più netta nel momento di crisi del gruppo e, in particolare, nel caso in cui i creditori della etero diretta esercitino l'azione ex art. 2497 c.c.; infatti l'eventuale riconoscimento di un abuso da parte della società capogruppo comporterebbe il diritto dei creditori sociali di ottenere un risarcimento direttamente dalla *holding*, con la conseguenza che il patrimonio di questa, unica garanzia dei propri creditori sociali, si ridurrebbe, causando un ulteriore danno a questi ultimi che non avrebbero più la certezza di ricevere quanto dovuto, in considerazione del rapporto obbligatorio in essere.

Da ciò si può notare che la norma, così come prevista dal legislatore della riforma, sembra essere pensata più a tutela dei creditori della società etero diretta, piuttosto che a tutela di quei soggetti creditori, della capogruppo, che in una situazione di difficoltà di tutto il "gruppo" potrebbero essere indirettamente danneggiati.

La suddetta disposizione individua peraltro il danno che può essere fatto valere dai creditori sociali e lo identifica nella lesione cagionata all'integrità del

⁹⁴ TOMBARI, *op. già cit.*, 1767 e in *Diritto dei gruppi di imprese*, 44.

patrimonio della società⁹⁵; tale lesione comporta il rischio per i creditori sociali di non vedere soddisfatti i propri diritti di credito⁹⁶, essendo il patrimonio della società etero diretta la principale garanzia di tale categoria di legittimati nell'ambito dei rapporti commerciali in essere con la società.

Come si vedrà meglio al successivo punto d), il diritto al risarcimento del danno subito dai creditori sociali potrà essere esercitato indirettamente da altri soggetti nell'ipotesi in cui la società diretta e coordinata si venga a trovare in una situazione di insolvenza tale per cui sia necessario l'intervento di un curatore fallimentare (nel caso di procedura concorsuale in corso) ovvero di un commissario liquidatore o straordinario (nel caso di liquidazione coatta amministrativa o amministrazione straordinaria).

c) La società etero diretta⁹⁷

E' bene, in questa fase di analisi generale dei soggetti legittimati ad agire *ex art. 2497 c.c.*, fare un accenno anche alla posizione che potrebbe assumere la società etero diretta, nell'ipotesi di abuso dell'attività di direzione e coordinamento e conseguente danno ai soci e ai creditori.

Infatti, ritenendo azionabile da parte dei soci della eterodiretta e dai relativi creditori sociali l'azione *ex art. 2497 c.c.*, sorge l'interrogativo se la società che effettivamente è stata danneggiata, a fronte di un abuso della direzione unitaria da parte della capogruppo, possa o meno agire per richiedere una qualche forma di ristoro.

Sul punto la dottrina non è unanime: vi è chi⁹⁸ esclude la sussistenza di una legittimazione attiva in capo alla società abusata sulla base di una lettura molto

⁹⁵ CAGNASSO, *La qualificazione della responsabilità per la violazione dei principi di corretta gestione nei confronti della società etero diretta*, in *Fall.* 2008, 12, 1441

⁹⁶ A. DI MAJO, *op. già cit.*, 550 per cui è attraverso la lesione dell'integrità del patrimonio che il credito dei creditori sociali rischia di restare insoddisfatto.

⁹⁷ Sulla posizione che nell'ambito dell'azione *ex art. 2497* e, in particolare, dell'azione prevista al 3° comma del medesimo articolo, assume la società eterodiretta si tornerà più avanti e in maniera più approfondita nel capitolo 3.

⁹⁸ TOMBARI, *op. già cit.* 1768, ABBADESSA, *La responsabilità della società capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, in *Banca borsa e tit. cred.* 2008, III, 280 il quale segnala che nel passaggio dallo schema al testo definitivo approvato la norma subiva un autentico capovolgimento: scompariva ogni traccia di riconoscimento della legittimazione attiva della società abusata all'esercizio dell'azione di responsabilità verso la controllante per lasciare

lineare dell'art. 2497 c.c. che esplicitamente non fa riferimento alla società etero diretta; al contrario, vi è chi⁹⁹ propende nell'inserire tra i legittimati attivi anche la società etero diretta, pur non risultando pacifiche le ragioni sottese ad una simile interpretazione, posto il dettato dell'art. 2497 c.c. ed, in particolare, del 3° comma.

Il riconoscere una legittimazione attiva anche alla società etero diretta porta con sé una serie di considerazioni soprattutto relativamente all'effettività di un'azione di questo tipo nel corso della vita di un gruppo e all'opportunità per gli amministratori della società dominata di agire nei confronti della capogruppo (i soci di comando, solitamente titolari anche della partecipazione di maggioranza della società etero diretta, potrebbero non gradire una scelta di questo tipo).

d) I legittimati del iv° comma dell'art. 2497 c.c.

L'art. 2497, al 4° comma, individua di fatto un ulteriore legittimato attivo che, in determinate circostanze, può agire nei confronti della società o ente capogruppo in “sostituzione” dei creditori sociali per la richiesta di risarcimento danni.

La norma prevede infatti che “*nel caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria di società soggetta ad altrui direzione e coordinamento*” l'azione spettante ai creditori della società etero diretta sia esercitata dal curatore o dal commissario liquidatore o dal commissario straordinario¹⁰⁰; il quarto comma sembra richiamare in parte il principio sotteso

sorprendentemente posto alla previsione di una ambigua norma volta a subordinare l'azione degli azionisti “esterni” e dei creditori verso la controllante al mancato soddisfacimento da parte della società abusata. Ancora MAUGERI, *Partecipazione sociale e attività di impresa*, 2010, 272; MAGGIOLO, *L'azione di danno contro la società o ente capogruppo (art. 2497 comma 3°)*, in *Giur. comm.* 2006, I, 179.

⁹⁹ G. SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità*, in *Liber amicorum*, Abbadessa – Portale, III, 2007, 964.

¹⁰⁰ FIMMANÒ, *Abuso dell'attività di etero direzione ed insolvenza delle società dominate*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, a cura di GHIA, PICCININI, SEVERINI, 2010, 342 ritiene che il curatore (o il commissario) della società etero diretta, acquista, a seguito dell'assoggettamento da procedura concorsuale, la legittimazione ad esercitare la sola azione spettante ai creditori, e non anche quella spettante ai soci, nei confronti della *holding*, non in virtù di un'*actio mandati contraria*, basata su un ipotetico rapporto di mandato al quale l'imprenditore-mandante non abbia correttamente adempiuto fornendo i mezzi necessari all'esecuzione del rapporto imprenditore mandatario (espedito in passato utilizzato accanto a quello ancora più opinabile dell'impresa fiancheggiatrice), ma di un riferimento normativo espresso.

dall'art. 146 l.fall.¹⁰¹ (ribadito anche dall'art. 2494 *bis* c.c.) che sancisce il trasferimento in capo al curatore fallimentare della legittimazione ad esercitare le azioni di responsabilità verso gli amministratori già spettanti alla società ed ai creditori.

Si tratta di un trasferimento di legittimazione parziale a favore del curatore in quanto la norma esclude il riconoscimento in capo a quest'ultimo della possibilità di promuovere le azioni di responsabilità tipiche dei soci (che infatti potranno essere esercitate contemporaneamente all'azione *ex art.* 2497 c.c., 4° comma, ma in via del tutto autonoma¹⁰²); tale precisazione¹⁰³ è opportuna in quanto, a fronte di un'interpretazione ormai consolidata che riconosce che il trasferimento della legittimazione all'organo concorsuale comporta il suo venir meno in capo ai creditori¹⁰⁴, viene corrispondentemente escluso il trasferimento in capo all'organo concorsuale delle azioni non contemplate dalla norma, con conseguente permanere della legittimazione di terzi, creditori e soci quanto alle azioni *ex art.* 2449 (responsabilità degli amministratori per nuove operazioni dopo lo scioglimento della società, oggi 2486), 2362 (responsabilità dell'unico socio: oggi 2325, 2° comma c.c.) e 2395¹⁰⁵.

Da ciò deriva che, qualora venga sottoposta ad una procedura concorsuale la società etero diretta, la classica azione riconosciuta ai creditori sociali dall'art. 2497 c.c.¹⁰⁶ viene esercitata da un soggetto differente dai veri e propri titolari dei diritti (i creditori appunto), in quanto unico legittimato ad agire per la tutela della

¹⁰¹ Che espressamente prevede che “*sono esercitate dal curatore previa autorizzazione del giudice delegato, sentito il comitato dei creditori: le azioni di responsabilità contro gli amministratori, i componenti gli organi di controllo, i direttori generali e i liquidatori*”. Per un primo commento si veda, V. COMERCI, S. CHINAGLIA, *commento all'art. 146 l. fall.*, 4° *Commentario alla legge fallimentare*, Maffei Alberti, 2009, 806 e ss..

¹⁰² Per alcune riflessioni in merito alla natura autonoma o surrogatoria dell'azione spettante ai creditori si veda NIGRO, *Diritto societario e procedure concorsuali*, in Abbadessa e Portale (diretto da), *Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, I, *Profili generali, costituzione, conferimenti, azioni, obbligazioni, patrimoni destinati*, Torino, 2006, 200.

¹⁰³ BADINI CONFALONIERI, VENTURA, sub art. 2497 c.c., in *Il nuovo diritto societario*, COTTINO, CAGNASSO, BONFATTI, II, 2004, 2174.

¹⁰⁴ Ex multis, Cass. 28 febbraio 1998, n. 2251 in *Giur. it.* 1998, 1639.

¹⁰⁵ Cass. 27 maggio 1997, n. 4701 in *Giur. it.*, 1998, 508; Trib. Torino, 20 marzo 1989, in *Giur. it.* 1989, I, 2, 740.

¹⁰⁶ FIMMANÒ, *op. già cit.*, 343 ritiene infatti che l'azione del curatore (o del commissario) della società etero diretta costituisce un'azione di pertinenza della massa nel senso che non è di esclusiva spettanza della procedura in quanto poteva essere promossa dai creditori anche prima del fallimento, in quanto diretta al ristoro del pregiudizio patrimoniale che ha colpito i creditori della dominata rimasti insoddisfatti.

massa dei creditori¹⁰⁷; in questo modo, la norma raggiunge il proprio scopo, e cioè di tentare di restituire ai creditori quanto a loro dovuto a fronte del rapporto obbligatorio instaurato con la società abusata e messo in pericolo (o addirittura lesa) da un'attività di direzione e coordinamento illegittima, perché contraria ai principi indicati al 1° comma dell'art. 2497 c.c..

A quest'ultimo riguardo, c'è chi¹⁰⁸ sostiene un'interpretazione molto ampia del potere riconosciuto alla curatela arrivando ad assimilare l'azione dei creditori sociali della società etero diretta contro la capogruppo a quella contro gli amministratori.

Sull'argomento è stato addirittura ipotizzato che il socio della società soggetta all'altrui direzione conserva, nel caso in cui tale società sia dichiarata fallita, la legittimazione ad agire contro la società o l'ente che abbia esercitato la direzione in concorrenza con l'azione del curatore ai sensi del 4° comma, con la conseguenza che la capogruppo “convenuta distintamente e dal socio e dal curatore finisca con il dover pagare due volte lo stesso danno: quello subito direttamente dalla società fallita e indirettamente dal socio”¹⁰⁹.

Infine, è interessante segnalare che la regola introdotta al 4° comma può essere letta in chiave positiva divenendo in qualche modo utilizzabile anche prima del raggiungimento della situazione di crisi; al contrario, sembrerebbe la parte finale dell'art. 2497 c.c., una sorta di incentivo, nel momento fisiologico di gestione dell'impresa societaria per la società capogruppo ad un “governo”

¹⁰⁷ È bene segnalare che quando si parla di creditori ovviamente ci si riferisce a soggetti che condividono tra loro la posizione di parti di un rapporto obbligatorio pendente nei confronti della società, ma differenti nella qualità e nel tipo di pretesa che possono vantare; in questo senso, anche se l'azione ex art. 2497 c.c. viene esercitata da uno dei soggetti di cui al 4° comma verranno salvaguardati le eventuali cause di prelazioni precedentemente acquisite dai singoli creditori. Viene cioè garantita da un alto la par condicio credito rum, ma sempre nel rispetto della distinzione tra creditori privilegiati (garantiti cioè da pegno, ipoteca o privilegio) e creditori chirografari.

¹⁰⁸ PANZANI, *op. già cit.*, in *Soc. 2002*, 1487 per cui si tratta evidentemente della medesima azione.

¹⁰⁹ A favore dell'autonoma legittimazione del socio SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, *op. già cit.*, 969 secondo la quale – dal momento che l'azione ex art. 2497 è diretta a ristore un pregiudizio che, pur essendo riflesso del danno inferto al patrimonio sociale, “non è tuttavia comune a tutti i soci” – in ipotesi di assoggettamento della società ad una procedura concorsuale l'azione rimane di competenza del socio; ABBADESSA, *La responsabilità della società capogruppo*, *op. già cit.*, 291; JORIO, *I gruppi*, in AMBROSINI (a cura di), *La riforma delle società, Profili della nuova disciplina*, 2003, 201; NIGRO, *Nuovo diritto societario e disciplina delle crisi delle imprese*, in CASSA NAZIONALE FORENSE (a cura di), *La riforma del diritto societario*, Roma, 2003, 882.

efficiente delle società c.d. dipendenti, senza cioè dover attendere che la situazione di crisi delle società (all'interno del gruppo) sia giunta ad uno stadio definitivo ed irreversibile¹¹⁰.

e) Il titolare di warrants¹¹¹

Ci si chiede ancora se, nell'ambito delle scelte interne poste in essere dal governo della società, quei soggetti che abbiano acquistato, o meglio, siano titolare di *warrants* per la sottoscrizione di nuove azioni possano in qualche modo agire nei confronti del soggetto che svolge l'attività di direzione e coordinamento e richiedere un risarcimento dinnanzi ad una situazione di danno e/o di pregiudizio.

La risposta a questo tipo di interrogativo si può ricavare andando a vedere che posizione giuridica assume, rispetto ai titolari di azioni ordinarie, il possessore di *warrants*.

In *primis*, occorre evidenziare come la titolarità di *warrants* sia uno *status* precedente a quello di socio, in quanto si tratta di una situazione giuridica prodromica rispetto all'eventuale acquisto di tale qualità; infatti i possessori di *warrants* rimangono tali fino a che non venga esercitato il relativo diritto.

¹¹⁰ TOMBARI, *Disciplina del gruppo di imprese e riflessi sulle procedure concorsuali*, in *Fall.* 2004, 10, 1164 e ss.

¹¹¹ Per un approfondimento sullo strumento dei *warrants*, con riguardo al particolare ambito dei gruppi, E. RIGHINI, *Responsabilità della capogruppo e tutela dei possessori di warrants azionari*, nota a Tribunale di Milano, 13 febbraio 2008, in *Giur. comm.* 2009, II, 762 che si sofferma sulla definizione e sulle tipologie di *warrants* "si tratta di documenti di natura cartolare, in grado di circolare autonomamente, rappresentativi del diritto di acquistare o sottoscrivere (*warrants* c.d. "call") o anche di vendere ("put" *warrants*) ad un determinato prezzo ed entro una determinata scadenza una certa quantità di titoli o strumenti finanziari sottostanti (denominati titoli di compendio), possono essere infatti utilizzati non solo al fine di immettere sul mercato titoli già esistenti che si trovino nel portafoglio dell'emittente dei *warrants* medesimi (sia che si tratti di titoli propri che di altro emittente), ma, in quanto *warrants* rappresentativi di diritti di sottoscrivere titoli di nuova emissione, al fine di diluire nel tempo gli effetti di un aumento di capitale sociale, consentendo nel frattempo ai potenziali azionisti di verificare la bontà dell'investimento. In entrambe queste tipologie, i *warrants* ben si prestano ad essere utilizzati anche all'interno di operazioni infragruppo o comunque legate all'esistenza di un gruppo, sia che ciò avvenga attraverso l'emissione di *warrants* rappresentativi di titoli di società controllate (che vengono attribuiti ai loro possessori al fine di creare particolare legami societari, anche a carattere temporaneo, senza che si provveda ad un esborso monetario che verrà effettuato solo al momento dell'effettivo esercizio del diritto), sia nel caso in si tratti di *warrants* per la sottoscrizione di nuove azioni, rinviando nel tempo, in tutto o in parte, l'attuazione di un effettivo aumento di capitale, ma creando già i presupposti per l'acquisto di una più vasta partecipazione al capitale di una società del gruppo".

In secondo luogo, è opportuno ricordare che nello strumento dei *warrants* è intrinseco un carattere aleatorio legato all'andamento economico della società e alle oscillazioni del mercato che dunque potrebbero andare ad incidere sulla possibilità o meno di esercitare l'azione *ex art. 2497 c.c.*, in quanto la causa della diminuzione del valore economico dei *warrants* non necessariamente sarebbe legata ad una attività di direzione e coordinamento illegittima o sfavorevole alla società eterodiretta¹¹².

Queste considerazioni, possibili anche grazie ad una pronuncia della giurisprudenza¹¹³, portano a ritenere che il titolare di *warrants* non può essere inserito tra i legittimati ad esercitare l'azione prevista all'art. 2497 c.c. poiché non è in condizioni di lamentare il danno che tale azione è intesa a ristorare non essendo equiparabile alla posizione tenuta da un socio; il titolare di warrant ha infatti acquistato dalla società, e ne è titolare, solo un diritto di opzione, cioè di un bene della vita diverso dall'azione o dalla partecipazione azionaria.

Le medesime conclusioni potrebbero valere anche per i possessori di titoli assimilabili ai *warrants*, come le obbligazioni convertibili in azioni, rientrando anch'essi nella categoria dei titolari soltanto di un diritto di opzione all'acquisto o alla sottoscrizione di titoli azionari e non ancora possessori dello *status* di soci.

3. Legittimati passivi

3.1 Con riguardo invece ai soggetti in capo ai quali configurare una responsabilità derivante da abuso di direzione e coordinamento, occorre innanzitutto segnalare che l'art. 2497 c.c. è stato oggetto di una rilevante modifica rispetto alla versione che durante i lavori preparatori era stata prevista.

Infatti, nel passaggio dallo schema governativo del 29 febbraio 2002 al testo definitivo attualmente in vigore è stato sostituito il pronome "chi"¹¹⁴, con la "società" o l'"ente"; si tratta di un cambiamento non solo lessicale o formale, ma

¹¹² CAIAZZO, *Titolare di warrants azionari e esercizio dell'attività di direzione e coordinamento di società: quale tutela?* in *Corr. giur.* 2008, 7, 993 nota a Tribunale di Milano, 13 febbraio 2008.

¹¹³ Tribunale di Milano, 13 febbraio 2008 in *Corr. giur.* 2008, 7, 993.

¹¹⁴ In un primo tempo l'azione avrebbe potuto colpire "chi esercita(sse) a qualunque titolo l'attività di direzione e coordinamento" e per un approfondimento in *Riv. soc.* 2002, 1346.

di carattere sostanziale perché se in un primo momento si poteva immaginare una responsabilità in capo a chiunque svolgesse l'attività di direzione e coordinamento (in questo modo dunque ampliando il novero dei soggetti responsabili fino a configurarsi il fenomeno della *holding* persona fisica), con la disposizione attuale sembrerebbe potersi invocare una responsabilità limitata soltanto a persone giuridiche¹¹⁵.

A questo riguardo, occorre segnalare che l'art. 2497 c.c. in qualche modo indica, da un lato, quali soggetti sono legittimati a svolgere l'attività di direzione e coordinamento e, dall'altro, in senso negativo, chi è chiamato a rispondere in caso di danni ai soci e/o ai creditori sociali¹¹⁶.

Nella sua genericità, infatti, la norma individua comunque due soggetti chiamati ad una responsabilità nell'ambito della gestione unitaria del gruppo: *a*) la società che esercita attività di direzione e coordinamento e *b*) l'ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento.

3.2 Soffermandosi sul primo soggetto che può svolgere in senso positivo l'attività di direzione e coordinamento, occorre innanzitutto sottolineare che il legislatore nell'art. 2497 c.c. si limita a richiamare il concetto di società, senza fornire ulteriori indicazioni¹¹⁷; è quindi ipotizzabile che l'attività di direzione e

¹¹⁵ SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. comm.* 2003, I, 661 fa notare come il 3° comma faccia riferimento, come soggetti passivi dell'azione di responsabilità, esclusivamente a "la società o ente" e che l'articolo così come formulato faccia emergere i sintomi del carattere non indolore dell'innovazione (rispetto al testo dello Schema governativo) introdotta nel 1° comma.

¹¹⁶ Quando l'art. 2497 c.c. dispone che "la società o gli enti che, esercitando [...], sono direttamente responsabili" con il termine direttamente vuole individuare nella capogruppo (qualunque forma assuma) e negli amministratori i soggetti passivamente legittimati nel giudizio in cui venga fatta valere la "indiretta" lesione dell'interesse individuale dei singoli soci e creditori sociali. Sul punto si veda anche il successivo paragrafo 5 del presente capitolo e GIOVANNINI, *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, 2007, 175.

¹¹⁷ GALGANO, *Direzione e coordinamento di società*, in *Commentario del codice civile Scialoja – Branca*, Bologna, 2005, 65 il quale sottolinea che la scelta di richiamare il concetto generico di società o ente, permette una forte libertà nella scelta della struttura organizzativa assunta dalla capogruppo che potrà dunque essere sia una società di capitali che una società di persone o un qualsiasi altro ente – ad es. associazione, fondazione o ente pubblico); BADINI CONFALONIERI – VENTURA, *sub art. 2497 c.c.*, in *Il nuovo diritto societario*, (a cura di) COTTINO, CAGNASSO, BONFATTI, II, 2004, 2168 evidenziano, commentando il primo comma dell'art. 2497 c.c., come dinanzi all'assenza di criteri tipizzati dal nostro ordinamento il dato minimo e comune pare essere la soggettività, ossia secondo l'insegnamento ormai consolidato la capacità di essere titolari di diritti e obblighi.

coordinamento possa essere svolta da qualsiasi tipologia di società¹¹⁸ (di capitali, cooperative¹¹⁹ o di persone¹²⁰) e di conseguenza sorga una responsabilità *ex art.* 2497 c.c. indipendentemente dal tipo societario assunto: sarebbe infatti eccessiva, dinnanzi al silenzio della norma, una interpretazione restrittiva della norma che vietasse all'una o all'altra tipologia di società l'esercizio della direzione e coordinamento.

E' dunque ipotizzabile che tale libertà, nella scelta della struttura organizzativa, si possa ripercuotere anche relativamente alle società soggette all'altrui direzione unitaria che potranno essere società di capitali, ma non solo.

In questo senso, parte della dottrina¹²¹ ritiene che le norme sulla direzione e coordinamento di società siano trasversali a tutti i tipi di società, non essendo probabilmente lecita neppure una limitazione del soggetto leso alle società di capitali, potendo infatti ipotizzarsi un danno anche ad una società di persone, ad una società cooperativa o ad un consorzio.

Si tratta quindi di una disciplina operante in presenza di una struttura imprenditoriale di gruppo che prescinde dalla forma giuridica delle imprese che la compongono ed estendibile, come detto, a tutti i tipi di società comprese le società quotate in mercati regolamentati; conferma di ciò si ha proprio dalle norme del codice e, in particolare, dall'art. 2497 *quater* lett. c) c.c.¹²².

Quanto alla possibilità di configurare un gruppo cooperativo sottoposto al Capo IX (e dunque riconducibile nell'ambito dei soggetti responsabili), si deve

¹¹⁸ FAVA, *I gruppi di società*, op. già cit., 1197; *Circ. Assonime* 44/2006, *Riv. soc.* 06, 1099; RORDORF, op. già cit., 538; ESPOSITO, *La "categoria" dell'abuso nella personalità giuridica dopo la riforma del diritto delle società di capitali*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, 75 che riconosce una responsabilità *ex art.* 2497 c.c. anche alle società di fatto; *contra* GUGLIELMUCCI, op. già cit., 42.

¹¹⁹ GENCO, *Il governo dell'impresa cooperativa*, in *Giur. comm.* 2006, I, 624; ZOPPINI, *I gruppi cooperativi (modelli di integrazione tra imprese mutualistiche e non nella riforma del diritto societario)*, in *Riv. soc.* 2005, 768.

¹²⁰ MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi di società*, op. già cit., 320; GUERRERA, *"Compiti" e responsabilità del socio di controllo*, op. già cit.; GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, 1021; Cass. 26 febbraio 1990, n. 1439, in *Giur. It.*, 1990, I, 713 ritengono potersi configurare, come soggetti di imputazione della direzione unitaria, oltre alle società di capitali (ipotesi più diffusa), anche le società di persone (eventualmente anche di fatto, occulte o irregolari), quelle consortili, quelle cooperative e, tra gli enti diversi, le fondazioni, le associazioni, i comitati o gli enti pubblici.

¹²¹ M. RESCIGNO, *Eterogestione e responsabilità nella riforma societaria, fra aperture ed incertezze: una prima riflessione*, in *Le Soc.* 2003, n. 2bis, 334.

¹²² La disposizione si riferisce alle ipotesi di recesso riconosciute al socio di una società soggetta alla attività di direzione e coordinamento pur trattandosi di spa quotate in mercati regolamentati.

ricordare che la riforma ha introdotto una specifica disciplina all'art. 2545 *septies* c.c., contenuta in un Titolo (il VI) diverso da quello in cui sono poste le norme regolanti il gruppo societario; a tale riguardo, vi è chi¹²³ sostiene che, in via analogica e con gli opportuni adeguamenti, si possa procedere ad una applicazione delle disposizioni di cui agli artt. 2497 c.c. e ss (anche sulla scorta di quanto previsto dall'art. 5, 1° comma della legge delega e dal nuovo art. 2519 c.c.).

3.3 Con riguardo invece al secondo soggetto chiamato ad esercitare una attività di direzione e coordinamento e, in caso di abuso, responsabile nei confronti dei soci e dei creditori sociali occorre segnalare che, come nel primo caso, il legislatore ha lasciato grande libertà all'interprete.

Ai sensi dell'art. 2497 c.c., si intendono legittimati passivi anche gli enti che imprimono una direzione unitaria nei confronti di una più società; ma come si nota dalla norma, non viene indicato a che tipologia di enti il legislatore voglia riconoscere tale diritto e potere.

Si può infatti pensare che possano svolgere un'attività di direzione e coordinamento sia gli enti di fatto che quelli di diritto, ma anche gli enti pubblici¹²⁴ non economici, i comitati, le associazioni¹²⁵ e le fondazioni¹²⁶;

¹²³ F. ALLEVA, *La riforma del diritto cooperativo italiano*, in *Contr. e impr.*, 2003, 244, nonché PAOLINI, *Il gruppo cooperativo*, in *Contr. e impr.*, 2003, 619; si veda inoltre sul ruolo della cooperativa quale capogruppo: SCHIANO DI PEPE, *Il gruppo di società aggiornamenti e verifiche*, in *Contr. e impr.* 1995,672;

¹²⁴ MAURO, *Direzione e coordinamento: riflessi applicativi*, in *Azienditalia* 2007, 10, 733 in cui l'autore prende spunto dal documento "enti locali – attività di direzione e coordinamento" del Consiglio nazionale dottori commercialisti e del Consiglio nazionale ragionieri e dopo una breve panoramica e analisi della disciplina introdotta con la riforma del 2003 agli artt. 2497 e ss. c.c. si propone di individuare i principali riflessi dell'applicabilità della normativa in tema di direzione e coordinamento alle società controllate da enti locali, rilevando una serie di problemi, anche solo in termini potenziali, applicativi sia per gli enti controllanti che per le società controllate; D'ARIES, *Direzione e coordinamento di società: riflessi su controllante e controllate*, in *Azienditalia* 2005, 10, 663 che affronta le novità e i riflessi della disciplina in tema di direzione e coordinamento sulle società controllanti e sulle controllate nell'ambito del fenomeno delle esternalizzazioni dei servizi pubblici.

¹²⁵ Il tema viene affrontato in maniera approfondita anche da TOMBARI, in *Diritto dei gruppi di impresa, op. già cit.*, 158 e ss. il quale ritiene che sia ormai da condividersi la possibilità che un ente non profit possa detenere partecipazioni sociali "di controllo" in una o più società lucrative e per questo motivo esercitare un'attività di direzione e coordinamento su queste società.

¹²⁶ IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, *Riv. soc.* 2005, 7, anche se la responsabilità potrebbe essere esclusa sulla base della mancanza di un interesse imprenditoriale, come richiesto dalla legge, quando questi agiscano senza un criterio di obbiettiva economicità; GALGANO, *Direzione e coordinamento*, SCIALOJA BRANCA, *op. già cit.*, 60; TOMBARI, *op. già cit.*, 1768 fa rientrare anche gli enti non profit oltre che lo Stato e gli altri enti pubblici territoriali

discorso differente è opportuno fare invece con riguardo alla possibilità di individuare all'interno della definizione di ente anche lo Stato.

In relazione a quest'ultimo soggetto, il D.lg. n. 78 del 1 luglio 2009, art. 19 comma 6 precisa che "l'art. 2497 c.c., primo comma, si interpreta nel senso che per enti si intendono i soggetti giuridici collettivi, diversi dallo Stato, che detengono la partecipazione sociale nell'ambito della propria attività imprenditoriale ovvero per finalità di natura economica o finanziaria"; si tratta in sostanza di una sorta di privilegio che vale anche quando l'attività di direzione e coordinamento deriva non da partecipazione al capitale¹²⁷, ma dall'art. 2497 *septies* c.c.¹²⁸.

Ci si limita quindi ad individuare anche in soggetti giuridici collettivi, pubblici e non ma differenti dalle tipiche società private, entità in grado di svolgere un'attività di direzione unitaria e, di conseguenza, possibili legittimati passivi dell'azione proposta *ex art.* 297 c.c. da parte dei soci e dei creditori sociali.

4. Una sorta di responsabilità solidale ai sensi del 2° comma dell'art. 2497 c.c.

4.1 Il secondo comma dell'art. 2497 c.c. individua una duplice ipotesi di concorso nella responsabilità della società che svolge l'attività di direzione e

(comune provincia regione) che detengano partecipazioni di controllo in società. Era stato posto il problema in merito alla possibile applicabilità a questi soggetti (enti) pubblici quanto meno della disciplina di cui all'art. 2497 (sul complesso problema relativo all'applicabilità delle disposizioni di cui agli art. 2497 c.c. agli enti pubblici territoriali prima del d.l. 1° luglio 2009 n. 78; ROMAGNOLI, *L'esercizio di direzione e coordinamento di società da parte di enti pubblici*, in *Nuova giur. comm.* 2004, II, 214; PORTALE, *Fondazioni "bancarie" e diritto societario*, in *Riv. soc.* 2005, 34; MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. soc.* 2007, 335 ove ulteriori riferimenti bibliografici; CAPRARA, *Attività di direzione e coordinamento: la responsabilità dell'ente pubblico*, in *Le soc.* 2008, 5, 557 e ss.; BASILE, *Le persone giuridiche*, Milano 2003, 72 secondo il quale è ipotizzabile che fondazioni o associazioni detengano quote di società di capitali.

