



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

Corso di Laurea Magistrale a ciclo unico in Giurisprudenza

**LA RESPONSABILITÀ DELLA CAPOGRUPPO IN IPOTESI
DI FALLIMENTO DELLA SOCIETÀ ETERODIRETTA**

Relatore:

Chiarissimo Prof. Roberto Sacchi

Correlatore:

Dott.ssa Micol Sabbioni

Tesi di laurea di:

Raffaele Agostinelli

Anno Accademico 2018-2019

*Per te,
che hai sempre creduto
che fosse possibile*

SOMMARIO

INTRODUZIONE	1
--------------------	---

CAPITOLO I

IL FENOMENO DEI GRUPPI DI SOCIETÀ NEL DIRITTO SOCIETARIO E FALLIMENTARE

1. PREMESSA. IL GRUPPO DI SOCIETÀ: UNA PLURALITÀ DI CENTRI GIURIDICAMENTE AUTONOMI	4
2. L'EVOLUZIONE DELLA DISCIPLINA IN TEMA DI GRUPPI DI SOCIETÀ NEL CODICE CIVILE	12
3. LA RESPONSABILITÀ DELLA CAPOGRUPPO NELLA RIFORMA DEL DIRITTO SOCIETARIO. UN BREVE INQUADRAMENTO DELLA DISCIPLINA.....	15
4. IL GRUPPO DI IMPRESE E L'INSOLVENZA	20
5. IL CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA E DELL'INSOLVENZA. UNA PREMESSA	27
5.1 LE NOVITÀ DEL CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA E DELL'INSOLVENZA PER I GRUPPI DI SOCIETÀ	31
5.2 <i>CONTINUA</i> . CENNI SULLE AZIONI DI RESPONSABILITÀ E SULLA RESPONSABILITÀ INFRAGRUPPO	38

CAPITOLO II

LA RESPONSABILITÀ DA ATTIVITÀ DI DIREZIONE E COORDINAMENTO

1. UN INQUADRAMENTO DELLA RESPONSABILITÀ DELLA SOCIETÀ CAPOGRUPPO	41
2. L'AMBITO DI APPLICAZIONE: L'ATTIVITÀ DI DIREZIONE E COORDINAMENTO.....	49
3. GLI ELEMENTI COSTITUTIVI DELLA FATTISPECIE	60
4. I PRINCIPI DI CORRETTA GESTIONE SOCIETARIA E IMPRENDITORIALE	63
5. L'INTERESSE IMPRENDITORIALE PROPRIO O ALTRUI	70
6. IL DANNO ALLA REDDITIVITÀ E AL VALORE DELLA PARTECIPAZIONE ED IL DANNO ALL'INTEGRITÀ DEL PATRIMONIO SOCIALE. RINVIO	73

CAPITOLO III

LA RESPONSABILITÀ *EX ART. 2497 COD. CIV.* ALLA LUCE DEL FALLIMENTO DELLA SOCIETÀ ETERODIRETTA. LA LEGITTIMAZIONE ATTIVA

1. PREMESSA	75
2. LA LESIONE ALL'INTEGRITÀ DEL PATRIMONIO DELLA SOCIETÀ. L'AZIONE DEI CREDITORI DELLA SOCIETÀ ETERODIRETTA.	77

3. IL DANNO ALLA REDDITIVITÀ ED AL VALORE DELLA PARTECIPAZIONE. L'AZIONE DEI SOCI DELLA SOCIETÀ ETERODIRETTA	85
4. L'ART. 2497, COMMA QUARTO, COD. CIV.: LA LEGITTIMAZIONE DEL CURATORE E LE SORTI DELL'AZIONE DEI SOCI IN CASO DI FALLIMENTO DELLA SOCIETÀ ETERODIRETTA	99
5. LA LEGITTIMAZIONE ATTIVA DELLA SOCIETÀ ETERODIRETTA	113
5.1 SORTE DELL'AZIONE DI RESPONSABILITÀ PER ABUSO DI DIREZIONE E COORDINAMENTO SPETTANTE ALLA SOCIETÀ CONTROLLATA DICHIARATA INSOLVENTE	132
6. QUALI NOVITÀ DAL CODICE DALLA CRISI E DELL'INSOLVENZA?	135

CAPITOLO IV

LA LEGITTIMAZIONE PASSIVA

1. PREMESSA: I SOGGETTI RESPONSABILI PER L'ATTIVITÀ DI DIREZIONE E COORDINAMENTO "ABUSIVA". LE SOCIETÀ E GLI ENTI.....	139
2. LA COMPARTICIPAZIONE ALL'ABUSO DI ETERODIREZIONE EX ART. 2497, COMMA SECONDO, COD. CIV.	145
2.1. <i>SEGUE</i> . LA RESPONSABILITÀ DI CHI HA CONSAPEVOLMENTE TRATTO BENEFICIO	159
3. IL TERZO COMMA DELL'ART. 2497 COD. CIV. E IL PROBLEMA DELLA LEGITTIMAZIONE PASSIVA DELLA SOCIETÀ ETERODIRETTA	163
4. LA LEGITTIMAZIONE PASSIVA DELLA <i>HOLDING</i> PERSONA FISICA	169
5. RIFLESSIONI CONCLUSIVE: UN BREVE CONFRONTO CON LA RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE.....	179
BIBLIOGRAFIA	186
ELENCO DELLA GIURISPRUDENZA.....	196

INTRODUZIONE

La volontà di chiudere un percorso di studi con un argomento che traesse dal diritto commerciale e dal diritto fallimentare la sua *ratio* ispiratrice mi è parsa naturale, in quanto sono le materie su cui ho basato le mie scelte lavorative.

Ringrazio il Prof. Roberto Sacchi, che alla mia richiesta: “*un argomento che, come dire, possa offrirmi qualche opportunità in più*”, mi ha affidato un campo d’indagine, la responsabilità della capogruppo, qui analizzata sotto la lente del fallimento delle società eterodiretta, che non solo mi ha appassionato, ma le cui difficoltà di comprensione costituiscono un continuo spunto di ricerca e confronto che spero mi accompagneranno anche successivamente.

Ho il piacere altresì di ringraziare la dott.ssa Micol Sabbioni che, mi ha aiutato a dare un indirizzo più concreto ai vari percorsi di ricerca e con pazienza, e infinita disponibilità, mi ha soccorso negli ostacoli che nell’analisi ho dovuto affrontare.

* * *

La possibilità di esperire l’azione di responsabilità nei confronti dei protagonisti della vita societaria ha acquisito una notevole rilevanza pratica, sia per l’aumento esponenziale delle crisi d’impresa, a cui non sono rimaste estranee le realtà imprenditoriali di grandi dimensioni, sia per via del c.d. depotenziamento dell’azione revocatoria in ambito fallimentare. Da qui, la necessità dei curatori, incaricati di gestire il patrimonio fallimentare, di ricercare altre “vie” per rimpinguare le esigue casse fallimentari.

L’esercizio dell’azione di responsabilità da parte del curatore nei confronti, in senso lato, dei protagonisti della vita societaria di un’impresa dichiarata fallita, coinvolge diversi “piani” di analisi (*i.e.* il nesso causale, l’elemento soggettivo, la quantificazione del danno, la natura della responsabilità), tutti da dipanare affinché possa essere riconosciuta dall’autorità giudiziaria l’illiceità del comportamento dedotto dal curatore¹.

In questo scenario, l’argomento affidatomi, la responsabilità da direzione e coordinamento nella specifica ipotesi in cui la società dominata sia soggetta a procedura concorsuale, «*pare essere il più complesso posto dall’art. 2497 cod. civ.*»².

Assunte queste difficoltà, l’elaborato si propone di analizzare alcune problematiche, per lo più processuali, che l’esercizio dell’azione di responsabilità da parte del curatore pone in un contesto di gruppo di imprese. In *obiter*, verranno affrontati temi sui quali pare opportuno dedicare alcune, pur brevi, iniziali considerazioni.

¹ Senza nascondere che, rispetto ad ogni valutazione di natura giuridica, si pone preliminarmente la necessità di accertare la capacità dei convenuti di far fronte alla pretesa risarcitoria, posto che non avrebbe senso intentare un’azione in difetto di un patrimonio che, all’esito vittorioso della causa, non possa essere fruttuosamente aggredito.

² M. BUSSOLETTI, E. LA MARCA, *Gruppi e responsabilità da direzione unitaria*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2010, I, pag.131 (nota 146).

L'analisi, nella sua prima parte, prende le mosse dalla introduzione della disciplina della direzione e coordinamento di società di cui agli artt. 2497 e ss. cod. civ., introdotta dalla riforma organica delle società di capitali, recata con il d. lgs. 17 gennaio 2003 n.6, in attuazione della legge delega 3 ottobre 2001 n. 366.

Il legislatore nell'affrontare il fenomeno dei gruppi di società non lo ha fatto attraverso regole definitorie e di disciplina, così come lo autorizzava la norma delegante (art. 10), ma indirettamente, attraverso la regolazione del profilo "patologico" della c.d. direzione unitaria: la responsabilità della capogruppo.

Dopo un breve *excursus*, anche di carattere storico, sulla disciplina contenuta negli artt. 2497 e ss. cod. civ., il lavoro affronterà le problematiche generate dall'organizzazione in forma di gruppo e, in particolare, qualora l'insolvenza colpisca una società soggetta ad attività di direzione e coordinamento da parte di un'altra società, c.d. *holding*.

Constatata l'assenza di una disciplina compiuta della crisi "del e nel" gruppo di società, ed esposta la valorizzazione del principio di autonomia giuridica delle singole società, il primo capitolo si occuperà, altresì, della insolvenza dei gruppi di società così come regolata nel nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

Poiché la disciplina della direzione e coordinamento contenuta nel Codice Civile, conferma il tradizionale orientamento della irresponsabilità patrimoniale della capogruppo per i debiti della controllata dichiarata fallita, l'analisi si concentrerà sulla responsabilità risarcitoria prevista dall'art. 2497 cod. civ..

Nel dare spazio all'azione di responsabilità nell'ambito dei gruppi e, così, agli elementi costitutivi della fattispecie, come disciplinati dal legislatore, l'analisi si concentrerà sui problemi di legittimazione processuale, attiva e passiva, che assumono poi particolare "colorazione" in caso di fallimento della società eterodiretta.

L'interesse più rilevante di questo lavoro è rappresentato dallo studio delle problematiche legate alla legittimazione "diretta" dei creditori e soci della eterodiretta per il danno subito, rispettivamente, all'integrità del patrimonio sociale e alla redditività e al valore della partecipazione, nonché all'azione risarcitoria esercitata dal curatore del fallimento della società soggetta all'altrui direzione e coordinamento.

Dall'analisi del danno risarcibile ai soci e creditori della eterodiretta, si riuscirà a comprendere meglio l'ultimo comma dell'art. 2497 cod. civ., che attribuisce, qualora sia stata accertata l'insolvenza della società eterodiretta, al curatore la legittimazione all'esercizio della sola azione di responsabilità da direzione e coordinamento dei creditori.

Da qui, un problema di cumolo delle azioni e la necessità di un coordinamento tra la predetta azione "spogliata" ai creditori, e le concorrenti azioni, se ritenute esperibili, dei soci della eterodiretta e, se riconosciuta, della società eterodiretta stessa.

Il lavoro non esaurisce le problematiche che l'interprete e il curatore del fallimento di una società eterodiretta nell'esercizio dell'azione di responsabilità deve affrontare (peraltro, alcune delle quali opportunamente evidenziate nel corso della trattazione), ma vuole essere

un tentativo di illustrazione delle rilevanti problematiche per lo più di coordinamento, in tema di legittimazione, che la norma pone.

Per tale ragione, ho cercato di condurre un'indagine ampiamente sostenuta da opportuni riferimenti a dottrina e giurisprudenza, operazione che si è rilevata di notevole complessità vista la sconfinata bibliografia in tema di società eterodiretta *in bonis* e, di contro, l'esigua letteratura qualora la stessa sia stata dichiarata fallita.

CAPITOLO I

IL FENOMENO DEI GRUPPI DI SOCIETÀ NEL DIRITTO SOCIETARIO E FALLIMENTARE

SOMMARIO: 1. PREMESSA. IL GRUPPO DI SOCIETÀ: UNA PLURALITÀ DI CENTRI GIURIDICAMENTE AUTONOMI – 2. L’EVOLUZIONE DELLA DISCIPLINA IN TEMA DI GRUPPI DI SOCIETÀ NEL CODICE CIVILE – 3. LA RESPONSABILITÀ DELLA CAPOGRUPPO NELLA RIFORMA DEL DIRITTO SOCIETARIO. UN BREVE INQUADRAMENTO DELLA DISCIPLINA – 4. IL GRUPPO DI IMPRESE E L’INSOLVENZA – 5. IL CODICE DELLA CRISI D’IMPRESA E DELL’INSOLVENZA. UNA PREMESSA – 5.1 LE NOVITÀ DEL CODICE DELLA CRISI D’IMPRESA E DELL’INSOLVENZA PER I GRUPPI DI SOCIETÀ – 5.2 *CONTINUA*. CENNI SULLE AZIONI DI RESPONSABILITÀ E SULLA RESPONSABILITÀ INFRAGRUPPO

1. PREMESSA. IL GRUPPO DI SOCIETÀ: UNA PLURALITÀ DI CENTRI GIURIDICAMENTE AUTONOMI

L’organizzazione di una pluralità di società in una struttura di “gruppo” è oggi un fenomeno di ampia diffusione³. Questo fenomeno, di per sé lecito e fisiologico⁴, consiste

³ F. GALGANO e G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società. Artt. 2497-2497 septies cod. civ.*, in *Commentario al Codice Civile A. SCIALOJA, G. BRANCA*, (a cura di) F. GALGANO, Zanichelli-Bologna, 2014, pag.1 e segg.. L’Autore ricollega il fenomeno dei gruppi di società alla grande o medio-grande impresa del nostro tempo. Secondo il report Istat, pubblicato il 19 novembre 2015, “*I gruppi di impresa in Italia*”, nel 2013, è questo l’anno di riferimento dell’ultima indagine disponibile per la consultazione, erano oltre 92 mila i gruppi di società e comprendevano più di 212 mila imprese attive con una stabile organizzazione in Italia, occupando oltre 5,5 milioni di addetti e più di 274 mila lavoratori esterni. Rispetto al 2012, il numero di gruppi è aumentato del 2,2%. Si legge che «*in media i gruppi di impresa presentano una società organizzata semplice, svolgono poco meno di due attività diverse e sono presenti in una sola regione*». Per ulteriori dati, si rinvia a: www.istat.it. Dai dati richiamati nel report emerge che il fenomeno del gruppo di impresa, nelle sue dimensioni reali, tende a propagarsi anche alla media e medio piccola impresa, rispecchiando la struttura del tessuto imprenditoriale del nostro paese.