¹²⁷ DAL SOGLIO, *Commento all'art. 2497 c.c.*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, Padova, 2011, 1388 sottolinea le proprie perplessità con riguardo al riferimento alla detenzione di una partecipazione sociale, che parrebbe ancorare necessariamente la responsabilità in parola ad un possesso azionario o di una quota di partecipazione, pur se non di controllo. Probabilmente, sostiene l'autore, la disposizione inserita in un articolo di legge dedicato alle società pubbliche, perché tale è anche la rubrica della norma, intende chiarire l'esenzione da responsabilità dello Stato sempre, e dei soggetti che detengono partecipazioni in società pubbliche quando tale detenzione sia estranea all'ambito dell'attività imprenditoriale né abbia finalità di natura economica o finanziaria, secondo una dizione assai generica.

¹²⁸ DAL SOGLIO, *op. già cit.*, 1393.

coordinamento disponendo che “*risponde in solido chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi ne abbia tratto beneficio*”¹²⁹, e sempre che sussistano gli elementi rilevanti ai fini della responsabilità e come individuati al 1° comma della medesima norma¹³⁰.

Dalla lettura della disposizione si può notare dunque che questa responsabilità può essere estesa a due categorie di soggetti differenti, da una parte infatti viene indicato chi ha preso parte al fatto lesivo e dall'altra chi ne ha tratto beneficio; sembrerebbe quasi intento del legislatore voler allargare il novero dei possibili convenuti, sia pure a fronte di un fatto lesivo “principale” causato dalla società o ente che esercita la direzione unitaria.

4.2 Nel primo caso la norma pare faccia riferimento ad una forma di partecipazione al fatto lesivo secondo la fattispecie dell'imputabilità del fatto dannoso a più persone (art. 2055 c.c.) oppure alla partecipazione di un terzo all'inadempimento del debitore¹³¹.

Allo stesso tempo, sembra che il legislatore, inserendo questa prima parte di secondo comma, non abbia voluto riferirsi esclusivamente ai soggetti che operano continuativamente nell'ambito delle compagini sociali coinvolte, ma a qualsiasi soggetto, sia esso persona fisica o giuridica, a prescindere dal ruolo formale che riveste e dalla sua posizione (esterna o interna) rispetto alla società danneggiata ed al gruppo¹³².

¹²⁹ Sull'ampiezza di questa nuova clausola generale di responsabilità si veda COVELLI, BADINI-CONFALONIERI, *op. già cit.*, 2170 i quali sostengono una vera e propria distinzione di fattispecie rispetto alla responsabilità di chi ha cagionato o “preso parte al fatto lesivo” e COVELLI, *op. già cit.*, 1203. Il legislatore in questo modo sembrerebbe voler consentire l'affermazione di una responsabilità a prescindere dal dettato del 1° comma e cioè riconoscere una responsabilità anche a soggetti diversi da quelli propri dell'art. 2497 c.c. e, cioè, investiti del potere/dovere di direzione e coordinamento (società o enti).

¹³⁰ TOMBARI, *op. già cit.*, 1769.

¹³¹ DI MAJO, *La responsabilità per l'attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, in *Giur. comm.* 2009, 3, 550 il quale critica la disposizione sostenendo che non è agevole individuare forme di corresponsabilità in fatti gestori, salvi l'ipotesi di impegno o di intese che la società capogruppo abbia assunto con terzi (siano essi società o persone fisiche) e tali comunque da contribuire a realizzare il fatto lesivo di cui è parola nella disposizione.

¹³² Tribunale di Milano, 23 aprile 2008, in *Le soc.* 2009, 78 e ss. con nota di FICO: si tratta di una pronuncia interessante in quanto, analizzando l'art. 2497 c.c., si sofferma anche sulla posizione degli amministratori in quanto mostra “*di far riferimento ad un esercizio attivo di funzioni di direzione e coordinamento, secondo condotta intenzionalmente orientata all'interno di uno schema che prevede una influenza attiva sulla vita della controllata [...] da parte degli amministratori della medesima controllata*”.

In relazione a ciò al fine di individuare chi possa rientrare in questa categoria, si possono ipotizzare:

- a) gli amministratori della società capogruppo o ai direttori generali che hanno elaborato la direttiva¹³³;
- b) i componenti dell'organo di controllo della *holding*, i quali “hanno preso parte al fatto lesivo” mediante “una condotta omissiva” (mancato esercizio dei controlli nei termini imposti);
- c) gli amministratori della società “*dipendente*”¹³⁴ che hanno proceduto ad eseguire le direttive della capogruppo;¹³⁵
- d) il socio di controllo¹³⁶ o la *holding* persona fisica per l'influenza illegittima che hanno esercitato sulla società dipendente¹³⁷;

¹³³ GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in ID. (a cura di), *Trattato di dir comm. e dir. pubbl. dell'economia*, XXIX, Padova, Cedam, 2004, 193.

¹³⁴ CASADEI, *Gruppi di società nel codice civile*, in *Digesto delle disc. Privat.* – Sez. comm., IV, 4 ed., Torino, Utet, 2008, 290 che ritiene che potrebbero essere coinvolti anche gli amministratori di altre società del gruppo che abbiano partecipato al c.d. Group Board (informali organi di decisione). Contraria al riconoscimento di una responsabilità degli amministratori della società dipendente è Scognamiglio, *Poteri e doveri degli amministratori nei gruppi di società dopo al riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.* 2002, I,499 la quale propende per la tesi che vorrebbe gli amministratori esenti dalla responsabilità ogni qualvolta abbiano passivamente subito le direttive di gruppo.

¹³⁵ I quali non possono esimersi da eventuali responsabilità solo adducendo di aver recepito le direttive della capogruppo; al riguardo si veda FERRARA CORSI, *Diritto commerciale, L'imprenditore. Le società*, 2009, 824; CARIELLO, *op. già cit.*, in *Riv. dir. priv.* 2005, 391; GUGLIELMUCCI, *op. già cit.*, 44 e senza svolgere alcuna funzione di filtro Cass. 24 agosto 2004, n. 16707, con nota di GISMONTI, *Responsabilità degli amministratori di società e vantaggi compensativi*; GUERRERA, “*Compiti*” e *responsabilità del socio di controllo*, *op. già cit.*, 28; ABRIANI, *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi. Gruppi di società e criterio dei vantaggi compensativi nella riforma del diritto societario*, *Giur. comm.* 2002, I, 620, 623; TOMBARI, *Il gruppo di società*, *op. già cit.*, 237; *contra* SCOGNAMIGLIO, *op. già cit.*, 200.

¹³⁶ Vi è chi ritiene che anche il socio di maggioranza della società etero diretta possa essere inserito tra i legittimati passivi, si veda PAVONE LA ROSA, *L'unico azionista tra “vecchia” e “nuova” disciplina*, in *Giur. comm.* 2005, I, 433; anche SALAFIA, *La responsabilità della holding nei confronti dei soci di minoranza delle controllate*, in *Soc.* 2003, 393 che fa rientrare tra i responsabili *ex art. 2497 c.c.* anche il detentore di una quota di partecipazione qualificata.

¹³⁷ Con riguardo a questa ipotesi, non condivisa da tutta la dottrina, ci si soffermerà nel successivo paragrafo 5; in ogni caso, per un primo approfondimento, si veda GALGANO, *op. già cit.* __; Id., *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, in *Contr. E imp.* 2002, 1043; SACCHI, *op. già cit.*, 661; CARIELLO, *Direzione e coordinamento*, 1251; GUIZZI, *Etero direzione dell'attività sociale e responsabilità per mala gestio nel nuovo diritto dei gruppi*, in *Riv. dir. comm.* 2003, I, 454; BADINI CONFALONIERI E VENTURA, *sub art. 2497 c.c.*, in COTTINO et al. (diretto da), *Il nuovo diritto societario*, III, Bologna, 2004, 2168; TOMBARI, *op. già cit.* 1170; ID. *Riforma del diritto societario*, *op. già cit.*, 72 il quale indica anche la possibilità di coinvolgere in un'azione di responsabilità ai sensi dell'art. 2497 comma 2° c.c. gli amministratori non delegati ed i componenti dell'organo di controllo della società capogruppo.

- e) i creditori della società capogruppo che hanno spinto gli amministratori a compiere l'atto lesivo al fine di incrementare la propria garanzia patrimoniale¹³⁸;
- f) gli organi di controllo della società etero diretta.¹³⁹

4.3 Ulteriore tema di grande interesse è quello relativo alla responsabilità individuata nel 2° comma dell'art. 2497 c.c. e, in particolare, in che modo i soggetti indicati in precedenza possano essere chiamati a rispondere del proprio operato; per approfondire questo aspetto è rilevante prendere ad esempio un'ipotesi classica.

In particolare, nell'ambito di una attività di direzione e coordinamento, nel corso della gestione di un gruppo, è solito che il consiglio di amministrazione o, più un generale, l'organo amministrativo della società eterodiretta sia chiamato innanzitutto a porre in essere una serie di atti e a rispondere dei danni causati ai soci e ai creditori sociali della società figlia a seguito dell'esecuzione di eventuali direttive dannose.

A questo riguardo però è opportuno segnalare che l'atto dannoso per la società etero diretta solitamente viene posto in essere dagli amministratori di quest'ultima e dunque si potrebbe pensare che gli amministratori siano sempre responsabili solidalmente *ex art. 2497 c.c.* in quanto partecipanti al fatto lesivo¹⁴⁰.

¹³⁸ GIOVANNINI, *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, Milano, Giuffrè, 2007, 122.

¹³⁹ TOMBARI, *Riforma del diritto societario e gruppi di imprese*, in *Giur. comm.* 2004, I, 73 fa presente che quanto precede (anche con riguardo ad una responsabilità degli organi di controllo della capogruppo) risulta confermato da alcune previsioni inserite nell'ambito della disciplina delle società per azioni tra cui l'art. 2403bis, 2° comma, c.c. che conferisce specifici doveri-poteri di informazione e collaborazione in capo agli organi di controllo delle società controllanti, e l'art. 2409 c.c. che attribuisce poteri di denuncia al Tribunale; SALAFIA, *La responsabilità della holding nei confronti dei soci di minoranza delle controllate*, 395 il quale ritiene che una forma di corresponsabilità tra sindaci ed amministratori non può essere esclusa dato che, essendo la responsabilità degli amministratori dipendente da attività od omissioni che subiscono il controllo dei sindaci, il concorso di questi con gli amministratori non può che riconoscersi, in forze della norma contenuta appunto nell'art. 2407 c.c. il quale ha un'efficacia generale.

¹⁴⁰ La nota sentenza del Tribunale di Biella, 17 novembre 2006 si è preoccupata di segnalare che “*gli amministratori delle società controllate mantengono il potere-dovere di amministrare e non sono pertanto esonerati da responsabilità per le violazioni compiute nelle loro funzioni*” in questo modo viene riconosciuta la medesima responsabilità che il legislatore prevede per gli amministratori operanti in una società autonoma, senza cioè favorire in qualche modo chi si trova ad operare all'interno di una struttura più complessa come quella del gruppo.

Al contrario, la disciplina introdotta con la riforma del 2003 ha riconosciuto legittima la direzione unitaria e ha individuato una serie di principi, affinché tale etero direzione possa essere vantaggiosa per il gruppo inteso nella sua accezione più ampia.

Da ciò dunque deriva che in tutti i casi in cui gli amministratori della società etero diretta agiscono correttamente nell'adempimento di una direttiva, è esclusa una responsabilità *ex art. 2497 c.c.*; se questo è vero, è possibile anche escludere una responsabilità dell'organo amministrativo della società diretta e coordinata tutte le volte in cui gli amministratori abbiano agito nel rispetto dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale nonostante la direttiva impartita dalla società capogruppo fosse dannosa (e in conseguenza di ciò si è verificato un danno per soci e/o creditori sociali).

Se così non fosse ci si troverebbe dinnanzi ad una situazione in cui da un lato l'amministratore (o il consiglio di amministrazione) della società etero diretta sarebbe sempre responsabile e, dall'altro, l'organo amministrativo, pur agendo in maniera diligente, sarebbe sottoposto, nel caso di direttiva della *holding* dannosa, alla revoca per giusta causa, qualora non seguisse la direttiva impartita e non ne desse esecuzione.

Resta in ogni caso inteso che l'amministratore della società etero diretta, in presenza di direttive dannose per la propria società, possa essere esente da responsabilità *ex art. 2497 c.c.* qualora sussistano tre condizioni: (i) che sia stata accertata la situazione di direzione e coordinamento tra la capogruppo e la società etero diretta in cui l'amministratore esercita la propria funzione; (ii) che siano stati rispettati i principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale da parte della società dipendente e, nel caso in cui ci sia comunque un danno, questo sia stato compensato; e (iii) che il recepimento della direttiva da parte degli amministratori della società etero diretta sia avvenuto nel rispetto degli obblighi pubblicitari previsti dalla legge¹⁴¹.

¹⁴¹ Vigè infatti un obbligo in capo alle società sottoposte alla direzione e al coordinamento e, in particolare, nei confronti degli amministratori; l'art. 2497 *bis* c.c. prevede infatti che "La società deve indicare la società o ente alla cui attività di direzione e coordinamento è soggetta negli atti e nella corrispondenza, nonché mediante iscrizione, a cura degli amministratori, presso la sezione degli registro delle imprese di cui al comma successivo. È istituita presso il registro delle imprese apposita sezione nella quale sono indicati le società o gli enti che esercitano attività

4.4 Con riguardo invece alla seconda ipotesi di responsabilità solidale indicata nel 2° comma dell'art. 2497 c.c., va segnalato che la norma stessa, nell'indicare una responsabilità anche a “*chi ne abbia tratto consapevolmente beneficio*”, individua un elemento di carattere soggettivo su cui è importante soffermarsi¹⁴².

Infatti, l'avverbio “consapevolmente” indicato nella disposizione pone un limite circa la volontà o meno del legislatore di riconoscere un profilo psicologico nella responsabilità prevista dal 2° comma; a questo riguardo, tale questione non trova un'interpretazione unanime: da un lato c'è chi¹⁴³ sostiene una posizione più garantista e che richiede quindi una condotta collusiva con i soggetti responsabili, dall'altro vi è chi¹⁴⁴ ritiene sufficiente una effettiva conoscenza dell'altrui esercizio abusivo dell'attività di direzione e coordinamento. Vi è poi una posizione intermedia di chi¹⁴⁵ ritiene necessaria anche la conoscenza del vantaggio conseguito per effetto della condotta abusiva.

Inoltre, questa seconda parte della norma permette di punire, nei limiti appunto “dell'approfittamento consapevole”, gli amministratori di fatto e di diritto della *holding* o delle società dipendenti che non siano direttamente partecipi della gestione abusiva¹⁴⁶, oltre che le società sorelle che abbiano beneficiato delle operazioni infragruppo¹⁴⁷, ma anche i soci di controllo privi di cariche gestorie o che non hanno materialmente impartito direttive¹⁴⁸.

di direzione e coordinamento e quelle che vi sono soggette. Gli amministratori che omettono l'indicazione di cui al comma primo ovvero l'iscrizione di cui al comma secondo, o le mantengano quando la soggezione è cessata, sono responsabili dei danni che la mancata conoscenza di tali fatti abbia recato ai soci o ai terzi. [...]”.

¹⁴² Inizialmente c'è chi ha lamentato possibili eccessi connessi ad un uso spregiudicato della formula legislativa utilizza per questa disposizione.

¹⁴³ FAVA, *op. già cit.*, 1191;

¹⁴⁴ DAL SOGLIO, *op. già cit.*, 2335 indica le “*banche coordinatrici, fiancheggiatrici o parassitarie*”; PATTI, *op. già cit.*, 245;

¹⁴⁵ GALGANO, *op. già cit.*, 118; GUIZZI, *op. già cit.*, 256.

¹⁴⁶ GUGLIELMUCCI, *op. già cit.*,

¹⁴⁷ GALGANO, *op. già cit.*, 118 il quale ritiene che risponda, nei limiti del vantaggio conseguito, chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio, come la società sorella a favore della quale siano state arbitrariamente trasferite risorse e che potrà essere condannata a restituirle alla società danneggiata dall'illegittimo travaso; concorda su questa visione anche SBISÀ, *La responsabilità della capogruppo*, in *Rass. Giur. elettr.*, 2004, 685; CARIELLO, *op. già cit.*, in *Riv. soc.* 2003, 1251; WEIGMANN, *op. già cit.*, 207.

¹⁴⁸ FERRARA CORSI, *op. già cit.*, 824.

C'è addirittura chi¹⁴⁹ sostiene la possibilità di riconoscere in capo alle banche coordinatrici e fiancheggiatrici delle società di gruppo una responsabilità, ai sensi del 2° comma dell'art. 2497 c.c., nel caso in cui queste ultime, a fronte di scelte finanziarie e di gestione deliberate nell'ambito di un'attività di direzione e coordinamento, si vengano a trovare in una situazione di insolvenza.

Per esemplificare¹⁵⁰ si può pensare alla banca che solleciti gli amministratori della società finanziata ad esercitare la propria attività di direzione e coordinamento nei confronti di una società controllata per ottenere che gli amministratori di quest'ultima procedano alla concessione di finanziamenti o garanzie a favore della prima (al fine di tentare il ripianamento di un debito); resta ovviamente inteso che, in questo caso, il finanziatore non dovrà essersi limitato a trarre beneficio dall'attività illegittima della società, ma dovrà aver agito "più incisivamente, come ideatore del progetto di restituzione di risorse o di finanziamenti a proprio favore"¹⁵¹.

Gli istituti di credito potrebbero inoltre essere chiamati a rispondere a titolo di concorso non solo quando hanno attivamente preso parte al fatto lesivo, ma in tutti quei casi in cui sono rimasti "alla finestra" e, pur senza concedere credito, si siano astenuti consapevolmente, per convenienza, dal depositare istanza di fallimento nei confronti di società che si trovavano in possesso dei requisiti di insolvenza (assumendo in questo modo un ruolo c.d. parassitario¹⁵²).

¹⁴⁹ Contrario a questo tipo di lettura AMBROSINI, in AA. VV., *La responsabilità della banca e dell'impresa nella gestione delle situazioni di crisi*, 52.

¹⁵⁰ TOMBARI, in *Diritto dei gruppi di impresa*, 47 che ipotizza anche, sempre con riferimento alle banche, una responsabilità ex art. 2497, comma 2°, c.c. in presenza di accordi c.d. di salvataggio (nell'ambito della gestionale negoziale della crisi di impresa) che riservino alla banca un'ingerenza nella gestione delle società in stato di difficoltà economico – finanziaria (e sempre che sussistano tutti gli elementi di cui all'art. 2497 c.c.).

¹⁵¹ VICARI, *I finanziamenti delle banche a fini ristrutturativi*, op. già cit., 508-509; anche GIANNELLI, *Covenants finanziari e finanziamento dell'impresa di gruppo in crisi*, in *Riv. delle soc.* 2009, 616; PENNISI, *La responsabilità della banca nell'esercizio del controllo in forza di covenants finanziari*, in *Riv. delle soc.* 2009, 627.

¹⁵² DAL SOGLIO, op. già cit., 2011, 1393 e nota 132; VICARI, op. già cit. 508; NIGRO, *La responsabilità della banca nell'erogazione del credito*, in *Le soc.* 2007, 441; MAZZONI, *Capitale sociale, indebitamento e circolazione atipica del controllo*, in *La società per azioni oggi. Atti del convegno internazionale di studi, Venezia, 10-11 novembre 2006*, Milano, 2007, 536-537.

Ancora, c'è chi¹⁵³ ipotizza, attraverso una lettura combinata del 1° e del 2° comma dell'art. 2497 c.c., anche una responsabilità dell'ente pubblico controllante.

Infine, con un'interpretazione molto ampia del dettato normativo si è immaginata anche una responsabilità in capo alle persone fisiche vicine agli amministratori o ai soci detentori del comando, nel caso in cui a questi siano state trasferite ricchezze (denaro, ma non solo) frutto dell'attività di gestione abusiva, e vi sia la prova della consapevolezza¹⁵⁴.

Quanto sin qui detto va tuttavia considerato non come una responsabilità solidale illimitata, ma soltanto come viene previsto dalla stessa norma “nei limiti del vantaggio conseguito”.

4.5 Tra i soggetti responsabili ai sensi del 2° comma dell'art. 2497 c.c. potrebbe rientrare anche una delle società soggette all'attività di direzione e coordinamento.

L'ipotesi non è molto rara; infatti potrebbe accadere che a trarre beneficio dall'attività di direzione unitaria dannosa per alcune delle società eterodirette (e per i relativi soci e creditori) sia un'altra società, sempre appartenente al gruppo, ma diversa da quella danneggiata.

La capogruppo potrebbe avere interesse a investire risorse per lo sviluppo e la crescita di una sola delle società da lei dominate con la conseguenza che le altre ed eventuali società etero dirette potrebbero subire un pregiudizio a fronte di una politica di questo tipo; in questo senso, la società a favore della quale la *holding* ha effettuato ad esempio un finanziamento, in caso di accertata attività di direzione e coordinamento contraria ai principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale (ed in mancanza di una compensazione di gruppo), potrebbe essere chiamata a rispondere solidalmente con la capogruppo per il danno subito dai soci e dai creditori.

¹⁵³ IBBA, *Società pubblica e riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.* 2005, 9; GUACCERO, *Alcuni spunti in tema di governance delle società pubbliche dopo la riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.* 2004, 849.

¹⁵⁴ È stata addirittura prospettata la possibilità di un coinvolgimento del coniuge dell'amministratore della capogruppo che abbia dall'operazione lesiva tratto un personale profitto, ENRIQUES, *Afef e la pulce della società per azioni, relazione al convegno di Varese, 20-21 settembre 2002*.

Ovviamente non solo sarà responsabile la società etero diretta che ha tratto beneficio da tale attività illegittima, ma anche i propri amministratori in quanto veri e propri esecutori delle direttive impartite dalla capogruppo e beneficiari dell'operazione dannosa per le altre società eterodirette.

5. (segue): La possibile responsabilità della holding persona fisica

5.1 Come anticipato in precedenza, dalla lettura dell'art. 2497 c.c. emerge che l'attività di direzione e coordinamento può essere imputata esclusivamente ad una doppia categoria di soggetti, ovvero a "società" o "enti"; così facendo, la norma sembrerebbe escludere dal novero dei soggetti a capo della direzione e del coordinamento di società le persone fisiche.

E' stato infatti abbandonato l'utilizzo del "Chi" o "Chiunque"¹⁵⁵ nella disposizione dell'art. 2497 c.c., pronomi che avrebbe permesso di far rientrare tra i soggetti chiamati a rispondere dell'attività illecita posta in essere nell'ambito della direzione e del coordinamento anche la persona fisica capogruppo¹⁵⁶ in

¹⁵⁵ FAVA, *op. già cit.*, in *Le soc.* 2003, n. 9, 1197, la quale ricorda la iniziale formulazione della norma, che ricomprendeva appunto la persona fisica e che accoglieva un consolidato orientamento della giurisprudenza che, in più occasioni, aveva avuto modo di affermare la natura imprenditoriale dell'attività di direzione e coordinamento e la sua imputabilità anche ad un soggetto non societario, ivi compresa una persona fisica (Cass. 26 febbraio 1990, n. 1439, in *Giur. comm.* 1991, II, 386; Cass. 9 agosto 2002, n. 12113). PENTA, *La fallibilità dell'holder persona fisica*, nota a Corte d'Appello Milano, Decreto 18 luglio 2008, in *Fall.* 2009, n. 2, 169 il quale sul punto sostiene che (...) da una lettura costituzionalmente orientata indurrebbe ad una interpretazione allargata, invocando i principi in materia di amministratore di fatto e l'art. 3 Cost. e, pertanto, ad una lettura estensiva della norma.

¹⁵⁶ RESCIGNO, *Eterogestione e responsabilità nella riforma societaria, fra aperture ed incertezze: una prima riflessione*, in *Le Soc.* 2003, n. 2bis, 333 il quale non vede alcuna limitazione della ricorrenza di della responsabilità ex art. 2497 c.c. alle sole persone giuridiche, ma che essa può esser ravvisata anche in capo a soggetti persone fisiche; che non v'è alcuna ragione per postulare una necessaria "solitarietà" dell'esercizio di tale attività lasciando invece la formulazione della norma intendere che la stessa possa esser congiuntamente esercitata da più soggetti. Peraltro l'autore ritiene l'art. 2497 c.c. fattispecie di estremo interesse, ipotizzando l'esercizio di attività di direzione e coordinamento in capo ai partecipanti di un patto di sindacato di controllo di una società, ovvero in capo a amministratori o anche grandi manager della società controllante preposti appunto all'attività di direzione e coordinamento delle controllate o di taluna di esse, potendo coesistere responsabilità nella società controllante e del soggetto suo amministratore che materialmente ponga in essere tale attività. Ciò premesso, fa propendere l'autore per l'assenza di un limite soggettivo alla responsabilità in questione, se non quello della prova per cui quel soggetto abbia effettivamente esercitato (ovvero si presuma abbia esercitato nei casi previsti dall'art. 2497 *sexies* c.c.) l'attività di direzione e coordinamento.

modo da inserirla tra i soggetti passivamente legittimati all'azione di responsabilità promossa da soci e creditori sociali della controllata.

A tale riguardo, può essere segnalato *a*) un orientamento minoritario¹⁵⁷ in forza del quale si potrebbe propendere per una lettura estensiva¹⁵⁸ del 1° comma dell'art. 2497 c.c., sia in considerazione delle locuzioni di portata generale contenute negli artt. 2497 *quinquies* e 2497 *sexies*, sia sulla base di una lettura sistematica e complessiva e *b*) un'opinione¹⁵⁹, già emersa in occasione dei primi dibattiti pubblici successivi all'emanazione del decreto n. 6, secondo cui la rilevanza della capogruppo persona fisica potrebbe essere recuperata attraverso il disposto del 2° comma dell'art. 2497, che prevede la responsabilità solidale “*nei limiti del vantaggio conseguito, di chi abbia consapevolmente tratto beneficio*” dal fatto lesivo (prima dell'abrogazione del 2° comma anche nell'art. 2497 *sexies*, secondo cui la disciplina in tema di responsabilità da esercizio dell'attività di direzione e coordinamento è applicabile anche a “*chi*” dunque, persona fisica, persona giuridica, ente non riconosciuto, ecc. esercita detta attività sulla base di un contratto con le società controllate).

Stante il dettato normativo e le considerazioni poc'anzi ricordate, va tuttavia evidenziato¹⁶⁰ che la *holding* di tipo personale¹⁶¹ si è prepotentemente

¹⁵⁷ ESPOSITO, *La “categoria” dell'abuso nella personalità giuridica dopo la riforma del diritto delle società di capitali*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, 53.

¹⁵⁸ BASSI, *La disciplina dei gruppi*, in *La riforma del diritto societario. Commento al D.lgs 5-6/2003*, a cura di BUONOCORE, Torino, 2003, 205; BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, in *Trattato Colombo Portale*, Torino, 1991 – 1999, vol. 4, 404 ritengono estendibile la previsione dell'art. 2497 c.c. anche agli amministratori della capogruppo ed al socio persona fisica che esercita di fatto il coordinamento del gruppo. Su questa linea anche la giurisprudenza Cass. 14 settembre 1999, n. 9795, in *Giur. comm.* 2000, II, 168; Cass. 6 marzo 1999, n. 1925, in *Foro. It.*, 2000, I, 2299; App. Milano, 26 settembre 2000, in *Giur. comm.* 2001, II, 562.

¹⁵⁹ SCOGNAMIGLIO, *Poteri e doveri degli amministratori nei gruppi di società dopo la riforma del 2003*, in *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, 2003, 193.

¹⁶⁰ CALLEGARI, *I gruppi di società*, in *op. già cit.*, 1063.

¹⁶¹ Si definisce *holding* persona fisica quando una persona fisica è a capo di più società di capitali, in veste di titolare di quote o partecipazioni azionarie, può incarnare la figura della *holding* personale a condizione che “svolga professionalmente, con stabile organizzazione, l'indirizzo, il controllo ed il coordinamento delle società medesime, non limitandosi, così, al mero esercizio dei poteri inerenti alla qualità di socio. A tale fine è necessario che la suddetta attività, di sola gestione del gruppo (c.d. *holding* pura), ovvero anche di natura ausiliaria o finanziaria (c.d. *holding* operativa), si espliciti in atti, anche negoziali, posti in essere in nome proprio, fonte, quindi, di responsabilità diretta del loro autore, e presenti altresì obbiettiva attitudine a perseguire utili risultati economici, per il gruppo e le sue componenti, causalmente ricollegabili all'attività medesima”. *Cfr.* Cassazione 29 novembre 2006, n. 25275, in *Giust. Civ.* 2007, I, 888 e Cass. 9

riproposta¹⁶² all'attenzione della giurisprudenza più recente sia nell'ambito di giudizi di responsabilità che in sede fallimentare¹⁶³.

In relazione a ciò, è stato ribadito che, affinché ad un soggetto possa essere attribuito, in ragione dell'attività di direzione strategica o di governo del gruppo di società da lui controllate, il ruolo di *holding*, con conseguente assoggettamento al regime dell'impresa, devono coesistere alcuni requisiti:

- (i) gli atti, soprattutto negoziali, nei quali la direzione del gruppo si esplica, devono essere realizzati dalla capogruppo in nome proprio, divenendo fonte di responsabilità patrimoniale diretta e
- (ii) detta attività deve aver attitudine a produrre un incremento di risultati economici del gruppo nel suo insieme e nelle sue componenti, i quali appaiono diretta derivazione dell'attività di governo o non siano altrimenti ipotizzabili in assenza dell'attività qualificante indicata¹⁶⁴.

agosto 2002, n. 12113, in *Giur. comm.* 2004, II, 15. Alcuni ritengono la possibilità di applicazione alla *holding* persona fisica la disciplina contenuta negli artt. 2497 c.c., uno su tutti, SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. comm.* 2003, 661 il quale sostiene che la *holding* persona fisica possa essere chiamata rispondere ai sensi dell'art. 2467, 7° comma c. c. se abbia intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società controllata, i suoi soci (o terzi), in caso di s.r.l.

¹⁶² Il fenomeno delle c.d. *holdings* personali è da tempo sotto l'attenta analisi e il forte dibattito della giurisprudenza e della dottrina. Su tutti si ricorda il "caso Caltagirone", Cass. 26 febbraio 1990, n. 1439, in *Giur. it.* 1990, I, 713 con nota di WEIGMANN;

¹⁶³ Tribunale di Roma, 21 novembre 2011, in *Il caso.it*, 2012 che ha sostenuto che non vi sono ragioni per escludere che la responsabilità di cui all'art. 2497 c.c., in tema di responsabilità dell'ente controllante verso i creditori delle società soggette all'attività di direzione e coordinamento, possa essere ravvisata in capo ad una persona fisica, posto che il concetto di direzione unitaria consente di identificare fenomeni di gruppo ulteriori rispetto a quelli identificabili in base ai criteri di controllo azionario e contrattuale. Ciò in quanto è stata accertata in giudizio l'unitarietà operativa di tre imprese le quali, pur essendo società di capitali formalmente distinte e dotate di autonoma personalità giuridica, hanno agito secondo una logica imprenditoriale comune dettata da una compagine ben individuata e alla quale la gestione di dette società era variamente affidata in una prospettiva di una complessiva e comune strategia. La pronuncia fa peraltro riferimento alla circostanza che una normativizzazione del suddetto principio è contenuta nella disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi nel cui ambito sono considerate imprese di gruppo, oltre alle società di cui all'art. 2359 c.c., anche le imprese che, per la composizione degli organi amministrativi o sulla base di altri concordanti elementi, risultano soggette ad una direzione comune (art. 80 1° comma n. 3 D.lgs. 270/99).

¹⁶⁴ Tali requisiti sono stati indicati dalla pronuncia della Corte meneghina, App. Milano, 17 luglio 2008, in *Fall.* 2009, 169 la quale prosegue sancendo che una persona fisica non può essere considerata *holding* personale ove compia atti in nome proprio (anziché nella veste di amministratore e rappresentante legale della società o nella qualità di socio), assumendo obbligazioni in proprio e nel proprio esclusivo interesse. Oltre a ciò, la suddetta pronuncia chiarisce che, nell'esame della fattispecie è opportuno distinguere il piano della fallibilità da quello della responsabilità; quindi, chi è soggetto all'ipotesi di responsabilità *ex art.* 2497 1° comma, c.c.

Ciò premesso, il dato senz'altro più problematico (dal punto di vista probatorio) è quello di riconoscere al socio la qualità di *holding* persona fisica, quando l'amministrazione di fatto¹⁶⁵ non sia appunto limitata ad una singola società, ma sia rivolta a imprimere un'azione unitaria a una pluralità di società; pertanto, la responsabilità del socio persona fisica, che eserciti di fatto l'attività di direzione e coordinamento, potrà essere affermata o a titolo di concorso, sulla base del secondo comma del 2497, ovvero in via diretta ed autonoma, in applicazione all'orientamento giurisprudenziale in tema di amministratore di fatto¹⁶⁶.

In ogni caso e viste le medesime esigenze di tutela dei soci e dei creditori, sarebbe auspicabile l'applicazione della disciplina sulla responsabilità - quanto meno in via estensiva o analogica - anche alla *holding* persona fisica, - allo stesso modo ciò sarebbe auspicabile per altre fattispecie in cui potrebbero esservi parimenti difficoltà a ravvisare un "ente o società" che esercitano l'attività di direzione: quale potrebbe essere, ad esempio, il caso in cui un patto parasociale, ovvero la coincidenza dei componenti degli organi amministrativi delle diverse società, consentano a più persone fisiche l'esercizio congiunto dell'attività di

non è perciò solo imprenditore commerciale, come tale assoggettabile a procedura concorsuale *ex art. 1 l. fall.*

¹⁶⁵ Sul questo concetto si può rinviare alle considerazioni fatte dalla giurisprudenza recente che ritiene che “*i responsabili non vanno individuati in base alla loro qualificazione formale ma per il contenuto delle funzioni concretamente esercitate*”[...]. Ne consegue quindi che il soggetto che, anche solo episodicamente, si ingerisca nella gestione, ed in particolare, in quell'aspetto della gestione che attiene alla direzione e al coordinamento delle società controllate, è responsabile nello stesso modo in cui lo sono coloro che siano formalmente investiti del ruolo di amministratori. Per un approfondimento sul tema si veda anche Cass. 6 marzo 1999, n. 1925, in *Giur. it.*, 2000, I, 770 con nota di GUIDOTTI, *Amministratore di fatto e “negotiorum gestio”*; in *Foro it.*, 2000, I, 2299, con nota di SILVETTI; in *Corr. Giur.*, 1999, 1396, con nota di PERRONE, *Un “renvirement” della cassazione sulla responsabilità dell’amministratore di fatto*; in *Resp. Civ.*, 1999, 1319, con nota di BALZARINI, *I nuovi orientamenti della Corte di Cassazione in tema di responsabilità degli amministratori*; in *Giur. comm.*, 2000, II, 167 con nota di ABRIANI, *Dalle nebbie della finzione al nitore della realtà: una svolta nella giurisprudenza civile in tema di amministratore di fatto*; in *Soc.* 2001, 808, con nota di SALVATO, *Il “renvirement” della Suprema Corte in materia di responsabilità dell’amministratore di fatto, sul delicato problema della natura (contrattuale o semplicemente extracontrattuale) della responsabilità dell’amministratore di fatto*: in tale pronuncia i supremi giudici, soffermandosi tra l'altro sulla natura della responsabilità, hanno affermato che, indipendentemente da un atto di nomina, la responsabilità degli amministratori di fatto è contrattuale, in quanto basata sull'inadempimento ai doveri che derivano dal contratto di società. In un primo momento la Suprema Corte aveva ritenuto che, in mancanza di una formale investitura colui che si fosse ingerito nella gestione della società incorresse esclusivamente in una responsabilità *ex art. 2043 c.c.* qualificandosi la società come terza del tutto estranea all'operato di tale soggetto.

¹⁶⁶ App. Catania, 18 gennaio 1997, in *Banca Borsa e tit. credito* 1998, II, 158.

direzione e coordinamento, senza che vi sia uno scalino intermedio rappresentato da una società o ente.

A conferma di quanto sin qui detto, è opportuno segnalare l'orientamento della giurisprudenza di merito¹⁶⁷ la quale ha ribadito una responsabilità in capo ai soggetti – persone fisiche - che svolgono attività di direzione e coordinamento.

6. I vantaggi compensativi come esimente la responsabilità ex art. 2497 c.c.

6.1 L'art. 2497 c.c. prevede una sorta di esimente la responsabilità derivante dall'attività di direzione e coordinamento della capogruppo, considerando, ai fini della valutazione di illecita direzione unitaria, non soltanto la singola condotta posta in essere dalla società dominante, ma anche l'appartenenza dei soggetti coinvolti ad un contesto più ampio e complesso quale è quello del gruppo; infatti il legislatore ha inserito al primo comma della suddetta norma 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”*.

Tale previsione appare logica se si considera che qualunque sia l'operazione compiuta nell'esercizio del potere di direzione unitaria, essa è inevitabilmente destinata a produrre i propri effetti nei confronti di una pluralità di soggetti giuridicamente distinti, ciascuno dei quali è portatore di interessi autonomi, non necessariamente coincidenti con quelli degli altri partecipanti al gruppo; è da ciò che emerge l'utilità di prendere in considerazione l'operazione non in maniera analitica, soffermandosi sul singolo atto, ma preferendo una valutazione globale, necessaria per verificarne il risultato complessivo che ne discende e successivamente sindacare l'illegittimità o meno della condotta.

¹⁶⁷ Tribunale di Roma, 21 novembre 2011 *già cit.*, Trib. Vicenza 23 novembre 2006, in *Fall.* 2007, 415, con nota di FIMMANÒ, *Dal socio tiranno al dominus abusivo*, secondo cui “ove più persone fisiche abbiano svolto attività di direzione e controllo di società a responsabilità limitata agendo nell'interesse imprenditoriale proprio in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sussiste la responsabilità di tali persone nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata al patrimonio della società e se fra di esse è ravvisabile una società di fatto svolgente attività di impresa la quale abbia assunto, in virtù dell'art. 2497 c.c., obbligazioni risarcitorie quantomeno nei confronti dei creditori delle società fallite per i danni subiti, tale società di fatto, laddove ne sia dimostrata l'insolvenza, può senz'altro essere dichiarata fallita”.

In questo modo, si possono tentare di applicare le norme previste dal legislatore per la realtà dei gruppi così come sono state pensate, provando soprattutto a garantire il soggetto a rischio che non è una società autonoma, ma una realtà più ampia, più complessa e allo stesso tempo differente e che necessita di regole particolari (vista anche la preoccupazione di voler fornire una tutela piena ai soci e ai creditori).

Diventa quindi necessario abbandonare una visione unilaterale da cui solitamente si valuta la legittimità (in termini di diligenza da parte di chi pone in essere un'operazione e in termini di correttezza) o meno di una scelta societaria e considerare ciascun atto compiuto all'interno del gruppo come parte di un sistema più vasto, i cui esiti ed effetti (e la relativa opportunità) andranno valutati soltanto nel loro insieme e nell'ambito di un lasso di tempo ragionevole.

In particolare, l'ultima parte dell'art. 2497 c.c., 1° comma pare faccia riferimento a tre diverse tipologie di esimenti e, in particolare:

- (i) all'ipotesi in cui la responsabilità “*risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento*”;
- (ii) all'ipotesi in cui il danno sussista al momento dello svolgimento della attività di direzione e coordinamento, ma sia eliminato successivamente con operazioni dirette a questo scopo (configurando una sorta di responsabilità *in itinere*, posto che la fattispecie può essere completata solo se, anche dopo la proposizione della domanda risarcitoria, il danno non sia stato riparato dalla società o dall'ente che esercitano l'attività di direzione e coordinamento);
- (iii) all'ipotesi in cui il danno sia riparato dalla società assoggettata alla attività di direzione e coordinamento (anche in questo caso si può parlare di responsabilità *in itinere* poiché se dopo la proposizione della domanda il danno è riparato, non si configura una responsabilità).

Questa disposizione porta con sé una serie di considerazioni sulle quali la dottrina si è da tempo soffermata cercando, nello specifico, di individuarne gli aspetti caratterizzanti.

6.2 Da una prima lettura, la formulazione della norma sembra introdurre da una parte un criterio di quantificazione del danno risarcibile, e, dall'altra, un criterio di valutazione della condotta gestoria della capogruppo; al riguardo, alcuni¹⁶⁸ ritengono che si possa intravedere, per questa poca chiarezza, un richiamo alla nota quanto dibattuta figura della *compensatio lucri cum damno*.

Al fine di far luce sulla suddetta distinzione, e propendere poi per l'uno o l'altro criterio, è bene leggere la seconda parte dell'art. 2497 comma 1°, tenendo conto sia della norma nel suo complesso, sia delle ragioni che hanno spinto il legislatore del 2003 ad inserire una disposizione normativa di questo tipo nel codice civile.

Con riguardo al primo aspetto, l'art. 2497 presenta espliciti riferimenti sia al concetto di responsabilità, sia al concetto di danno, prevedendone appunto l'esclusione con la suddetta disposizione e non invece indicandone la graduazione degli eventuali effetti; in questo senso, ritenere che la norma abbia introdotto un criterio quantitativo del danno subito da creditori e soci risulta di difficile condivisione.

La dizione dell'art. 2497 c.c. sembra piuttosto essere stata pensata come una discriminante l'attività lecita o illecita della direzione e coordinamento; ciò è peraltro confermato dalla lettura della legge delega nella quale, in più passaggi, viene sottolineato e messo in evidenza che la responsabilità dettata dall'art. 2497 c.c. discende dall'indicazione precisa di “*prevedere una disciplina del gruppo [...] tale da assicurare che l'attività di direzione e coordinamento contemperì*” i vari interessi coinvolti (art. 10, comma 1°, lett. a), l. 366/2001). Quindi la valutazione del risultato complessivo del governo del gruppo sembra più propriamente riferibile alla verifica di un adeguato temperamento degli interessi, in modo che nessuno di essi venga sacrificato rispetto agli altri (in questo senso “il danno risulta mancante”).

¹⁶⁸ Il dubbio è stato posto in modo problematico da WEIGMANN, *Relazione orale al convegno di Courmayeur 27 settembre 2002*.

Resta in ogni caso inteso che si può parlare di risultato complessivo se si tiene in considerazione l'ambito in cui la norma è posta e cioè quello dei gruppi e, pertanto, l'esimente la responsabilità potrà essere invocata anche nell'ipotesi in cui alcune controllate abbiano effettivamente subito una riduzione del patrimonio (con conseguente danno per soci e creditori), ma il gruppo, nel suo complesso, sia riuscito a contenere l'eventuale danno subito.

In sostanza, per escludere la responsabilità, si dovrebbero valutare sia i vantaggi riconosciuti alla società in primo tempo pregiudicata, sia quelli conseguiti dal gruppo (c.d. "vantaggi di gruppo"), nella misura in cui ne possa beneficiare la società.

Questa precisazione non è altro che il frutto di numerosi dibattiti di dottrina e giurisprudenza, sulla c.d. teoria dei vantaggi compensativi¹⁶⁹.

Inizialmente e in applicazione della suddetta teoria, erano state ritenute legittime tutte quelle operazioni che, nel perseguimento dell'interesse di gruppo, non fossero a tal punto contrarie all'interesse della singola società controllata che le poneva in essere da risultare per quest'ultima pregiudizievoli¹⁷⁰.

¹⁶⁹ Sul punto si veda MONTALENTI, *Gruppi e conflitto di interessi nella riforma del diritto societario*, op. già cit., 627; SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 673, il quale aderisce alla nozione più rigorosa di vantaggi compensativi e ritiene che la norma in commento richieda "una rigida proporzionalità tra pregiudizio ...e vantaggi compensativo", ossia intesa "in senso ragionieristico"; in risposta a ciò, BADINI CONFALONIERO, *Commento all'art. 2497 c.c.*, in *Il nuovo diritto societario*, Cottino, Cagnasso, Bonfatti (a cura di), II, 2004, 2160 il quale ritiene che le conseguenti difficoltà probatorie sono affrontate dall'art. 2497bis, 5° comma c.c., nel senso di essere poste in capo agli amministratori in sede di redazione della relazione sulla gestione. CARIELLO, op. già cit., in *Riv. dir. civ.* 2003, fasc. 4, pt. 2 ritiene che potrebbe sembrare attendibile dedurre dall'art. 2497, comma 1°, che il calcolo di una eventuale compensazione questa debba operarsi tra situazioni apprezzabili con riferimento comunque alla società diretta e coordinata, nel senso che atto pregiudizievole e risultato complessivo dell'attività dovrebbero riguardare questa società. Si scopre però che l'intima convinzione di un autorevole componente della commissione sembrerebbe essere che il risultato complessivo dell'attività alluda alla realizzazione dell'interesse di gruppo cui mira la *holding* (cfr. GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, in *Contr. impr.* 2002, 1033). Per LO CASCIO, *La riforma del diritto societario, Gruppi, Trasformazione, Fusione e scissione, scioglimento e liquidazione, Società estere*, a cura di ABATE, DIMUNDO, LAMBERTINI, PANZANI e PATTI, 2003, 253 appare quindi trasparente l'influenza sul dettato normativo della teoria dei vantaggi compensativi, che proietta la valutazione dell'interesse della singola società appartenente al gruppo nel più ampio orizzonte del gruppo partecipato: con la conseguenza del suo apprezzamento, non già limitatamente ad operazioni poste in essere isoaltamente, ma nel contesto dei vantaggi complessivamente tratti dalla singola società dall'appartenenza al gruppo anche mediati e indiretti secondo un criterio rigidamente proporzionale o quantitativo, in una prospettiva temporale neppure necessariamente contestuale ma anche diacronica.

¹⁷⁰ In questo senso, tra le tante pronunce, si veda Tribunale Milano, 2 ottobre 1986, in *Soc.* 1987, 301;

Ciò era stato peraltro confermato da un orientamento della Suprema Corte¹⁷¹, oggi ormai superato, in cui veniva affermato che “*si può ammettere che la partecipazione di una società ad un gruppo comporti la legittimità di attività che perseguono anche interessi del gruppo; certo è, tuttavia, che non si possono ritenere legittime attività che, nel perseguire interessi del gruppo, contrastino con quelli della società sino al punto di recarle pregiudizio.*”

Tuttavia, tale tesi è stata criticata dalla dottrina, in quanto alcuni¹⁷² ritengono che “affermare che l’interesse del gruppo intanto può essere perseguito in quanto non incide sull’interesse delle singole società, [...] significa in realtà asserire l’irrelevanza dell’interesse del gruppo” e dunque fermarsi ad una “visione atomistica” del diritto societario.

Sul punto, la giurisprudenza maggioritaria si è espressa tentando di indicare in che modo possa essere interpretato l’art. 2497 c.c. e l’eventuale esimente la responsabilità e lo ha fatto sostenendo che si può parlare di vantaggi compensativi solo se si considera, ai fini della valutazione della condotta posta in essere dagli amministratori, non soltanto la singola operazione, ma il risultato complessivo dell’attività gestoria di gruppo¹⁷³.

Il riconoscimento della teoria dei vantaggi compensativi comporta una lettura dell’ultima parte del 1° comma dell’art. 2497 c.c. molto ampia, in grado sia di indicare una discriminante la responsabilità da direzione e coordinamento sia di prospettare una regola necessaria per la gestione dell’impresa-gruppo.

Con riguardo a quest’ultimo aspetto, la scelta di ritenere legittimo un atto dannoso per una società etero diretta, in quanto in un’ottica di interesse di gruppo risulta vantaggioso, apre ad una visione differente di tutta la disciplina dell’attività

¹⁷¹ In particolare, Cass. 13 febbraio 1992, n. 1759, in *Giur. comm.* 1993, II, 502;

¹⁷² MONTALENTI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.* 1995, I, 725 – 726 il quale ricorda che la tesi della Corte non era lontana dalla posizione di una dottrina minoritaria rappresentata da D’ALESSANDRO, *Il diritto delle società da i “battelli del Reno” alle “navi vichinghe”*, in *Foro it.*, 1988, V, 48 il quale aveva sostenuto “l’impermeabilità dell’interesse sociale di ogni singola società all’interesse del gruppo, pena, addirittura, lo snaturamento causale della società”.

¹⁷³ Tale visione dell’art. 2497 comma 1° ultima parte è stata messa in luce dalla giurisprudenza della Suprema Corte, Cass. 24 agosto 2004, n. 16707, *Foro it.*, 2005, I, 1844 che ha peraltro chiarito che si devono intendere come vantaggi compensativi i “*benefici che una società è in grado di fruire in conseguenza della appartenenza ad un più ampio gruppo di imprese e che, in quanto tali, possono quindi neutralizzare il pregiudizio ad essa arrecato da un’operazione effettuata a vantaggio del gruppo.*”

di direzione e coordinamento; poter accettare uno svantaggio, seppur temporaneo, da parte di una società etero diretta in quanto necessario per un vantaggio di tutta realtà del gruppo appare una novità rispetto alla gestione ordinaria delle imprese.

In tal modo, la capogruppo si trova libera di “avvantaggiare” una società del gruppo a danno di una o più società etero dirette – sempre appartenenti alla medesima direzione unitaria – in forza della teoria dei vantaggi compensativi e dell’interesse di gruppo, utilizzando gli strumenti tipici della gestione imprenditoriale (finanziamenti, piuttosto che operazioni particolarmente favorevoli ad una eterodiretta, ovvero investimenti di vario genere).

Da qui nasce la considerazione che l’ultima parte del 1° comma dell’art. 2497 c.c., se letta in chiave positiva, potrebbe essere interpretata non solo come discriminante l’abuso o meno della direzione unitaria, ma come una regola di gestione.

6.3 Ulteriore aspetto su cui è interessante porre l’attenzione è l’arco temporale in cui poter collocare la verifica di un eventuale sussistenza del risultato complessivo (così da poter escludere la responsabilità degli amministratori relativamente agli ipotetici danni subiti da soci e creditori sociali).

A questo riguardo, si ritiene che non sia stata data una risposta definitiva al quesito sull’arco temporale di riferimento del calcolo tra vantaggi e svantaggi (si è escluso il riferimento al solo esercizio in cui è stato compiuto l’atto, ma anche al momento della uscita eventuale della società del gruppo).

Si è rilevato che, se si vuole rispettare la *ratio* della riforma e la coerenza del sistema (considerando anche che entrambe le norma costituiscono attuazione di una medesima legge delega), non resta che interpretare la formula dell’art. 2497 comma 1° nel senso che per risultato complessivo deve intendersi la strategia globale (elaborata *ex ante*), quale risultato non solo dei piani strategici ideati dalla capogruppo, ma anche dalle motivazioni fornite dalla controllata *ex art. 2497ter e bis*, ultimo comma.

In proposito, può essere fatta un’ulteriore considerazione su tale ultima disposizione: dall’omissione di ogni indicazione nella relazione sulla gestione degli effetti concreti dei rapporti infragruppo si potrà ricavare al contrario

l'assenza dei vantaggi compensativi, che nemmeno gli amministratori della controllata sono stati in grado di indicare.

Si tratta dunque di domandarsi se l'espressione "risultato complessivo" concerna, come prospettato da qualcuno¹⁷⁴, il risultato apprezzabile, o la chiusura dell'esercizio nel corso del quale l'atto pregiudizievole è stato compiuto e/o ha prodotto i suoi effetti; o al momento (eventuale) della c.d. uscita dal gruppo della società diretta e coordinata; ovvero in un altro momento ancora, con valutazione da svolgersi semplicemente al tempo dell'esercizio dell'azione *ex art. 2497 c.c.*

In ogni caso, due potrebbero essere i momenti limite entro cui poter invocare la teoria dei vantaggi compensativi e effettuare la verifica della sussistenza o meno di un vantaggio, almeno per il gruppo: il primo potrebbe essere l'approvazione del bilancio di esercizio, il secondo il termine di durata in carica degli amministratori.

Con riguardo alla prima ipotesi, un'obiezione potrebbe nascere dalla considerazione che non sempre le operazioni poste in essere durante la vita di una società, e a maggior ragione nel caso di gruppo di imprese, sono valutabili in termini di vantaggi e opportunità in un tempo breve come quello dell'esercizio; al contrario, spesso la scelta di iniziare una certa politica d'impresa, o un'operazione particolarmente importante per l'azienda e per la propria strategia anche commerciale, necessitano di numerosi mesi, se non anni, per valutarne gli effetti.

Questo limite al primo termine utilizzabile per valutare se una scelta sia stata o meno vantaggiosa per il gruppo apre l'analisi alla seconda ipotesi e cioè la durata in carica dell'organo amministrativo; ciò permetterebbe da un lato di attendere un tempo maggiore prima di poter dare un giudizio di opportunità sulla scelta e sull'operazione posta in essere e, dall'altro, di evitare che i soggetti autori dell'azione imprenditoriale (gli amministratori) possano essere ritenuti responsabili di un danno ad una società etero diretta soltanto perché non è trascorso il tempo necessario alla valutazione del vantaggio per il gruppo (trovandosi invece dinnanzi soltanto ai danni immediati).

Secondo questa prospettiva, il parametro di valutazione della condotta della società dominante non dovrebbe essere limitato all'interesse immediato della

¹⁷⁴ CARIELLO, *op. già cit.*, in *Riv. dir. civ.* 2003, fasc. 4, pt. 2.

società etero diretta, così da considerare illecito ciascun atto gestorio che comporti il depauperamento del patrimonio di tale società, ma andrebbe ampliato verso una prospettiva più ampia, anche temporalmente più importante, che tenga conto del contesto nel quale la capogruppo è chiamata ad agire, in modo da considerare leciti gli atti gestori che perseguono un interesse di lungo periodo e di tipo globale, cioè di gruppo¹⁷⁵.

Alla luce delle considerazioni fatte sin qui si può quindi individuare nella seconda parte del 1° comma dell'art. 2497 c.c. una norma fondamentale per verificare la sussistenza o meno della responsabilità; in particolare, la suddetta disposizione permette l'applicazione o meno delle successive norme presenti nel capo della direzione e coordinamento a seconda della presenza o meno di una attività contraria alla corretta gestione imprenditoriale (che provochi peraltro un pregiudizio al gruppo, ai soci e ai creditori sociali).

Infatti, grazie alla possibilità di escludere la responsabilità della capogruppo in presenza di un vantaggio per il gruppo, e quindi anche indirettamente per le società etero dirette, vengono meno gli eventuali rimedi previsti dal legislatore a tutela dei creditori sociali e dei soci danneggiati dall'illecita attività della capogruppo stessa. Diviene pertanto fondamentale l'accertamento di un vero e proprio vantaggio per il gruppo e, a questo riguardo, appare decisivo trovare con certezza gli strumenti, oltre che il lasso di tempo, con cui paragonare l'eventuale plusvalore nella gestione del gruppo (intendendosi quindi non solo l'interesse particolare della capogruppo, ma soprattutto l'interesse collettivo dei soci) e il danno alle società coordinate.

¹⁷⁵ Interesse che, come è già stato fatto notare, è rimasto nella penna del legislatore delegato e si rinviene solo in quella del legislatore delegante, non essendo citato né richiamato in nessuno dei sette articoli che compongono il Capo IX. Ciò non significa necessariamente dilatare il concetto di interesse sociale sino a ricomprendere in esso quello degli altri membri del gruppo o della capogruppo, dando così vita ad un «super-interesse» il cui perseguimento legittimi, a priori, il pregiudizio delle entità che lo compongono, ma più semplicemente adottare un criterio di valutazione più complesso che non si fermi alle singole operazioni, bensì tenga conto del «risultato complessivo» dell'attività di direzione unitaria svolta dalla capogruppo e dei vantaggi che possono derivare alle singole società dalla partecipazione ai frutti che l'impresa sociale di gruppo è in grado di generare. Non significa necessariamente dilatare il concetto di interesse sociale sino a ricomprendere in esso quello degli altri membri del gruppo o della capogruppo, dando così vita ad un «super-interesse» il cui perseguimento legittimi, a priori, il pregiudizio delle entità che lo compongono, ma più semplicemente adottare un criterio di valutazione più complesso che non si fermi alle singole operazioni, bensì tenga conto del «risultato complessivo» dell'attività di direzione unitaria svolta dalla capogruppo e dei vantaggi che possono derivare alle singole società dalla partecipazione ai frutti che l'impresa sociale di gruppo è in grado di generare.

La *ratio* alla base dell'art. 2497 ultima parte c.c. consiste dunque nell'attribuire rilevanza compensativa a quei vantaggi che il soggetto etero diretto, pur concretamente pregiudicato dalla singola operazione della società capogruppo, consegue dall'appartenenza al gruppo: come si è visto, tale compensazione non può e non deve essere il frutto di un mero bilanciamento tra poste attive e passive (secondo un metodo ragionieristico), ma il risultato di una valutazione globale degli effetti della sottoposizione della società all'attività di direzione e coordinamento, da cui risulti che essa è stata svolta in linea con i principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale¹⁷⁶.

6.4 Infine dalla lettura dell'art. 2497 c.c., ed in particolare dell'ultima parte del primo comma, sembra emergere la possibilità che la capogruppo non solo possa, nell'esercizio della propria direzione unitaria, impartire alla società dipendente direttive, ma che possa addirittura impartire direttive *prima facie* "pregiudizievoli" a condizione che venga rispettato il dettato secondo cui il danno "sia integralmente eliminato a seguito di operazioni a ciò dirette" o comunque risulti "mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento".

Tale funzione dell'art. 2497 c.c. è stata da taluni¹⁷⁷ definita un "privilegio" sia per la società dipendente sia per la *holding*, in quanto per la prima si tratterebbe di una sottoposizione della propria volontà ad una volontà esterna (cioè della capogruppo), mentre per la seconda del riconoscimento di un diritto ad impartire direttive le quali, nell'ambito del gruppo, potrebbero essere compensate e dunque risultare lecite alla luce del vantaggio compensativo.

Questo perché il meccanismo di compensazione previsto dall'ultimo comma dell'art. 2497 c.c. si differenzia dai sistemi utilizzati in altri ordinamenti (su tutti quello tedesco), in quanto non richiede una compensazione come in

¹⁷⁶ Si potrà parlare di attività corretta, e dunque non idonea a costituire fonte di responsabilità *ex art.* 2497 c.c., quando la condotta della società ha dato vita ad una politica di gruppo complessivamente vantaggiosa per le entità che ne fanno parte, pur a fronte di sacrifici imposti alle stesse in virtù di singole operazioni.

¹⁷⁷ TOMBARI, *op. già cit.*, 104; SCOGNAMIGLIO, *Motivazioni delle decisioni e governo del gruppo*, *Riv. dir. civ.* 2009, I, 758.

precedenza definita “ragionieristica” del danno, ma un risultato complessivo dell’operazione vantaggioso per gli interessi di gruppo¹⁷⁸.

In questo modo torna alla luce uno degli aspetti fondamentali della realtà dei gruppi e cioè quello dell’esistenza o meno di un vero e proprio “interesse di gruppo”, quale possibile parametro di riferimento per valutare la legittimità della condotta posta in essere dalla *holding* nell’esercizio dell’attività di direzione e coordinamento¹⁷⁹.

Potrà quindi accadere che un singolo atto gestorio, posto in essere dalla società capogruppo a danno della società etero diretta, e volto al raggiungimento di un interesse più ampio di quello della singola società venga valutato non come un’immediata fonte di responsabilità *ex art. 2497 c.c.*, ma collocato all’interno della più generale politica perseguita dalla società che esercita il potere di direzione e coordinamento e dunque gli effetti pregiudizievoli per le società dominate compensati con i vantaggi derivanti per l’intero gruppo¹⁸⁰.

L’ottenimento di vantaggi non compensativi, o il mancato ottenimento di alcun vantaggio originariamente previsto non esclude la responsabilità della capogruppo, e quella solidale dei suoi amministratori¹⁸¹.

¹⁷⁸ SCOGNAMIGLIO, *Poteri e doveri degli amministratori nei gruppi di società dopo la riforma del 2003*, *op. già cit.*, 198.

¹⁷⁹ Se con l’espressione “interesse di gruppo” si volesse intendere il mero contemperamento degli interessi delle società che sono sottoposte a direzione unitaria, la questione dell’esistenza o meno di tale interesse si ridurrebbe drasticamente, diventando nulla più che un problema nominalistico. Un conto è, infatti, ritenere che in astratto sia possibile individuare, a priori, un interesse superiore dotato di propria autonomia, comune e, al tempo stesso, diverso da quello di tutte le entità del gruppo, in nome del quale giustificare l’imposizione di direttive pregiudizievoli nei confronti delle società dominate; su questo si veda anche ENRIQUES, *art. 2391, op. già cit.*, 761, il quale ha fatto notare che il concetto di interesse di gruppo è rimasto nella penna del legislatore delegato e si rinviene solo in quella del legislatore delegante, non essendo citato né richiamato in nessuno degli articoli dedicati all’attività di direzione e coordinamento.