⁴ Il fenomeno del gruppo di imprese viene collegato alla nascita delle società per azioni, come opportunità scaturente da questa configurazione giuridica. Tramutata la partecipazione sociale in un valore di scambio, le società possono divenire partecipi di altre società fino ad acquisire una posizione di controllo, così da utilizzare una società come strumento di un’altra, al fine di svolgere una particolare attività, o di operare in un particolare mercato. Si tratta dunque di una forma di organizzazione dell’attività d’impresa a formazione spontanea che solo successivamente trova una sua regolamentazione da parte del legislatore, F. GALGANO, *I gruppi di società*, in *I grandi temi. Le società*, a cura di F. GALGANO, Utet-Torino, 2001, pag.2 e segg.. La principale differenza fra i due fenomeni è data dal fatto che la società per azioni è stata una “creazione legislativa”, il gruppo di società è il “frutto di una inventiva imprenditoriale”, così F. GALGANO e G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento*

nell'aggregazione di più società, formalmente autonome ed indipendenti, ma sottoposte all'influenza dominante di un unico soggetto, che, direttamente o indirettamente, le controlla, coordinando e dirigendo la loro attività di impresa, attraverso un programma imprenditoriale unitario⁵. Il gruppo di imprese è una tecnica organizzativa dell'impresa caratterizzata dalla sua articolazione in una pluralità⁶ di centri giuridicamente autonomi⁷.

*di società. Artt. 2497-2497 septies cod. civ., in Commentario al Codice Civile A. SCIALOJA, G. BRANCA, (a cura di) F. GALGANO, Zanichelli-Bologna, 2014, pag.3 e segg.. Merita qui un breve cenno comparativo. Nel diritto americano, la nascita dei gruppi viene tradizionalmente fatta risalire ad una legge del New Jersey del 1896 con la quale per la prima volta è stata riconosciuta la possibilità – fino a quel momento esclusa perché ritenuto atto *ultra vires* - che una società acquistasse azioni di un'altra società. F. GALGANO e G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società. Artt. 2497-2497 septies cod. civ., in Commentario al Codice Civile A. SCIALOJA, G. BRANCA, (a cura di) F. GALGANO, Zanichelli-Bologna, 2014, pag.3 e segg.**

⁵ G.F. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale, II, Diritto delle società*, Utet-Torino, 2006, pag.289 e segg.. Si mette conto in tale sede che, in materia è sorto un “contrasto” sull'interesse di gruppo: se questo sia distinto da quello delle singole società del gruppo e dalla stessa capogruppo o meno, ovvero, se, riconosciuto l'interesse di gruppo, questo sia sovraordinato rispetto agli interessi delle società soggette a direzione unitaria; F. BONELLI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società*, in *Giur. Comm.*, 1992, I, pag.220. Più recentemente, M. MAUGERI, *Interesse sociale, interesse dei soci e interesse di gruppo*, in *Giur. Comm.* 2012, I, pag.66. Per P. MONTALENTI, *L'attività di direzione e coordinamento: dottrina, prassi, giurisprudenza*, in *Giur. Comm.*, 2016, II, pag.111 e segg., l'interesse di gruppo è l'interesse comune a tutte le società del gruppo, distinto dall'interesse della capogruppo e dall'interesse delle singole società appartenenti al gruppo.

⁶ La pluralità può consistere anche nella presenza complessiva di due sole società, e ciò, sebbene la lettera dell'art. 2497 *sexies* cod. civ., con il suo riferimento “al consolidamento dei loro bilanci” e all'art. 2497 cod. civ., con l'indicazione alla violazione dei principi di corretta gestione “delle società medesime”, ossia delle società dominate, sembri richiedere una pluralità di società controllate. Cfr. M. BUSSOLETTI, E. LA MARCA, *Gruppi e responsabilità da direzione unitaria*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2010, I, pagg.80-81; A. GAMBINO, *Su taluni problemi in tema di gruppi*, in *Giur. Comm.*, 2012, I, pag.7; per i quali non può attribuirsi al plurale, utilizzato dal legislatore in dette norme, valore precettivo sia perché l'obbligo di redigere il bilancio consolidato si attiva a seguito del controllo anche di una sola società sia soprattutto perché la tutela dei soci esterni e dei creditori sociali di una società controllata non può essere diversa a seconda «che il socio di maggioranza ne controlli altre o solo quella»; contra R. BERNABAI, *Profili processuali delle azioni di responsabilità*, in *Società*, 2005, pag.227.

⁷ C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Cedam-Padova, 2006, 2^a ed., pag.190; G. SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, in AA.VV. (a cura di P. ABBADESSA e G.B. PORTALE), *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum G.F. CAMPOBASSO*, Utet-Torino, 2007, III, pag.949. Il fenomeno dei gruppi di società viene dalla dottrina qualificato come un'aggregazione di imprese societarie formalmente autonome e indipendenti l'una dall'altra, ma assoggettate tutte a una direzione unitaria. Tutte le società appartenenti al gruppo sono sotto l'influenza dominante di un'unica società, c.d. società capogruppo, che direttamente o indirettamente controlla e dirige la loro attività d'impresa, secondo un disegno unitario, per il perseguimento di uno scopo comune a tutte le società del gruppo, c.d. interesse di gruppo. In altre parole, nei gruppi «ad un'unica impresa sotto il profilo economico corrispondono più imprese sotto il profilo giuridico: tante quante

Il *leitmotiv* del fenomeno dei gruppi – e che solleva al contempo complessi problemi giuridici - è rappresentato proprio dalla dicotomia fra unità e pluralità. Il gruppo, sotto il profilo economico, costituisce una unità, mentre, sul piano giuridico, è composto da un insieme di soggetti distinti, ciascuno dei quali costituisce un autonomo centro di imputazione di diritti e doveri⁸.

L'autonomia giuridica delle singole società appartenenti al gruppo consente di separare i rischi economici correlati ai diversi settori produttivi dell'impresa, ovvero di limitare i rischi a ciascun mercato in cui essa si trova ad operare. Le società controllate (c.d. eterodirette) svolgono la funzione di unità operative: possono essere preposte alla cura di un particolare mercato, oppure, se il processo produttivo è frazionato in fasi distinte, alla cura di un determinato settore operativo all'interno del medesimo processo produttivo. In questo modo è possibile che i rischi a cui sono sottoposte le società siano sopportati da una sola impresa del gruppo, preservando le altre dalle conseguenze negative che normalmente si ripercuotono su tutta l'impresa se questa fosse organizzata come singola unità⁹.

In breviter, nel gruppo confluiscono i vantaggi dell'unità economica con quelli offerti dall'articolazione in più strutture organizzative, giuridicamente distinte e autonome,

sono le società facenti parte del gruppo», così G.F. CAMPOBASSO, *Le partecipazioni rilevanti. I gruppi di società*, in G.F. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale, II, Diritto delle società*, Utet-Torino, 2006, pag.286.

⁸ Cfr. G. SBISÀ, *Commento all'art. 2497 cod. civ. Commi 1 e 2*, in AA.VV. (a cura di G. SBISÀ), *Direzione e coordinamento di società. Artt. 2947-2947 septies cod. civ., Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI, L.A. BIANCHI, F. GHEZZI, M. NOTARI, 2012, pag.5. In giurisprudenza, Trib. Biella, 17 novembre 2006, in *Il Caso.it*, 2008: «*Il gruppo di società consiste in un'aggregazione di imprese formalmente autonome e indipendenti l'una dall'altra ma assoggettate tutte ad una direzione unitaria. Tutte sono sotto l'influenza dominante di un'unica società (la capogruppo) che direttamente o indirettamente controlla e dirige, secondo un disegno unitario, la loro attività d'impresa per il perseguimento di uno scopo unitario e comune a tutte le società del gruppo (cd. interesse di gruppo). In altre parole, nei gruppi, ad un'unica impresa sotto il profilo economico corrispondono più imprese sotto il profilo giuridico, restando fermo nel nostro ordinamento il principio cardine della distinta soggettività e della formale indipendenza giuridica delle società del gruppo*».

⁹ La formazione di gruppi è sollecitata proprio dall'esigenza di eliminare o comunque ridurre le “*diseconomie di scala*” relative alla gestione di imprese di grandi dimensioni e molteplici possono essere i benefici derivanti dall'appartenenza ad un gruppo per le singole società coinvolte. Ad esempio, la possibilità di utilizzare un marchio di gruppo assai notorio o di ricorrere a dei prestiti infragruppo a condizioni migliori rispetto a quelli di mercato o, ancora, di disporre di un maggior potere contrattuale e di beneficiare di importanti economie di scala, A. DACCÒ, *I gruppi di società*, in M. CIAN (a cura di), *Diritto Commerciale, II*, Giappichelli, 2014, pag.673. La dottrina aziendalistica, cfr. C. BUTTÀ, *Una metodologia per l'approccio economico-aziendale allo studio dei gruppi di imprese*, in *I gruppi di società*, a cura di A. PAVONE LA ROSA, 1982, pag.29, sintetizza le principali utilità derivanti dalla struttura del gruppo, individuandole: a) nella flessibilità strutturale; b) nella delimitazione e riduzione dei rischi di investimento; c) nel cosiddetto *leverage* finanziario.

avvalendosi della rapidità e relativa autonomia gestionale, nonché della diversificazione e separazione del rischio d'impresa nelle singole unità operative¹⁰.

Le *holding*¹¹ sono società il cui oggetto sociale si estrinseca nella finalità di detenzione, in via esclusiva o meno, di partecipazioni, gestendo le predette partecipazioni ed esercitando, o meno, attività di direzione e coordinamento delle società partecipate. Si distingue così tra, *holding* “pure”, il cui oggetto sociale si concretizza nel solo esercizio dell'attività di gestione delle proprie partecipazioni, ovvero, *holding* “operative”, nelle quali all'attività tipica di gestione si affianca un'attività di impresa intesa in senso tradizionale che può essere o meno prevalente rispetto a quella di detenzione¹².

La pluralità di società controllate, ciascuna formalmente autonoma, dotata di propri organi e di un proprio patrimonio, ha posto rilevanti difficoltà al riconoscimento del gruppo come “unico imprenditore”.

Si ricordano a riguardo i problemi interpretativi dell'attività svolta dalla *holding* c.d. pura. La questione che si è posta era relativa alla qualificazione della *holding* come imprenditore e, quindi, quella di inquadrare l'attività della stessa nella previsione di cui all'art. 2082 cod.

¹⁰ G.F. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale, II, Diritto delle società*, Utet-Torino, 2006, pag.287. Il gruppo consente che i rischi derivanti dai diversi settori e dai diversi mercati siano assunti dalla controllante «*solo nei limiti del capitale direttamente investito nella controllata o indirettamente investito nelle sub-controllate*», cfr. F. GALGANO e G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società. Artt. 2497-2497 septies cod. civ.*, in *Commentario al Codice Civile A. SCIALOJA, G. BRANCA*, (a cura di) F. GALGANO, Zanichelli-Bologna, 2014, pag.4.

¹¹ Dal verbo anglosassone “*to hold*”, traducibile in “*detenere*”. Nel prosieguo, per *holding* si intende la società che esercita l'attività di direzione e coordinamento, sicché i termini capogruppo, società madre, controllante e *holding* vengono utilizzati come sinonimi.

¹² Così F. GALGANO, *I gruppi di società*, in *I grandi temi. Le società*, a cura di F. GALGANO, Utet-Torino, 2001, pag.2 e segg.. Per G.F. CAMPOBASSO, *Le partecipazioni rilevanti. I gruppi di società*, in G.F. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale, II, Diritto delle società*, Utet-Torino, 2006, pag.287, il gruppo sotto un profilo strutturale e meramente descrittivo può assumere differenti conformazioni e articolazioni nel suo insieme. Vi possono essere gruppi c.d. a catena (nei quali la società madre controlla una società figlia che a sua volta è controllante un'altra società, secondo tale meccanismo, appunto, c.d. a catena) ovvero, gruppi c.d. stellari (nei quali la società madre controlla ogni singola società appartenente al gruppo), che possono, inoltre, intrecciarsi tra loro dando vita a nuove forme al gruppo stesso. Ulteriore classificazione, in funzione del vincolo che lega le società appartenenti al gruppo, distingue i gruppi in: *i*) orizzontali o paritetici, nei quali l'assoggettamento di più società alla direzione e coordinamento è fondato sul contratto; *ii*) verticali, nei quali tale subordinazione poggia sull'influenza che discende dal controllo di cui all'art. 2359 cod. civ.. I vincoli di partecipazione sociale e l'influenza dominante che deriva dall'art. 2359 cod. civ., costituiscono un elemento essenziale della fattispecie “gruppo di società”. Sull'esatta definizione del rapporto tra controllo e gruppo, *rectius*, “direzione e coordinamento” di cui all'art. 2497 cod. civ., si rinvia al Cap. II par. 2.

civ. In particolare, se fossero o meno assoggettabili a fallimento i soggetti che avevano svolto tale funzione¹³.

In assenza di una normativa specifica¹⁴, il gruppo di società veniva considerato dalla giurisprudenza una entità rilevante ai soli fini economici, che non assumeva rilevanza giuridica come autonomo soggetto o diverso centro di imputazione di interessi¹⁵. Sull'assunto della distinta soggettività giuridica delle società partecipanti, il gruppo non assumeva autonoma rilevanza giuridica; da ciò, le singole società continuavano ad essere autonomi centri di imputazione e non rispondevano delle obbligazioni, né degli illeciti, imputabili ad altre società del gruppo¹⁶.

La mancanza di un centro di imputazione giuridica del gruppo ha avuto rilievo anche in tema di responsabilità degli amministratori. Così si è affermato che l'interesse da prendere in

¹³ F. GALGANO, *I gruppi di società*, in *I grandi temi. Le società*, a cura di F. GALGANO, Utet-Torino, 2001, pag.70.

¹⁴ Si rinvia nel prosieguo la trattazione del riconoscimento da parte del legislatore del fenomeno dei gruppi di società. Cfr. paragrafo successivo.

¹⁵ Si ricorda, Cass. 13 giugno 1986, n. 3945, in *Giust. Civ. Mass.*, 1986, fasc.6, che riteneva «*Allo stato della normativa vigente, il gruppo o collegamento di società è tale solo in senso economico, senza che possa in alcun modo parlarsi, rispetto ad esso, di personalità giuridica e neppure di una qualsiasi, pur limitata, forma di soggettività o di centro d'imputazione*»; Cass. 08 maggio 1991, n. 5123, in *Giust. Civ.*, 1992, I, pag.2509 e in *Foro It.*, 1992, I, pag.817: «*Posto che il gruppo di imprese non costituisce un soggetto giuridico o comunque un centro di interessi autonomo rispetto alle società collegate, la nozione di interesse sociale deve essere valutata tenendo conto dell'autonomia soggettiva delle singole società del gruppo*».

¹⁶ Analogamente la giurisprudenza fallimentare, che in tema di accertamento dello stato di insolvenza riteneva che lo stesso dovesse essere valutato con esclusivo riferimento alla situazione finanziaria della singola società, indipendentemente dal fatto che faccia parte di un gruppo di società, così Cass. 8 febbraio 1989, n. 795, in *Dir. Fall.*, 1989, II, pag.575: «*Al fine della dichiarazione del fallimento di una società, l'accertamento dello stato d'insolvenza deve essere effettuato con esclusivo riferimento alla situazione economica della società medesima, anche quando essa sia inserita in un gruppo, cioè in una pluralità di società collegate o controllate da un'unica società-madre (od holding), atteso che, nonostante tale collegamento o controllo, ciascuna di dette società conserva distinta personalità giuridica ed autonoma qualità d'imprenditore, rispondendo, con il proprio patrimonio, soltanto dei propri debiti, e che, inoltre, le speciali disposizioni dettate per l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi esprimono norme eccezionali che non autorizzano una diversa configurazione del gruppo e comunque non sono estensibili al di fuori delle peculiari ipotesi considerate*». Ma anche Cass. 16 luglio 1992 n. 8656, in *Dir. Fall.*, 1993, II, pag.381 e in *Fall.*, 1993, pag.247. Non erano comunque mancati i tentativi di dare ingresso alla figura del gruppo di imprese; così con riferimento all'amministrazione controllata, merita segnalare un precedente giurisprudenziale con cui in sede di ammissione a tale procedura si era dato rilievo all'esigenza di risanamento dell'impresa gruppo; Trib. Roma, 25 giugno 1993, in *Giur. Comm.*, 1994, II, pag.100, con nota di M. RICOLFI.

considerazione per valutare il conflitto di interessi deve essere riferito all'autonomia soggettiva di ciascuna società facente parte del gruppo¹⁷.

Successivamente, nel dare rilievo giuridico al fenomeno del gruppo di società, la giurisprudenza (di merito)¹⁸, in una prima fase, riteneva che la *holding* costituisse, di per sé, un'impresa commerciale riconducibile nella categoria delle imprese ausiliarie ex art. 2195, n.5, cod. civ.¹⁹. Successivamente la Cassazione, che decideva sul medesimo caso giudicato

¹⁷ La giurisprudenza aveva posto in rilievo che tali organi non potevano compiere atti che, pur risultando eseguiti nell'interesse del gruppo o delle altre società collegate, pregiudichino le società che amministrano; così, Cass. 13 febbraio 1992, n. 1759, in *Dir. Fall.*, 1992, II, pag.685: «*Con riguardo ad un gruppo di società collegate in senso economico e dirigenziale (in virtù dell'unione personale costituita dalla pressoché totale indennità dei titolari dei pacchetti azionari e dalla comunanza degli organi direttivi), ma non in senso giuridico, per l'inconfigurabilità dei presupposti richiesti dall'art. 2359 cod. civ., gli organi amministrativi di una società non possono compiere atti che, realizzando le direttive del gruppo, favoriscano altre società collegate, quando tali atti pregiudichino gli interessi della prima società*»; ma anche la predetta Cass. 08 maggio 1991, n. 5123, in *Giust. Civ. Mass.*, 1991, fasc. 5.: «*Il gruppo di imprese non costituisce un soggetto giuridico o comunque un centro di interessi autonomo rispetto alle società collegate e, pertanto, anche ai fini della responsabilità degli amministratori – quando manchi la prova di un accordo fra le varie società, diretto a creare un'impresa unica, con direzione unitaria e patrimoni tutti destinati al conseguimento di una finalità comune e ulteriore – va valutato il comportamento che la legge e l'atto costitutivo impongono rispetto alla società di appartenenza, talché essi rispondono verso la medesima società della inosservanza dei loro doveri, senza che sia possibile compensare, in una valutazione globale del loro comportamento, il pregiudizio cagionato a quest'ultima, per effetto di mala gestio, col corrispondente vantaggio di altra società del gruppo*».

¹⁸ Che ha "abbracciato" la tesi esposta in dottrina da B. LIBONATI, *Holding e investment trust*, Giuffrè-Milano, 1959, pag.73, volta a superare il mancato riconoscimento alla *holding* della qualità giuridica di imprenditore.

¹⁹ Trib. Roma, 3 luglio 1982, in *Foro It.*, 1982, I, pag.2898, per la quale: «*nessun dubbio può essere poi giustificato in ordine alla configurabilità nelle attività in questione dei caratteri dell'impresa espressamente enunciati dall'art. 2082 cod. civ.. In primo luogo, deve segnalarsi che è opinione accreditata e diffusa in dottrina quella secondo cui la holding costituisce di per sé un'impresa commerciale, risolvendosi nella produzione di servizi, che può essere gestita anche da una persona fisica quando sia accompagnata dall'esercizio personale, organizzato e professionale. Indipendentemente da tale profilo, collegato con la posizione di capogruppo, è altresì incontestabile che le numerose attività svolte direttamente dai falliti (classificate, in precedenza, come servizi di assistenza tecnica e finanziaria stabilmente prestati alle società) sono riconducibili nella categoria delle imprese ausiliarie ex art. 2195, n.5, cod. civ., nella quale, in correlazione con la definizione data dall'art. 2082 cod. civ., sono comprese tutte quelle operazioni non industriali e non intermediarie, che, in quanto suscettibili di organizzazione in modo autonomo come impresa, siano dirette obiettivamente ad agevolare l'esercizio delle attività principali nella loro tipica funzionalità, anche se non necessariamente ad agevolare anche singole imprese commerciali e singole operazioni o atti di commercio (Cass. 28 gennaio 1977, n.433). L'art. 2195, n.5, traccia, dunque, una figura elastica ed eterogenea di impresa qualificata da una funzione di complementarietà, la cui esistenza – sulla base dell'indagine innanzi condotta – è sicuramente ravvisabile nel caso di specie in cui sono state accertate tre distinte organizzazioni individuali di impresa preordinate al sistematico svolgimento di quelle attività sussidiarie occorrenti per agevolare integrare e sorreggere l'azione di 158 società*». Si nota che questa sentenza è stata pronunciata nel

dal Tribunale di Roma²⁰, c.d. caso Caltagirone²¹, ha ridefinito il gruppo di società, qualificando come unico imprenditore il soggetto controllante il gruppo (che svolge l'attività d'impresa attraverso le società del gruppo), dando così giuridica rilevanza a quello che è l'elemento caratterizzante il gruppo di società: la direzione unitaria.

In particolare la Suprema Corte ha affermato che: *«A capo di un gruppo di società può esservi una holding societaria o individuale: ambedue queste figure possono qualificarsi imprenditori commerciali se, con apposita organizzazione e continuità professionale, esercitano un'attività di direzione, coordinamento e programmazione delle società commerciali controllate, idonea ad incrementarne sul piano economico i profitti (in tal caso l'impresa è comune a più imprenditori, ossia le società che l'esercitano direttamente la holding pura operativa che la esercita indirettamente); o anche, in alternativa, se esercitano una funzione soltanto ausiliaria, di finanziamento o di tesoreria o di procacciamento di affari o di servizi resi alle società commerciali controllate, purché tale attività sia svolta in nome proprio ed economicamente remunerata».*

Il riconoscimento della rilevanza giuridica del gruppo non toglie, comunque, che le singole società del gruppo mantengano una loro soggettività giuridica. *«[...] l'autonomia soggettiva e patrimoniale delle singole componenti del gruppo, non solo non viene superata, ma costituisce altro momento caratterizzante del modello operativo del gruppo societario. Il fatto che nel gruppo, con deduzione delle disposizioni normative indicate, si sia giunti all'affermazione dell'unità dell'impresa esercitata anche con attività mediata, pure in presenza della pluralità di imprenditori, non giustifica il venire meno delle autonomie soggettive e patrimoniali delle singole componenti in cui il modello si articola. Conseguentemente, ciascuna società, sia essa controllata, sia essa la controllante, assume la responsabilità patrimoniale connessa alle obbligazioni effettivamente e direttamente*

corso della medesima vicenda processuale che avrebbe dato luogo, nel 1990, all'accoglimento da parte della Cassazione della "opposta" tesi dell'unità giuridica dell'impresa di gruppo, come appresso meglio esposto.

²⁰ Cfr. nota n.19.

²¹ Cass. SS.UU. 26 febbraio 1990, n. 1439, reperibile, tra le altre, in *Foro It.*, 1990, I, pag.1174, in *Giust. Civ.*, 1990, I, pag.2394, con nota di V. SANTARSIERE, in *Giur. It.*, 1990, I, pag.713, con nota di R. WEIGMANN, in *Fall.*, 1990, pag.495, con nota di F. LAMANNA, in *Giur. Comm.*, 1991, II, pag.366, con nota di N. RONDINONE. In tale occasione la Suprema Corte era stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità di una dichiarazione di fallimento emessa dal Tribunale di Roma nei confronti dei "Fratelli Caltagirone" in proprio e quali soci illimitatamente responsabili di una società di fatto ritenuta esistente fra loro. Nella sentenza la Corte ha dovuto affrontare anche altre questioni giuridiche controverse tra le quali la configurazione di una *holding* costituita da una persona fisica o da una società di fatto.

assunte, alle attività negoziali direttamente ed in proprio come esplicate. [...] La nozione economica, inoltre, che individua nel gruppo sostanzialmente un'unica impresa articolata su più soggetti, può trovare una corrispondente qualificazione giuridica sulla base indicata, individuando nel gruppo in quanto tale un'unica impresa articolata, alla quale peraltro non corrisponde un unico imprenditore ma, mediante l'incidenza dell'attività indiretta, una pluralità di imprenditori, quanti sono i soggetti del gruppo, e tra essi la capogruppo».

Dall'accoglimento della rilevanza giuridica alla figura dell'organizzazione di una pluralità di imprese in gruppo di società, le cui attività vengono coordinate per perseguire un unico fine economico, derivano anche una serie di aspetti problematici, principalmente legati al rischio che le decisioni delle società eterodirette, orientate all'interesse del gruppo²², possano rivelarsi pregiudizievoli per le società stesse singolarmente considerate. Dunque, si pone il pericolo di un esercizio abusivo della direzione e coordinamento da parte della capogruppo che potrebbe condurre le società eterodirette a scelte lesive del proprio interesse sociale individuale.

La gestione accentrata di un'impresa economicamente unitaria, ma giuridicamente divisa in più soggetti autonomi, ha così posto, tra gli altri²³, il problema della tutela dei soci e dei creditori delle società sottoposte al volere della società madre²⁴. Nei confronti di tali

²² Per P. MONTALENTI, *L'attività di direzione e coordinamento: dottrina, prassi, giurisprudenza*, in *Giur. Comm.*, 2016, II, pag.111 e segg., l'interesse delle singole società appartenenti al gruppo, è condizionato dalla "logica di gruppo". Per meglio dire, l'interesse sociale della singola società è «astratto nei binari delle linee direttrici in cui si articolano e si esprimono le direttive di gruppo».

²³ Il gruppo di società determina una serie di aspetti problematici, presi in considerazione dall'ordinamento sotto, almeno, tre differenti profili: a) prevedendo degli obblighi di pubblicità, volti ad assicurare una adeguata informazione sui collegamenti di gruppo; b) rendendo ostensibili ai terzi le scelte di gestione compiute dagli amministratori della eterodiretta influenzate o determinate da direttive della società madre, così da determinare il corretto funzionamento degli organi decisionali; c) evitare – ed è l'aspetto che, sotto una particolare lente, verrà affrontato nel presente lavoro – che il non corretto esercizio del potere da parte della capogruppo sia produttivo di un pregiudizio al patrimonio della società sottoposta e risulti così dannoso per gli azionisti che non fanno parte del gruppo di comando nonché i creditori della società eterodiretta, G. GUIZZI, *Partecipazioni qualificate e gruppi di società*, in AA.VV., *Diritto delle società. Manuale Breve*, Giuffrè-Milano, 2008, pag.345 e segg.; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale, II, Diritto delle società*, Utet-Torino, 2006, pag.288.

²⁴ Problema che F. DENOZZA, *Rules vs. Standards nella disciplina dei gruppi: l'inefficienza delle compensazioni "virtuali"*, in *Giur. Comm.* 2000, I, pag.328, definisce come un "conflitto tra esigenze allocative ed esigenze redistributive". Anticipando quanto sarà oggetto di esame nel prosieguo, l'assoggettamento delle società controllate al perseguimento dell'interesse di gruppo, è in grado di determinare, per i soci di minoranza, un pregiudizio economico, legato alla redditività e al valore della partecipazione sociale, come recita l'art. 2497 cod. civ., non necessariamente bilanciato dai vantaggi che tali soci possono conseguire nella logica del gruppo, e, per i creditori sociali, all'inosservanza degli obblighi inerenti la

categorie di soggetti il legislatore è intervenuto, come si dirà, senza tuttavia dettare una nozione di gruppo, e attraverso regole definitorie e di disciplina, così come lo autorizzava la norma delegante, art. 10 l. n. 366 del 2001, ma indirettamente, attraverso, «forse, il versante più significativo e delicato di esso, come quello della “responsabilità”».

Prima di procedere all’analisi di questa “nuova” forma di responsabilità, è necessario ripercorrere, per brevi cenni, il riconoscimento e la disciplina nel nostro ordinamento, della figura del gruppo di società.

2. L’EVOLUZIONE DELLA DISCIPLINA IN TEMA DI GRUPPI DI SOCIETÀ NEL CODICE CIVILE

Fino alla Riforma del diritto societario (d. lgs. 17 gennaio 2003, n.6, in attuazione della l. 3 ottobre 2001, n. 366), la regolamentazione dei gruppi di società è stata frammentaria, dispersa fra poche disposizioni del Codice Civile e varie leggi settoriali²⁵.