¹⁸⁰ In giudizio, l’onere di dimostrare che il danno non sussiste, in base a come è formulato l’art. 2497 c.c., sembra gravare sulla capogruppo quale dimostrazione dei fatti sui quali si fonda l’eccezione che porta al rigetto dell’azione di responsabilità. La possibilità di portare a compensazione i vantaggi derivanti dall’appartenenza al gruppo, dunque, premia come modello di impresa, il gruppo efficiente, coordinato e trasparente. Infatti, solo se le politiche di gruppo sono trasparenti, organiche e oculate sarà possibile identificare il vantaggio compensativo ottenuto o preventivato, idoneo in relazione alle circostanze o ad escludere la responsabilità civile della capogruppo, o ad escludere quella civile e penale degli amministratori della capogruppo e della controllata.

¹⁸¹ La responsabilità della capogruppo non sussiste solo se, tenuto conto dello stato di avanzamento e dei tempi di attuazione del progetto di gruppo, il danno risulta mancante ed il risultato complessivo del segmento di attività di direzione e coordinamento in cui la decisione dannosa si iscrive, è neutro o positivo a vantaggio della società inizialmente pregiudicata.

Il mancato ottenimento di un vantaggio per la società etero diretta potrà escludere, invece, la responsabilità diretta degli amministratori della controllata, e dei componenti gli organi di controllo della stessa, nei confronti della società a norma dell'art. 2392 c.c., nella misura in cui la ragionevole previsione di un vantaggio compensativo, poi non ottenuto, non integri negligenza di gestione o di vigilanza.

Diversi accertamenti sono richiesti dalla previsione, sempre contenuta nel primo comma dell'art. 2497 c.c., secondo cui la responsabilità non sussiste se il danno è venuto meno a seguito di operazioni poste in essere a tale scopo. In questa ipotesi dovrà essere dimostrata l'eliminazione storica e integrale del danno, vale a dire l'effettivo e storico ripianamento del danno sociale, da cui è derivato il danno del socio o del creditore o dall'effettivo e diretto ripianamento del danno del socio o del creditore.

Nell'esclusione della responsabilità si intersecano anche valutazioni su vari livelli: quello dell'incidenza dell'attività di direzione e coordinamento e delle operazioni dirette ad eliminare il danno, che coinvolge la società soggetta alla direzione e al coordinamento; e quello del pregiudizio che legittima l'azione e che interessa il socio o il creditore. Potrebbero allora verificarsi situazioni nelle quali il socio o il creditore non beneficino in concreto – ad esempio se socio perché ha alienato la partecipazione a un prezzo irrisorio, se creditore perché ha subito ripercussioni dalla temporanea difficoltà ad adempiere alle proprie obbligazioni da parte della società debitrice - dei positivi risultati complessivi dell'attività di direzione e coordinamento o degli effetti di operazioni che abbiano, in un secondo momento, eliminato il danno delle società.

L'esistenza di questi diversi piani di valutazione tuttavia non è idonea a dare esiti divergenti in ordine al giudizio sui risultati complessivi dell'attività di direzione e coordinamento e sulla sussistenza della responsabilità. Infatti, alla capogruppo che sia in grado di dimostrare risultati dell'attività di direzione e coordinamento, maturati o attesi, complessivamente positivi anche per la società controllata, difficilmente potrà essere contestato di non avere agito nell'interesse imprenditoriale del gruppo o di avere violato i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale della società.

In casi di questo genere, solitamente decisioni che mettono la società controllata in situazioni di grave, seppure temporanea, difficoltà operativa o patrimoniale potrebbero giustificare una responsabilità nei confronti del socio o del creditore, i quali per vari motivi non hanno potuto beneficiare dei risultati positivi derivanti dalla direzione e dal coordinamento, ma sorti soltanto in un secondo momento o comunque a distanza di parecchio tempo.

CAPITOLO III

MODALITÀ PER L'ESERCIZIO DELL'AZIONE EX ART. 2497 C.C. DA PARTE DEI SOCI E DEI CREDITORI

Sommario: 1. Analisi del 3° comma art. 2497 c.c.; 2. (*segue*): la posizione della società etero diretta alla luce del 3° comma: legittimato attivo o passivo?; 3. La responsabilità della capogruppo; 4. (*segue*): la responsabilità di chi ha eseguito la direttiva dannosa; 5. L'azione di responsabilità esercitata dal socio; 6. L'azione risarcitoria come tutela dei creditori sociali; 7. Modalità per la quantificazione dei danni risarcibili e i problemi relativi all'onere della prova; 8. Termini di prescrizione dell'azione *ex art.* 2497 c.c.

1. Analisi del 3° comma dell'art. 2497 c.c.

1.1 Dopo aver individuato i presupposti necessari alla proposizione di un'azione di risarcimento nell'ambito dell'attività di direzione e coordinamento, è interessante andare ad analizzare in che modo tale azione possa essere posta in essere dai soggetti legittimati (soci e creditori sociali *in primis*) e le eventuali situazioni problematiche che potrebbero crearsi alla luce della disciplina introdotta dalla riforma del 2003.

Innanzitutto, occorre ricordare che con riguardo alla responsabilità *ex art.* 2497 c.c. il legislatore non si è preoccupato di individuare due azioni differenti a seconda che il legittimato attivo sia il socio ovvero il creditore sociale (nonostante sia evidente la diversità del danno che questi soggetti potrebbero subire).

Al contrario, è stato inserito nella norma il 3° comma con il quale viene previsto che “*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*” con la conseguenza che una disposizione di questo tipo deve essere interpretata in funzione del contesto in cui è stata posta, e cioè all’interno dell’art. 2497 c.c..

Il 3° comma non può quindi essere interpretato in maniera isolata e prescindendo dall’art. 2497 nel suo complesso, ma anzi deve essere letto tenendo conto sia di quanto sancito in particolare dal 1° comma sia del ruolo centrale attribuito dal legislatore della riforma alla responsabilità diretta del soggetto capogruppo nei confronti dei soci e dei creditori sociali delle società soggette al suo potere direttivo¹⁸²; infatti, una lettura del 3° comma, secondo la quale la società etero diretta debba accollarsi l’integrale rimozione delle conseguenze dannose della condotta illegittima della capogruppo nei confronti dei soci e dei creditori sociali – e i danni da questi subiti vengano, se possibile, risarciti direttamente dalla stessa etero diretta –, sembrerebbe far venire meno i presupposti per l’esercizio dell’azione di responsabilità prevista al 1° comma (che invece, come si è visto, individua una responsabilità in capo a chi esercita un’attività di direzione e coordinamento).

Tale precisazione introduce l’analisi della disposizione che, stante la singolarità del proprio contenuto, è stata oggetto di studio da parte della dottrina¹⁸³ e della giurisprudenza¹⁸⁴.

¹⁸² ROSSOTTO, CRESTA, *Direzione e coordinamento di gruppo nella riforma societaria: prime riflessioni*, in *Corr. Giur.* n. 6, 2003, 824.

¹⁸³ ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, op. già cit., 208 – 209; ABBADESSA, *La responsabilità della società capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, op. già cit., 287; SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, op. già cit., 953; GUIZZI, *Eterodirezione dell’attività sociale e responsabilità per mala gestio nel nuovo diritto dei gruppi*, in *Riv. dir. comm.* 2003, I, 454; MAGGIOLIO, *L’azione di danno contro società o ente capogruppo (art. 2497 3° c.)*, in *Giur. comm.* 2006, I, 176; BADINI, CONFALONIERI, op. già cit., credono che non ci sia addirittura una responsabilità della società etero gestita verso i propri soci o creditori sociali, una responsabilità autonoma o solidale con la responsabilità della capogruppo. Si afferma in tal senso che la norma, nel limitare la possibilità di agire contro la capogruppo, sarebbe riferita ai casi in cui proprio la società etero gestita abbia deciso di soddisfare i suoi soci e creditori sociali nonostante la mala gestio della capogruppo, e lo abbia fatto per evitare la loro azione contro quest’ultima (in quanto nella norma è presente un generico riferimento a “soddisfatti” e non “risarciti”).

¹⁸⁴ Tribunale Milano, 17 giugno 2011, in *Soc.* 2011, 9, 1099 con nota di STABILINI; Tribunale Milano 23 aprile 2008, *Soc.* 2009, 86 che sostiene che “*il nuovo art. 2497 c.c., nella sua*

Da una prima lettura della norma emergono due quesiti e cioè:

a) se con il 3° comma si è voluto introdurre un obbligo di preventiva escussione della società diretta e coordinata (e, di conseguenza, di una responsabilità sussidiaria della capogruppo) da parte di chi ha interesse ad agire per la richiesta di risarcimento danni

b) se si può ritenere la preventiva escussione del patrimonio della etero diretta una condizione di procedibilità per l'esercizio dell'azione *ex art. 2497 1° comma c.c.*.

A queste domande non può essere data risposta senza tenere presente che nell'ambito dell'attività di direzione e coordinamento i soggetti che possono subire ripercussioni, in termini di pregiudizio economico, da uno scorretto esercizio da parte della *holding* e quindi essere interessati ad un'azione risarcitoria, sono i soci ed i creditori sociali dall'altro; come si è visto nel precedente capitolo, al di là del differente danno che questi soggetti potrebbero subire, sia i soci che i creditori sociali si trovano all'interno del gruppo e, più nello specifico, rispetto alla società etero diretta e alla capogruppo, in posizioni diverse l'uno dall'altro¹⁸⁵.

Ritenere che il 3° comma dell'art. 2497 c.c. imponga l'obbligo di una preventiva escussione del patrimonio della società controllata significa *in primis* far rientrare tra i soggetti danneggiati dall'attività di direzione e coordinamento illecito anche la società etero diretta; infatti, dinnanzi ad una situazione di scorretto esercizio dell'attività di direzione e coordinamento da parte della capogruppo, il primo soggetto danneggiato – cioè la società etero diretta –

formulazione strettamente letterale, mostra di fare riferimento ad un esercizio attivo di funzioni di direzione e coordinamento, secondo condotta intenzionalmente orientata, all'interno di uno schema che prevede un'influenza attiva sulla vita della controllata consapevolmente esercitata dalla capogruppo e, almeno in via ordinaria, una altrettanto consapevole cooperazione da parte degli amministratori della medesima controllata (ed è proprio l'inadempimento da parte degli amministratori della società diretta e coordinata a giustificare, secondo i giudici milanesi, la previsione dell'art. 2497 3° comma c.c.).

¹⁸⁵ Autorevole dottrina si è posta ragionevolmente dinnanzi alla interpretazione del 3° comma proprio distinguendo tra la posizione assunta dal socio e quella del creditore sociale, su tutti SCOGNAMIGLIO, *op. già cit.*, 954.

rappresenterebbe il primo soggetto a cui soci e creditori dovrebbero ricorrere al fine di richiedere il proprio risarcimento¹⁸⁶.

1.2 E' anche vero che la posizione dei creditori sociali è differente da quella dei soci; ciò ha portato ad una duplice interpretazione del 3° comma a seconda del soggetto leso.

Con riguardo ai creditori sociali, pare fondato ritenere che il principio della preventiva escussione del patrimonio operi proprio perché tra la società etero diretta e il creditore sussiste un vero e proprio rapporto obbligatorio.

Resta in ogni caso inteso che, come peraltro avviene in tutti i casi di *beneficium escussionis*¹⁸⁷, qualora il patrimonio della società etero diretta sia incapiente o non sia in grado di far fronte in tutto o in parte alle richieste del creditore, la pretesa al risarcimento potrà essere rivolta contro la società o l'ente esercente l'attività di direzione e coordinamento¹⁸⁸.

Ciò comporterà che *i*) tale incapacienza dovrà essere dimostrata in concreto, *ii*) il creditore dovrà provare di aver richiesto alla società etero diretta l'adempimento dell'obbligazione su di essa gravante e che questa non sia stata in grado di soddisfarla e, infine, *iii*) alla capogruppo sarà imputata una

¹⁸⁶ DE BIASI, *Sull'attività di direzione e coordinamento*, in *Soc.* 2003, n. 7, 946 che ritiene che ove la società sottoposta ristori il danno, lo farà creando una passività, che pro quota inciderà sul valore delle azioni del socio [...] salvo il fatto che alla sottoposta si possa concedere azione di regresso verso la controllante; M. CALLEGARI, in *I gruppi di società*, *op. già cit.*, 1079 la quale riportando le considerazioni di parte della dottrina, si veda CAGNASSO, *La qualificazione della responsabilità per la violazione dei principi di corretta gestione nei confronti dei creditori della società etero diretta*, in *Fall.* 2008, 1438; ABBADESSA, *op. già cit.*, 279; GALGANO, *Trattato di diritto civile*, *op. già cit.*, 981; SCOGNAMIGLIO, *op. già cit.*, 947; PINTO, *La responsabilità degli amministratori per "danno diretto" agli azionisti*, in ABBADESSA e PORTALE (diretto da), *op. già cit.*, II, 938; SACCHI, *op. già cit.*, 668; PAVONE LA ROSA, *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*, in *Riv. soc.* 2003, 765; WEIGMANN, *I gruppi di società*, in AA. VV., *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003, 210 sostiene che la possibilità, pur non essendo contemplata tra i legittimati, di far promuovere un'azione di risarcimento alla società controllata emerge dal circostanza che proprio la società etero diretta è in primis tenuta al ristoro del danno nei confronti dei soci e dei creditori.

¹⁸⁷ Più in generale CAMPOBASSO, *Coobbligazione cambiaria e solidarietà diseguale*, Napoli, Jovene, 1974, 183.

¹⁸⁸ Vi è chi ritiene, SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità*, in *op. già cit.*, 954, che la responsabilità per l'influenza determinante e pregiudizievole esercitata dalla capogruppo sulle scelte gestorie della società etero diretta, potrebbe essere ricondotta allo schema civilistico della induzione all'inadempimento. Tale fattispecie era stata già richiamata da alcuni interpreti della disposizione (art. 90 dlgs n. 270/1999 in tema di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza) che come si è visto sembrerebbe l'antecedente storico della disciplina introdotta nel 2003 con l'art. 2497 c.c..

responsabilità per l'esercizio scorretto dell'attività di direzione e coordinamento, tale da pregiudicare l'integrità patrimoniale della società etero diretta (e perciò danneggiare e, conseguentemente, ridurre la garanzia del creditore).

Con riguardo invece ai soci, l'art. 2497 3° comma va letto in maniera differente.

L'interpretazione, da condividere, espressa da una parte della dottrina¹⁸⁹ ritiene che il principio della responsabilità sussidiaria della capogruppo rispetto alla società controllata non operi e che invece la disposizione debba essere vista come la volontà del legislatore, almeno nei confronti dei soci, di affermare il principio dell'identità del risarcimento accordato al singolo socio dalla società etero diretta e il risarcimento accordato al medesimo soggetto dalla società capogruppo.

In questo senso, il 3° comma sembrerebbe indicare il divieto della “duplicazione del risarcimento”¹⁹⁰ con la conseguenza che il risarcimento potrà essere richiesto e accordato una sola volta, e nel caso in cui i soci siano soddisfatti direttamente dalla società etero diretta, essi non potranno agire una seconda volta nei confronti della capogruppo; viceversa, qualora il patrimonio della società abusata sia insufficiente (questa ipotesi si verifica tutte le volte in cui i creditori sociali richiedano il proprio risarcimento alla società etero diretta e ciò provoca una diminuzione considerevole del patrimonio stesso) i soci saranno legittimati a richiedere il risarcimento alla società capogruppo.

1.3 In che modo poi la società etero diretta sia in grado di risarcire direttamente i soci rimane un aspetto su cui è necessario soffermarsi.

Un'attività di direzione e coordinamento che causi nei confronti dei soci un danno in termini di diminuzione del valore delle proprie partecipazioni costituisce anche un danno alla stessa società etero diretta; la società abusata

¹⁸⁹ SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, op. già cit., 953 e ss; sulla stessa linea, GUERRERA, “*Compiti*” e responsabilità del socio di controllo, op. già cit., 517; TOMBARI, *Diritto dei gruppi di impresa*, op. già cit., 50.

¹⁹⁰ SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, op. già cit., 954 e 958.

perciò non solo dovrà far fronte alle richieste dei propri soci, ma sarà sollecitata dai creditori sociali, come visto, ad adempiere le proprie obbligazioni contrattuali o, addirittura, a difendersi dalle azioni esperite nei propri confronti.

L'unica strada per la società etero diretta di tentare di risarcire i propri soci, nel caso in cui venga accertata una attività di direzione e coordinamento illegittima e il patrimonio della stessa etero diretta sia incapiente, è quella di richiedere alla capogruppo la messa a disposizione di risorse finanziarie tali da ristorare i danni causati; resta inteso che una scelta obbligata come questa potrà essere *a)* volontaria o *b)* conseguenza di un ordine del giudice.

Con riguardo alla prima ipotesi, ci si riferisce alla situazione in cui la *holding*, al fine di evitare un'azione *ex art. 2497 1° comma c.c.* e in presenza di una situazione di danno segnalata dalla società figlia, decide di trasferire le risorse necessarie per ripristinare il patrimonio della società abusata; quindi si tratta di una scelta della capogruppo dinnanzi ad una situazione di danno sollevata dalla società etero diretta.

Una scelta di questo tipo provocherebbe innanzitutto un danno innanzitutto alle altre società soggette ad attività di direzione e coordinamento che non potrebbero usufruire delle medesime risorse per far fronte ad eventuali pretese dello stesso genere (e causate dal medesimo abuso) e, in secondo luogo, potrebbe causare un danno anche ai creditori sociali della capogruppo, nell'ipotesi in cui le risorse utilizzate per "soccorrere" la crisi della società etero diretta abbiano ridotto la garanzia dei terzi.

Differente è invece il secondo caso in cui sia stato emesso un provvedimento da parte dell'organo giudiziario.

Il Tribunale potrebbe essere infatti stato chiamato - con un'azione *ex art. 2497 c.c.* dei soci o dei creditori sociali - ad accertare la sussistenza dei presupposti necessari per configurare un abuso da parte della *holding* e, in caso di accertata responsabilità di quest'ultima, ed essersi trovato a dover emettere una pronuncia con la quale viene imposto alla capogruppo di dotare la società danneggiata degli importi necessari per far fronte alle richieste dei propri soci.

Entrambe le ipotesi succitate portano con sé l'affermazione del principio intrinseco nel divieto di duplicazione del risarcimento e cioè presuppongono che

una volta che i soci siano stati ristorati del proprio danno dalla società etero diretta, la capogruppo non dovrà più provvedere ad alcun risarcimento a favore di quest'ultimi (avendovi già provveduto indirettamente con il trasferimento delle risorse alla società abusata).

Al contrario, qualora la capogruppo non sia in grado di dotare la società etero diretta delle risorse per far fronte alle richieste dei soci, questi ultimi avranno il diritto di agire direttamente nei confronti della *holding* ai sensi dell'art. 2497 c.c., con le relative conseguenze in termini di responsabilità degli amministratori.

Sia nel caso in cui la capogruppo doti volontariamente la società etero diretta delle risorse necessarie per risarcire i propri soci, sia nell'ipotesi di provvedimento giudiziale che imponga una tale operazione per la *holding*, i soci non si troverebbero più nella situazione di danno, in quanto attraverso il finanziamento, la società abusata sarebbe in grado di reintegrare il proprio patrimonio con la conseguenza che il pregiudizio alla redditività e al valore delle partecipazioni potrebbe, almeno in parte, venire meno.

Queste considerazioni escludono la possibilità che il legislatore abbia voluto introdurre, almeno per il socio, una condizione di procedibilità all'azione *ex art. 2497 c.c.* ipotizzando la preventiva escussione del patrimonio della società etero diretta e dunque l'obbligo per il soggetto danneggiato di dover agire necessariamente prima nei confronti della società abusata e, solo in caso di impossibilità ad essere risarcito, contro la capogruppo¹⁹¹. Deve piuttosto ritenersi che il fatto che il socio sia stato soddisfatto dalla sua società – anche e soprattutto per via indiretta, attraverso la reintegrazione del patrimonio della stessa da parte della capogruppo – costituirà, se del caso, oggetto di eccezione (di merito), in un eventuale giudizio, da parte della capogruppo medesima.

1.4 Un' ulteriore sottolineatura riguarda la possibilità di dare al contenuto del 3° comma dell'art. 2497 c.c. una duplice lettura¹⁹².

¹⁹¹ COVELLI, in BONFANTE, CORAPI, MARZIALE, RORDORF, SALAFIA, *Codice Commentato delle nuove società*, 2004, 1202; TOMBARI, *op. già cit.*, 51.

¹⁹² GALGANO, *Direzione e coordinamento di società*, *op. già cit.*, 119.

Da un lato si potrebbe individuare nell'obbligo per soci e creditori sociali di richiedere il risarcimento del proprio danno in *primis* con un'azione nei confronti della società etero diretta e in caso di infruttuoso soddisfacimento contro la *holding*, l'indicazione processuale per agire ai sensi dell'art. 2497 c.c.; in tal modo i soggetti danneggiati sarebbero obbligati all'instaurazione di un giudizio di cognizione, in grado di accertare l'eventuale responsabilità sia della *holding* e sia della società etero diretta.

Un' indicazione, quella contenuta nel 3° comma dell'art. 2497 c.c., di natura processuale e volta ad individuare le modalità per l'esercizio dell'azione risarcitoria da parte dei soci e dei creditori sociali.

La conferma di una tale lettura norma emerge da una recente pronuncia di merito¹⁹³ che individua, nella previsione del 3° comma della suddetta norma, un onere in capo al socio; in particolare, il Tribunale di Milano ritiene, da una semplice interpretazione letterale della norma, che tale onere possa essere assolto anche solo mediante la citazione in giudizio della società controllata.

Il principio della preventiva escussione contenuto nell'art. 2497 c.c. potrebbe tuttavia essere letto come la volontà del legislatore di ritenere questa regola attuabile soltanto in sede esecutiva; e, interpretando la norma in una accezione negativa, potrebbe conseguire che l'azione esecutiva non possa essere promossa nei confronti della capogruppo, ove la pretesa risarcitoria del socio e del creditore trovi soddisfacimento nel patrimonio della società controllata e perciò solo dopo che i legittimati attivi abbiano (i) escusso il patrimonio della società etero diretta ovvero (ii) dato prova della relativa insolvenza.

1.5 Infine, il 3° comma non fa alcun accenno ai soggetti indicati al 2° comma dell'art. 2497 c.c. che, come si è visto nel precedente capitolo, possono invece essere chiamati a rispondere solidalmente con la società che esercita l'attività di direzione e coordinamento per i danni subiti dai soci e dai creditori sociali.

¹⁹³ Tribunale Milano, 17 giugno 2011, *op. già cit.*, 1099 da cui emerge che il 3° comma dell'art. 2497 c.c. debba essere letto come un onere di richiesta di soddisfazione, posto in capo al socio (ma anche al creditore) che ben può essere assolto con la citazione in giudizio della società etero diretta in chiave di *denuntiatio litis* e volta a stimolare la stessa controllata ad agire contro la capogruppo, verso i relativi amministratori e verso i propri amministrativi.

La mancanza di un esplicito richiamo al 2° comma, limitandosi la norma ad indicare la società o l'ente che esercita una attività di direzione e coordinamento, potrebbe far ipotizzare che, a differenza di quanto detto poco fa per l'azione contro la capogruppo, i danneggiati siano legittimati ad agire senza la preventiva escussione del patrimonio della società figlia, ma direttamente contro gli eventuali soggetti responsabili in solido per l'abuso mediante un'azione *ex art. 2497* 2° comma.

Questa interpretazione, sempre in via teorica, presuppone che i soggetti danneggiati esperiscano contemporaneamente due azioni risarcitorie, una nei confronti della società capogruppo, che però richiede la necessaria escussione del patrimonio della etero diretta, e un'altra nei confronti di chi materialmente ha posto in essere le operazioni che hanno causato il pregiudizio (ovvero un'azione contro l'organo amministrativo e contro i sindaci).

2. (segue) la posizione della società etero diretta: legittimato attivo o passivo?

2.1 Dalle considerazioni fatte sino a qui si può tentare di rispondere al quesito non approfondito nel primo capitolo e cioè se sussista o meno una legittimazione attiva della società etero diretta ad esperire, nei confronti della società o dell'ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento, l'azione di risarcimento danni da questa derivanti.

Una prima risposta viene offerta dalla norma poiché non indica alcun riferimento alla possibilità di azione da parte della società etero diretta¹⁹⁴; al contrario, i soggetti titolari di tale diritto (soci e creditori sociali) sono espressi in maniera chiara sia nel primo che nel terzo comma.

¹⁹⁴ Tale lacuna tuttavia appare nell'art. 2497 c.c. ma non nelle versioni precedenti la sua entrata in vigore; infatti, nello schema di decreto del 20 settembre 2002, in *Riv. soc.* 2002, 1423, il 3° comma dell'art. 2497 c.c. prevedeva: "l'azione di cui ai precedenti commi non pregiudica il diritto della società al risarcimento del danno ad essa cagionato e non è pregiudicata dalla rinuncia o transazione da parte della società"; la soppressione di tale previsione è stata giustificata sulla base della considerazione che l'azione non sarebbe stata finalizzata alla tutela di un interesse realmente rilevante, in quanto la decisione circa l'esercizio dell'azione sarebbe comunque caduta sulla disponibilità della medesima maggioranza espressione dei soggetti legittimati all'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento.

Tale mancanza nel testo dell'art. 2497 c.c. è il punto su cui i sostenitori della tesi negativa¹⁹⁵ fondano la propria interpretazione .

Una tesi di questo tipo non è però completamente accettata, in quanto non è sufficiente per alcuni¹⁹⁶ una lettura così sistematica della norma; c'è chi¹⁹⁷ sostiene il riconoscimento di una legittimazione attiva della società etero diretta, riconoscendo un vincolo di solidarietà attiva della società abusata con i propri soci e che il legislatore ha inserito esplicitamente tra i legittimati nell'art. 2497 c.c.; in sostanza, la società etero diretta dovrebbe poter agire direttamente nei confronti della capogruppo per poi ripartire quanto eventualmente ottenuto, in termini di risarcimento, con i propri coobbligati solidali attivi, cioè i soci e i creditori sociali.

A questo riguardo, l'omissione nel testo della norma non viene considerata sufficiente a revocare in dubbio il fatto che i danni alla redditività e al valore della partecipazione sociale, o quelli subiti dai creditori, non siano altro che il riflesso del pregiudizio patrimoniale o della lesione alla capacità di produrre reddito subiti, *in primis*, dalla società soggetta all'attività di direzione e coordinamento¹⁹⁸.

Tale considerazione nasce anche dal riconoscimento che così come i risultati positivi di una gestione corretta parte della *holding* si producono direttamente nella sfera giuridica ed economica della società etero diretta (e di riflesso su quella dei soci e dei creditori sociali), nello stesso modo il danno arrecato al patrimonio della società dominata, dovuto ad operazioni imposte o

¹⁹⁵ OPPO, *Le grandi opzioni della riforma e la società per azioni, relazione introduttiva al Convegno su "Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario"*, in *Riv. dir. civ.* 2003, I, 471 e in *Vario diritto, scritti giuridici*, VIII, Padova 2005, 279 stante l'originaria esistenza in una delle prime versioni della disposizione e che poi è stata persa nella versione definitiva.

¹⁹⁶ Su tutti SCOGNAMIGLIO, *op. già cit.*, 965.

¹⁹⁷ GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, Padova, 2003, 186; ID., *Direzione e coordinamento di società, op. già cit.*, 101 il quale avendo partecipato alla Commissione ministeriale incaricata di redigere la bozza della disposizione sostiene, pur essendo stato eliminato il richiamo testuale, la legittimazione attiva della società etero diretta. Sul punto si veda anche MAGGIOLLO, *op. già cit.*, 179 il quale partendo dal presupposto che la società etero gestita non possa essere coobbligata solidale passiva della capogruppo in quanto soggetto che subisce in prima persona i pregiudizi che possono discendere dall'attività di direzione e coordinamento, attribuisce a tale società il ruolo di coobbligata solidale attiva dei propri soci e/o creditori, ribadendo così l'esclusività della responsabilità della società dominante e risolvendo in senso affermativo la questione della legittimazione in capo alla dominata.

¹⁹⁸ In tal senso SALAFIA, *op. già cit.*, 393; DAL SOGLIO, *op. già cit.*, 2317; RORDORF, *op. già cit.*, 542; CARRIELLO, *op. già cit.*, 339

richieste dalla società capogruppo, viene a proiettarsi sulle partecipazioni dei soci e sulle eventuali pretese dei creditori, indirettamente come conseguenza di una situazione di pregiudizio innanzitutto della società dominata.

Sembra dunque non completamente condiviso un vero e proprio potere della società etero diretta di promuovere un'azione risarcitoria contro la capogruppo nel caso in cui si venga a trovare nella circostanza negativa di danno al proprio patrimonio, cioè non è pacifico il riconoscimento di una legittimazione attiva della società abusata.

È anche vero che un'azione posta in essere dalla società etero diretta, nella pratica, appare alquanto infrequente, considerato che la società abusata dovrebbe agire contro il proprio capitale (e gruppo) di comando e, dunque, contro se stessa e che un eventuale esito favorevole dell'azione tornerebbe in sostanza nella disponibilità dello stesso soggetto danneggiante¹⁹⁹.

Se questo è chiaro, rimane comunque interessante provare ad ipotizzare in che modo la società abusata possa partecipare attivamente ad un procedimento, promosso da soci e creditori sociali, volto alla richiesta di risarcimento danni *ex art. 2497 c.c.*.

Nel caso in cui la capogruppo provveda a dotare la propria controllata delle risorse necessarie a risarcire le pretese di soci e creditori, la società etero diretta si troverebbe in un secondo momento a non dover nemmeno tentare un'azione nei confronti della *holding*, avendo già reintegrato il proprio patrimonio e essendo stata messa nelle condizioni di far fronte alle richieste dei legittimati individuati dal 1° comma.

Viceversa, nel caso in cui la società abusata sia, al momento della proposizione dell'azione *ex art. 2497 1° e 3° comma* da parte dei soci e dei creditori, nelle condizioni (economiche e patrimoniali) di risarcire direttamente i soggetti danneggiati e venga accertata una responsabilità esclusiva dell'organo amministrativo della capogruppo, è ipotizzabile che la società etero diretta agisca in regresso nei confronti di questi ultimi e della *holding*.

¹⁹⁹ Una considerazione come questa è stata fatta da GALGANO, *op. cit.* 1030 che ritiene che l'unica ipotesi realistica potrebbe essere quella in cui la società controllata agisce contro la *holding* dopo che questa ha provveduto a cedere la propria partecipazione di controllo ad una nuova controllante.

3. La responsabilità della società capogruppo

3.1 Come si è visto, la responsabilità della *holding* opera sia sul piano esterno che su quello interno e le ipotesi in cui effettivamente la società etero diretta può agire nei confronti della capogruppo rimangono residuali (soprattutto alla luce delle considerazioni fatte in precedenza relativamente alla sua posizione di legittimato attivo); infatti la società abusata eserciterà un'azione *ex art. 2497 c.c.* nelle ipotesi di “ribellione²⁰⁰” oppure nel caso in cui venga ceduto il pacchetto di controllo o addirittura nell'eventualità in cui la società o, più in generale, il gruppo venga assoggettato ad una procedura concorsuale.