Difatti, il legislatore del 1942 non ha dedicato nel Codice Civile alcuna disposizione in tema di raggruppamenti di imprese, limitandosi alla formulazione degli artt. 2359²⁶ e 2360 cod. civ., destinati ad enucleare la sola nozione di controllo societario e ad evitare il rischio di “annacquamento” del capitale sociale²⁷.

conservazione dell’integrità del patrimonio sociale e della conseguente insufficienza al soddisfacimento delle loro ragioni.

²⁵ In giurisprudenza, vedi Trib. Milano, 22 gennaio 2001, in *Fall.*, 2001, pag.1143, secondo cui «la legislazione comunque frammentaria non consente affatto di affermare una nozione unitaria di gruppo ed è per questo che si è parlato di “fattispecie a geometria variabile (...)”». In dottrina vedi F. PAOLUCCI, *Imprese in Crisi (amministrazione straordinaria)*, in *Digesto, Disc. Priv. Sez. Comm.*, VII, Torino, 1992, pag.22.

²⁶ Pur rinviando successivamente l’analisi dell’articolo del codice *de qua*, occorre da subito ricordare come, benché il controllo fosse indice della sussistenza del gruppo, esso fosse inadeguato e insufficiente a descrivere la complessità del fenomeno dei gruppi di società.

²⁷ R. RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Società*, 2004, pag.539 rileva come il fenomeno del gruppo societario era già noto al legislatore del 1942, che nella Relazione del Ministero Guardasigilli Grandi al Codice Civile del 1942 fa esplicito riferimento ai gruppi di società come ad un «fenomeno che risponde tipicamente agli orientamenti della moderna economia organizzata [...] e, tuttavia, il legislatore del tempo non solo rifuggì anch’egli da ogni definizione avente valore normativo, ma neppure intese dettare una qualche disciplina concernente il difficile contemperamento tra l’integrazione economico-impresoriale e l’autonomia giuridica delle diverse società raggruppate». Emerge, quindi, che il silenzio del Codice Civile sui gruppi non è stato il frutto di un difetto di consapevolezza del problema, bensì di una ben precisa scelta del legislatore del tempo, così P. ABBADESSA, *I gruppi di società nel diritto italiano*, in *I gruppi di società: ricerche per uno studio critico*, a cura di A. PAVONE LA ROSA, Il Mulino-Bologna, 1982, pag.104, nt. 3, il quale sottolinea che «il silenzio del codice circa il fenomeno dei gruppi non è il risultato di un difetto di consapevolezza del problema [...], ma il risultato di una consapevole scelta in senso liberista del legislatore».

Le disposizioni miravano ad impedire «una moltiplicazione illusoria di ricchezza, la quale può indurre chi ignora la genesi di tale apparenza a far credito alle società, fino a quando l'inevitabile rovescio di tutte le costruzioni senza basi distruggerà la fittizia ricchezza del debitore e il credito non fittizio di chi in quella ha fatto affidamento»²⁸.

Analogamente, anticipando quanto verrà meglio esposto in seguito, lo stesso fenomeno dell'articolazione d'impresa non era considerato rilevante dalla Legge Fallimentare, che ha, anche successivamente²⁹, continuato a considerare l'impresa non societaria e autonoma, come si evince, anche, dalle esigue disposizioni dedicate alla disciplina del fallimento delle società (artt. 146 – 154 l. fall.).

Prescindendo per il momento dalla specifica materia dell'insolvenza, il rilievo del rapporto di gruppo, oltre che nell'art. 2359 e 2360 cod. civ., si rinviene in alcuni testi normativi di settore³⁰: a) nel decreto legge n. 95 del 1974, convertito con la legge 216 del 1974, in materia di bilancio consolidato del gruppo per le società quotate, che dispone l'esenzione dall'obbligo di effettuare comunicazioni di cui agli art 5 e 5 bis per le società e gli enti del gruppo facente capo ad una società o ad un ente tenuti alla redazione di un bilancio consolidato, qualora questi ultimi, o la persona fisica che le controlla abbiano effettua le

²⁸ *Relazione del Ministero Guardasigilli Grandi al Codice Civile del 1942, "Dei gruppi di società e delle partecipazioni"*, in www.consiglionazionaleforense.it, pag.963.

²⁹ G. SCOGNAMIGLIO, *Gruppi di imprese e procedure concorsuali*, *Giur. Comm.* 2008, II, pag.1091. L'Autore rileva come il legislatore fallimentare, nei successivi interventi di modifica della normativa fallimentare non si è discostato dall'impostazione della legge fallimentare del 1942, precisando che: «è rilievo comune da parte dei commentatori e dei primi interpreti della riforma della legge fallimentare – realizzata in tappe successive, dapprima con il d. lgs. n.35 del 2005 (convertito in l. n.80 del 2005), poi con il d. lgs. n.5 del 2006 e, da ultimo, con il d. lgs. n. 37 del 2007 – che sia stata persa un'occasione importante per colmare una lacuna della previgente disciplina fallimentare, sostanzialmente "muta" rispetto alla fattispecie del "gruppo" di imprese». Così anche F. GUERRERA, *Il fallimento delle società nella riforma. Prime osservazioni*, Relazione svolta al convegno di Messina del 26 novembre 2005 su "La riforma del diritto fallimentare", in www.fallimentonline.it: «Alquanto gravi appaiono invece [...] specialmente sotto il profilo del mancato o insufficiente coordinamento con la riforma del diritto societario, le carenze di regolamentazione in materia: di (i) gruppi di società, fenomeno notoriamente ormai diffusissimo a livello di impresa medio piccola, e di (ii) azioni di responsabilità per fatti di abuso della direzione unitaria contro la società controllante, gli amministratori della società controllata e gli altri soggetti potenzialmente coobbligati in quanto concorrenti o beneficiari dell'illiceità (art. 2497, commi 1° e 2° cod. civ.)». Cfr. anche M. GABOARDI, *Spunti sulla legge delega per la riforma organica delle procedure concorsuali: profili processuali*, in *Riv. Soc.*, 2018, pag.137.

³⁰ Viene proposta, a livello esemplificativo, la presa di coscienza da parte del legislatore del fenomeno dei gruppi di società. Per una ricostruzione degli interventi del legislatore in materia di gruppi di società, G. SCOGNAMIGLIO, *I gruppi di società (Cap.XIII)*, in *Diritto commerciale*, a cura di V. ALLEGRI, Monduzzi-Bologna, 2010, pag.477 e segg..

comunicazioni medesime³¹; b) nel Testo unico in materia bancaria e creditizia (d. lgs. 1 settembre 1993, n.385) che in più punti richiama il concetto di gruppo, *i.e.* art. 61, comma 4, dispone che la capogruppo, nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, emana disposizioni alle componenti del gruppo per l'esercizio delle istruzioni impartite dalla Banca d'Italia nell'interesse della stabilità del gruppo; c) d. lgs. 9 aprile 1991 n.127, che all'art. 25 impone alle società di capitali che controllano un'impresa di redigere il bilancio consolidato; d) nel Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (d. lgs. 24 febbraio 1998, n.58), che all'art.12 dispone una vigilanza estesa a tutte le società appartenenti al gruppo; e) l. 7 agosto 1990 n.250 in tema di contributi per l'editoria stabilisce all'art. 4 che i contributi concessi non ne usufruiscano le imprese collegate all'impresa richiedente; f) la disciplina di cui al d. lgs. n. 4 dicembre 1992, n.480, che in tema di marchi e brevetti prevede, all'art. 22, la legittimazione della *holding* alla presentazione della domanda di registrazione del segno, in vista della sua utilizzazione da parte di imprese di cui il registrante abbia il controllo³².

In assenza di una disciplina unitaria e organica di riferimento, prima del 2003, si cercava perciò di ricostruire una responsabilità della capogruppo attraverso altri strumenti che il nostro ordinamento era in grado di fornire, come nel prosieguo verrà meglio esposto³³.

³¹ Curiosamente, il legislatore, in epoca remota, riconosce, *rectius*, non esclude, la “persona fisica” quale soggetto tenuto al controllo e così alla redazione del bilancio consolidato. Sulla questione della imputabilità della responsabilità *ex art.* 2497 cod. civ., comma primo, cod. civ. si rinvia l'approfondimento nel Cap. IV.

³² Sui sopradetti interventi normativi, frammentari e peculiari alle specifiche esigenze settoriali che ne giustificano l'intervento, è emersa la questione se i “principi” in essi contenuti siano o meno applicabili solamente nello specifico settore oggetto di intervento, ovvero, essendo dunque insuscettibili di applicazione generale, cfr. N. RONDINONE, *I gruppi di imprese fra diritto comune e diritto speciale*, Giuffrè-Milano, 1999, pag.39 e segg.

³³ P. ABBADESSA, *La responsabilità della società capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2008, I, pag.279: «E' altrettanto noto come prima della recente riforma la soluzione del problema venisse ricercata movendo dall'idea che la responsabilità andava in primo luogo intestata in capo agli amministratori della società abusata (pregiudicata, cioè, da comportamenti *contra legem* della società capogruppo), per avere gli stessi assecondato o, quanto meno, non contrastato gli effetti “perversi” della direzione unitaria, salvo poi andare ad individuare, in immediata successione, i percorsi per una propagazione di tale responsabilità verso l'alto: nei confronti degli amministratori della società controllante e, ove possibile, nei confronti della controllante stessa, in pratica la sola *deep pocket* cui i soggetti lesi potevano sperare di attingere».

Ma è con la riforma del diritto societario del 2003, realizzata con il Decreto Legislativo 6/2003³⁴, che viene dettata una disciplina “positiva” di organizzazione delle attività economiche esercitate dai gruppi societari, in cui assume un ruolo preminente la “responsabilità”, *rectius*, la tutela dei soci e dei creditori delle società eterodirette.

3. LA RESPONSABILITÀ DELLA CAPOGRUPPO NELLA RIFORMA DEL DIRITTO SOCIETARIO. UN BREVE INQUADRAMENTO DELLA DISCIPLINA

In attuazione della delega contenuta nell’art. 10³⁵ della l. 3 ottobre 2001, n. 366 il legislatore, con il d. lgs. 17 gennaio 2003, n.6, introduce, al Capo IX, Titolo V, del Libro V del Codice Civile e, precisamente negli articoli da 2497 a 2497 *sexies* cod. civ. (cui si è aggiunto, a seguito del d. lgs. n. 37 del 14 febbraio 2004, l’art. 2497 *septies*)³⁶, una disciplina “*dotata di una qualche organicità*”³⁷ dedicata all’attività di direzione e coordinamento delle società,

³⁴ Sul tema in generale, *ex multis*, G.F. CAMPOBASSO, *La riforma delle società di capitali e delle cooperative*, Utet-Torino, 2003, pag.286 e segg.; F. DI SABATO, *Diritto delle società*, Giuffrè-Milano, 2011, pag.397 e segg.; P. MONTALENTI, *La riforma del diritto societario: prime valutazioni e prospettive*, in *Società*, 2005, pag.16.

³⁵ Si ritiene opportuno riportare il contenuto dell’art. 10 della l. n.366/2001, che recita: «*La riforma in materia di gruppi è ispirata ai seguenti principi e criteri direttivi:*

a) *prevedere una disciplina del gruppo secondo principi di trasparenza e tale da assicurare che l’attività di direzione e di coordinamento contemperino adeguatamente l’interesse del gruppo, delle società controllate e dei soci di minoranza di queste ultime;*

b) *prevedere che le decisioni conseguenti ad una valutazione dell’interesse del gruppo siano motivate;*

c) *prevedere forme di pubblicità dell’appartenenza al gruppo;*

d) *individuare i casi nei quali riconoscere adeguate forme di tutela al socio al momento dell’ingresso e dell’uscita della società dal gruppo, ed eventualmente il diritto di recesso quando non sussistono le condizioni per l’obbligo di offerta pubblica di acquisto».*

³⁶ Originariamente la previsione della suddetta norma era contenuta nell’art. 2497 *sexies*, cod. civ., il quale al secondo comma prevedeva che «*Le disposizioni del presente capo si applicano altresì a chi esercita attività di direzione e coordinamento di società sulla base di un contratto con le società medesime o di clausole dei loro statuti*». Con il d. lgs. 37/2004 è stato abrogato il secondo comma dell’art. 2497 *sexies*, cod. civ. e il suo contenuto è stato trasposto nel nuovo art. 2497 *septies*, cod. civ., ora rubricato “*Coordinamento fra società*”.

³⁷ In tal senso, U. TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, Giuffrè-Milano, 2010, pag.5. U. TOMBARI, *Riforma del diritto societario e gruppo di imprese*, in *Giur. Comm.*, 2004, I, pag.61, con riferimento alla disciplina contenuta negli artt. da 2497 cod. civ. a 2497 *septies* cod. civ. parla di un “diritto dei gruppi” e di uno “statuto organizzativo di una società di gruppo”. L’Autore afferma che «*la nuova disciplina del gruppo di società realizza, sostanzialmente, un compromesso tra due linee di politica legislativa*», quella che mira alla tutela dei soci esterni e dei creditori della società diretta e coordinata, e quella che tende a «*disciplinare il gruppo come forma di organizzazione dell’impresa*». L’art. 2497 cod. civ. deve essere interpretato, quindi, non solo come norma che tutela i soci di minoranza e i creditori particolari della società controllata, ma anche «*come regola “in positivo” per lo svolgimento dell’attività di direzione e coordinamento (Organisationsrecht)*». L’Autore,

pur riconoscendo nell'ambito della disciplina del gruppo la centralità dell'art. 2497 cod. civ. sulla responsabilità della capogruppo, nota che il legislatore ha introdotto anche altre disposizioni relative ai «*profili di "diritto di organizzazione" di una società di gruppo*» che vengono così ad integrare quello che l'Autore definisce "diritto dei gruppi" o "statuto organizzativo di una società di gruppo". In particolare, tali disposizioni sono individuate negli artt.: 2381, 5° comma, cod. civ., relativo all'obbligo degli organi delegati di riferire al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale sulle operazioni di maggior rilievo effettuate dalla società e dalle sue controllate, 2403 *bis*, 2° comma, cod. civ., relativo ai poteri del collegio sindacale di richiedere agli amministratori notizie sull'andamento gestionale "anche con riferimento a società controllate" e di "scambiare informazioni con i corrispondenti organi delle società controllate", 2409, 1° comma, cod. civ., sul controllo giudiziale in relazione a gravi irregolarità nella gestione che possono cagionare danno ad "una o più società controllate" e negli artt. 2497 *bis*, 2497 *ter*, 2497 *quater* e 2497 *quinquies* c.c.. Cfr. U. TOMBARI, *Disciplina del gruppo di imprese e riflessi sulle procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2004, pag.1165; U. TOMBARI, *Riforma del diritto societario e gruppo di imprese*, in *Giur. Comm.*, 2004, I, pag.74 e segg.; U. TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, Giuffrè-Milano, 2010, pag.93 e segg.; R. PENNISI, *La disciplina delle società soggette a direzione unitaria ed il recesso nei gruppi*, in P. ABBADESSA, G.B. PORTALE (diretto da), *Il Nuovo diritto delle Società. Liber amicorum G.F. CAMPOBASSO*, Torino, 2007, III, pag.889 e segg.; R. PENNISI, *La legittimazione della società diretta all'azione di responsabilità per abuso di attività di direzione e coordinamento*, in *RDS*, 2014, pag.195 e segg.. In tal senso v. anche V. CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Riv. Soc.*, 2003, pag.1232 e segg., secondo cui la scelta del legislatore delegato di concentrarsi, in particolare, sulla responsabilità da attività di direzione e coordinamento, non impedisce comunque all'interprete di individuare una sorta di "statuto organizzativo" del gruppo facendo riferimento oltre che alle norme di cui agli artt. 2497 ss. cod. civ., alla disciplina delle società di capitali e agli "spazi concessi all'autonomia statutaria". Quindi, la disciplina del fenomeno del gruppo di società, si fonda essenzialmente, ma non esclusivamente, sulle previsioni introdotte con la riforma societaria degli artt. 2497 e segg. cod. civ.. Ricordo a tal proposito, e a mero titolo esemplificativo le norme precedentemente richiamate, e così, il comma quinto dell'art. 2381 cod. civ., il comma secondo dell'art. 2403 *bis* cod. civ. e il comma primo dell'art. 2409 cod. civ.. Al di fuori delle norme del Codice Civile, il riferimento è, innanzitutto, al d. lgs. 24 febbraio 1998 n. 58, in particolare agli artt. 11 e 12 sulla nozione di gruppo rilevante ai fini autorizzativi e agli artt. 151, 151 *bis* e 151 *ter*, sui poteri infragruppo degli organi di controllo di società. Ancora, si deve avere riguardo anche al d. lgs. 9 aprile 1991 n. 127 che disciplina il bilancio consolidato, individuando sostanzialmente una nozione di gruppo. È stato inoltre evidenziato che in presenza di una società appartenente ad un gruppo e sottoposta alla disciplina di cui al capo IX le disposizioni normative previste per il tipo prescelto devono essere interpretate proprio alla luce degli artt. 2497 e segg. del cod. civ. e dei principi generali di disciplinari relativi alla direzione e coordinamento di società dagli stessi introdotti. È sufficiente, a questo proposito ricordare l'art. 2380 *bis* cod. civ. in base al quale la gestione dell'impresa spetta nelle spa, esclusivamente agli amministratori. Nei gruppi, invece, è possibile trarre dalle disposizioni in esame una indicazione generalizzata sulla liceità in sé dell'attività di direzione e coordinamento e, quindi, sulla possibilità per il socio, che tale attività esercita, di interferire sulle principali scelte strategiche, anche se relative alla sfera gestionale. Anche l'art. 2391 cod. civ. in tema di interessi degli amministratori nella S.p.A. sono state interpretate in relazione alle società c.d. di gruppo non isolatamente, ma alla luce del criterio dei c.d. vantaggi compensativi enunciato nell'art. 2497 cod. civ., così U. TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, Giuffrè-Milano, 2010, pag.115.

omettendo, intenzionalmente, una definizione di gruppo a cui ricollegare l'operatività delle norme in questione³⁸.

Il legislatore della riforma riconosce il carattere fisiologico dell'attività di direzione e coordinamento esercitata all'interno dei gruppi, ma, al tempo stesso, tiene conto che dall'esercizio non corretto di tale attività possono derivare danni, oltre che alle società dipendenti, agli azionisti e ai creditori di queste quando il perseguimento dell'interesse di gruppo comporti sacrifici per le società che ne fanno parte.

In tal senso, pur non mancando importanti regole di funzionamento dell'impresa "gruppo di società", quali³⁹ quelle introdotte dal Capo IX relative alla pubblicità dell'appartenenza della società ad un gruppo (art. 2497 *bis* cod. civ.), alla motivazione delle decisioni sociali influenzate dall'attività di direzione e coordinamento (art. 2497 *ter* cod. civ.), al diritto di recesso del socio della società eterodiretta (art. 2497 *quater* cod. civ.), ai finanziamenti infragruppo (art. 2497 *quinquies* cod. civ.) e, infine, l'ambito di applicazione delle disposizioni in materia di direzione e coordinamento (art. 2497 *sexies, septies* cod. civ.)⁴⁰, la

³⁸ Tra i molti, A. DI MAJO, *La responsabilità per l'attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, in *Giur. Comm.*, 2009, I, pag.537. La mancata definizione di "gruppo" nell'art. 2497 e segg. cod. civ., così come confermato dalla Relazione di accompagnamento alla Riforma del diritto societario, è stata voluta dal legislatore, in quanto, da un lato, qualunque nuova nozione si sarebbe dimostrata inadeguata all'incessante evoluzione della realtà sociale, economica e giuridica; nonché, sotto altro aspetto, si è ritenuto che il problema centrale del fenomeno del gruppo fosse quello della responsabilità, in sostanza della controllante, nei confronti dei soci e dei creditori sociali della controllata, A. PATTI, *Commento agli artt. 2497-2497 sexies*, in AA.VV. (a cura di G. LO CASCIO), *La riforma del diritto societario. Gruppi, trasformazione, fusione e scissione, scioglimento e liquidazione, società estere*, 2003, pag.241. Il testo della Relazione è pubblicato, fra gli altri, in *La riforma del diritto societario, Lavori preparatori. Testi e materiali*, a cura di F. AULETTA, G. LO CASCIO, U. TOMBARI, M. VIETTI, A. ZOPPINI, Giuffrè-Milano, 2006 e in *Giur. Comm.*, suppl. al n. 4/03, e in *Riv. Soc.*, 2003, pag.155 e segg..

³⁹ Si è già detto in apertura di paragrafo che la disciplina del gruppo di impresa non è contenuta solo nella previsione dell'art. 2497 e segg. cod. civ., ma anche in alcune norme dettate per le società monadi, che hanno "legami" con il gruppo di società. Per un approfondimento, cfr. nota n. 37.

⁴⁰ Per un'analisi di tutte le disposizioni del Capo IX e delle problematiche interpretative e applicative ad esse inerenti, si rinvia ai numerosi scritti in materia, per i quali è impossibile, stante la vastità della letteratura, tentarne una selezione bibliografica. Così, anche per ulteriori riferimenti normativi, si rinvia, *ex multis*, A. PATTI, *Commento agli artt. 2497-2497 sexies*, in AA.VV. (a cura di G. LO CASCIO), *La riforma del diritto societario. Gruppi, trasformazione, fusione e scissione, scioglimento e liquidazione, società estere*, 2003, pag.279 e segg.; P. DAL SOGLIO, *Commento art. 2497 cod. civ.*, in *Commentario breve al diritto delle società*, (a cura di) A. MAFFEI ALBERTI, 2007, pag.1137 e segg.; AA.VV., *Direzione e coordinamento di società. Artt. 2947-2947 septies cod. civ.*, *Commentario alla riforma delle società*, (a cura di) G. SBISÀ) diretto da P. MARCHETTI, L.A. BIANCHI, F. GHEZZI, M. NOTARI, 2012. In tale sede, come già esposto, si rileva che l'applicazione delle norme degli artt. 2497 e segg. cod. civ. è indipendente dalla forma giuridica degli enti

nuova disciplina dei gruppi è prioritariamente incentrata sui profili patologici della gestione del gruppo⁴¹.

Come sopra anticipato, la norma di maggiore interesse, anche ai fini del presente lavoro, è, in primo luogo, l'art. 2497 cod. civ.⁴²⁻⁴³, che ha disciplinato le conseguenze patologiche dell'attività di direzione e coordinamento, introducendo una nuova fattispecie di illecito, posto in essere dalla società o ente che, nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento di società, per un interesse imprenditoriale proprio o altrui, agisce in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime. Attività che potrebbe determinare una diminuzione della redditività e del valore della partecipazione sociale, e perciò un danno per i soci delle società sottoposte a direzione e coordinamento, ovvero, un danno all'integrità del patrimonio della società eterodiretta, e

coinvolti nell'organizzazione di gruppo. Si tratta dunque di un corpo di norme applicabile in presenza di una struttura imprenditoriale di gruppo, a prescindere dalla forma giuridica degli enti che lo costituiscono (che potranno essere, dunque, s.p.a., s.r.l. o anche società di persone e secondo P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. Soc.*, 2007, pag.323, seppur in termini dubitativi, anche nei confronti delle società di fatto). A riguardo, A. ZOPPINI, U. TOMBARI, *Intestazione fiduciaria e nuova disciplina dei gruppi di società*, in *Contratto e Impresa*, 2004, pag.1105 definiscono la disciplina della direzione e coordinamento di società una normativa "transtipica".

⁴¹ La responsabilità da direzione e coordinamento costituisce la chiave di lettura della normativa introdotta con la riforma societaria, in quanto il legislatore non ha disciplinato il gruppo sotto il profilo organizzativo, ma ha avuto riguardo al profilo della tutela dei soci e creditori esterni. Il legislatore, dunque, considera le ipotesi patologiche di esercizio della c.d. direzione unitaria, il cardine della disciplina del Capo IX, cfr. AA.VV., *La riforma del diritto societario, Lavori preparatori. Testi e materiali*, (a cura di) F. AULETTA, G. LO CASCIO, M. VIETTI, U. TOMBARI, A. ZOPPINI, Giuffrè-Milano, 2006, pag.257 e in *Giur. Comm.*, suppl. al n. 4/03.

⁴² Art. 2497 cod. civ.: «*Le società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società, agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società. Non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette. Risponde in solido chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio. 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. Nel caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria di società soggetta ad altrui direzione e coordinamento, l'azione spettante ai creditori di questa è esercitata dal curatore o dal commissario liquidatore o dal commissario straordinario.*».

⁴³ Dunque «*si è ritenuto che il problema centrale del fenomeno del gruppo fosse quello della responsabilità, in sostanza della controllante, nei confronti dei soci e dei creditori sociali della controllata*», cfr. Relazione allo schema di d. lgs. n.6/2003 - Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della l. 366/2001. Per i riferimenti della relazione cfr. nota n. 41.

perciò un danno per i creditori delle stesse. Illecito, peraltro, estensibile agli altri soggetti concorrenti, ovvero beneficiari, dell'illecito, ai sensi del secondo comma dell'art. 2497 cod. civ.⁴⁴.

Verificatisi tali presupposti, il socio e il creditore dell'eterodiretta possono agire *uti singuli* contro il soggetto che esercita l'attività di direzione e coordinamento, a condizione che non siano stati soddisfatti dall'eterodiretta medesima *ex art. 2497, comma terzo, cod. civ.*⁴⁵. Di qui il riconoscimento della legittimazione attiva in capo, rispettivamente, al singolo socio "esterno"⁴⁶ ed al singolo creditore della società sottoposta a direzione e coordinamento e, anticipando quanto sarà oggetto di analisi nel prosieguo, del curatore nel caso di fallimento della società eterodiretta, ai sensi dell'art. 2497, comma quarto, cod. civ..

Nell'affermare la responsabilità della società o dell'ente controllante, il legislatore compie una vera e propria "*rivoluzione copernicana*", anzitutto perché è concepita come responsabilità della stessa *holding*⁴⁷. Difatti, sino alla riforma del 2003, il legislatore si era limitato ad affermare la responsabilità degli amministratori della capogruppo, ed il

⁴⁴ G. SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, in AA.VV. (a cura di P. ABBADESSA e G.B. PORTALE), *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum G.F. CAMPOBASSO*, Utet-Torino, 2007, III, pag.945.

⁴⁵ Notevoli difficoltà interpretative sorgono in relazione a quanto previsto dal terzo comma dell'art. 2497 cod. civ., laddove si afferma 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 all'attività di direzione e coordinamento*», cfr. C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Cedam-Padova, 2006, 2^a ed., pag.208 e segg.; P. ABBADESSA, *La responsabilità della società capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2008, I, pag.287; G. SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, in AA.VV. (a cura di P. ABBADESSA e G.B. PORTALE), *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum G.F. CAMPOBASSO*, Utet-Torino, 2007, III, pag.953; G. GUIZZI, *Eterodirezione dell'attività sociale responsabilità per mala gestio nel nuovo diritto dei gruppi*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2003, I, pag.454; M. MAGGIOLLO, *L'azione di danno contro società o ente capogruppo (art. 2497, 3, c.c.)*, in *Giur. Comm.*, 2006, I, pag.176 e, da ultimo, P. DAL SOGLIO, *Una ventata d'aria fresca per le cause di responsabilità promosse contro la capogruppo*, in *Giur. Comm.*, 2018, II, pag.838 e segg.. Stante la "singolarità" della disposizione, la ricostruzione della disposizione, seppur limitatamente ai fini del presente lavoro, verrà affrontata nel prosieguo, cfr. Cap. III par. 5 e Cap. IV par. 3.

⁴⁶ Per "socio esterno" si intende esterno al controllo e perciò non avente, a differenza del soggetto in posizione di controllo, titolo per accedere ai benefici della politica di gruppo, C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Cedam-Padova, 2006, 2^a ed., pag.194.

⁴⁷ P. ABBADESSA, *La responsabilità della società capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2008, I, pag.279; F. GALGANO, *Direzione e coordinamento di società. Artt.2497-2497 septies cod. civ.*, in *Commentario al Codice Civile A. SCIALOJA, G. BRANCA*, (a cura di) F. GALGANO, Zanichelli-Bologna, 2005, pag.92.

coinvolgimento della stessa società madre era frutto di uno impegno interpretativo da parte della dottrina che, partendo dal quadro normativo ante riforma, in particolare l'art. 3 della legge 3 aprile 1979 n. 95, poi sostituito dall'art. 90, d. lsg. 8 luglio 1999, n.270 che, anticipando quando sarà oggetto di una breve analisi nel prosieguo, sanciva, nell'ambito della direzione unitaria di imprese di gruppo, la responsabilità degli amministratori della capogruppo in via solidale con gli amministratori della società soggetta alla direzione e dichiarata insolvente, arrivava a prospettare l'applicazione estensiva alla capogruppo.