Proprio per l'importanza che il riconoscimento di una responsabilità della capogruppo ha anche nei confronti della posizione che la società etero diretta si trova ad avere rispetto alle pretese dei soci e dei creditori sociali, è utile soffermarsi sia sulle caratteristiche che sulle eventuali conseguenze che tale responsabilità potrebbe avere sempre in un'ottica di gruppo.

3.2 La responsabilità di chi esercita l'attività di direzione e coordinamento è stata oggetto di un forte dibattito, soprattutto nel 2003, momento in cui è entrata in vigore la disciplina dei gruppi, relativamente alla propria natura (nato soprattutto perché gli studiosi si sono interrogati circa le conseguenze che avrebbe avuto la scelta di propendere per una natura contrattuale o extracontrattuale della responsabilità); dibattito accentuato dal dato letterale dell'art. 2497 c.c. che contiene espressioni che risultano indici sia dell'una che dell'altra figura.

Inoltre, a rendere complessa una definizione precisa della natura di tale responsabilità è la stessa Relazione ministeriale al d.lgs n. 6 del 2003, la quale qualifica la responsabilità della capogruppo come aquiliana²⁰¹.

²⁰⁰ Così si esprime M. CALLEGARI, in *op. già cit.*, 1080.

²⁰¹ Per tutti, GALGANO, *Le nuove società di capitali e cooperative*, in GALGANO – GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato dir. comm. e dir. pubbl. dell'ec.*, diretto da GALGANO, II ed. I, Milano, 2004, 190; ID., *Trattato di diritto civile, op. già cit.*, 99; ID., *Direzione e coordinamento di società, Comm., op. già cit.*, 95 che ricostruisce un'interpretazione *ex art. 2043 c.c.* sostenendo che “la norma ricalca lo schema della responsabilità da fatto illecito specificando l'estremo del fatto colposo posto in essere dalla holding nella violazione dei principi di corretta

Tuttavia, la dottrina prevalente²⁰² e una recente interpretazione della giurisprudenza di merito²⁰³ tendono a qualificare la responsabilità della capogruppo ai sensi dell'art. 2497 c.c. come contrattuale, proprio perché individua nella violazione dei principi di corretta gestione l'obbligo²⁰⁴ in capo a chi esercita

gestione societaria e imprenditoriale, identificando il danno ingiusto cagionato ai soci e ai creditori sociali della controllata nella lesione, per i primi del diritto alla redditività ed al valore della partecipazione e per i secondi nella lesione della loro garanzia patrimoniale"; FERRARA CORSI, *op. già cit.*, 822; ALPA, *La responsabilità per la direzione e coordinamento di società. Note esegetiche sull'art. 2497 c.c.*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2004, II, 661; SBISA, *Responsabilità della capogruppo e vantaggi compensativi*, in *Contr. Impr.*, 2003, 591; PANZANI, *op. già cit.*, in *Soc.* 2002, 1487; BIANCHI, *Gli amministratori di società di capitali*, Padova, 2006, 540. Leggere come extracontrattuale la responsabilità *ex art. 2497 c.c.* vorrebbe dire far coincidere l'interesse meritevole di tutela con il diritto di credito che la controllata ha nei confronti dei propri amministratori, dai quali è legittimata a pretendere il corretto esercizio degli obblighi connessi all'incarico amministrativo e l'abuso di direzione unitaria (da cui deriverebbe la lesione del diritto di credito della controllata) entrerebbe a far parte della più generale categoria della "induzione all'inadempimento", secondo un'interpretazione che pare ricalcare il concorso di responsabilità degli amministratori della controllata con quelli della controllante. *Cfr* JAEGER, "Direzione unitaria" di gruppo e responsabilità degli amministratori, in *Riv. soc.* 1985, 817; Trib. Roma, 5 febbraio 2008, in *Giur. it.*, 2009, 109 con nota di WEIGMANN e in *Soc.* 2009, 491 con nota di SCOGNAMIGLIO. CALLEGARI, in *op. già cit.*, 1081 continua sostenendo che, se si trattasse di una responsabilità aquiliana, "nei confronti della società controllata sussisterebbe un concorso di responsabilità: da una parte, quella contrattuale degli amministratori della controllata, dall'altra, quella extracontrattuale degli amministratori della capogruppo".

²⁰² GUERRERA, "Compiti" e responsabilità del socio di controllo, *op. già cit.*, 10; CARIELLO, *Comm. Niccolini Stagno D'Alcontres*, III, 1865; ID., *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Dir. soc.* 2003, 1231; TOMBARI, *Riforma del diritto societario e gruppi di imprese*, *Giur. comm.* 2004, I, 69; GIOVANNINI, *op. già cit.*, 99; IRACE, *sub. Art. 2497*, in SANDULLI E SANTORO (a cura di), *La riforma delle società*, Torino, 2003, 311; WEIGMANN, *I gruppi di società*, in AA. VV., *La riforma del diritto societario*, *op. già cit.*, 21; PAVONE LA ROSA, *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*, in *Riv. soc.* 2003, 765; VALZER, *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, in *Il nuovo diritto delle società*, LIBER AMICORUM Gian Franco Campobasso, *op. già cit.*, 833; SACCHI, *Sulla resp.*, *op. già cit.*, in *Giur. comm.* 2003, I, 670; SCOGNAMIGLIO, *op. già cit.*, 194; RESCIGNO, *Eterogestione*, *op. già cit.*, in *Soc.* 2003, 335 i quali propendono per una responsabilità contrattuale e quindi in contrasto con la Relazione, mossi anche dalla preoccupazione di alleggerire gli oneri probatori dei soggetti danneggiati, propendono per la natura contrattuale in senso lato della responsabilità, valorizzando gli obblighi di corretta gestione che graverebbero ormai per legge sul soggetto capogruppo

²⁰³ Tribunale Milano, 17 giugno 2011, *op. già cit.*, che si è pronunciata per la natura contrattuale della responsabilità *ex art. 2497 c.c.*; in particolare il giudice ha rilevato che il comma 1° dell'art. 2497 c.c. configura, nei confronti dei soci della società etero diretta, un'ipotesi di responsabilità contrattuale poiché da una parte la norma introduce, in capo alla holding, un obbligo di corretto esercizio del potere di direzione e coordinamento, che trascende il generale dovere di astensione dal compimento di atti lesivi e dall'altra, tale obbligo non è volto solo alla tutela della società etero diretta, bensì concerne anche le posizioni soggettive dei suoi, specie di quelli di minoranza.

²⁰⁴ Si può parlare di obblighi legali e la loro sussistenza fa sorgere nella capogruppo il dovere fiduciario di protezione nei confronti della stessa società etero diretta, dei suoi soci e creditori, *cfr.* CARIELLO, *op. già cit.*, 2302; BADINI CONFALONIERI - VENTURA, *sub art. 2497 c.c.*, *op. già cit.*, 2163; PAVONE LA ROSA, *op. già cit.*, 765; DAL SOGLIO, in Maffei Alberti (a cura di), *op. già cit.*, 2302; VALZER, *op. già cit.*, 833.

l'attività di direzione e coordinamento e nel relativo mancato rispetto il presupposto per una responsabilità diversa da quella extracontrattuale.²⁰⁵

Qualcuno ha anche suggerito di distinguere tra l'azione esercitata dai soci della controllata, da inquadrare nell'area extra-contrattuale, e l'azione dei creditori sociali, che potrebbe avere natura *lato sensu* contrattuale²⁰⁶, mentre altri preferiscono una soluzione esattamente opposta²⁰⁷.

Anche la giurisprudenza²⁰⁸ ha affrontato la questione della qualificazione della responsabilità della capogruppo e si è espressa, con riguardo alla posizione dei creditori sociali, per la natura extracontrattuale.

Dalla natura contrattuale o aquiliana della responsabilità della *holding* derivano evidentemente conseguenze assai rilevanti in materia di ripartizione dell'onere probatorio (sia dei soci che dei creditori sociali) e di quantificazione del danno risarcibile su cui ci si soffermerà in seguito.

3.3 Per quanto riguarda l'esercizio della direzione e del coordinamento nelle ipotesi di cui al comma 1 dell'art. 2497 *sexies* c.c., le conseguenze della disputa sulla natura della responsabilità della capogruppo riguardano la possibilità

²⁰⁵ PAVONE LA ROSA, *op. già cit.*, 765, CARIELLO, *op. già cit.*, 1231, GUIZZI, *op. già cit.*, 454 arrivano ad "identificare l'esercizio del potere di indirizzo e coordinamento alla stregua di esercizio di fatto di un potere diretto alla gestione di un interesse non solo proprio ma anche altrui – di tutti gli altri soci – tale allora da generare una vera e propria obbligazione a contenuto gestorio".

²⁰⁶ PATTI, *Direzione e coordinamento di società: brevi spunti sulla responsabilità del capogruppo*, in *La Nuova giuris. civ. comm.*, 2003 fasc. 5, 246;

²⁰⁷ RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Soc.* 2004, 538; IRACE, *op. già cit.*, 320; CAGNASSO, *op. già cit.*, 1435 il quale ritiene che le due fattispecie di responsabilità della capogruppo (verso i soci e verso i creditori sociali) siano autonome e la loro qualificazione vada affrontata in termini differenti. Con riferimento alla responsabilità della *holder* nei confronti dei creditori della controllata, "la qualificazione in chiave extracontrattuale si ritiene avvalorata dal parallelo della responsabilità degli amministratori verso i creditori sociali, anche alla luce dell'analoga disciplina sotto il profilo fallimentare". Come la responsabilità degli amministratori nei confronti dei creditori è in qualche modo un corollario del regime di responsabilità limitata per le obbligazioni sociali, allo stesso modo, nell'ambito dei gruppi, "la circostanza che la capogruppo risponda esclusivamente delle proprie obbligazioni e non di quelle della società etero diretta trova il necessario contrappeso nella responsabilità della prima nei confronti dei creditori sociali della seconda".

²⁰⁸ Trib. Napoli, 26 maggio 2008, in *Fall.* 2008, 1435 con nota di CAGNASSO, *op. già cit.* 1435 il quale ha osservato che il risarcimento che ha ad oggetto la lesione all'integrità del patrimonio sociale, quindi "la lesione dell'aspettativa di prestazioni dei creditori sociali", si può annoverare nella più generale figura della lesione del credito e che "la clausola generale dell'art. 2043 c.c. ben si presta a fornire tutela aquiliana nell'ipotesi di concorso del terzo nell'altrui adempimento, in linea con l'opzione contenuta nella relazione alla riforma per la natura extracontrattuale della responsabilità dell'*holder* rispetto ai creditori della controllata.

di applicazione dell'art. 1225 c.c. (risarcibilità dei soli danni prevedibili all'epoca della conclusione del contratto) e l'onere della prova, oltre che il trattamento delle situazioni in cui la capogruppo o le società controllate siano di nazionalità estera.

In particolare, se la direzione e il coordinamento si considerano esercitate nell'ambito di un rapporto giuridico, cioè nell'adempimento di un dovere, si potrebbe ipotizzare la responsabilità della capogruppo anche per omesso esercizio di una attività che inerisce alla direzione e al coordinamento.

Inoltre, sembra che a prescindere dalla qualificazione della responsabilità in discorso, sia possibile ascrivere alla società capogruppo un dovere di corretto esercizio della direzione e del coordinamento che, sulla base delle circostanze concrete del caso, può comportare la responsabilità anche per comportamenti omissivi (portare all'imputazione della responsabilità), seppure sulla base di un diverso onere di prova da parte di chi agisce.

Precisamente, se si accoglie la tesi della natura contrattuale della responsabilità, una omissione di direzione e coordinamento potrà essere qualificata come inadempimento solo alla luce della conformazione economica e dell'organizzazione giuridica del gruppo in concreto. Tuttavia, l'attore che chieda il risarcimento e adduca come condotta colpevole della capogruppo un'omissione di vigilanza, monitoraggio o intervento, dovrebbe limitarsi a provare, potendo peraltro avvalersi della presunzione di cui all'art. 2497 *sexies* c.c., che la società chiamata in giudizio esercita la direzione e il coordinamento della società partecipata (se agisce il socio) o debitrice (se agisce il creditore).

La società convenuta potrà però sottrarsi alla responsabilità, o dimostrando di non essere centro di direzione e coordinamento della società coinvolta nella vicenda, oppure eccependo che l'operazione dannosa si è realizzata nonostante la presenza di controlli efficienti; la società potrà, in altri termini, sostenere che non vi è stata un'omissione di vigilanza o un intervento valutabile come carenza organizzativa, amministrativa o contabile nella gestione del gruppo.

D'altro canto, anche ove si accolga la tesi che qualifica la responsabilità della capogruppo come responsabilità extracontrattuale, non può comunque escludersi che l'omissione di intervento, in particolari circostanze, possa rilevare come una condotta antigiuridica.

Nella prospettiva della natura extracontrattuale della responsabilità, però, l'onere della prova per l'attore sarà assai più gravoso: egli dovrà dimostrare, oltre che l'esercizio della direzione e del coordinamento anche che, in presenza di un adeguato esercizio dei poteri della capogruppo, l'operazione dannosa non sarebbe stata intrapresa; in altri termini, che l'omissione di adeguato controllo rappresenta, in relazione alle circostanze, un esercizio scorretto del potere di direzione e coordinamento.

Le brevi considerazioni sin qui fatte circa la scelta di ritenere la responsabilità contrattuale di chi esercita la direzione e coordinamento o invece propendere per un'interpretazione più in linea con quanto indicato nella Relazione ministeriale (individuando nella responsabilità della capogruppo una responsabilità extracontrattuale) sono decisive soprattutto per definire in che modo i soggetti danneggiati debbano proporre ciascuno l'azione risarcitoria *ex art.* 2497 c.c..

3.4 Oltre ad una responsabilità configurabile in capo alla società che esercita la direzione e coordinamento, l'art. 2497 c.c. individua implicitamente al 2° comma una serie di soggetti²⁰⁹ che a vario titolo possono essere chiamati a rispondere dell'abuso nei confronti di soci e creditori sociali.

La norma di fatto introduce una sorta di estensione della responsabilità (*i*) a tutti i coautori materiali dell'illecito ascrivibile alla società dominante²¹⁰ e (*ii*) ed ai beneficiari consapevoli dell'atto di etero direzione abusiva; in tale modo si dovrebbe assicurare una tutela rafforzata e sostanziale al socio "esterno", affermando la responsabilità di chi – indipendentemente dalla posizione

²⁰⁹ Secondo GUIZZI, *op. già cit.*, 449 il disposto dell'art. 2497 c.c. non considera direttamente responsabili per l'esercizio scorretto del potere di direzione e coordinamento gli amministratori della società che esercita l'attività di direzione e coordinamento, ma la società medesima e ciò, a detta dell'A., si pone in netta contrapposizione rispetto all'impianto generale della riforma, in cui, invece, appare chiara la volontà di attribuire in via esclusiva (si veda a questo riguardo gli artt. 2394 e 2395 c.c.) agli amministratori delle società "monade" la gestione dell'attività d'impresa e, conseguentemente, la responsabilità che derivi dal cattivo esercizio di tale potere. Ciò comporta che la responsabilità degli amministratori possa essere fondata non già sulla violazione di un dovere di comportamento ad essi proprio, ma in qualità di semplici compartecipi di fatti altrui.

²¹⁰ GUIZZI, *Partecipazioni qualificate e gruppi di società*, in AA. VV., *Diritto delle società, Manuale breve, op. già cit.*, 325; WEIGMANN, *I gruppi di società*, in AA. VV., *La riforma del diritto societario, op. già cit.*, 208; SACCHI, *op. già cit.*, 661; CARRIELLO, *op. già cit.*, 1249.

formalmente assunta – abbia contribuito alla venuta in essere del danno o ne abbia tratto vantaggi.

Con riguardo alla prima categoria, si segnala che la responsabilità che sorge in capo a “chi ha preso parte al fatto lesivo” scaturisce da una condotta, commissiva o omissiva, che, in quanto legata causalmente al fatto dannoso, si pone in rapporto di equivalenza rispetto a quella dell’ente o della società che esercitano il potere di direzione unitaria; tale “parallelismo causale” giustifica, quindi, la previsione di una solidarietà di cui al 2° comma dell’art. 2497 c.c. con la conseguenza di dover escludere la possibilità di valutare dal punto di vista quantitativo e qualitativo l’apporto al danno di ciascun corresponsabile (e che dunque sarà oggetto, eventualmente, di valutazione in sede di regresso)²¹¹.

Quanto invece alla seconda categoria, dalla lettura dell’art. 2497 c.c., emerge la volontà del legislatore di dare una specifica rilevanza a tutti quei soggetti che, “*consapevolmente*”²¹², abbiano concorso alla gestione contraria ai principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale, causando un pregiudizio ai soci e ai creditori sociali, e “*traendone un beneficio*”; sul punto, parte della dottrina ha rilevato che questa scelta porta con sé il rischio di un’estensione pressoché illimitata²¹³ dei soggetti che potrebbero essere chiamati a risarcire il danno²¹⁴.

In entrambi i casi, sarà necessario, al fine di ottenere il riconoscimento di una responsabilità anche di questi soggetti che a vario titolo hanno contribuito a causare un pregiudizio e un danno ai soci e ai creditori, da un lato dare prova dell’effettivo ruolo causale delle condotte poste in essere da ciascuno e, dall’altro, dimostrare l’esistenza degli elementi costitutivi della fattispecie prevista all’art. 2497 c.c.; in sede processuale saranno dunque fondamentali le condotte di coloro che, prendendo parte all’attività di direzione e coordinamento, abbiano abusato

²¹¹ DAL SOGLIO, *op. già cit.*, 2335.

²¹² Tale corresponsabilità, indicata dalla disposizione contenuta nel 2° comma dell’art. 2497 c.c., prescinde da qualunque forma di partecipazione del soggetto al fatto altrui (in questo modo si differenzia dalla responsabilità di chi ha direttamente provocato o preso parte al fatto lesivo).

²¹³ Un’estensione sia all’interno del gruppo sia all’esterno, in modo da coinvolgere tutti coloro nel cui interesse l’attività di direzione e coordinamento è stata svolta.

²¹⁴ ENRIQUES, *op. già cit.*, 251.

dei poteri loro conferiti, al fine di conseguire direttamente (o far conseguire ad altri) vantaggi non solo di natura economica.

Da ultimo è importante accennare alla possibilità distinguere tra la natura indennitaria²¹⁵ dell'azione nei confronti di chi ha tratto beneficio dal fatto lesivo, e la natura risarcitoria dell'azione posta in essere per punire chi invece ha cagionato o ha partecipato al fatto lesivo; ciò in quanto nel primo caso chi ha tratto beneficio non ha partecipato in maniera attiva agli atti gestori dannosi per soci e creditori e dunque dovrà rispondere nei limiti del vantaggio conseguito, con la conseguenza di evitare di punire maggiormente soggetti che tuttavia non possono essere considerati come veri e propri compartecipi del fatto lesivo (e da ciò lo strumento dell'indennizzo).

Viceversa, è corretto attribuire natura risarcitoria all'azione promossa nei confronti dei soggetti che hanno partecipato attivamente al fatto lesivo.

4. (segue) la responsabilità di chi ha eseguito la direttiva dannosa

4.1 Si è notato che, nonostante l'art. 2497 c.c. riconosca una responsabilità in capo a chi esercita l'attività di direzione e coordinamento (società o ente che sia) la norma, al contempo, riconosce una responsabilità per i danni causati a soci e creditori sociali anche a quanti abbiano preso parte al fatto lesivo.

E come si è visto anche nel precedente capitolo, i soggetti che *in primis* potrebbero essere chiamati a rispondere dell'illecito sono gli amministratori sia della capogruppo sia l'organo amministrativo della società etero diretta, avendo quest'ultimo dato esecuzione alla direttiva o alle direttive dannose.

In relazione a questo aspetto è bene chiarire, prima di verificare le conseguenze in termini di responsabilità dell'esecuzione di una direttiva illegittima, in cosa si espliciti questo dovere di eseguire le direttive da parte degli amministratori della società etero diretta.

²¹⁵ CALLEGARI, *op. già cit.*, 1085.

La prima considerazione è che il potere di direzione che l'organo amministrativo della capogruppo esercita si manifesta con modalità differenti a seconda dell'organizzazione interna del gruppo e delle scelte imprenditoriali.

In secondo luogo, la tecnica di esercitare una direzione unitaria può variare al mutare dei soggetti (persone fisiche) che operano all'interno sia della *holding* sia del consiglio di amministrazione della società coordinata, soprattutto in base alla presenza o meno di deleghe in capo ad alcuni membri dei vari organi e, dunque, a seconda della "dislocazione" del potere esecutivo.

Da un punto di vista del contenuto delle direttive, è opportuno segnalare che la direttiva tipica nell'ambito di un'attività di direzione e coordinamento è quella avente ad oggetto le finalità strategiche, con particolare riferimento all'interesse imprenditoriale del gruppo, della società che svolge la direzione unitaria e delle società etero dirette (e comprensivo anche dell'interesse perseguito).

Rilevanti sono le direttive che durante la vita dell'impresa di gruppo vengono emanate dalla *holding* e, in particolare, quelle relative alle modalità esecutive necessarie per perseguire gli obiettivi aziendali, la c.d. *mission* di impresa.

A questo riguardo, gli amministratori della società coordinata in base alla scelta effettuata dai soci di comando di voler operare in maniera accentrata ovvero più distribuita a livello delle società eterodirette, potranno ricevere direttive più o meno dettagliate, con obiettivi da raggiungere, inclusi i termini e le condizioni (compresi i relativi budget), anche economiche da rispettare.

Questa eterogeneità nell'esercitare l'attività di direzione e coordinamento si ripercuote anche quando ciò sfocia nell'abuso da parte della capogruppo, o dei propri amministratori, cagionando un danno ai soci e ai creditori sociali; infatti, in presenza di una direzione unitaria molto differente anche all'interno del medesimo gruppo diventa complesso imputare l'abuso e diviene quindi fondamentale ripercorrere l'iter decisionale per comprendere se il danno è derivato dall'illegittimità della direttiva o nella modalità esecutiva con cui è stata attuata nella società etero diretta.

A questo riguardo, si fa presente che l'atto dannoso posto in essere nei confronti dei soggetti che hanno subito un qualche pregiudizio, solitamente, viene compiuto dagli amministratori della società etero diretta e ciò potrebbe far ritenere che gli amministratori siano sempre corresponsabili ai sensi dell'art. 2497 c.c., 2° comma, avendo preso parte al fatto lesivo.

Tuttavia, vi è chi²¹⁶ non sostiene tale interpretazione ritenendo che l'art. 2497 c.c. imputa gli atti contrari ai principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale eseguiti dall'eterodiretta recependo direttive della capogruppo, in via principale, a quest'ultima e, in seconda battuta, alla *holding*.

Allo stesso tempo è ipotizzabile che l'amministratore della società etero diretta agisca "correttamente" nell'adempimento di direttive anche dannose e questo potrà essere oggetto di un'eccezione in sede di giudizio *ex art.* 2497 c.c. mediante la quale l'amministratore dimostri di aver tenuto una condotta informata, prudente e diligente e che, al momento dell'esecuzione della direttiva, l'eventuale danno non poteva essere ipotizzato né prevedibile.

In tale contesto, può accadere che gli amministratori della società etero diretta, nominati il più delle volte dal gruppo di comando e, dunque, dalla capogruppo, eseguano in maniera "passiva" le direttive della *holding* senza effettuare quella funzione c.d. di filtro²¹⁷ a cui invece sarebbero chiamati (in questo modo si avrebbe una vera tutela *ex ante* per i soci e i creditori in grado di prevenire o addirittura evitare gli abusi e i conseguenti danni).

4.2 Nell'ambito di questo "scambio di input operativi" e di esecuzione di direttive impartite dalla capogruppo, gli amministratori delle società eterodirette sono sottoposti ad un importante obbligo che, in presenza di un eventuale giudizio di responsabilità *ex art.* 2497 c.c., potrebbe essere indizio utile per i giudici al fine di verificare la legittimità o meno dell'azione dell'organo amministrativo²¹⁸.

²¹⁶ MARCHISIO, *Note sulle azioni di responsabilità ex art. 2497 c.c.*, in *questa Rivista*, 2008, II, p. 236.

²¹⁷ Così si esprime TOMBARI, *op. già cit.*, 11 in relazione alla funzione riconosciuta in capo all'organo amministrativo della società dominata.

²¹⁸ Dalla lettura della relazione di accompagnamento alla riforma del diritto societario, in *La riforma del diritto societario, Lavori preparatori. Testi e materiali*, a cura di VIETTI, AULETTA, LO CASCIO, TOMBARI, ZOPPINI, 258 emerge infatti che l'obbligo di motivazione delle decisioni ha come scopo quello di rendere trasparente la gestione del gruppo e permette di valutare "se

L'art. 2497ter c.c.²¹⁹ dispone infatti che le decisioni delle società soggette ad attività di direzione e coordinamento, quando da questa influenzate, debbono essere analiticamente motivate e recare puntuale indicazione delle ragioni e degli interessi la cui valutazione ha inciso sulla decisione. Di esse viene dato adeguato conto nella relazione di cui all'art. 2428 c.c..

Appare evidente che il legislatore con questo obbligo abbia voluto rendere più facile il riconoscimento delle ragioni che sono sottese ai processi decisionali del gruppo con la possibilità anche per gli eventuali soggetti, che ne sono risultati danneggiati (soci, creditori, ma anche la stessa società etero diretta), di comprendere gli interessi che hanno mosso tale scelta; da un punto di vista contenutistico²²⁰, la motivazione infatti dovrà indicare la direttiva posta in essere dalla capogruppo e a cui la decisione si è conformata (sempre nell'interesse del gruppo) e la giustificazione della decisione che apparentemente risulta dannosa.

In sostanza, la motivazione delle decisioni sembra essere uno strumento molto utile soprattutto ad una valutazione *ex post* tra i vantaggi e i pregiudizi nell'ottica di una giustificazione, solitamente da parte degli amministratori della capogruppo, dell'operazione sulla base dei vantaggi compensativi ai sensi dell'art. 2497 c.c.; a quest'ultimo riguardo, in presenza di una decisione pregiudizievole per la società etero diretta, che non sarebbe corretto assumere, solo in virtù di una possibile successiva compensazione potrebbe essere giustificata la scelta fatta dagli amministratori e tale verifica diviene assai più facile qualora le deliberazioni siano accompagnate da esplicite motivazioni in grado di rendere chiare le ragioni²²¹.

l'apparente diseconomicità di un atto, isolatamente considerato, trova giustificazione nel quadro generale dei costi e benefici derivanti dall'integrazione di un gruppo oppure no".

²¹⁹ Per un approfondimento sulla norma e sui relativi risvolti si veda SCOGNAMIGLIO, *Motivazioni delle decisioni e governo del gruppo*, in *Riv. dir. civ.* 2009, I, 757; PENNISI, *La disciplina delle società soggette a direzione unitaria ed il recesso nei gruppi*, in *Il nuovo diritto delle società*, LIBER AMICORUM G.F. CAMPOBASSO, diretto da ABBADESSA e PORTALE, 3, Torino, 2007, 906; MURATORE, *artt. 2497 bis-2497 ter c.c.*, in *Il nuovo diritto societario*, commentario diretto da COTTINO e BONFANTE - CAGNASSO - MONTALENTI, Bologna, 2004, 2200.

²²⁰ PENNISI, *La disciplina delle società soggette a direzione unitaria*, *op. già cit.*, 916.

²²¹ Con riguardo agli atti per i quali sussiste l'obbligo di motivazione ai sensi dell'art. 2497ter c.c. alcuni ritengono di poter interpretare in maniera ampia la norma e fanno rientrare sia le decisioni dell'organo amministrativo, sia deliberazioni assembleari, sia provvedimenti degli altri organi sociali, IRACE, *Art. 2497bis c.c.* in *La riforma delle società*, a cura di SANDULLI e SANTORO, Torino, 2003, 331;

In questo modo i soggetti dotati di legittimazione attiva, ai sensi dell'art. 2497 c.c., si trovano in possesso degli elementi necessari per valutare l'opportunità o meno di esperire l'azione di responsabilità nei confronti della società capogruppo rea di aver agito contrariamente ai principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale evitando, peraltro, di non poter ricevere il prospettato ristoro in quanto l'operazione – seppur pregiudizievole – era vantaggiosa nell'ottica dell'ultima parte dell'art. 2497 c.c..

Dunque l'adempimento da parte degli amministratori dell'obbligo imposto dall'art. 2497ter c.c. deve essere in qualche modo ricondotto a quel più ampio dovere di rispettare il principio di corretta gestione societaria ed imprenditoriale che l'art. 2497 utilizza come parametro per definire la presenza o meno di un'attività di direzione e coordinamento illegittima.

Infine, l'art. 2497ter può essere visto come l'analogo strumento che nelle spa monadi viene svolto dall'art. 2391, 2° comma, c.c., in materia di interessi degli amministratori, in cui anche a quest'ultimi è richiesto un obbligo di motivare adeguatamente le deliberazioni; l'organo amministrativo è infatti chiamato ad indicare le ragioni e la convenienza per la società dell'operazione nella quale uno o più amministratori abbiano dichiarato di avere interessi per conto proprio o di terzi sollecitando così ad attuare una governance il più trasparente possibile (e ciò diviene ancora più rilevante se avviene in una realtà come quella dei gruppi in cui il bilanciamento degli interessi è così decisivo).

4.3 Lo stesso discorso può essere fatto anche per i membri dell'organo di vigilanza interna, se presente, nella società²²².

Infatti, proprio perché ci si trova all'interno di una realtà più ampia come quella del gruppo, i medesimi principi presenti nelle società monadi debbono essere garantiti e, a questo riguardo, la vigilanza richiesta ai sindaci diventa fondamentale anche per il bisogno sempre maggiore di informazioni tra gli organi di gestione e quelli di controllo (in modo da poter essere messi a conoscenza sia di ciò che avviene nella propria società, sia di quello che accade nelle altre società del gruppo).

²²² Sul punto si veda anche TOMBARI, in *op. già cit.*, 119 che affronta il tema delle funzioni intese come poteri e doveri, e della responsabilità dei sindaci di una s.p.a. capogruppo.

In particolare, la riforma del 2003 ha in qualche modo tentato di ampliare i poteri dell'organo di controllo, su tutti quello ispettivo e informativo, oltre che introdurre un vero e proprio richiamo alla presenza del collegio sindacale all'interno dei gruppi e, più nello specifico, nella società eterodiretta.