Pare opportuno, in tale sede, prima di individuare la disciplina dell'art. 2497 cod. civ., e, quindi, i "confini" di applicazione della norma, in particolare nei suoi rapporti con l'insolvenza dell'eterodiretta, ripercorrere seppur brevemente, la disciplina del gruppo "insolvente". Si rinvia così nel prosieguo (Cap. II) lo studio della disposizione e l'ambito di applicazione della disciplina in materia di gruppi di società, così come introdotta nel Codice Civile.

4. IL GRUPPO DI IMPRESE E L'INSOLVENZA

Nonostante l'introduzione da parte del legislatore con il d. lgs. 17 gennaio 2003, n.6 della disciplina generale dell'"attività di direzione e coordinamento", il legislatore fallimentare ha continuato a trascurare l'ipotesi del gruppo insolvente e, in particolare, ai fini del presente lavoro, del fallimento di una società facente parte di un gruppo⁴⁸. E così, nonostante la realtà

⁴⁸ Ciò malgrado nello schema di disegno di l. 20 giugno 2003, recante la «*Delega al Governo per riforma organica della disciplina della crisi di impresa e dell'insolvenza*», approvato dalla prima Commissione Ministeriale Trevisanato, veniva espressamente disciplinata all'art. 15 la «*Crisi e insolvenza nei gruppi*». L'articolo richiama sia per l'individuazione delle imprese del gruppo, sia per la disciplina della responsabilità degli amministratori della controllante per l'abuso della direzione unitaria le previsioni della legge sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese. Si leggeva che: «*La disciplina dell'insolvenza nei gruppi di imprese è volta a garantire il coordinamento dei procedimenti e a tendere all'uniformità del trattamento dei creditori nell'ambito del gruppo. A tal fine è regolata dai seguenti criteri direttivi: a) individuare il gruppo d'impres e le impres appartenenti al gruppo secondo le disposizioni previste dall'art. 80 lett. b) del decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270, applicabile anche a soggetti non societari: [...] d) disciplinare, anche in deroga al Codice Civile, la responsabilità del soggetto cui fa capo l'attività di direzione e coordinamento, nonché dei suoi amministratori ed organi di controllo, per abuso di direzione unitaria e per abuso della personalità giuridica delle società appartenenti al gruppo in conformità alle discipline previste nell'art. 90 del decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270 e nel art. 2497 del Codice Civile*». Tale ultima parte della disposizione non si rinviene nell' "altro testo presentato" dalla Commissione (si ricorda che la Commissione ha presentato due testi alternativi di progetto di legge-delega per la revisione sistematica della materia, e ciò a riprova di una intensa dialettica interna); l'omissione viene giustificata nella Relazione con la considerazione che la disciplina in tema di responsabilità dell'impresa capogruppo e dei relativi organi di

dimostri che la crisi di impresa riguarda frequentemente le imprese in forma societaria appartenenti ad un gruppo⁴⁹, il “diritto della crisi di impresa” continuava a considerare l’impresa non societaria ed autonoma⁵⁰.

Da un lato, quindi, il Codice Civile, nella parte dedicata al diritto delle società, si occupa dei gruppi senza fornire una sua espressa definizione, dall’altro lo stesso diritto della crisi d’impresa continua(va)⁵¹ a riguardare il singolo imprenditore anche nella sua forma societaria e non l’impresa di gruppo⁵².

Ciò premesso, il fenomeno del gruppo di imprese comporta, in sede concorsuale, numerosi problemi interpretativi e applicativi, amplificati dalla sopraesposta mancanza di un’organica

amministrazione e controllo per abuso di direzione unitaria «è già contenuta negli artt. 2497 e segg. del Codice Civile».

⁴⁹ Assonime, *Rapporto sull’attuazione della riforma della legge fallimentare e sulle sue più recenti modifiche*, Roma, aprile 2012, in www.assonime.it. Il Rapporto rileva che «fallimenti e concordati preventivi interessano prevalentemente le società e solo in minima parte riguardano altre forme di gestione dell’impresa; che in particolare nei fallimenti il 75% riguarda società di capitali, il 13% società di persone, solo il 10% imprese individuali e addirittura soltanto l’1% cooperative/consorzi; che nei concordati preventivi il 96% riguarda società di capitali e solo il 4% società di persone. Infine, che il 6% delle società fallite dichiara di far parte di un gruppo e che nel 27% dei casi in cui la società appartiene a un gruppo è la holding ad essere sottoposta alla procedura. L’appartenenza a un gruppo è invece più frequente in caso di concordato preventivo (20%) e sono maggiori i casi in cui ad accedere al concordato è la holding (40%)».

⁵⁰ G. SCOGNAMIGLIO, *Gruppi di imprese e procedure concorsuali*, *Giur. Comm.*, 2008, II, pag.1091; F. GUERRERA, *Il fallimento delle società nella riforma. Prime osservazioni*, Relazione svolta al convegno di Messina del 26 novembre 2005 su “La riforma del diritto fallimentare”, in www.fallimentonline.it; M. GABOARDI, *Spunti sulla legge delega per la riforma organica delle procedure concorsuali: profili processuali*, in *Riv. Soc.*, 2018, pag.137, cfr. nota n. 29; U. TOMBARI, *Crisi di impresa e doveri di “corretta gestione societaria e imprenditoriale” della società capogruppo. Prime considerazioni*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2011, I, pag.631. Osservava già S. PESCATORE, *Intervento al convegno, La miniriforma della legge fallimentare. Giornata di studio LUISS, Roma, del 19 marzo 2002*, in *Riv. Dir. Impr.*, 2002, pag.437 e segg. che la legge fallimentare dovrebbe tener conto delle diverse dimensioni dell’impresa: «[...] non è più pensabile disciplinare, con malintesa uniformità, situazioni diverse; il fallimento, per esempio, dell’esercizio commerciale all’angolo della strada e quello della multinazionale». Pur esulando dal presente lavoro, occorre dare nota che anche a livello internazionale, il problema della disciplina generale della crisi dei gruppi si presenta alquanto complesso. Dalla parte terza della *legislative guide on insolvency law*, consultabile sul sito www.uncitral.org, emergono due considerazioni fondamentali: la prima, fondata sulla crescente rilevanza del gruppo nella realtà economica; la seconda sulla scarsa attenzione da parte dei legislatori nazionali ai problemi connessi con l’insolvenza nel gruppo e del gruppo. Nella Guida UNCITRAL la disciplina del gruppo è generalmente basata su due distinti approcci o, talvolta, su una combinazione degli stessi: *the separate entity approach*, quello tradizionale e di gran lunga prevalente e *the single entity (o enterprise) approach*.

⁵¹ Come appresso verrà meglio esposto, nel Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza, il legislatore riformatore affronta le ricadute dell’insolvenza nel gruppo di società.

⁵² G. SCOGNAMIGLIO, *Gruppi di imprese e procedure concorsuali*, *Giur. Comm.*, 2008, II, pag.1091.

disciplina di legge. La “tensione” che connota il fenomeno, tra unità economica della “impresa di gruppo”, da un lato, e distinta soggettività ed autonomia patrimoniale delle singole società che lo compongono, dall’altro, trova una sua peculiare ricaduta nella situazione di insolvenza della società appartenente al gruppo.

Si tratta, tra gli altri⁵³, in primo luogo di interrogarsi sull’ammissibilità o meno di una “procedura concorsuale di gruppo”⁵⁴, conservativa o liquidatoria⁵⁵, per la quale la giurisprudenza di legittimità tendeva a dare una soluzione negativa⁵⁶.

⁵³ Se risolta positivamente la preliminare questione della ammissibilità della procedura concorsuale di gruppo, come appresso meglio esposto, si aprono una serie di problemi di natura “processuale”. Si segnala, ad esempio, le questioni di competenza territoriale che sorgono nella fase introduttiva della procedura, allorché le imprese coinvolte nella crisi di gruppo appartengono ad ambiti territoriali diversi, oppure questioni attinenti ai profili riguardanti la gestione della procedura (con riferimento, tra l’altro, alla necessità o meno di tenere separati gli organi delle diverse procedure o, nel concordato preventivo, di dare luogo a separate adunanze dei creditori).

⁵⁴ M. MIOLA, *Riflessioni su responsabilità per eterodirezione dell’impresa e procedure concorsuali*, in *Rivista Orizzonti del diritto commerciale*, 2015, pag.2: «si tratta, in sostanza, di superare i rischi di frammentazione delle procedure che derivano dal principio [...] che si sostanzia nella formula “one company, one insolvency, one proceeding”, facente leva sulla distinta personalità delle singole entità che compongono il gruppo».

⁵⁵ Non è possibile in questa sede approfondire la “crisi”, in senso lato, dei gruppi di società. Occorre tuttavia evidenziare che il fallimento, quale tipica procedura liquidatoria che estingue l’impresa, non è più la scelta obbligatoria di fronte all’insolvenza, almeno nella misura in cui ciò non coincida con la scelta della maggioranza dei creditori, ai quali è affidato l’onere di una scelta tra la soluzione conservativa o liquidatoria della società.

⁵⁶ Cass. 18 novembre 2010, n.23344, in *Società*, 2011, pag.101 e segg., e in *Fall.*, 2011, pag.565 e segg., con nota di F. SIGNORELLI, *Società di fatto, holding e fallimento*, secondo la quale, al fine della dichiarazione di fallimento di una società, l’accertamento dello stato di insolvenza deve essere effettuato con esclusivo riferimento alla situazione economica della società medesima, anche quando essa sia inserita in un gruppo, cioè in una pluralità di società collegate o controllate da un’unica società *holding*, giacché, nonostante tale collegamento o controllo, ciascuna di dette società conserva distinta la propria personalità giuridica e autonoma qualità d’imprenditore. Essa a sua volta richiama, tra le altre, Cass. 8 febbraio 1989, n. 795, in *Fall.*, 1989, pag.609; Cass. 25 settembre 1990, n. 9704, in *Fall.*, 1991, pag.265; Cass. 14 aprile 1992, n. 4550, in *Fall.*, 1992, pag.811; vedi anche Cass. 27 giugno 1990, n. 6548, in *Dir. Fall.*, 1990, pag.1349; Cass. 2 luglio 1990, n. 6769, in *Fall.*, 1991, pag.47; Cass. 9 maggio 1992, n. 5525, in *Fall.*, 1992, pag.47; Cass. 7 luglio 1992, n. 8271, in *Fall.*, 1993, pag.33; Cass. 16 luglio 1992, n. 8656, in *Fall.*, 1993, pag.247; Cass. 17 aprile 2007, n. 9143, in *Fall.*, 2008, 5, pag.559, con nota di C. BLATTI, *La revocabilità dei pagamenti infragruppo e l’autonomia delle società controllate*. Pare opportuno evidenziare un diverso orientamento della giurisprudenza di merito con riferimento alle procedure, c.d. minori. Difatti, con riferimento al concordato preventivo, la giurisprudenza si è espressa in senso favorevole all’ammissibilità del c.d. concordato di gruppo, così, per ulteriori approfondimenti, e richiami di dottrina e giurisprudenza, vedi Trib. Roma, 18 aprile 2013 in *il Fallimentarista.it*; Trib. Roma, 7 marzo 2011, in *il Fallimentarista.it*; in dottrina vedi S. POLI, *Ammissibilità e tecniche di proposizione del “concordato di gruppo” dopo l’intervento della Suprema Corte*, in *Fall.*, 2016, pag.148; Per spunti Trib. Ivrea, 21 febbraio 1995, in *Fall.*, 1995, n. 9, pag.969 e segg., con nota di M. FABIANI, *Riunione di procedimenti nei gruppi di imprese*, per il quale: «è ammissibile la riunione di più procedimenti di

Così, l'accertamento dello stato di insolvenza deve essere effettuato con esclusivo riferimento alla situazione economica della società appartenente al gruppo, posto che ciascuna società conserva la propria autonomia giuridica e, perciò, risponde con il proprio patrimonio soltanto dei propri debiti.

L'emersione del gruppo a realtà giuridica unitaria risulta, nell'ordinamento italiano, in contrasto con il "principio di autonomia", per cui ogni società costituisce un autonomo centro di imputazione giuridico, in quanto tale dotato di un grado di autonomia patrimoniale tale da impedire la confusione delle masse attive e passive⁵⁷.

Premminente questione che si pone è quella dell'ammissibilità o meno della c.d. *substantive consolidation*⁵⁸, vale a dire della commistione delle masse attive e passive delle diverse

concordato preventivo, ai quali siano state ammesse diverse imprese facenti parte di un gruppo ed aventi sede legale nello stesso luogo, in presenza di un'interdipendenza strutturale ed economica tra le stesse e di una finalità liquidatoria globale. La riunione di più procedimenti di concordato preventivo di diverse imprese facenti parte di un gruppo, pur comportando più adunanze, più votazioni ed una stima dell'attivo e del calcolo del fabbisogno rapportati a ciascuna impresa, consente una valutazione unitaria della convenienza economica in relazione ad un'offerta globale di acquisto del gruppo»; ma anche A. DI MAJO, *I gruppi di imprese nel fallimento*, in *Trattato delle procedure concorsuali* (diretto da L. GHIA, C. PICCININI, F. SEVERINI), Utet-Torino, I, 2010, pag.291 nota. n.5. Senonché, la giurisprudenza di legittimità, come predetto, si è espressa in maniera difforme, ovvero nel senso di affermare che, allo stato attuale della legislazione, non si possa ritenere ammissibile il concordato di un gruppo di imprese, cfr. Cass. 13 ottobre 2015, n. 20559, in *Giust. Civ. Mass.*, 2015, per il quale: «*Il concordato cd. di gruppo non è proponibile, innanzi al medesimo tribunale, in assenza di una disciplina positiva che si occupi di regolarne la competenza, le forme del ricorso, la nomina degli organi, nonché la formazione delle classi e delle masse, sicché, in base alla disciplina vigente, il concordato preventivo può essere proposto unicamente da ciascuna delle società appartenenti al gruppo davanti al tribunale territorialmente competente per ogni singola procedura, senza possibilità di confusione delle masse attive e passive, per essere, quindi, approvato da maggioranze calcolate con riferimento alle posizioni debitorie di ogni singola impresa*»; Cass. 15 luglio 2016 n. 14518, in *Giust. Civ. Mass.*, 2016. In questa prospettiva, tra l'altro, si evidenziano rilevanti risvolti anche dal punto di vista penalistico, ben potendo le operazioni infragruppo assumere i connotati della distrazione patrimoniale punita a titolo di bancarotta fraudolenta ex art. 216 l. fall. L'opinione prevalente è quella secondo la quale il trasferimento di risorse infragruppo, ovvero fra società appartenenti allo stesso gruppo imprenditoriale, specialmente quando venga effettuato a vantaggio di una società già in difficoltà economiche, non è consentito e deve essere qualificato come vera e propria distrazione ai sensi e per gli effetti dell'art. 216 della Legge fallimentare. In argomento, vedi, *ex multis*, E. CODAZZI, *Bancarotta fraudolenta e vantaggi compensativi: alcune riflessioni sul concetto di distrazione nei gruppi*, in *Giur. Comm.*, 2008, pag.765.