Si deve infatti ritenere fondamentale che, essendo richiesto agli amministratori dall'art. 2497 c.c. il rispetto dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale nell'ambito del loro operato ed essendo che i sindaci sono chiamati a verificare se le linee strategiche poste in essere dall'organo amministrativo sono corrette, l'organo di vigilanza disponga dei dati necessari per compiere tale controllo sia relativa alla capogruppo che delle società etero dirette²²³.

Ciò comporta che il potere – dovere riconosciuto ai sindaci di controllare l'operato degli amministratori si potrebbe trasformare, nel caso di danno causato a soci e creditori sociali nell'ambito di una realtà di gruppo, in una responsabilità anche dell'organo di controllo.

Tale possibilità viene implicitamente riconosciuta dallo stesso legislatore che con la previsione del secondo comma dell'art. 2497 c.c. permette all'interprete di poter valutare ed imputare, se del caso, una responsabilità solidale anche i componenti l'organo di vigilanza²²⁴; a questo riguardo diviene necessario accertare che l'operato del collegio sindacale non sia stato in grado di evitare eventuali abusi da parte della *holding* o, addirittura, ha collaborato (prendendo "parte al fatto lesivo") all'esecuzione di determinate operazioni in seguito rivelatesi pregiudizievoli per soci e creditori sociali²²⁵.

²²³ AMBROSINI, *I poteri del collegio sindacale*, in *Il nuovo diritto delle società*, *Liber amicorum* G. F. Campobasso, diretto da ABBADESSE e PORTALE, III, Torino, 2007, 35.

²²⁴ I quali, ai sensi dell'art. 2407 c.c., 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.

²²⁵ L'art. 2403bis c.c. prevede infatti la possibilità per il collegio sindacale "di chiedere agli amministratori notizie, anche con riferimento a società controllate" – ma anche soggette all'attività di direzione e coordinamento – "sull'andamento delle operazioni sociali o su determinati affari. Può altresì scambiare informazioni con i corrispondenti organi delle società controllate in merito ai sistemi di amministrazione e controllo ed all'andamento generale dell'attività sociale". Sul punto si veda anche TOMBARI, *Il controllo sindacale sugli amministratori in una società per azioni dominante e dipendente*, in *Riv. soc.* 1997, 938; DOMENICHINI, *sub art. 2403bis*, in *Società di capitali, Commentario*, a cura di NICCOLINI e STAGNO D'ALCONTRES, II, Napoli, 2004, 756; MAGNANI, *Art. 2403bis*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da MARCHETTI ed altri, *Collegio sindacale. Controllo contabile*, a

A questo riguardo, vi è chi²²⁶ sostiene che la responsabilità per i fatti di gestione di una società per azioni è solidale a tutti gli amministratori e a tutti i vigilanti, e opera in ragione di un concorso *ex titulo* nel fatto lesivo che deriva dalla titolarità della funzione rispettivamente di amministrazione e di controllo.

5. L'azione di responsabilità esercitata dal socio

5.1 Dall'analisi del 3° comma dell'art. 2497 c.c. e, in generale, dalla lettura della disciplina riguardante le possibili azioni di risarcimento riconosciute ai soggetti danneggiati nell'ambito della direzione e coordinamento è emerso un dato: la necessità di affrontare separatamente la posizione dei soci e la posizione dei creditori sociali rispetto ai profili di responsabilità che il legislatore vuole imputare a chi partecipa ad un gruppo (come capogruppo o, in veste di partecipante, come società dipendenti).

Comune denominatore relativamente alle posizioni di creditori e soci è sicuramente l'aver subito un danno per il solo fatto di essere in qualche modo legati ad una società (chi in maniera sostanziale, i soci, chi invece indirettamente come i creditori sociali e attraverso rapporti obbligatori); e questo legame diventa ancora più problematico quando avviene con società che si trovano ad operare all'interno di una più ampia struttura quale è il gruppo.

Infatti, l'appartenenza ad un gruppo o comunque la dipendenza dall'esercizio di una direzione unitaria spesso comporta che le scelte o le operazioni fatte dalla società etero diretta siano naturale conseguenza di più generiche decisioni prese dalla *holding*.

cura di Ghezzi, Milano, 2005, 221. Ma anche la disposizione indicata all'art. 2405 c.c. (interventi alle adunanze del consiglio di amministrazione e alle assemblee) con la quale il legislatore ha messo nelle condizioni i sindaci di acquisire direttamente dati sulla gestione del gruppo.

²²⁶ FIGÀ-TALAMANCA, GENOVESE, *Riforma del diritto societario e gruppi di società*, in *Vita notarile*, n. 2, 2004, 1210 i quali continuano sostenendo che “*in tema di responsabilità di amministratori (e sindaci) aver titolo ad amministrare o a controllare equivale a concorrere nell'illecito omissivo e commissivo*”. I sindaci infatti hanno la possibilità di promuovere, ai sensi dell'art. 2409 c.c., comma 7, una denuncia al Tribunale tutte le volte in cui “*vi è fondato sospetto che gli amministratori, in violazioni dei loro doveri, abbiano compiuto gravi irregolarità nella gestione che possono arrecare danno alla società o a una o più società controllate*”.

Ma come accade anche nelle società autonome, la strategia societaria viene concretamente posta in essere dagli amministratori che operano all'interno della realtà aziendale.

Questa considerazione permette di individuare dunque nell'attività degli organi amministrativi (sia della capogruppo che delle società eterodirette) il cuore della responsabilità prevista all'art. 2497 c.c. e il punto da cui partire per verificare la sussistenza o meno dei presupposti per riconoscere il danno lamentato dai soci e dai creditori; è perciò importante capire in che modo le operazioni poste in essere dalla società etero diretta – su ordine della *holding* –, operazioni che i soci e creditori imputano come causa del proprio danno, vengano decise e adottate (perché questo chiarisce i termini dell'azione *ex art. 2497 c.c.*).

Ciò premesso, la verifica circa le modalità con cui soci e creditori sociali esercitano l'azione prevista all'art. 2497 c.c. avverrà analizzando separatamente le due figure relativamente solo agli aspetti di divergenza.

5.2 Come detto nel precedente capitolo la prima categoria di legittimati attivi è quella dei soci.

Il primo comma dell'art. 2497 c.c., nel riconoscere il diritto dei soci all'azione di responsabilità nei confronti della *holding*, esprime il danno che questi soggetti possono invocare come conseguenza di un'attività di direzione e coordinamento contraria ai principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale nella diminuzione della redditività e del valore della propria partecipazione.

Si tratta quindi di un danno innanzitutto causato al patrimonio della società etero diretta e, di riflesso, al valore e alla redditività di ciascuna partecipazione sociale; come si è accennato, pur trattandosi di danno indiretto, l'art. 2497 c.c. non sembra attribuire al socio una legittimazione ad agire contro la capogruppo nella qualità di mero sostituto processuale della società partecipata²²⁷, ma al contrario

²²⁷ GALGANO, *op. già cit.*, 1031; in disaccordo con tale lettura dell'art. 2497 c.c. CARIELLO, *op. già cit.*, 340, secondo cui potrebbe trarsi dal sistema riformato una legittimazione dei singoli soci di società soggette ad attività di direzione e coordinamento di agire in nome proprio, quali titolari di un'*actio pro socio o pro societate* contro la capogruppo e i suoi gestori; è lo stesso A. però a definire un'interpretazione di questo tipo "temeraria" dal momento che "una

pare riconoscere in capo a quest'ultimo il potere di agire direttamente nei confronti della *holding* e dei suoi amministratori, senza neppure richiedere il possesso di una determinata aliquota di capitale sociale²²⁸.

Da ciò deriva una seconda considerazione e cioè che pur essendo simili i presupposti su cui si fondano sia l'azione di responsabilità riconosciuta al socio *ex art. 2497 c.c.* sia quella prevista nell'ambito di una società monade, pare che il legislatore abbia scelto strumenti di tutela differenti.

Se nel caso di una società autonoma la legge riconosce unicamente e direttamente alla società stessa (e in via residuale ai suoi creditori *ex art. 2394 c.c.*) il diritto di agire in via risarcitoria contro i propri amministratori per conseguire il ristoro dei pregiudizi sofferti (lasciando ai soci soltanto la possibilità di sostituirsi soltanto in via processuale), l'*art. 2497 c.c.*, qualora si configuri la soggezione di una società all'altrui potere di direzione e coordinamento, sembra invece attribuire al socio personalmente la possibilità ed il potere di promuovere un'azione nei confronti dell'ente o della società che abbia esercitato tale attività in maniera illegittima, al fine di consentire il risarcimento, a proprio esclusivo vantaggio, dei danni sofferti (e senza che la società di cui il socio è titolare di una partecipazione venga coinvolta o possa in qualche modo godere del risarcimento)²²⁹.

La riforma del 2003, introducendo le norme in materia di attività di direzione e coordinamento, ha di fatto previsto un differente trattamento del socio a seconda che esperisca gli strumenti a propria tutela all'interno di una società autonoma ovvero nell'ambito di una realtà più complesso come quella dei gruppi.

siffatta ipotesi di sostituzione processuale sarebbe da riconoscere solamente a fronte di un'espressa previsione normativa che la tipizzasse"

²²⁸ L'*art. 2497 c.c.*, così interpretato deroga però in modo evidente ai principi generali che, nel diritto societario, governano l'esercizio dell'azione di responsabilità, si veda in questo senso DAL SOGLIO, *op. già cit.*, 2319; RORDORF, *op. già cit.*, 542, SALAFIA, *op. già cit.*, 393. si può infatti osservare che, laddove il legislatore ha scelto di legittimare il singolo socio ad agire in via risarcitoria nei confronti dei propri amministratori ai sensi dell'*art. 2395 c.c.* lo ha fatto condizionando inderogabilmente tale azione alla sussistenza di una lesione diretta del patrimonio personale di quest'ultimo; al contrario, in presenza di danni al patrimonio della società, la legittimazione ad agire è stata conferita solo ed esclusivamente a quest'ultima *ex art. 2393 c.c.* e, in caso di inerzia, riconosciuta ai soci secondo quanto stabilito dall'*art. 2393bis c.c.* che rappresentino almeno un quinto del capitale sociale (o la differente misura prevista dallo statuto) al fine di reintegrare il patrimonio sociale.

²²⁹ RORDORF, *op. già cit.*, 543 il quale sostiene che il pregiudizio arrecato al socio potrebbe essere risarcito anche indipendentemente dalla reintegrazione del patrimonio della società immediatamente danneggiata dalla *mala gestio* della capogruppo.

A questo riguardo, il socio che agisce ai sensi dell'art. 2497 c.c. nei confronti della società capogruppo e dei relativi amministratori potrà trovare ristoro al proprio danno; al contrario, qualora si verifichi all'interno di una società monade un pregiudizio al patrimonio della stessa e, indirettamente, un danno alla redditività e al valore della partecipazione di un socio, quest'ultimo non potrà agire in via diretta contro gli amministratori stante la previsione dell'art. 2395 c.c. che parla di danno "direttamente" causato da atti dolosi o colposi degli amministratori (e non dunque derivanti da un danno *in primis* accorso alla società).

Sembra dunque più agevole l'accesso alla tutela da parte dei soci di minoranza all'interno di un gruppo piuttosto che i soggetti presenti nelle società autonome²³⁰.

In ogni caso è bene ricordare che l'azione disciplinata all'art. 2497 c.c. non si sostituisce, ma anzi si aggiunge, a quelle che i soci possono esercitare nei confronti dei propri amministratori ai sensi degli artt. 2393*bis* e 2395 c.c.; resta inteso che i presupposti alla base della proposizioni di tali ultime azioni dovranno sussistere anche nell'ipotesi in cui sia un socio di una società etero diretta a proporle e dunque, l'appartenenza ad un contesto differente da quello delle società autonome non esclude l'operatività dei principi sottesi alle azioni di responsabilità.

Tutto ciò comporta un'estensione, in linea teorica, dei soggetti nei confronti dei quali l'azionista potrà far valere i propri diritti risarcitori con la conseguenza che saranno ampliate le possibili prospettive di tutela²³¹.

²³⁰ Tra l'altro nell'ipotesi prevista all'art. 2497 c.c., come già accennato, non sarà richiesto nemmeno il possesso di una partecipazione qualificata di azioni per proporre un'azione contro la capogruppo; si veda anche ENRIQUES, *Gruppi di società e gruppi di interesse*, in *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, in *Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, 246, 252.

²³¹ Tale considerazione viene tuttavia in parte criticata dalla dottrina, si veda SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. comm.* 2003, 667 il quale è preoccupato dall'art. 2497 c.c. che sembra consentire una protezione ed una tutela ai soli soci di minoranza forti, cioè quei soggetti che hanno la capacità, la sofisticazione e i mezzi necessari per attivare la tutela giudiziale, protezione ottenuta, tra l'altro, nel caso previsto dall'art. 2497 3° comma, c.c. a spese della società a cui partecipano, e quindi a spese dei creditori sociale.

5.3 Abbiamo visto che il danno da risarcire al socio, ai sensi dell'art. 2497 c.c., è la perdita di redditività e di valore della partecipazione sociale, quando questa deriva da esercizio della direzione e del coordinamento che non sia stato nell'interesse del gruppo o che sia stato in violazione dei principi di corretta gestione imprenditoriale della società controllata.

Dunque i parametri per valutare la sussistenza o meno del danno sono esplicitamente previsti dal legislatore con due effetti negativi che la partecipazione²³² può subire:

a) la redditività consiste nella potenzialità redditizia della partecipazione derivante dal rapporto tra socio e società che viene a crearsi al fine di consentire al socio stesso di aspirare ad una remunerazione del capitale investito al verificarsi di determinate condizioni; tuttavia la redditività rimane un fattore soltanto potenziale, in quanto non è certo che la partecipazione del socio aumenti nel corso dell'attività sociale (non essendo legata soltanto all'andamento della società, ma anche alle scelte decisionali dell'assemblea dei soci);

b) costituisce invece la valorizzazione²³³ della partecipazione la sintesi degli incrementi possibili che il valore nominale della partecipazione stessa può conseguire, grazie al verificarsi di una serie di circostanze o in presenza di molteplici fattori, fra i quali il positivo andamento della gestione dell'impresa sociale e la reputazione che il mercato ha della società.

Nella rappresentazione del pregiudizio come danno risarcibile, si deve tenere conto del nesso di causalità materiale e di quello giuridico.

La perdita di redditività o di valore della partecipazione sociale che è danno risarcibile, è solo quella che deriva, come conseguenza immediata e diretta della condotta lesiva, attiva o omissiva (art. 1223 c.c. applicabile sia al risarcimento del danno contrattuale che extracontrattuale per effetto del richiamo di cui 2056 c.c.).

Ciò significa che la rappresentazione del danno risarcibile *ex art. 2497 c.c.* ha per oggetto le perdite di redditività o di valore della partecipazione sociale che,

²³² SALAFIA, *La responsabilità della holding nei confronti dei soci di minoranza delle controllate*, in *Soc. 2003*, 390 e ss.

²³³ GALGANO, *Diritto commerciale, L'imprenditore. Le società*, 287 che la definisce come l'aspettativa del socio al mantenimento del valore di scambio della sua partecipazione ed a realizzarla, qualora decida di alienarla, un adeguato controvalore in denaro.

per il tempo e il modo in cui si sono verificate sulla base di uno sviluppo normale degli eventi, si possono considerare, con adeguata probabilità, causate dalla condotta antigiuridica contestata alla capogruppo; sono perciò incluse in questa rappresentazione le perdite di redditività e di valore che, pur non trovandosi in rapporto diretto e immediato con la condotta, si possono considerare conseguenze normali del processo causale messo in moto dalla condotta²³⁴.

Come si è visto in precedenza, infatti, il danno del socio è un danno generalmente indiretto perché innanzitutto causato al patrimonio della società etero diretta; dunque la perdita di redditività e valore della partecipazione del socio divengono l'effetto del danno patrimoniale arrecato alla società sottoposta a direzione e coordinamento da una *mala gestio* degli amministratori della *holding*.

Nella rappresentazione del danno risarcibile è rilevante il nesso di causalità giuridica che deve sussistere fra la perdita e l'antigiuridicità della condotta al fine di escludere dalle conseguenze risarcibili della condotta perdite di redditività o valore della partecipazione che si sono verificate a seguito dell'esercizio corretto, ma non proficuo della direzione e coordinamento o anche di segmenti legittimi di una attività di direzione e coordinamento che presenti altre caratteristiche di illiceità.

Infatti, la perdita subita dal socio si può considerare danno risarcibile solo nella misura in cui sia conseguenza diretta della condotta antigiuridica contemplata dalla disposizione.

A questo riguardo, il perimetro delle conseguenze pregiudizievoli risarcibili è designato espressamente dall'art. 1223 c.c. secondo il quale il debitore è tenuto a risarcire i danni subiti dal creditore “*in quanto siano conseguenza immediata e diretta*” dell'inadempimento.

5.4 Per concludere l'analisi relativamente alla tutela che viene offerta ai soci e, in particolare, a quelli di minoranza nei gruppi di società, oltre all'azione di

²³⁴ Si tratterà di un giudizio probabilistico in quanto se in tale ambito si chiedesse una verifica puntuale e rigorosa del carattere diretto e immediato del rapporto fra danno e condotta, mai vi sarebbe danno risarcibile, o comunque sarebbe molto ardua la tutela piena dovuta ai soci.

responsabilità *ex art. 2497 c.c.*, è bene segnalare che la riforma ha introdotto un ulteriore rimedio quale è il diritto di recesso²³⁵.

L'art. 2497*quater* c.c. prevede infatti tre ipotesi attraverso le quali il socio della società eterodiretta può esercitare il suddetto diritto²³⁶; resta ovviamente inteso che i due strumenti, seppur offerti ai medesimi soggetti, si collocano su due livelli completamente diversi: l'azione di responsabilità in termini risarcitori, il diritto di recesso come forma risolutoria del rapporto tra socio e società.

Tuttavia le due forme di tutela riconosciute ai soci della società etero diretta, pur restando indipendenti tra loro, potrebbero essere invocate anche cumulativamente,²³⁷ nell'ipotesi in cui sussistano i relativi presupposti.

A differenza dell'azione risarcitoria che, come si è visto, conduce il socio ad ottenere il ristoro di un danno eventualmente sofferto a causa del comportamento illegittimo (perché contrario ai principi di corretta gestione) della capogruppo senza però consentirgli la contestuale fuoriuscita dalla gruppo, il diritto di recesso consente al socio stesso l'interruzione del rapporto sociale, qualora ricorrano determinati accadimenti che comportino il mutamento del profilo di rischio dell'investimento, con conseguente liquidazione del valore della partecipazione.

²³⁵ L'art. 2497*quater* c.c. prevede che "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 patrimoniale 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 c.c.; in tal caso il diritto di recesso può essere esercitato soltanto per l'intera partecipazione del socio; e 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".

²³⁶ ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, op. già cit., 191 il quale ritiene che tutte le cause di recesso riconosciute dalla suddetta norma sono volte al raggiungimento di un medesimo risultato e cioè di tutelare gli equilibri interni alla società diretta e coordinata e gli interessi dei soci (di minoranza) in merito al suo assetto economico ed organizzativo; PENNISI, *La disciplina delle società*, op. già cit., 930 individua nel mutamento delle condizioni di rischio dell'investimento che possono portare all'interesse del socio ad uscire dalla società il comune denominatore delle cause di recesso previste dall'art. 2497*quater* c.c..

²³⁷ Secondo CARIELLO, *Direzione e coordinamento*, op. già cit., 1264, si tratta, infatti, di rimedi che sembrano non alternativi, bensì cumulabili; *contra*, DE BIASI, *Sull'attività di direzione e coordinamento*, in *Soc.* 2002, 12, 950 il quale invece ritiene che i due rimedi debbano essere alternativi al fine di non duplicarne gli effetti.

Ulteriore diversità tra i due strumenti risulta essere il più o meno certo esito del relativo utilizzo ed esercizio da parte del socio; infatti, se il diritto di recesso, presenti i presupposti richiesti dall'art. 2497^{quater} c.c., può essere invocato, il rimedio risarcitorio previsto dall'art. 2497 c.c. appare di più incerto esito anche alla luce delle difficoltà che i legittimati attivi devono incontrare nel verificare ed accertare l'effettiva responsabilità di chi esercita l'attività di direzione e coordinamento.

Ciò posto la dottrina ritiene che, pur essendo due forme di tutela differenti, i soci possano comunque invocarle cumulativamente, in quanto il rimedio risarcitorio mira alla liquidazione di un danno eventualmente patito, mentre lo strumento risolutorio è volto alla liquidazione del valore della partecipazione sociale, con conseguente esclusione del rischio di duplicazione degli effetti, nell'ipotesi in cui il socio decida appunto di attivarli entrambi.

A conferma di quanto sin qui detto è proprio l'art. 2497^{quater} lett. b) c.c., il quale prevede che il socio di società soggetta ad attività di direzione e coordinamento può recedere “quando a favore del socio sia stata pronunciata, con decisione esecutiva, condanna ai sensi dell'art. 2497”; quindi l'azione di responsabilità *ex art. 2497 c.c.* riconosciuta al socio appare una delle condizioni, affinché possa essere invocato e, di conseguenza, esercitato il diritto di *exit*.

La scelta del legislatore della riforma, in relazione a ciò, appare chiara: se un socio si trova in una situazione di pregiudizio dovuta ad un'attività da parte della capogruppo dannosa per il gruppo e quindi anche per i soci, la prima conseguenza è la volontà di questi ultimi di non far più parte di una tale compagine societaria.

È infine interessante notare come il nesso tra questa ipotesi di recesso e l'eventuale responsabilità ai sensi dell'art. 2497 c.c. accertata porta con sé un'ulteriore peculiarità rispetto agli altri casi di diritto di *exit* invocabile da parte dei soci e previste all'art. 2497^{quater} c.c.; è infatti richiesto, qualora venga esercitato il diritto di recesso da parte del socio secondo l'ipotesi prevista alla lettera b), che tale diritto di *exit* venga esercitato per l'intera partecipazione.

Si intuisce ancora una volta la *ratio* di tale disposizione che è volta a interrompere in maniera definitiva il rapporto intercorrente tra il socio

(danneggiato da una direzione unitaria illegittima) e la propria società o, più in generale, tutto il gruppo; si ritiene ragionevole²³⁸ ipotizzare che, in presenza di una sentenza di condanna che abbia accertato la contrarietà ai principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale e la concreta portata lesiva per i soci esterni (cioè differenti dai soci di comando) il socio sia portato ad interrompere il legame che lo unisce alla società etero diretta anche in un'ottica di interesse all'eventuale aumento del valore della propria partecipazione, che invece è stato superato da un interesse del gruppo perseguito attraverso un'attività di direzione e coordinamento poco vantaggiosa per i singoli soci di minoranza.

La mancanza di fiducia da parte di questi ultimi nei confronti del gruppo di comando, dovuta ad un abuso della direzione unitaria, conferma perciò la previsione della disposizione della lettera b) che richiede il disinvestimento non parziale della partecipazione da parte del socio.

L'analisi compiuta principalmente su uno dei tre casi di esercizio del diritto di recesso è perché questa ipotesi non nasce dalle trasformazioni dell'assetto imprenditoriale o strutturale del gruppo – come invece è previsto dalle lett. a e c dell'art. 2497*quater* c.c. – ma invece è legata al modo di esercitare la direzione unitaria che, non essendo conforme ai principi di corretta amministrazione, può comportare un danno per tutti quei soggetti, in primis i soci, che subiscono tale abuso e che sono dunque legittimati ad esercitare il diritto di *exit*.

Resta in ogni caso inteso che l'esercizio del diritto di recesso, secondo la previsione della lettera b), appare la più difficile tra le ipotesi previste dall'art. 2497*quater* c.c., in quanto risulta legata alle difficoltà di dimostrare un'attività di direzione e coordinamento illegittima ai sensi dell'art. 2497 c.c. e tale da portare ad una pronuncia di condanna²³⁹ dei soggetti passivi.

²³⁸ Una lettura di questo tipo è confermata anche da VENTORUZZO, *Brevi note sul diritto di recesso in caso di direzione e coordinamento di società (art. 2497*quater* c.c.)*, in *Riv. soc.* 2008, 5, 1184.

²³⁹ RORDORF, *op. già cit.*, 548 ritiene che nell'ipotesi in cui, esercitato il diritto di recesso in base ad una pronuncia immediatamente esecutiva, quest'ultima venga poi riformata o annullata in sede di gravame, si potrà determinare una situazione del tutto anomala, dato che il recesso, in quanto validamente esercitato, non potrà più essere rimesso in discussione, pur essendone venuta meno la "giusta causa"; a conferma di ciò anche PENNISI, *La disciplina delle società, op. già cit.*, 940.

6. L'azione risarcitoria come tutela dei creditori sociali

6.1 Analogamente a quella dei soci anche l'azione dei creditori della società etero diretta nasce da un danno causato dall'attività di direzione e coordinamento esercitata dalla capogruppo e contraria ai principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale.

La differenza principale con l'azione esercitata dai soci trova il proprio fondamento nel pregiudizio ad un bene giuridico diverso (che per i creditori sociali è l'integrità del patrimonio della società etero diretta).

Fatta questa precisazione, come già effettuato per i soci, è bene notare che l'azione risarcitoria contenuta nell'art. 2497 c.c. si avvicina all'azione riconosciuta nell'ambito delle società autonome sempre ai creditori sociali; l'art. 2394 c.c. infatti prevede che i creditori possano esperire un'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori tutte le volte in cui quest'ultimi abbiano agito "nell'inosservanza degli obblighi inerenti la conservazione dell'integrità del patrimonio sociale".

Si nota dunque che la responsabilità imputata alla capogruppo, ai sensi dell'art. 2497 c.c., si fonda sulla violazione dei medesimi doveri che tradizionalmente sono alla base della responsabilità degli amministratori verso i creditori sociali; infatti, il danno subito dai creditori, sia che si tratti di società autonome che di gruppi, non è che un effetto riflesso del danno che gli amministratori hanno arrecato al patrimonio sociale della società etero diretta, rendendolo insufficiente a soddisfare gli stessi creditori.

Tuttavia, è importante segnalare che tale principio sotteso alla norma, riferendosi all'insufficienza del patrimonio sociale, non viene esplicitato nell'art. 2497 c.c., a differenza di ciò che accade nell'art. 2394 c.c. e, quindi, pare che il legislatore non abbia voluto inserire una condizione di procedibilità ai fini della proposizione dell'azione risarcitoria; tale assenza potrebbe comportare che, al fine di proporre l'azione nei confronti della capogruppo non sia richiesto ai creditori (in qualità di attori) di provare l'incapienza del patrimonio della società dominata, essendo sufficiente invece la dimostrazione di non aver già ottenuto il

soddisfacimento del proprio credito da parte della *holding*, e così come richiesto dal 3° comma dell'art. 2497 c.c.²⁴⁰.

In relazione a ciò, parte della dottrina²⁴¹ ritiene invece che il creditore che agisca nei confronti della dominante dovrebbe provare l'insufficienza del patrimonio sociale per il soddisfacimento del suo credito, pur senza essere obbligato ad esperire azioni esecutive nei confronti della società inadempiente²⁴².

6.2 A fronte della lacunosità della norma, emerge un ulteriore problema relativamente alla proposizione dell'azione risarcitoria ai sensi dell'art. 2497 c.c. da parte dei creditori; la difficoltà riguarda il titolo in base al quale i creditori sociali possono agire nei confronti della società etero diretta e, di conseguenza, in forza di quale titolo quest'ultima sia tenuta al risarcimento.

In particolare, è stato ipotizzato da parte della dottrina²⁴³ che il creditore potrebbe essere addirittura sfornito di un titolo esecutivo e di un credito certo, liquido ed esigibile e trovarsi nella necessità, in presenza di un pregiudizio, di dover promuovere l'azione *ex art. 2497 c.c.*²⁴⁴

A questo riguardo, la scelta del legislatore potrebbe trovare la sua *ratio* nella volontà di garantire, a prescindere dall'esistenza di un titolo esecutivo, la soddisfazione dei terzi (in modo da evitare una sorta di sbilanciamento tra la tutela offerta ai soci e quella promessa ai creditori).

²⁴⁰ RORDORF, *op. già cit.*, 542; CAROLA, *op. già cit. (II parte)*, 1216 la quale preferisce riconoscere alla circostanza del mancato soddisfacimento – da parte della società etero diretta, una rilevanza oggettiva e neutrale, essendo sufficiente in tal caso che l'attore dimostri di non aver ricevuto dalla stessa alcun indennizzo; GUERRERA, “*Compiti*” e *responsabilità del socio di controllo*, *cit.*, 16; *contra*, IRACE, *op. già cit.*, 321 secondo la quale per poter esercitare l'azione di cui all'art. 2497 c.c., i creditori devono dimostrare l'insufficienza rispetto al soddisfacimento delle loro ragioni del patrimonio della società che sia residuo dopo i danni determinatisi per effetto dell'attività di direzione e coordinamento.

²⁴¹ CALLEGARI, *I gruppi di società*, in *Il nuovo diritto societario*, a cura di COTTINO, CAGNASSO, BONFANTE, MONTALENTI, 2009, 1086.

²⁴² Cass. 5 luglio 2002, n. 9815, in *Dir. e prat. soc.* 2002, 46 con nota di IANNELLO; ID. 6 ottobre 1981, n. 5241, in *Foro it.*, 1982, I, 94; ID. 28 maggio 1998, n. 5287, *ivi*, 2000, I, 242 secondo cui l'insufficienza del patrimonio consiste in una situazione di sbilanciamento patrimoniale, ovvero di eccedenza rispetto alle attività, rilevabile oggettivamente anche dalle risultanze del bilancio di esercizio o di liquidazione.

²⁴³ CALLEGARI, *op. già cit.*, 1087.

²⁴⁴ ABADESSA, *op. già cit.*, 279; CARIELLO, *Direzione e coordinamento*, *op. già cit.*, 1256; GIOVANNINI, *op. già cit.*, 65; GUIZZI, *Partecipazioni qualificate e gruppi di società*, in AA. VV., *Diritto delle società. Manuale breve*, *op. già cit.*, 325.

Questo regime di favore per i creditori sociali potrebbe dunque avvenire indipendentemente dalla “distribuzione della liquidità” nell’ambito del gruppo ed indipendentemente dalla partecipazione consapevole al fatto illecito (ma in modo tale da garantire il soddisfacimento dalla società con cui, *in primis*, i terzi hanno avuto un rapporto obbligatorio e sempre nell’ottica di evitare un duplice risarcimento).

6.3 E’ riconosciuto infine ai creditori, seppur non in maniera diretta, la proposizione dell’azione risarcitoria *ex art. 2497 c.c.* anche nell’ipotesi in cui la società etero diretta divenga insolvente o, più precisamente, si trovi in una delle condizioni indicate al 4° comma dello stesso articolo e cioè in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria.