⁵⁷ Per l'esclusione di un'intrinseca rilevanza del gruppo ai fini della verifica del presupposto soggettivo della procedura concorsuale, v. per tutti A. NIGRO, *I soggetti delle procedure concorsuali*, in *Trattato diritto fallimentare*, diretto da F. VASSALLI, F.P. LUISO e E. GABRIELLI, I, 2013, pag.125.

⁵⁸ D. VATTERMOLI, *Gruppi insolventi e consolidamento patrimoniale (Substantive Consolidation)*, in *RDS*, 2010, I, pag.584 segg. Il consolidamento patrimoniale è istituito ben conosciuto negli USA e sostanzialmente rifiutato da quasi tutti gli ordinamenti occidentali, la cui applicazione presuppone, com'è evidente, il

società coinvolte, sulla quale, la giurisprudenza, in ossequio al principio generale della responsabilità patrimoniale di cui all'art. 2740 cod. civ., si è espressa in senso negativo⁵⁹.

Invero⁶⁰, «*se la legge fallimentare, ormai anacronisticamente, non prevede alcuna norma dedicata al gruppo di società, non era possibile ignorare il fenomeno con riferimento alla grande impresa, ove il gruppo è, non solo fenomeno tipico, ma si potrebbe dire, immancabile*»⁶¹, un limitato trattamento unitario del gruppo insolvente o in crisi è così previsto da alcune norme settoriali, in particolare in materia di gruppi bancari (artt. 98 e 105 T.U.B.), di liquidazione coatta amministrativa delle società fiduciarie e di revisione (art. 2 legge 430/1986) e di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi (di cui art. 3, legge 3 aprile 1979 n.95, c.d. “Leggi Prodi”, poi riformata dagli artt. 80 e ss. d. lgs.

superamento dello schermo della distinta personalità giuridica delle società che compongono il gruppo. Il consolidamento, più in particolare, determina il “travolgimento” di una delle funzioni più importanti assolte dai gruppi di società: la funzione, cioè, di destinare uno specifico patrimonio al soddisfacimento di specifiche obbligazioni, ossia la ripartizione del rischio di impresa. Peraltro, la *substantive consolidation*, si spinge oltre, per arrivare così al superamento dello schermo della personalità giuridica. Attraverso tale strumento, infatti, non si rende responsabile l'azionista di controllo o la capogruppo per le obbligazioni contratte dalla società controllata insolvente, ma si “fondono” i diversi patrimoni delle società collegate, eliminando i rapporti infragruppo. E ciò determina delle conseguenze dirette sulla posizione giuridica dei creditori “esterni” che dalla commistione delle masse possono subire un danno, ma anche, al contrario, ottenere un vantaggio, in dipendenza della consistenza qualitativa e quantitativa della massa attiva e della massa passiva della società originariamente loro debitrice.

⁵⁹ Trib. Roma, 25 luglio 2012, in *Fall.*, 2013, pag.748, con nota di C. TRENTINI, App. Roma 5 marzo 2013, in *il Fallimentarista.it*, Trib. Alessandria, 31 marzo 2016, in *il Fallimentarista.it*. Peraltro, il legislatore, come appresso verrà esposto, ha cercato di realizzare un trattamento sostanzialmente unitario delle varie procedure di regolazione della crisi delle società appartenenti al gruppo, ma applicando rigorosamente l'inammissibilità della “confusione” delle masse attive e passive. Quindi nell'ordinamento italiano si riconosce come ammissibile il consolidamento delle procedure aperte nei confronti di più società partecipanti al gruppo esclusivamente per quanto attiene il piano gestionale e procedimentale, ma mantenendo ben distinti i patrimoni e le rispettive masse attive e passive. Il legislatore ha deciso di non condividere l'impostazione nordamericana favorevole all'applicazione del consolidamento patrimoniale delle diverse società del gruppo che devono necessariamente rimanere separate. Cfr. D. VATTERMOLI, *Concorso e autonomia privata nel concordato preventivo di gruppo*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2012, I, pag.378 e segg.; N. ABRIANI e L. PANZANI, *Crisi ed insolvenza nei gruppi di società*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di O. CAGNASSO, M. IRRERA, 2015, pag.74 e segg.

⁶⁰ Risulterebbe irrazionale e controproducente non «*assicurare il coordinamento dell'attività delle varie società in crisi o insolventi, così come avviene per le società di un gruppo che non sia insolvente o che non si trovi in stato di crisi*», così N. ABRIANI e L. PANZANI, *Crisi e insolvenza nei gruppi di società*, in O. CAGNASSO, L. PANZANI (a cura di), *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, Torino, 2016, II, pag.2996.

⁶¹ L. FARANGA, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di crisi, la fase prodromica di commissariamento giudiziale (c.d. fase di osservazione)*, Giuffré-Milano, 2005, pag.112.

n.270/1999, c.d. “Legge Prodi *bis*”) e, più recentemente, art. 4 *bis* c.d. “Legge Marzano”, d. l. 347/2003 convertito, con modifiche, nella l. 39/2004⁶².

Non è questa la sede per ripercorre la disciplina concorsuale sopra richiamata ed i numerosi problemi interpretativi e applicativi⁶³, ma, seppur brevemente e limitatamente all’amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di crisi⁶⁴, si rileva che, principio cardine degli interventi normativi *ut supra* richiamati, rimane quello per cui una volta assoggettata ad “amministrazione straordinaria” l’impresa madre, la medesima procedura può estendersi alle altre società legate alla prima da particolari tipi di collegamento specificatamente individuati dalla legge, a condizione che versino anch’esse in stato di insolvenza⁶⁵.

Nello specifico, il Titolo IV della c.d. Prodi-*bis*, rubricato “Gruppi di Imprese” (artt. 80 e segg.), stabilisce che, una volta aperta la procedura di amministrazione straordinaria nei confronti di una determinata impresa (c.d. procedura madre) e per tutto il tempo della sua durata, detta procedura può essere estesa alle imprese del gruppo che risultano insolventi, indipendentemente dal fatto che queste soddisfino i requisiti di cui all’art. 2, quando comunque appaia opportuna la gestione unitaria dell’insolvenza nell’ambito del gruppo o le imprese del gruppo presentino concrete prospettive di recupero dell’equilibrio economico (art. 81). Sono considerate imprese appartenenti al gruppo quelle che (i) controllano, direttamente o indirettamente la società sottoposta alla procedura madre, (ii) sono controllate

⁶² G.F. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale, II, Diritto delle società*, Utet-Torino, 2006, pag.303; G. SCOGNAMIGLIO, *Gruppi di imprese e procedure concorsuali*, *Giur. Comm.*, 2008, II, pag.1092; F. LAMANNA, *La “crisi” nel gruppo di imprese: breve report sull’attuale stato dell’arte*, in *Il fallimentarista.it*, 31 luglio 2012.

⁶³ Sia consentito il rinvio, *ex multis*, S. BONFATTI, P.F. CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, II ed., Cedam-Padova, 2007, pag.527; L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Giappichelli, 2008; A. NIGRO, D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Il Mulino-Bologna, 2009; A. CASTAGNOLA, R. SACCHI, *La nuova disciplina della amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, Torino, 2000, nonché a G. SCOGNAMIGLIO, *Gruppi di imprese e procedure concorsuali*, *Giur. Comm.*, 2008, II, pag.1091 e segg.

⁶⁴ Il d. lgs. 270/1999 (c. d. Legge Prodi *bis*) dedica ai gruppi di impresa le disposizioni degli artt. 80-91.

⁶⁵ La legge delega per la nuova disciplina dell’amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza del 30 luglio 1998 n. 274: all’art. 1, secondo comma, lett. i) detta linee guida per la procedura di gruppo. In particolare, si chiede di attribuire al tribunale il «*potere di disporre, anche in via di conservazione del fallimento, l’estensione della procedura alle imprese appartenenti al medesimo gruppo che si trovino in stato di insolvenza*», qualora vi siano concrete prospettive di recupero delle medesime o «*quando risulti comunque opportuna la gestione unitaria della procedura nell’ambito del gruppo*».

dalla impresa madre nonché (iii) le imprese che risultano soggette a direzione comune a quella sottoposta alla procedura madre⁶⁶.

Il principio dell'unitarietà di gestione delle procedure di gruppo è sancito anche dalla nomina degli stessi organi giudiziari, dalla imputazione proporzionale delle spese generali e dalla redazione di un programma integrato per le varie imprese del gruppo⁶⁷.

La rilevanza del gruppo di imprese si nota anche rispetto al d.l. 23 dicembre 2003, n. 347 (c.d. Legge Marzano), che disciplina la c.d. amministrazione straordinaria speciale, con le ulteriori modifiche introdotte nel 2008 dal c.d. "decreto Alitalia". Il decreto legge in esame enuncia, in termini ancor più chiari di quelli adottati dal d. lgs. n. 270 del 1999, il principio secondo cui la circostanza dell'appartenenza di più imprese assoggettate ad amministrazione straordinaria al medesimo gruppo giustifica, ma non impone, la predisposizione di un programma unitario. In particolare, il carattere innovativo della Legge Marzano è rappresentato dalla disciplina del concordato di gruppo disciplinato dall'art. 4 *bis*, secondo cui il piano concordatario può essere unico per più società del gruppo. Più precisamente, il concordato può prevedere la suddivisione dei creditori in classi, ovvero il trattamento differenziato per creditori appartenenti a classi diverse, ferma restando l'autonomia delle rispettive masse attive e passive⁶⁸.

Pertanto, pur senza essere entrati nel dettaglio della disciplina, un dato emerge su tutti: le varie procedure di insolvenza che interessano società appartenenti al gruppo restano distinte, e così, di conseguenza, le singole masse attive e passive. La disciplina concorsuale non è in grado di superare l'autonomia patrimoniale che caratterizza ciascuna società del gruppo, e di conseguenza l'insensibilità del patrimonio di una società rispetto alle vicende che interessino quello di un'altra società, pur appartenente al medesimo gruppo.

⁶⁶ Ai sensi dell'art. 2, d. lgs. n. 270 del 1999 un'impresa può essere soggetta ad amministrazione straordinaria se «hanno congiuntamente i seguenti requisiti: (i) un numero di lavoratori subordinati, compresi quelli ammessi al trattamento di integrazione dei guadagni, non inferiore a duecento da almeno un anno; (ii) debiti per un ammontare complessivo non inferiore ai due terzi tanto del totale dell'attivo dello stato patrimoniale che dei ricavi provenienti dalle vendite e dalle prestazioni dell'ultimo esercizio». La "procedura madre" è quella dichiarata, da un punto di vista meramente temporale, per prima, ai sensi dell'art. 3 del d. lgs. 270, nei confronti di un'impresa che sia in possesso dei requisiti dimensionali di cui all'art. 2. Non rileva, pertanto, che la società soggetta alla "procedura madre" sia capogruppo o controllata.

⁶⁷ Per un corretto inquadramento della disciplina cfr. nota n. 63, e AA.VV., *Diritto fallimentare*, coordinato da A. MAFFEI ALBERTI, Monduzzi, 2004; L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Giappichelli, 2008.

⁶⁸ Per un inquadramento della disciplina sia consentito il rinvio ai riferimenti in nota n. 63.

La gestione coordinata ed unitaria della insolvenza “nel” gruppo è il massimo traguardo oggi perseguibile.

Concludendo, questa breve esposizione, ai nostri fini, ovvero individuare e studiare la responsabilità della *holding* in ipotesi di fallimento della società eterodiretta, l’abbrivio è contenuto nella l. n. 95 del 1979 (c.d. *Legge Prodi*) riguardante l’amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, ove per la prima volta vi è la previsione di una responsabilità degli organi gestori della capogruppo, per abuso dell’attività di direzione unitaria.

La scelta legislativa è stata poi meglio delineata nell’art. 90 del d. lgs. 270 del 1999 (c.d. *Legge Prodi bis*) che dispone che nei «*casi di direzione unitaria delle imprese del gruppo, gli amministratori della 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*».

Così, sino alla riforma del 2003, il legislatore si era limitato ad affermare la responsabilità degli amministratori della capogruppo, ed il coinvolgimento della stessa società madre era frutto di uno impegno interpretativo da parte della dottrina che, partendo dal quadro normativo ante riforma, in particolare l’art. 3 della legge 3 aprile 1979 n. 95, poi sostituito dall’art. 90, d. lgs. 8 luglio 1999, n.270 che, ricordiamo, sanciva, nell’ambito della direzione unitaria di imprese di gruppo, la responsabilità degli amministratori della capogruppo in via solidale con gli amministratori della società soggetta alla direzione e dichiarata insolvente, arrivava a prospettare l’applicazione estensiva alla capogruppo.

5. IL CODICE DELLA CRISI D’IMPRESA E DELL’INSOLVENZA. UNA PREMessa

Preliminarmente si rileva che⁶⁹, secondo il giudizio della dottrina, gli interventi che si sono susseguiti nel corso degli anni non hanno dato luogo ad una riforma “organica” della disciplina concorsuale che ha lasciato sostanzialmente immutato l’impianto originario del R.D. 16 marzo 1942, n. 267, conservandone in particolare la struttura e l’idea di fondo, che sono storicamente legate, da un lato, alla paradigmatica figura dell’imprenditore individuale,

⁶⁹ Cfr. nota n.29.

e ciò a discapito del preponderante fenomeno dell'imprenditore societario, e così del gruppo di società⁷⁰.