Come si è accennato anche nel precedente capitolo, il legislatore in maniera analoga a quanto previsto per le società autonome all’art. 2394*bis* c.c., trasferisce la legittimazione attiva dai creditori sociali al curatore fallimentare, al commissario liquidatore o al commissario straordinario.

Si tratta dunque di un mero trasferimento della legittimazione attiva in capo agli organi della procedura concorsuale e non la nascita di una nuova azione²⁴⁵.

Sarà dunque l’organo della procedura a dover dimostrare, allegando la necessaria documentazione a sostegno, la sussistenza di tutti i presupposti costitutivi della responsabilità della capogruppo (e/o dei soggetti, sulla base del 2° comma dell’art. 2497 c.c., che hanno contribuito alle operazioni dannose per la società etero diretta e, di conseguenza, per i soci e i creditori sociali).

In particolare, nel caso di società dichiarata insolvente, sarà onere della curatela provare (i) una condotta antigiuridica imputabile a chi esercita l’attività di direzione e coordinamento; (ii) il danno (in termini di *an* e di *quantum*) subito dalla massa dei creditori e (iii) il nesso di causalità tra (i) e (ii).

²⁴⁵ DAL SOGLIO, *op. già cit.*, 2327 ritiene che non trovi in tal caso applicazione il 3° comma dell’art. 2497 c.c..

È da notare che la previsione del 4° comma dell'art. 2497 c.c.²⁴⁶ riprende il principio sancito dalla legge sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza e, nello specifico, richiama al contenuto dell'art. 90²⁴⁷; inoltre, la possibilità di estendere la responsabilità per abuso di direzione unitaria oltre che agli amministratori delle società capogruppo anche alle stesse società era sta in passato oggetto di studio da parte di dottrina e giurisprudenza (e anche prima dell'entrata in vigore dell'art. 2497 c.c.)²⁴⁸.

Si tratta quindi di un orientamento che il legislatore della riforma ha recepito riconoscendo in sostanza una responsabilità in capo a chi esercita l'attività di direzione e coordinamento a prescindere dallo stato di insolvenza delle società etero dirette o del gruppo in generale; a questo riguardo infatti il 4° comma dell'art. 2497 c.c. offre un'indicazione specifica in questo senso riconoscendo, anche in presenza di una delle situazioni di insolvenza indicate nella norma stessa, la possibilità di esercitare l'azione di responsabilità nell'interesse dei creditori.

Quanto invece alla posizione dei soci, va evidenziato che il silenzio del 4° comma pone l'interrogativo, a cui si può rispondere in senso positivo, se essi restino legittimati all'azione in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria della società diretta e coordinata²⁴⁹.

²⁴⁶ Secondo la giurisprudenza di merito, Trib. Napoli, 9 aprile 2008, in *Il dir. fall. e delle soc. comm.*, 2009, II, 249 con nota di PENTA, l'azione introdotta con il 4° comma ha la fisionomia dell'azione di massa, secondo la definizione anche della giurisprudenza di legittimità (Cass. sez. un. 28 marzo 2006 n. 7030, in *Foro it.*, 2006, I, 3417) in base alla quale "l'azione di massa è caratterizzata dal carattere indistinto quanto ai possibili beneficiari del suo esito positivo. Essa tende direttamente alla reintegrazione del patrimonio del debitore, inteso come sua garanzia generica", pervenendo all'effetto di aumentare la massa attiva, indipendentemente dai limiti quantitativi entro i quali i creditori se ne avvantaggeranno.

²⁴⁷ Il quale letteralmente prevede che, nei casi di direzione unitaria delle imprese di 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.

²⁴⁸ Ciò poteva avvenire o per estensione della responsabilità della società capogruppo alla rispettiva etero diretta ai sensi dell'art. 2049 c.c., oppure per responsabilità diretta *ex art.* 2043 c.c. stante il principio di immedesimazione organica.

²⁴⁹ JORIO, *I gruppi*, in *La riforma delle società*, *op. già cit.*, 201, il quale ritiene che rispondendo affermativamente a tale interrogativo si porrebbe un problema di coordinamento con l'art. 90 del d.lgs., 8 luglio 1999, n. 270 sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza.

7. Modalità per la quantificazione dei danni risarcibili e i problemi relativi all'onere della prova

7.1 Al fine di individuare le modalità per quantificare i danni risarcibili nell'ambito di una attività di direzione e coordinamento contraria ai principi di corretta gestione imprenditoriale e societaria, occorre ribadire quanto già detto nei precedenti capitoli e cioè che i soggetti danneggiati ed individuati dalla norma – soci e creditori sociali – si trovano in una situazione diversa stante il differente pregiudizio subito.

Riguardo ai soci, l'individuazione del danno risarcibile²⁵⁰ non è di facile accertamento, in quanto il valore della redditività della partecipazione varia (in positivo o in negativo) e tale variazione è in qualche modo legata all'andamento della società e alle politiche societarie e di gruppo²⁵¹.

In ogni caso, al fine di procedere alla rappresentazione del pregiudizio come danno risarcibile, si deve tenere conto del nesso di causalità materiale tra la condotta posta in essere dalla capogruppo (e dai propri amministratori) e il danno subito dai soci. Per questo motivo la perdita di redditività o di valore della partecipazione dei soci potrà essere oggetto di risarcimento solo se valutata come conseguenza immediata e diretta della condotta lesiva, attiva o omissiva (nel rispetto dell'art. 1223 c.c. che può essere applicato, come si è visto, sia nel caso in cui la natura della responsabilità *ex art. 2497 c.c.* si ritenga contrattuale sia nell'ipotesi di responsabilità extracontrattuale per effetto del richiamo di cui 2056 c.c.).

Ciò significa che la rappresentazione del danno risarcibile *ex art. 2497 c.c.* ha ad oggetto le perdite di redditività o di valore della partecipazione sociale che, per il tempo e il modo in cui si sono verificate, sulla base di uno sviluppo normale degli eventi, si possono considerare, con adeguata probabilità, causate dalla condotta anti-giuridica contestata alla capogruppo dai soci.

²⁵⁰ MAGGIOLO, *op. già cit.*, in *Giur. comm.* 2006, I, 176 ritiene che il socio della etero gestita, che abbia subito un pregiudizio alla redditività ed al valore della partecipazione sociale mai potrà essere completamente ed integralmente soddisfatto con i mezzi propri dalla etero gestita; SALAFIA, *op. già cit.*, __, vede nell'art. 2497 c.c. una deroga alla norma che disciplina l'azione individuale del socio e del terzo; SACCHI, *op. già cit.*, 666 propone una impostazione più articolata.

²⁵¹ DI MAJO, *La responsabilità per l'attività, op. già cit.*, 540 ricorda peraltro che la redditività della partecipazione non è un'aspettativa sicura.

Tale rappresentazione, proprio per il contesto in cui dovrà essere fatta e per la particolarità dell'oggetto, sarà l'esito di un giudizio probabilistico²⁵² (questo perché se fosse richiesta una verifica rigorosa del carattere diretto ed immediato del rapporto tra condotta e danno sarebbe quasi impossibile individuare il valore del pregiudizio e, di conseguenza, procedere ad una tutela piena e al risarcimento dei soggetti danneggiati²⁵³).

La perdita di redditività e valore della partecipazione del socio, come si è visto in precedenza, di regola è l'effetto del danno patrimoniale arrecato alla società sottoposta alla direzione e coordinamento e dunque può essere definito come un danno indiretto.

Queste considerazioni relative alla sussistenza del nesso di causalità materiale devono essere fatte anche sul nesso di causalità giuridica; deve cioè sussistere un nesso fra la perdita subita dal socio (perdita di valore o di redditività della partecipazione) e l'antigiuridicità della condotta (ovvero una condotta contraria ai principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale).

Infatti, la perdita subita dal socio si può considerare danno risarcibile solo nella misura in cui sia conseguenza diretta della condotta antigiuridica posta in essere dalla capogruppo.

La vera difficoltà riguarda l'individuazione delle operazioni lesive soprattutto quando occorre valutare le condotte dell'organo amministrativo; spesso gli amministratori decidono di porre in essere determinate azioni, ma l'effettiva attuazione avviene con alcuni giorni di distanza e soprattutto insieme a tante altre scelte societarie che si vanno a mescolare con quella legata al pregiudizio del socio.

Ciò comporta anche una certa complessità nel produrre le prove (documentali e contabili) di tale operazione dannosa; a questo riguardo infatti diviene problematico per i legittimati attivi ricostruire l'attività di direzione e coordinamento (in particolare le direttive illegittime e/o quelle dannose) che ha causato il danno oltre che individuare chi tra i componenti dell'organo

²⁵² FIGÀ – TALAMANCA, *op. già cit.*, 1212.

²⁵³ Si potrebbe ipotizzare che vengano incluse in questa rappresentazione anche le perdite di redditività e di valore che, pur non trovandosi in rapporto diretto e immediato con la condotta, si possono considerare conseguenze normali del processo causale messo in moto dalla condotta della capogruppo.

amministrativo abbia effettivamente dato *input* alla direttiva pregiudizievole o non abbia evitato l'esecuzione.

Potrebbe inoltre accadere che in relazione alla prova riguardante il presupposto dell'attività di direzione e coordinamento, il socio decida di riferirsi ad una direzione unitaria generica come causa del pregiudizio o preferisca invece indicare una determinata operazione (all'interno della direzione unitaria del gruppo) che ritiene essere stata pregiudizievole e che abbia causato un danno alla propria partecipazione²⁵⁴.

7.2 Con riferimento all'individuazione e alla rappresentazione del danno risarcibile al creditore della relativamente ai soci.

Il danno da risarcire al creditore, come prevede l'art. 2497 c.c., si configura nella lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società etero diretta con cui è in essere un rapporto obbligatorio.

Si tratta di una situazione classica in cui una società può venirsi a trovare: l'incapacità con il proprio patrimonio di fare fronte ai propri debiti.

Rilevante nel caso in esame è che la causa della riduzione del patrimonio sociale della società soggetta alla direzione e coordinamento non deriva (esclusivamente) da una *mala gestio* della società, ma da una condotta della capogruppo contraria ai principi indicati all'art. 2497 c.c.. Sarà quindi fondamentale, anche ai fini della rappresentazione del danno risarcibile ai creditori sociali come per i soci, provare il nesso di causalità sia materiale che giuridico.

Tuttavia, parte della dottrina²⁵⁵ ritiene che per il creditore sociale ci sia una perdita non suscettibile di essere risarcita dalla società soggetta a direzione e coordinamento e relativa ai costi necessari per cautelarsi; da ciò consegue che in tutti i casi in cui il creditore, a seguito della richiesta di risarcimento alla società etero diretta (e nel rispetto di quanto richiesto dal 3° comma dell'art. 2497 c.c.),

²⁵⁴ SALAFIA, *op. già cit.*, 377.

²⁵⁵ MAGGIOLO, *op. già cit.*, in *Giur. comm.* 2006, I, 184

non risulti completamente soddisfatto, sarà costretto ad agire nei confronti della capogruppo²⁵⁶.

Inoltre, è opportuno segnalare che ogni risarcimento che la eterogestita si trova a dover corrispondere ad un creditore sociale, a seguito della relativa richiesta, ha nel contempo l'effetto di danneggiare i soci, poiché l'esborso a favore dei creditori danneggiati comporta una diminuzione del patrimonio della società e di conseguenza diminuisce il valore e la redditività della partecipazione della compagine sociale²⁵⁷.

Discorso differente va fatto qualora l'azione *ex art.* 2497 c.c. venga esperita, in sede fallimentare, dal curatore nell'interesse della massa dei creditori ai sensi del 4° comma.

In questo caso, vi è chi²⁵⁸ ritiene che non si possa meccanicamente ragguagliare la lesione all'integrità del patrimonio sociale alla differenza tra attivo e passivo fallimentare.

Da un lato ben potrebbe essere che il lamentato danno, o almeno parte di esso, sia dovuto ad una avversa congiuntura economica, anziché a specifiche violazioni dei principi di correttezza gestionale (si rischia infatti d'imputare alla *holding* la colpa anche di eventi relativi al mercato, quasi a voler convertire l'azione risarcitoria in azione sanzionatoria); dall'altro lato, il passivo ammesso può essere inferiore al passivo reale, perché sovente nelle procedure fallimentari le poste attive subiscono una notevolissima falciatura a seguito delle vendite concorsuali.

²⁵⁶ MAGGIOLIO, *op. già cit.*, in *Giur. comm.* 2006, I, 192 il quale dunque ritiene di dover individuare alcuni danni patiti da soci e creditori sociali direttamente risarcibili dalla società etero diretta e danni invece che solo la società holding è in grado di risarcire ai soggetti danneggiati. Da ciò deriva il riconoscimento di un'azione immediata contro la capogruppo dovendosi precisare che con tale azione il socio di minoranza e i creditori sociali possono richiedere un risarcimento il quale, se può sicuramente comprendere i pregiudizi per loro essenza non suscettibili di essere risarciti dalla società etero gestita, può altresì estendersi sino al pregiudizio che di per sé anche la società etero gestita potrebbe risarcire solo nel caso in cui questa società non abbia provveduto direttamente a soddisfare il socio di minoranza o il creditore sociale.

²⁵⁷ MENDITTO, *In tema di responsabilità della società capogruppo*, nota a Decreto Napoli, 28 maggio 2008, in *Foro it.*, 2009, 1965 ha ipotizzato che per offrire una tutela ai soci, questi potrebbero agire in via extracontrattuale per l'ulteriore danno subito, a causa della violazione dei principi di corretta gestione imprenditoriale, da parte della capogruppo – quindi automatica responsabilità della capogruppo per il danno ai soci che hanno dovuto risarcire con il patrimonio della etero gestita il danno ai creditori

²⁵⁸ MENDITTO, *In tema di responsabilità della società capogruppo*, nota a Decreto Napoli, 28 maggio 2008, in *Foro it.*, 2009, 1965.

7.3 Riconosciuta ed accertata l'esistenza di un danno sarà inoltre indispensabile procedere alla relativa quantificazione, sia per quanto riguarda i danni subiti dai soci sia per quelli causati ai creditori sociali.

Per quantificare il risarcimento che compensa il danno subito dai soci saranno rilevanti una serie di indici tra cui *a)* il deprezzamento del valore dell'azienda, *b)* le *performances* dei titoli operanti nello stesso settore economico della controllata, *c)* le *performances* delle azioni della controllata nel periodo precedente l'acquisto del controllo²⁵⁹.

Con tali indicatori si potrà effettuare un paragone tra il valore della partecipazione (e di conseguenza della società) precedente all'esecuzione della direttiva o alla venuta in essere degli effetti di una determinata operazione di gruppo e il valore successivo che i soci ritengono essersi ridotto, imputando tale calo alla condotta della capogruppo.

Per quantificare invece il risarcimento che compensa il danno al creditore si avrà riguardo essenzialmente all'entità del debito insoddisfatto; sarà dunque più agevole individuare l'importo da restituire al creditore sociale, potendo riferirsi al rapporto contrattuale intercorrente con la società e al valore eventualmente residuo di cui quest'ultima risulta debitrice.

7.4 Quale che sia la natura che alla responsabilità prevista all'art. 2497 c.c. venga attribuita, sia contrattuale sia extracontrattuale, il problema circa la prova dell'abuso da parte della capogruppo (mediante l'operato del proprio organo amministrativo) diviene in ogni caso molto importante²⁶⁰.

Infatti chi esercita l'azione nel caso in cui si riconosca una natura contrattuale alla responsabilità *ex art. 2497 c.c.* dovrà dimostrare l'inadempimento ed il danno conseguente, spettando al convenuto (capogruppo e/o soggetti solidalmente chiamati in causa) dimostrarne la non imputabilità ai sensi dell'art. 1218 c.c.; viceversa, qualora si ritenga di dover attribuire alla responsabilità una

²⁵⁹ FIGÀ - TALAMANCA, GENOVESE, *op. già cit.*, 1212.

²⁶⁰ Viene vista anche come una azione molto difficile da esperire da GALGANO, *op. già cit.*, 115; IRACE, *op. già cit.*, 320.

natura extracontrattuale, sarà richiesto agli attori di provare anche l'elemento psicologico del dolo o della colpa (art. 2043 c.c.)²⁶¹.

Ciò premesso, e preferendo riconoscere come contrattuale la responsabilità *ex art. 2497 c.c.*, è importante segnalare che gli elementi da dimostrare in giudizio saranno di vario e diverso genere a seconda che a promuovere l'azione di responsabilità siano i soci o i creditori sociali (o l'organo fallimentare).

E' necessario innanzitutto che i soci alleghino e provino l'attività di direzione e coordinamento da parte di una data società (o di un ente) nei confronti della società con cui loro stessi e/o i creditori siano in qualche modo legati da vincoli o rapporti obbligatori.

In relazione a tale elemento va tuttavia evidenziato che l'onere in capo agli attori è in questo caso in parte alleggerito *a)* dalla presunzione prevista dall'art. 2497*sexies* c.c. (rimanendo di conseguenza onere della capogruppo, per liberarsi dalla responsabilità, la prova contraria dell'inesistenza dell'attività di direzione e coordinamento) e *b)* dall'onere degli amministratori di adempiere agli obblighi di pubblicità richiesti dall'art. 2497 *bis* c.c. (poiché in assenza della pubblicità richiesta, se non fosse possibile né utilizzare le presunzioni né dimostrare l'attività di direzione, i soci potrebbero comunque promuovere un'azione risarcitoria nei confronti degli amministratori della controllata per l'omesso adempimento degli obblighi pubblicitari).

Inoltre è richiesto ai soci la prova del pregiudizio subito e il rapporto causale²⁶² tra la condotta e il danno²⁶³.

²⁶¹ Vi è tuttavia chi ritiene che le differenze tra i due regimi probatori siano piuttosto sfumate, BADINI CONFALONIERI - VENTURA, *op. già cit.*, 2177; addirittura ZAMPERETTI, *La responsabilità di amministratori e capogruppo per "abuso di direzione unitaria"*, nota a Tribunale di Milano, 22 gennaio 2001, in *Fall.* 2001, 1143 ritiene che le agevolazioni probatorie proprie del regime contrattuale siano "messe in discussione dal fatto che l'obbligazione di esercitare correttamente la direzione unitaria... ha per oggetto un'attività e non un risultato" con la conseguenza che anche nella responsabilità contrattuale discendente dall'abuso di direzione unitaria il danneggiato dovrà di fatto dare prova della colpa, non perché criterio di imputabilità, ma perché immagine speculare e negativa della diligenza che, *ex art. 1176 c.c.*, costituisce canone dell'adempimento di quell'attività di cui il creditore è tenuto a dare prova. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, in COLOMBO e PORTALE (diretto da), *Trattato delle s.p.a.*, Torino, 1991, IV, 413 e 438 rileva, a sua volta, che la dimostrazione della colposa negligenza, nella prospettiva extracontrattuale si risolve nella prova dell'inadempimento degli obblighi o dei modelli comportamentali previsti dalla legge; sicché di fatto l'omologazione fra i due regimi probatori pare orientarsi piuttosto a favore di quello contrattuale.

Dal canto loro, i creditori sociali saranno invece tenuti a provare che il proprio pregiudizio è dovuto ad un'insufficienza del patrimonio della società etero diretta, tale per cui è loro necessità procedere con un'azione nei confronti della società capogruppo²⁶⁴ al fine di ottenere il risarcimento²⁶⁵.

L'azione riconosciuta invece ai soci esterni della società etero diretta è una azione diretta e non surrogatoria di quella che, in ipotesi, potrebbe spettare direttamente alla società. Per questo motivo, infatti, il risarcimento dei danni deve essere direttamente operato al socio e non, *in primis*, alla società.

L'azione deve essere preceduta da una richiesta anche stragiudiziale diretta alla società di appartenenza o debitrice; l'amministratore che dà seguito alla richiesta non può tuttavia agire in regresso contro la controllata.

Può, invece, respingere la richiesta²⁶⁶ se ritiene l'accoglimento della richiesta pregiudizievole per l'integrità del patrimonio sociale o per la posizione di altri soci esterni.

7.5 La *holding*, qualora sia citata in giudizio dai soci e dai creditori sociali ai sensi dell'art. 2497 c.c., per tentare di esonerarsi da responsabilità, dovrà principalmente dimostrare, attraverso lo strumento dell'eccezione, l'assenza degli elementi per promuovere l'azione (e cioè la sussistenza di un'attività di direzione e coordinamento e la mancanza del nesso di causalità tra la condotta posta in essere e il pregiudizio subito dagli attori).

Inoltre, la capogruppo sarà tenuta a provare, mediante prove dirette, che il danno non è stato prodotto dall'esercizio della direzione e coordinamento, ma piuttosto dalla inesperta o negligente condotta degli amministratori della società

²⁶² SALAFIA, *op. già cit.*, 392, il quale sostiene che se non esiste un nesso di causalità fra la condotta degli amministratori e dei sindaci della controllata e il danno subito da quest'ultima, non si può configurare il coinvolgimento dei controllanti nella responsabilità dei predetti amministratori e sindaci.

²⁶³ DAL SOGLIO, *op. già cit.*, 2340.

²⁶⁴ SALAFIA, *op. già cit.*, 392

²⁶⁵ GALGANO, *op. già cit.*, 114; PATRONI GRIFFI "Fiduciary duties" e gruppi di società *Giur. comm.* 1994, I, 913, precisano che qualora si ritenesse extracontrattuale la responsabilità ex art. 2497 c.c., gli attori dovrebbero allegare e provare anche la gestione abusiva, o meglio la violazione in concreto dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale.

²⁶⁶ A livello processuale, su tale previsione, potrebbe fondarsi un'eccezione pregiudiziale del convenuto.

etero diretta (in sostanza, le direttive emanate dalla capogruppo erano in linea con la politica di gruppo e rispettavano i principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale, ma le modalità con cui sono state applicate dall'organo amministrativo della società controllata hanno causato un danno ai soci e ai creditori sociali di quest'ultima).

I soggetti convenuti (sia la società capogruppo, sia chi ha preso parte al fatto lesivo o ne ha tratto beneficio ai sensi del 2° comma) potranno far fronte alle pretese attore attraverso una serie di eccezione come *a)* il mancato esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, *b)* la correttezza della gestione societaria e di gruppo, *c)* l'insindacabilità nel merito delle scelte di gestione²⁶⁷, *d)* l'assenza di qualsiasi pregiudizio, *e)* la mancanza di un rapporto di causalità tra la lamentata perdita di valore della partecipazione da parte dei soci e la condotta della capogruppo ed infine *f)* la presenza dei vantaggi compensativi²⁶⁸.

Con riguardo a quest'ultima eccezione, va segnalato che la prova dell'esistenza dei vantaggi compensativi grava ovviamente sui convenuti²⁶⁹ ed, in particolare, sugli organi amministrativi e sui sindaci, i quali avranno l'onere di dimostrare che i dati allegati, volti a provare la compensazione, siano idonei ed in grado di equilibrare gli effetti negativi delle operazioni compiute (e contestate dagli attori)²⁷⁰.

Quanto all'azione indennitaria ai sensi del 2° comma dell'art. 2497 c.c. (nei confronti di chi ha presumibilmente tratto vantaggio in maniera consapevole dall'abuso), le eccezioni che potranno eventualmente essere rilevate insieme alle

²⁶⁷ Cass. 24 agosto 2004, n. 16707, *op. già cit.*, 1844.

²⁶⁸ I sindaci dal canto loro potranno invocare il corretto svolgimento dei propri compiti di vigilanza sull'operato dell'organo amministrativo della società capogruppo.

²⁶⁹ Ritenere che la prova dell'esistenza dei vantaggi compensativi sia in capo ai convenuti appare la soluzione più conforme al testo normativo, alla previsione dell'obbligo di esternare preventivamente l'esistenza dei vantaggi compensativi (posto in capo agli amministratori della controllata, ma pur sempre nel presupposto di attività influenzate dalle direttive della capogruppo) sia ancora ai principi generali in tema di prova, si veda BADINI CONFALONIERI - VENTURA, *op. già cit.*, 2177; M. RESCIGNO, *op. già cit.*, che sottolinea come il testo dell'art. 2497 c.c. non appaia una regola ampia di inversione dell'onere della prova, nel senso che dimostrata la derivazione del danno da una operazione avvenuta in costanza di esercizio di attività di direzione e coordinamento spetti alla società che esercita tale attività dimostrare che la stessa corrisponde ai principi di corretta gestione.

²⁷⁰ Cass. 24 agosto 2004, n. 16707, *op. già cit.*; ABRIANI, *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi. op. già cit.*, 620; SACCHI, *op. già cit.*, *Giur. comm.* 2002, I, 638; RONDINONE, *op. già cit.*, 610.

precedenti sono legate alla contestazioni dei presupposti di fatto e di diritto, ma soprattutto all'approvvigionamento consapevole e all'assenza di qualsiasi vantaggio.

8. Termini di prescrizione dell'azione ex art. 2497 c.c.

8.1 Da ultimo è bene accennare al tema della prescrizione dell'azione introdotta dall'art. 2497 c.c..

Si può infatti ritenere applicabile quanto previsto dall'art. 2949 c.c., relativamente alla prescrizione in materia di società, anche per l'azione di responsabilità che soci e creditori sociali possono esperire qualora siano stati danneggiati da un'attività di direzione e coordinamento contraria ai principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale ai sensi dell'art. 2497 c.c..

Pertanto l'azione risarcitoria si prescriverà, secondo il combinato disposto degli artt. 2497 e 2949 c.c., in cinque anni²⁷¹.

Come si è visto nei precedenti paragrafi, oltre all'azione esercitata ai sensi del primo comma dell'art. 2497 c.c., soci e creditori sociali possono esperire anche un'azione indennitaria secondo quanto previsto dal 2° comma della medesima norma e cioè nei confronti di quei soggetti che dall'abuso dell'attività di direzione e coordinamento hanno tratto consapevolmente un beneficio; nasce spontanea la domanda se a questa seconda ipotesi di azione, che il legislatore riconosce ugualmente in capo ai legittimati attivi ai sensi del 1° comma, possa essere applicata la medesima prescrizione di cinque anni²⁷².

²⁷¹ Indipendentemente dal riconoscere natura contrattuale o extracontrattuale alla responsabilità, si veda BUSSOLETTI, *Le nuove norme del codice civile nel processo societario*, *Giur. comm.* 2004, I, 313. contra RORDORF *op. già cit.*, 546 che ritiene che il termine quinquennale potrebbe essere plausibile solo se fosse ritenuta aquiliana la responsabilità ai sensi dell'art. 2497 c.c.. Taluno dubita inoltre del termine quinquennale per l'azione promossa dai creditori sociali, GUERRERA, *op. già cit.*, 25. rimane tuttavia oggetto di studio la scelta di attribuire il termine quinquennale invece che decennale all'azione ex art. 2497 c.c. anche da parte della giurisprudenza, Cass. sez. un. 26 giugno 2007, n. 14712 *Giur. it.*, 5, 2008, 1150.

²⁷² Pur potendo ipotizzare che all'azione indennitaria ex art. 2497 c.c. 2° comma l'applicazione del termine decennale previsto per l'azione di arricchimento vi è chi non propende per una tale interpretazione, ma anzi sostiene l'applicazione della prescrizione quinquennale anche a questa seconda azione, PENTA, *op. già cit.*, in *Dir. fall e soc.* 2009, 2, 254.

8.2 Ulteriore tema da affrontare, sempre con riguardo al tema della prescrizione dell'azione *ex art. 2497 c.c.*, è quello inerente al momento da cui far decorrere il relativo termine.

La prescrizione di regola decorre dal verificarsi del danno²⁷³; vi è tuttavia chi²⁷⁴ sostiene che sia meglio far decorrere il termine dalla conoscibilità dell'evento dannoso.

Provando ad entrare nel merito dell'azione proposta dai creditori sociali o, ai sensi del 4° comma dell'art. 2497 c.c., dagli organi fallimentari, si può ritenere che il *dies a quo* per far decorrere il termine di prescrizione sia il momento in cui si manifesta oggettivamente l'insufficienza del patrimonio sociale della società etero diretta e quindi la stessa diventa oggettivamente percepibile anche all'esterno²⁷⁵; tale interpretazione è stata confermata anche dalla giurisprudenza²⁷⁶. Vi²⁷⁷ è tuttavia qualcuno che ha suggerito di applicare

²⁷³ RORDORF, *op. già cit.*, 546; PATTI, *op. già cit.*, 258.

²⁷⁴ DE NICOLA, *Comm. Marchetti, sub art. 2395, Commentario alla riforma delle società, a cura di Marchetti*, 2006, 661;

²⁷⁵ Significativa appare Cass. civ. 18 gennaio 2005, n. 941 in *Giust. civ. Mass.*, 2005, I, in *Dir. e prat. Soc.* 2005, 72 con nota di DI LEGAMI, in *Giur. comm.* 2005, 729 con nota di SEMEGHINI, secondo cui “l'azione di responsabilità proposta dai creditori sociali ovvero, in caso di fallimento della società, dal curatore del fallimento, nei confronti degli amministratori e dei sindaci di una società di capitali è soggetta al termine di prescrizione quinquennale, che inizia a decorrere dal momento in cui il patrimonio sociale risulta insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti e può anche essere anteriore alla data dell'apertura della procedura concorsuale; l'onere di provare che l'insufficienza del patrimonio sociale si è manifestata ed è divenuta conoscibile prima della dichiarazione di fallimento grava sull'amministratore o sul sindaco che eccepisce la prescrizione” e ancora in dottrina PENTA, *op. già cit.*, in *Dir. fall e soc.* 2009, 2, 254. CAGNASSO, *op. già cit.*, in *Fall.* 2008, 1438 che per i creditori sociali riconosce il termine di decorrenza della prescrizione dal momento in cui si è verificata l'insufficienza del patrimonio.

²⁷⁶ Cass. 23 febbraio 2005, n. 941 che ha sancito che l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori e dei sindaci di una società, esperibile, *ex art. 2394 c. c.*, dai creditori sociali è soggetta a prescrizione quinquennale con decorso non già dalla commissione dei fatti integrativi di tale responsabilità, bensì dal (successivo) momento dell'insufficienza del patrimonio sociale al soddisfacimento dei crediti (art. 2394, comma secondo, c. c., che subordina la proponibilità dell'azione al manifestarsi dell'evento dannoso), momento che, non coincidendo con il determinarsi dello stato di insolvenza, ben può risultare anteriore o posteriore alla dichiarazione di fallimento; la Corte di Cassazione ha precisato che l'onere della prova della preesistenza al fallimento dello stato di insufficienza patrimoniale della società spetta al soggetto (amministratore o sindaco) che, convenuto in giudizio a seguito dell'esperimento della detta azione di responsabilità, ne eccepisca l'avvenuta prescrizione, senza che, all'uopo, tale onere possa dirsi assolto mediante la generica deduzione, priva di qualsiasi altro utile elemento di fatto a sostegno dell'assunto, secondo cui l'insufficienza patrimoniale si sarebbe manifestata già al momento della messa in liquidazione della società, non essendo il procedimento di liquidazione necessariamente determinato dalla eccedenza delle passività sulle attività patrimoniali, e non implicando, altresì, la perdita integrale del capitale sociale una consequenziale perdita di ogni valore attivo del patrimonio sociale; Cass. 22 ottobre 2004, n. 20637, in *Soc.* 2005, 9, 1122 con nota di PACCHIAROTTI; Cass. 9815 del 2002 che ha così disposto che in tema di responsabilità degli

analogicamente la sospensione della prescrizione fintanto che il socio resti tale ovvero perduri l'attività di direzione e coordinamento.

Ciò posto, l'art. 2497 c.c. al 1° comma prevede che "il danno potrebbe risultare mancante alla luce del risultato complessivo della direzione della *holding*"; tale previsione potrebbe rendere notevolmente complicata l'individuazione del *dies a quo* di decorrenza del termine di prescrizione la previsione.

Infatti non sembra possibile a priori definire fino a quale momento il pregiudizio cagionato al patrimonio della controllata possa essere compensato dai vantaggi (non tanto già conseguiti, bensì) fondatamente prevedibili (vale a dire il limite temporale entro cui il vantaggio compensativo dovrebbe prodursi per poter essere preso in considerazione)²⁷⁸.

Conseguenza di questo primo rischio è individuare il momento in cui si è effettivamente verificato il pregiudizio (per i soci e per i creditori sociali).

Alcuni, preferendo una tesi più elastica, ritengono che sia sufficiente la fondata prevedibilità del vantaggio, anche successivo all'inizio del processo²⁷⁹. In ogni caso, le operazioni dirette ad eliminare integralmente il danno potrebbero essere poste in essere in corso di causa, con l'effetto di determinare la cessazione

amministratori di società nei confronti dei creditori sociali, la disposizione del comma 2 dell'art. 2394 c.c. (secondo cui "l'azione può essere proposta dai creditori quando il patrimonio sociale risulta insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti") non va interpretata nel senso che la manifestazione dell'insufficienza patrimoniale comporti un vero e proprio "beneficium excussionis", bensì nel senso che l'insufficienza stessa costituisce una situazione oggettivamente conoscibile, che si verifica, dunque, oltre che nell'ipotesi di infruttuosa esecuzione da parte di tutti i creditori e di proposte di concordato giudiziale e stragiudiziale remissorio, anche con riferimento alle risultanze del bilancio finale di liquidazione e del bilancio di esercizio, quando non vi siano poste suscettibili di sottovalutazione. Ne consegue che il termine di prescrizione dell'azione di responsabilità *ex art. 2394 c.c.*, promossa da una procedura concorsuale, inizia a decorrere dal momento in cui la situazione di insufficienza patrimoniale è divenuta oggettivamente conoscibile da parte di tutti i creditori e non dal momento in cui s'è manifestato lo stato d'insolvenza della società.

²⁷⁷ RESCIGNO, *op. già cit.*, 336.

²⁷⁸ 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 fino a che l'opera non fosse stata completata e potrebbe essere esercitabile in un momento in cui gli organi amministrativi della *holding* e delle società etero dirette potrebbero non essere più in carica.

²⁷⁹ CARIELLO, *sub. Art. 2497, op. già cit.*, 1867 sostiene che sarebbe ragionevole porre un limite coincidente con l'instaurazione del giudizio.

della materia del contendere e la condanna alle spese secondo il criterio della soccombenza c.d. virtuale.

Bibliografia

ABBADESSA, *La responsabilità della società capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2008, I, 279.

ABRIANI, *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi. Gruppi di società e criterio dei vantaggi compensativi nella riforma del diritto societario*, *Giur. comm.* 2002, I, 620.

ALLEGRI, *Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori*, Milano, 1979, 199.

ALLEVA, *La riforma del diritto cooperativo italiano*, in *Contr. e impr.*, 2003, 244.

ALPA, *La responsabilità per la direzione e coordinamento di società. Note esegetiche sull'art. 2497 c.c.*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2004, II, 661.

AMBROSINI, *I poteri del collegio sindacale*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum G. F. Campobasso*, diretto da ABBADESSE e PORTALE, III, Torino, 2007, 35.

AMBROSINI, in AA. VV., *La responsabilità della banca e dell'impresa nella gestione delle situazioni di crisi*, 52.

ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, 2° ed. Padova, 208 – 209.

- AULETTA, voce “attività”, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, 981, spec. 982.
- BADINI CONFALONIERI, *Commento all’art. 2497 c.c.*, in *Il nuovo diritto societario*, Commentario diretto da COTTINO, BONFANTE, CAGNASSO e MONTALENTI, 2004, 2163.
- BASILE, *Le persone giuridiche*, Milano 2003, 72.
- BASSI, *La disciplina dei gruppi*, in *La riforma del diritto societario. Commento al D.lgs 5-6/2003*, a cura di BUONOCORE, Torino, 2003, 205.
- BIANCHI, *Gli amministratori di società di capitali*, Padova, 2006, 540.
- BIN, *Il conflitto di interessi nei gruppi di società*, in *Contr. impr.* 1994, I, 491.
- BONELLI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società*, *Giur. comm.* 1992, I, 219.
- BONELLI, *Gli amministratori delle spa dopo al riforma delle società*, Milano, 2004, n. 290, 214 – 215.
- BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, in Colombo e Portale (diretto da), *Trattato delle s.p.a.*, Torino, 1991, IV, 174.
- BORGIOLI, *Direzione unitaria e responsabilità nell’amministrazione straordinaria*, in *Riv. soc.* 1982, 21.
- BRODASCA, *sub art. 2497 c.c.*, in *Codice commentato delle S.p.A.*, FAUCEGLIA – SCHIANO DI PEPE (a cura di), Torino, UTET, II, 2007, 1612.
- BUSSOLETTI, *Le nuove norme del codice civile nel processo societario*, *Giur. comm.* 2004, I, 313.
- CAGNASSO, *La qualificazione della responsabilità per la violazione dei principi di corretta gestione nei confronti dei creditori della società etero diretta*, in *Fall.* 2008, 1438.
- CAIAZZO, *Titolare di warrants azionari e esercizio dell’attività di direzione e coordinamento di società: quale tutela?* in *Corr. giur.* 2008, 7, 993 nota a Tribunale di Milano, 13 febbraio 2008.
- CALLEGARI, *I gruppi di società*, in *Il nuovo diritto societario*, (a cura di) COTTINO, CAGNASSO, BONFATTI, Bologna, 2009, 1056.
- CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, II, *Diritto delle società*, 288.

CAMPOBASSO, *La riforma delle società di capitali e delle cooperative*, Torino, 2003, 84.

CANTILLO, *Le obbligazioni*, I, in *Giur. sist. Bigiavi*, Torino, 1992, 203.

CAPRARA, *Attività di direzione e coordinamento: la responsabilità dell'ente pubblico*, in *Le soc.* 2008, 5, 557 e ss.

CARANO, *Responsabilità per direzione e coordinamento di società*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 435.

CARIELLO, *Amministrazione delegata di società per azioni e disciplina degli interessi degli amministratori nell'attività di direzione e coordinamento di società*, in *Riv. dir. priv.* 2005, 391.

CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Riv. soc.* 2003, 6, 1258.

CARIELLO, *Primi appunti sulla c.d. responsabilità da attività di direzione e coordinamento di società*, in *Riv. dir. civ.* 2003, fasc. 4, pt. 2.

CASADEI, *Gruppi di società nel codice civile*, in *Digesto delle disc. Privat.* – Sez. comm., IV, 4 ed., Torino, Utet, 2008, 290.

Circ. Assonime 44/2006, *Riv. soc.* 06, 1099.

COMERCI, CHINAGLIA, *commento all'art. 146 l. fall.*, in *Commentario alla legge fallimentare*, Maffei Alberti, 2009, 806 e ss..

CORSO, *La pubblicità dell'attività di direzione e coordinamento di società*, Milano, 2008, 105.

COVELLI, in BONFANTE, CORAPI, MARZIALE, RORDORF, SALAFIA, *Codice Commentato delle nuove società*, 2004, 1200.

D'ALESSANDRO, *Il diritto delle società da i "battelli del Reno" alle "navi vichinghe"*, in *Foro it.*, 1988, V, 48.

D'ARIES, *Direzione e coordinamento di società: riflessi su controllante e controllate*, in *Azienditalia* 2005, 10, 663.

DACCÒ, *sub art. 80*, in CASTAGNOLA e SACCHI, *La nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, Torino, 2000, 424 e 426.

DAL SOGLIO, *Art. 2497 c.c.*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, Padova, 2005 2320.

DAL SOGLIO, *Commento all'art. 2497 c.c.*, in *Commentario breve al diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, 2011, 1388.

DE BIASI, *Sull'attività di direzione e coordinamento*, in *Soc.* 2003, n. 7, 946.

DE NICOLA, *sub art. 2395*, *Commentario alla riforma delle società*, a cura di Marchetti, 2006, 661.

DI MAJO, *La responsabilità per l'attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, in *Giur. comm.* 2009, 540.

DOMENICHINI, *sub art. 2403bis*, in *Società di capitali*, *Commentario*, a cura di NICCOLINI e STAGNO D'ALCONTRES, II, Napoli, 2004, 756.

ENRIQUES, *Afef e la pulce della società per azioni, relazione al convegno di Varese, 20-21 settembre 2002*.

ENRIQUES, *Gruppi di società e gruppi di interesse*, in *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, in *Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, 246, 252.

ESPOSITO, *La "categoria" dell'abuso nella personalità giuridica dopo la riforma del diritto delle società di capitali*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, 53.

FAVA, *I gruppi di società e la responsabilità da direzione e coordinamento*, in *Soc.* 2003, n. 9, 1197.

FERRARA CORSI, *Diritto commerciale, L'imprenditore. Le società*, 2009, 822.

FIGÀ – TALAMANCA, *Riforma del diritto societario e gruppi di società*, in *Vita notarile*, n. 2, 2004, 1193.

FIMMANÒ, *Abuso dell'attività di etero direzione ed insolvenza delle società dominate*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, a cura di GHIA, PICCININI, SEVERINI, 2010, 342.

FIMMANÒ, *Dal socio tiranno al dominus abusivo*, in *Fall.* 2007, 415.

G.B. PORTALE, *Osservazioni sullo schema del decreto delegato (approvato dal governo in data 29-30 settembre 2002) in tema di riforma delle società di capitali*, in *Riv. dir. priv.*, 2002 fasc. 4, 716.

GALGANO, *Direzione e coordinamento di società*, in *Commentario del codice civile Scialoja – Branca*, Bologna, 2005, 65.

GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 1, Padova, 1990, 461.

- GALGANO, *Diritto commerciale, L'imprenditore. Le società*, 287.
- GALGANO, *I gruppi di società*, Torino, 2001, 52.
- GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, in *Contr. impr.*, Saggi 3, 2002, 1015.
- GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in ID. (a cura di), *Trattato di dir. comm. e dir. pubbl. dell'economia*, XXIX, Padova, Cedam, 2004, 193.
- GALGANO, *L'oggetto della holding è dunque l'esercizio mediato e indiretto dell'impresa di gruppo*, in *Contr. e impr.* 1990, 401.
- GALGANO, *Le nuove società di capitali e cooperative*, in GALGANO – GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato dir. comm. e dir. pubbl. dell'ec.*, diretto da GALGANO, II ed. I, Milano, 2004, 190.
- GAMBINO, *Responsabilità amministrativa nei gruppi societari*, in *Giur. comm.* 1993, I, 841.
- GENCO, *Il governo dell'impresa cooperativa*, in *Giur. comm.* 2006, I, 624.
- GIANNELLI, *Covenants finanziari e finanziamento dell'impresa di gruppo in crisi*, in *Riv. delle soc.* 2009, 616.
- GIOVANNINI, *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, Milano, 2007, 90.
- GIRGADO PERANDONES, *La empresa de grupo y el dercho de sociedades*, ALBOLOTE, 2001, 7 e 278.
- GUACCERO, *Alcuni spunti in tema di governance delle società pubbliche dopo la riforma del diritto societario*. in *Riv. soc.* 2004, 849.
- GUERRERA, *“Compiti” e responsabilità del socio di controllo*, in *“La disciplina dei gruppi di imprese. Profili sistematici ed esperienze applicative”*, Convegno di Firenze, 4 dicembre 2008 in *Riv. soc.* 2009, 317.
- GUGLIELMUCCI, *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento*, in *D. fall.* 2005, I, 45.
- GUIZZI, *Etero direzione dell'attività sociale e responsabilità per mala gestio nel nuovo diritto dei gruppi*, in *Riv. dir. comm.* 2003, I, 454.
- GUIZZI, *La responsabilità della controllante per non corretto esercizio del potere di direzione e coordinamento*, in *AA.VV. Profili e problemi dell'amministrazione*, 214.

GUIZZI, *Partecipazioni qualificate e gruppi di società*, in AA. VV., *Diritto delle società, Manuale breve*, 2006, 325.

IBBA, *Società pubblica e riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.* 2005, 9.

IRACE, *Art. 2497bis c.c.* in *La riforma delle società*, a cura di SANDULLI e SANTORO, Torino, 2003, 331.

JAEGER, *La responsabilità solidale degli amministratori della capogruppo nella legge sull'amministrazione straordinaria*, in *Giur. comm.* 1981, I, 415.

JORIO, *I gruppi*, in AMBROSINI (a cura di), *La riforma delle società, Profili della nuova disciplina*, 2003, 201.

LATELLA, *L'azione sociale di responsabilità esercitata dalla minoranza*, Giappichelli, 2007, 172.

LIBONATI, *Il gruppo insolvente*, Firenze, 1981, 83.

LO CASCIO, *La responsabilità degli amministratori nei gruppi di impresa*, in *Soc.* 1982, 271.

LO CASCIO, *La riforma del diritto societario, Gruppi, Trasformazione, Fusione e scissione, scioglimento e liquidazione, Società estere*, a cura di ABATE, DIMUNDO, LAMBERTINI, PANZANI e PATTI, 2003, 253.

M. RESCIGNO, *Eterogestione e responsabilità nella riforma societaria, fra aperture ed incertezze: una prima riflessione*, in *Le Soc.* 2003, n. 2bis, 334.

M. S. SPOLIDORO, *Tutela dei soci della capogruppo in Germania (con uno sguardo all'Italia)*, *Riv. soc.* 1986, 1299.

MAFFEI ALBERTI, *Amministrazione straordinaria*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1979, 744.

MAGGIOLO, *L'azione di danno contro la società o ente capogruppo (art. 2497 comma 3°)*, in *Giur. comm.* 2006, I, 179.

MAGNANI, *Art. 2403bis*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da MARCHETTI ed altri, *Collegio sindacale. Controllo contabile*, a cura di Ghezzi, Milano, 2005, 221.

MARCHISIO, *Note sulle azioni di responsabilità ex art. 2497 c.c.*, in *Soc.*, 2008, II, p. 236.

MARCHISIO, *Usi alternativi del gruppo di società*, 2009, 99.

MAUGERI, *Partecipazione sociale e attività di impresa*, 2010, 272.

MAURO, *Direzione e coordinamento: riflessi applicativi*, in *Azienditalia* 2007, 10, 733.

MAZZONI, *Capitale sociale, indebitamento e circolazione atipica del controllo*, in *La società per azioni oggi. Atti del convegno internazionale di studi, Venezia, 10-11 novembre 2006*, Milano, 2007, 536-537.

MENDITTO, *In tema di responsabilità della società capogruppo*, nota a Decreto Napoli, 28 maggio 2008, in *Foro it.*, 2009, 1963.

MIGNOLI, *Interesse di gruppo e società a sovranità limitata*, in *Contr. e imp.*, 1986, 799.

MINERVINI, “*Cronache della grande impresa*”, in *Giur. comm.* 2004, 4, I, 894.

MONTALENTI, *Conflitto di interessi nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.* 1995, I, 710.

MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. soc.* 2007, 317.

MONTALENTI, *Gruppi e conflitto di interessi nella riforma del diritto societario, op. già cit.*, 627.

MONTALENTI, *La riforma del diritto societario: appunti*, in *Soc.* 2002, 1449.

MOZZARELLI, *Responsabilità degli amministratori e tutela dei creditori nella s.r.l.*, Torino, 2007, 202.

NIGRO, *Diritto societario e procedure concorsuali*, in Abbadessa e Portale (diretto da), *Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, I, *Profili generali, costituzione, conferimenti, azioni, obbligazioni, patrimoni destinati*, Torino, 2006, 200.

NIGRO, *La responsabilità della banca nell'erogazione del credito*, in *Le soc.* 2007, 441.

NIGRO, *Nuovo diritto societario e disciplina delle crisi delle imprese*, in CASSA NAZIONALE FORENSE (a cura di), *La riforma del diritto societario*, Roma, 2003, 882.

NIUTTA, *Sulla presunzione di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento di cui agli artt. 2497 sexies e septies: brevi considerazioni di sistema*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 983.

OPPO, *Le grandi opzioni della riforma e la società per azioni, relazione introduttiva al Convegno su “Le grandi opzioni della riforma del diritto e del*

processo societario”, in *Riv. dir. civ.* 2003, I, 471 e in *Vario diritto, scritti giuridici*, VIII, Padova 2005, 279.

PANZANI, *L'azione di responsabilità ed il coinvolgimento del gruppo di imprese dopo la riforma*, in *Soc.* 2002, 1487.

PAOLINI, *Il gruppo cooperativo*, in *Contr. e impr.*, 2003, 616.

PATRONI GRIFFI, “*Fiduciary duties*” e gruppi di società, in *Giur. comm.* 1994, 5, 886.

PATTI, *Direzione e coordinamento di società: brevi spunti sulla responsabilità del capogruppo*, in *La Nuova giuris. civ. comm.*, 2003 fasc. 5, pt. 2.

PAVONE LA ROSA, *I gruppi di società di imprese ed informazione societaria*, in AA.VV., in *Atti del convegno internazionale di studi di Venezia del 5-7 novembre 1981*, Milano, 1982, p. 1119.

PAVONE LA ROSA, *L'unico azionista tra “vecchia” e “nuova” disciplina*, in *Giur. comm.* 2005, I, 433;

PAVONE LA ROSA, *La responsabilità degli amministratori della controllante nella crisi del gruppo societario*, in *Riv. soc.* 2002, 797,

PAVONE LA ROSA, *Le società controllate – I gruppi*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 2**, Torino, 1991, 581 spec 600;

PAVONE LA ROSA, *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*, in *Riv. soc.* 2003, 765.

PENNISI, *Attività di direzione e poteri della capogruppo nei gruppi bancari*, Torino, 1997, 39

PENNISI, *La disciplina delle società soggette a direzione unitaria ed il recesso dai gruppi*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da Abbadessa e Portale, 3, Torino, 2007, 891

PENNISI, *La responsabilità della banca nell'esercizio del controllo in forza di covenants finanziari*, in *Riv. delle soc.* 2009, 627.

PENTA, *La fallibilità dell'holder persona fisica*, nota a Corte d'Appello Milano, Decreto 18 luglio 2008, in *Fall.* 2009, n. 2, 169

PINTO, *La responsabilità degli amministratori per “danno diretto” agli azionisti*, in ABBADESSA e PORTALE (diretto da), II, 938;

PORTALE, *Fondazioni “bancarie” e diritto societario*, in *Riv. soc.* 2005, 34;

- PRESTI RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*, Bologna, 2007, 662.
- Relazione al decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 6. Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366 in Riv. soc. 2003, par. 13, 155.*
- RIGHINI, *Responsabilità della capogruppo e tutela dei possessori di warrants azionari*, nota a Tribunale di Milano, 13 febbraio 2008, in *Giur. comm.* 2009, II, 762
- ROJO, *Los grupos de sociedades en el dercho espanol*, in *I gruppi di società*, in *Le società*. Trattato diretto da COLOMBO e PORTALE, I, Torino, 411;
- ROMAGNOLI, *L'esercizio di direzione e coordinamento di società da parte di enti pubblici*, in *Nuova giur. comm.* 2004, II, 214;
- RONDINONE, *I gruppi di imprese fra diritto comune e diritto speciale*, 1999.
- RONDINONE, *L'"attività" nel Codice Civile*, Milano, 2001, spec. 6;
- RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Soc.*, 2004, 5, 539
- ROSSI, *Il fenomeno dei gruppi ed il diritto societario: un nodo da risolvere*, in *I gruppi di società, Atti del convegno internazionale di studi di Venezia, 16-17-18 novembre 1995*, in *Riv. soc.* 1996, I, 24.
- ROSSOTTO, CRESTA, *Direzione e coordinamento di gruppo nella riforma societaria: prime riflessioni*, in *Corr. Giur.* n. 6, 2003, 822
- SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 662
- SALAFIA, *La responsabilità della holding nei confronti dei soci di minoranza delle controllate*, in *Soc.* 2003, 2bis, 377.
- SBISÀ, *Il gruppo di società nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi (criteri di individuazione)*, in *Giur. comm.* 1980, I, 274;
- SBISÀ, *La responsabilità della capogruppo*, in *Rass. Giur. elettr.*, 2004, 685
- SBISÀ, *Responsabilità della capogruppo e vantaggi compensativi*, *Cont. impr.* 2003, 601
- SCHIANO DI PEPE, *Il gruppo di società aggiornamenti e verifiche*, in *Contr. e impr.* 1995, 672;
- SCIUTO, *Direzione e coordinamento di società*, in *La riforma delle società di capitali e cooperative*, a cura di STAROLA, Milano, 2003, 310

SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità*, in *Liber amicorum*, Abbadessa – Portale, III, 2007, 964.

SCOGNAMIGLIO, *La motivazione delle decisioni nelle società soggette a direzione e coordinamento*, Relazione tenuta nel corso del Convegno su “*La disciplina dei gruppi di imprese. Profili sistematici ed esperienze applicative*”, organizzato dalla Fondazione Cesfin A. Predieri (Firenze, 4 dicembre 2008).

SCOGNAMIGLIO, *Motivazioni delle decisioni e governo del gruppo*, in *Riv. dir. civ.* 2009, I, 757;

SCOGNAMIGLIO, *Poteri e doveri degli amministratori nei gruppi di società dopo la riforma del 2003*, in *Profili e problemi dell’amministrazione nella riforma delle società*, Milano, 2003, 201

TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, 2010, 3.

TOMBARI, *Disciplina del gruppo di imprese e riflessi sulle procedure concorsuali*, in *Fall.* 2004, 10, 1164 e ss.

TOMBARI, *I gruppi di società*, in *Le nuove s.p.a.*, CAGNASSO – PANZANI, Bologna, 2010, 1750

TOMBARI, *Il controllo sindacale sugli amministratori in una società per azioni dominante e dipendente*, in *Riv. soc.* 1997, 938;

TOMBARI, *Riforma del diritto societario e gruppi di imprese*, in *Giur. comm.* 2004, I, 73

VALLARDI, *L’insolvenza dei gruppi e l’azione di responsabilità*, in *Fall.* 2004, n. 6, 622;

VALZER, *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, in *Il nuovo diritto delle società*, LIBER AMICORUM Gian Franco Campobasso, op. già cit., 833;

VENTORUZZO, *Brevi note sul diritto di recesso in caso di direzione e coordinamento di società (art. 2497quater c.c.)*, in *Riv. soc.* 2008, 5, 1184

VICARI, *Gli azionisti nella fusione di società*, Milano, 2004, 6 e 26

VICARI, *I finanziamenti delle banche a fini ristrutturativi*, in *Giur. comm.*, 2008, 508-509.

WEIGMANN, *I gruppi di società*, in AA. VV., *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003, 210 CAMPOBASSO, *Coobbligazione cambiaria e solidarietà diseguale*, Napoli, Jovene, 1974, 183.

WEIGMANN, *Relazione orale al convegno di Courmayeur 27 settembre 2002*.

WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, Torino, 1974, 143;

ZAMPERETTI, *La responsabilità di amministratori e capogruppo per “abuso di direzione unitaria”*, nota a Tribunale di Milano, 22 gennaio 2001, in *Fall.* 2001, 1143

ZOPPINI – TOMBARI, *Intestazione fiduciaria e nuova disciplina dei gruppi di società*, in *Contr. impr.* 2004, 3, 1105

ZOPPINI, *I gruppi cooperativi (modelli di integrazione tra imprese mutualistiche e non nella riforma del diritto societario)*, in *Riv. soc.* 2005, 768.

Giurisprudenza

- App. Catania, 18 gennaio 1997, in *Banca Borsa e tit. credito* 1998, II, 158.
- App. Milano, 10 marzo 1995, in *Soc.* 1995, 1437;
- App. Milano, 17 luglio 2008, in *Fall.* 2009, 169
- App. Milano, 21 gennaio 1994, in *Soc.*, 1994, 923;
- App. Milano, 5 febbraio 1994, in *Soc.* 1994, 630;
- App. Milano, 26 settembre 2000, in *Giur. comm.* 2001, II, 562.
- Cass. 11 marzo 1996, n. 2001, in *Giur. comm.* 1997, II, 129;
- Cass. 13 febbraio 1992, n. 1759, in *Giur. comm.* 1993, II, 502;
- Cass. 14 settembre 1999, n. 9795, in *Giur. comm.* 2000, II, 168;
- Cass. 22 ottobre 2004, n. 20637, in *Soc.* 2005, 9, 1122 con nota di PACCHIAROTTI;
- Cass. 21 gennaio 1999, n. 521 in *Soc.* 1999, 428.
- Cass. 24 agosto 2004, n. 16707, con nota di GISMONDI, *Responsabilità degli amministratori di società e vantaggi compensativi*, in *Foro it.*, 2005, I, 1844;
- Cass. 26 febbraio 1990, n. 1439, in *Giur. comm.* 1991, II, 386; in *Giur. it.* 1990, I, 713 con nota di WEIGMANN;
- Cass. 27 giugno 1998, n. 6364, in *Foro it.*, 1999, I, 652;
- Cass. 27 maggio 1997, n. 4701 in *Giur. it.*, 1998, 508;
- Cass. 28 febbraio 1998, n. 2251 in *Giur. it.* 1998, 1639.
- Cass. 29 novembre 2006, n. 25275, in *Giust. Civ.* 2007, I, 888
- Cass. 29 settembre 1997, n. 9532, in *Foro amm.* 1998, 1041;
- Cass. 3 agosto 1988, n. 4817, in *Dir. Fall.*, 1989, II, 381;

Cass. 4 dicembre 2002, n. 171787, in *Dir. e prat. delle società*, 2003, 71;

Cass. 5 dicembre 1998, n. 12325 in *Giur. it.* 1999, 2317;

Cass. 5 luglio 2002, n. 9815, in *Dir. e prat. soc.* 2002, 46 con nota di IANNELLO;

Cass. 6 marzo 1999, n. 1925, in *Foro. It.*, 2000, I, 2299; in *Giur. it.*, 2000, I, 770 con nota di GUIDOTTI, *Amministratore di fatto e “negotiorum gestio”*; in *Foro it.*, 2000, I, 2299, con nota di SILVETTI; in *Corr. Giur.*, 1999, 1396, con nota di PERRONE, *Un “renvirement” della cassazione sulla responsabilità dell’amministratore di fatto*; in *Resp. Civ.*, 1999, 1319, con nota di BALZARINI, *I nuovi orientamenti della Corte di Cassazione in tema di responsabilità degli amministratori*; in *Giur. comm.*, 2000, II, 167 con nota di ABRIANI, *Dalle nebbie della finzione al nitore della realtà: una svolta nella giurisprudenza civile in tema di amministratore di fatto*; in *Soc.* 2001, 808, con nota di SALVATO, *Il “renvirement” della Suprema Corte in materia di responsabilità dell’amministratore di fatto, sul delicato problema della natura (contrattuale o semplicemente extracontrattuale) della responsabilità dell’amministratore di fatto*;

Cass. 6 ottobre 1981, n. 5241, in *Foro it.*, 1982, I, 94; ID. 28 maggio 1998, n. 5287, *ivi*, 2000, I, 242

Cass. 7 febbraio 1974, n. 327, in *Giur. comm.*, 1974, II, 651;

Cass. 7 settembre 1993, n. 9385, in *Soc.* 1994, 48;

Cass. 8 maggio 1991, n. 5123, in *Foro it.* 1992, I, 817,

Cass. 9 agosto 2002, n. 12113, in *Giur. comm.* 2004, II, 15.

Cass. civ. 18 gennaio 2005, n. 941 in *Giust. civ. Mass.*, 2005, I, in *Dir. e prat. Soc.* 2005, 72 con nota di DI LEGAMI, in *Giur. comm.* 2005, 729 con nota di SEMEGHINI

Cass. sez. un. 26 giugno 2007, n. 14712 *Giur. it.*, 5, 2008, 1150

Cass. sez. un. 28 marzo 2006 n. 7030, in *Foro it.*, 2006, I, 3417

T.A.R. Lazio, sez. III., 2 febbraio 2007, n. 777, in *Red. Amm. TAR*, 207,2, 547;

Trib. Biella, 17 novembre 2006 consultabile in www.ilcaso.it

Trib. Bologna 12 aprile 2006, in *Redazione giuffré*,

Trib. Milano 19 marzo 1993, in *Soc.* 1993, 1247;

Trib. Milano 23 aprile 2008, *Soc.* 2009, 86

Trib. Milano, 13 febbraio 2008 con nota di CAIAZZO, *Titolare di warrants azionari e esercizio dell'attività di direzione e coordinamento di società: quale tutela?* in *Corr. giur.* 2008, 7, 993; in *Giur. comm.* 2009, II, 762

Trib. Milano, 2 ottobre 1986, in *Soc.* 1987, 301;

Trib. Milano, 22 gennaio 2001, in *Fall.* 2001, 1143 con nota di ZAMPERETTI, *La responsabilità di amministratori e capogruppo per "abuso di direzione unitaria"*;

Trib. Milano, 23 aprile 2008, in *Le soc.* 2009, 78 e ss. con nota di FICO

Trib. Napoli, 26 maggio 2008, in *Fall.* 2008, 1435 con nota di CAGNASSO

Trib. Napoli, 9 aprile 2008, in *Il dir. fall. e delle soc. comm.*, 2009, II, 249 con nota di PENTA

Trib. Pescara, 16 gennaio 2009, in *Le soc.* 2010, con nota di ZANELLI;

Trib. Roma, 2 febbraio 1999, in *Soc.* 1999, 951

Trib. Roma, 10 gennaio 2001, in *Soc.* 2001, 1256, con nota di DI MAJO, in *Banca, borsa, tit. cred.* 2002, 176, con nota di DACCÒ;

Trib. Roma, 17 luglio 2007, in *Riv. dir. comm.* 2008, II, 216;

Trib. Torino, 20 marzo 1989, in *Giur. it.* 1989, I, 2, 740.

Trib. Vicenza 23 novembre 2006, in *Fall.* 2007, 415, con nota di FIMMANÒ, *Dal socio tiranno al dominus abusivo*,