⁷⁰ Senza alcuna pretesa di completezza ed esaustività, si tenta di ricordare i principali interventi normativi sulla crisi di impresa. Il complesso normativo volto alla “*Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa*”, R.D. n. 267 del 1942, coevo quindi alla emanazione del Codice Civile, ha visto la luce in una realtà economico-sociale irrimediabilmente differente rispetto a quella dei nostri giorni. Era quindi prevedibile attendersi una stagione di riforme in grado di recuperare l'aderenza della regolamentazione della crisi di impresa alle moderne esigenze che sono progressivamente emerse, rispetto a quelle del 1942. La legge fallimentare era costruita prevalentemente intorno alla nozione di impresa individuale, come si evince anche dall'esiguo corpo di norme dedicate al fallimento delle società. Le tensioni che si vennero a creare furono determinate principalmente dall'emergere di nuove tendenze, che non fossero esclusivamente quelle tradizionali e tipiche di protezione e soddisfacimento dei creditori mediante la liquidazione del complesso dei valori aziendali, ma volte alla conservazione dell'impresa, mediante una riorganizzazione della stessa. Ecco, l'emanazione di leggi orientate al salvataggio di categorie di imprese o, anche, di singole imprese. Cfr. A. NIGRO, D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Il Mulino-Bologna, 2017, pag.16 e segg.. E così, con l'intento di creare uno strumento in grado di salvare dal fallimento le imprese ritenute di maggiore interesse per l'economia nazionale, abbiamo l'introduzione di una nuova procedura concorsuale, più volte già richiamata, l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi (d.l. 30 gennaio 1979, n. 26, convertito dalla l. 3 aprile 1979 n. 95, c.d. Legge Prodi, integrata e modificata da numerose leggi successive). La Legge Prodi fu abrogata venti anni dopo, con l'approvazione del d. lgs. 8 luglio 1999, n. 270, che disciplina la nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato d'insolvenza, comunemente definita Legge Prodi *bis*. Quest'ultima fu ben presto oggetto di critiche, in relazione alla scelta dei criteri di applicabilità e dei requisiti soggettivi richiesti per accedere alla procedura. Una successiva svolta, si ebbe con la crisi del gruppo Parmalat, e l'emanazione del c.d. decreto Marzano (d.l. 23 dicembre 2003, n. 347, convertito con modificazioni dalla l. 18 febbraio 2004, n. 39, in seguito corretto e integrato da altri D.L. e, in particolare, in relazione al dissesto Alitalia, dal d.l. n. 134 del 2008). Con il Decreto Marzano si ha un'altra svolta nel nostro ordinamento fallimentare, e ciò, in quanto costituisce un provvedimento esplicitamente orientato alla continuazione dell'attività aziendale, escludendo in modo netto il ricorso alle procedure liquidatorie. Ma è sempre la legge fallimentare del 1942 a “farla da padrone”. Con le prime crisi economiche, vi sono stati vari tentativi di riforma organica del diritto concorsuale. Il principale è stato compiuto dalla “Commissione Trevisanato” che fu istituita con Decreto del Ministro della Giustizia 28 novembre 2001, «per l'elaborazione di principi e criteri direttivi di uno schema di disegno di legge delega al Governo, relativo all'emanazione della nuova legge fallimentare ed alla revisione delle norme concernenti gli istituti connessi». Ma i progetti di Legge della Commissione, molto divisa al suo interno, non si tramutarono mai in una riforma organica della legge fallimentare. Vi furono tuttavia diversi interventi legislativi, che ebbero inizio con il D.L. n. 35/2005, poi convertito dalla l. n. 80/2005, e successivamente modificato ed integrato dal d. lgs. n. 5/2006 e dal d. lgs. n. 169/2007, cfr. per un'analisi dei principi della “Riforma 2005 – 2007”, si veda G. LO CASCIO, *I principi della legge delega della riforma fallimentare*, in *Fall.*, 2005, pag.985 e segg.. Le novità sostanziali introdotte dal legislatore della riforma 2005 – 2007 riguardano principalmente il favor verso il concordato preventivo, l'introduzione nel nostro ordinamento degli accordi stragiudiziali, quali gli accordi di ristrutturazione dei debiti, art. 182-*bis* l. fall., ed i piani attestati di risanamento, art. 67, comma III, lett. d) l. fall.. Gli interventi del 2005 - 2007 non diedero gli effetti sperati ed il legislatore, con il d. l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con l. 7 agosto 2012, n. 134, c.d. “Decreto Sviluppo”, successivamente integrato dal d. l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con l. 9 agosto 2013, n. 98, intervenne nuovamente, con il precipuo fine di favorire le soluzioni alternative al fallimento. La

Il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza sembra abbia sviluppato queste linee evolutive ed appare animato dalla volontà di superare definitivamente il modello della vecchia legge fallimentare, rinunciando all'idea stessa di una primizia della liquidazione concorsuale coattiva⁷¹.

Su questo punto, è preponderante la novità riguardante l'introduzione di un *iter* processuale comune per l'avvio di qualunque procedura concorsuale che abbia come presupposto quello dell'accertamento della condizione di insolvenza o dello stato di crisi dell'impresa. Altrettanto importante, anche ai nostri fini, è il profilo della regolamentazione dell'insolvenza nel gruppo societario, come si osserverà nel prosieguo.

In attuazione della Legge Delega del 19 ottobre 2017 n. 155, il Presidente della Repubblica, dopo l'approvazione del Consiglio dei Ministri, ha licenziato il Decreto Legislativo 12 gennaio 2019 n.14, pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 38 del 14 febbraio 2019, contenente

Relazione di accompagnamento al d. l. n. 83/2012, mette in luce come l'opzione di fondo su cui si basa l'intervento legislativo sia *“quella di incentivare l'impresa a denunciare per tempo la propria situazione di crisi”*. Curiosa una certa assonanza con all'attuale testo del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Con queste ultime novità si apre la stagione dei c.d. concordati in bianco, ovvero una sorta di domanda con riserva di integrazione della prescritta ulteriore documentazione. L'art. 161, comma VI, l. fall., prima periodo, così dispone: *«L'imprenditore può depositare il ricorso contenente la domanda di concordato unitamente ai bilanci relativi agli ultimi tre esercizi e all'elenco nominativo dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti, riservandosi di presentare la proposta, il piano e la documentazione di cui ai commi secondo e terzo entro un termine fissato dal giudice, compreso fra sessanta e centoventi giorni e prorogabile, in presenza di giustificati motivi, di non oltre sessanta giorni»*. La seconda importante novità è l'introduzione del concordato con continuità aziendale, art. 186-bis, l. fall.. Da ciò ne discende che il concordato è concepito, per la prima volta, esplicitamente anche come strumento volto a preservare il valore del soggetto debitore, consentendone la continuazione dell'attività. Da ultimo, prima della istituzione della commissione R. RORDORF che ha portato al successivo licenziamento del Codice della crisi e d'impresa e dell'insolvenza, il legislatore è intervenuto nuovamente nella materia del diritto fallimentare con il D.L. 27 giugno 2015, n. 83, introducendo così alcune importanti modifiche ancora in tema di concordato preventivo. Per una ricostruzione della materia, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, si rinvia a S. BONFATTI, P.F. CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, IV ed., Cedam-Padova, 2011; L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Giappichelli, 2008; A. NIGRO, D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Il Mulino-Bologna, 2017.

⁷¹ Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza rappresenta uno spartiacque della disciplina fallimentare, sia sotto il profilo dell'impostazione normativa, sia sotto il profilo terminologico, *«È vero, infatti, che anche un diverso approccio lessicale può meglio esprimere una nuova cultura del superamento dell'insolvenza, vista come evenienza fisiologica nel ciclo vitale di un'impresa da prevenire ed eventualmente regolare al meglio»*, cfr. Relazione Illustrativa al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza – stabilendo, pertanto, ai sensi dell'art. 382 CCII che il termine “fallimento” *et similia* venga opportunamente sostituito con quello di “liquidazione giudiziale”.

la riforma delle procedure concorsuali e la disciplina della composizione della crisi da sovraindebitamento: Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza d'impresa (CCII)⁷².

I temi fondanti della riforma, con le dovute semplificazioni, sono i seguenti: (i) consentire una diagnosi precoce dello stato di difficoltà finanziaria in cui possono trovarsi le imprese ed i cittadini, proponendo una via preventiva all'insolvenza; (ii) salvaguardare la capacità imprenditoriale e/o la continuità aziendale di coloro che vanno incontro ad un fallimento d'impresa.

L'obiettivo è, quindi, di mantenere produttive le imprese e, dunque, di privilegiare gli strumenti per la continuità aziendale, anticipando l'emersione della crisi attraverso l'introduzione di innovativi ed inediti "istituti di allerta"⁷³ e "misure premiali"⁷⁴.

⁷² L'entrata in vigore del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza è prevista decorsi 18 mesi dalla sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale, avvenuta in data 14 febbraio 2019. Il periodo di *vacatio legis*, pertanto scadrà, il 14 agosto 2020. Peraltro, occorre precisare che, alcune norme hanno già immediata attuazione (a partire dal trentesimo giorno successivo alla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale). Tra le diverse norme di immediata attuazione (30 giorni dopo il decreto) si ricordano le disposizioni relative agli obblighi e responsabilità degli amministratori. L'art. 378 del CCII modifica gli artt. 2476 cod. civ. (in materia di responsabilità degli amministratori delle società a responsabilità limitata) e 2486 cod. civ. (relativo ai poteri degli amministratori al verificarsi di una causa di scioglimento della società), con l'obiettivo di innalzare il grado di responsabilità dei responsabili della *governance* aziendale in caso di mancato rispetto degli obblighi di conservazione dell'integrità del patrimonio sociale. L'approccio è quello di punire e definire le situazioni in cui gli amministratori di società non si siano attivati per tempo per far emergere la crisi e chiedere aiuto per la composizione della stessa, nell'ottica di tutelare la continuità aziendale. Per tale ragione viene altresì disposto l'obbligo delle imprese di adeguare l'assetto organizzativo al nuovo art. 2086 del Codice Civile. Si rinvia per un maggiore approfondimento alla nota n. 91.

⁷³ A. BARTALENA, *Le azioni di responsabilità nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Fall.*, 2019, pag.298 per il quale: «*l'asse portante della riforma – condivisibile, forse, più per l'obiettivo perseguito che per le modalità individuate per realizzarlo – sta proprio nelle misure dirette ad anticipare la gestione della crisi, così da salvaguardare gli apparati produttivi [...]*». Difatti, ai sensi dell'art. 12, primo comma, del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza per strumenti di allerta si intendono «*gli obblighi di segnalazione posti a carico dei soggetti di cui agli articoli 14 e 15, finalizzati, unitamente agli obblighi organizzativi posti a carico dell'imprenditore nel Codice Civile, alla tempestiva rilevazione degli indizi di crisi dell'impresa e alla sollecita adozione delle misure più idonee alla sua composizione*». La segnalazione della situazione di crisi è affidata a un doppio canale: uno innescato dagli organi di controllo societari, dal revisore contabile e dalla società di revisione (art. 14), l'altro dai creditori pubblici qualificati quali Agenzia delle Entrate, INPS ed Agente delle Entrate-Riscossione (art. 15).

⁷⁴ Altra novità introdotta dal Nuovo Codice sono le cosiddette "misure premiali" in favore del debitore che abbia presentato tempestivamente domanda di accesso ad una delle procedure regolate dal medesimo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Requisito fondamentale dell'iniziativa del debitore è, quindi, la tempestività dell'iniziativa. L'iniziativa può ritenersi tempestiva nel caso in cui sia adottata nel termine di tre mesi (per la presentazione dell'istanza all'OCRI) o di sei mesi (negli altri casi) che decorrono dal superamento delle soglie individuate all'art. 24 CCII di debiti nei confronti di dipendenti o fornitori. In particolare, il termine

In una visione “più ampia”, la legge prevede che tra gli strumenti di gestione delle crisi e dell’insolvenza, si cercherà di preferire le procedure alternative a quelle dell’esecuzione giudiziale. Ma, se la situazione aziendale è veramente compromessa le opzioni disponibili sono, praticamente, le stesse attualmente previste dalla legge fallimentare. Quindi, la fase di regolazione della crisi viene a modularsi secondo due alternative: quella coattiva, che darà vita alla “procedura di liquidazione giudiziale”, ovvero la vecchia procedura fallimentare, e quella concordataria, scaturita da un riordino della vigente disciplina del concordato preventivo⁷⁵.

Cruciale è, poi, il profilo di regolamentazione dell’insolvenza nel gruppo societario.

Di seguito, si traccia un primo inquadramento di sintesi delle principali novità introdotte per i gruppi di imprese, rinviando nel prosieguo l’analisi di quelle norme del Codice della crisi di impresa e dell’insolvenza che, per il loro collegamento con le disposizioni del Codice Civile, introducono novità di rilievo nell’esercizio delle azioni di responsabilità nei gruppi di società.

5.1 LE NOVITÀ DEL CODICE DELLA CRISI D’IMPRESA E DELL’INSOLVENZA PER I GRUPPI DI SOCIETÀ

Come sopra evidenziato, anche se non è questa la sede per esaminare la complessa tematica del gruppo societario, in senso lato, insolvente, è opportuno rammentare che, le principali problematiche connesse alla crisi o all’insolvenza di una o più società che compongono il

decorre da quando si verifica alternativamente: a) l’esistenza di debiti per retribuzioni scaduti da almeno sessanta giorni per un ammontare pari ad oltre la metà dell’ammontare mensile complessivo delle retribuzioni; b) l’esistenza di debiti verso fornitori scaduti dal almeno centoventi giorni per un ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti; c) il superamento, nell’ultimo bilancio approvato, degli indici (elaborati dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti) che fanno ragionevolmente presumere la sussistenza di uno stato di crisi dell’impresa. I benefici scaturenti dalla tempestività dell’iniziativa sono rappresentati dalla riduzione degli interessi e delle sanzioni sui debiti tributari, dall’aumento dei termini per proporre il concordato preventivo nell’ambito del relativo procedimento e dalla limitazione della possibilità di proposte concorrenti nel caso di concordato con continuità aziendale. Ulteriore e maggiore effetto premiale, per il debitore che abbia assunto tempestivamente le predette iniziative, riguarda la responsabilità penale. Infatti, è prevista la non punibilità con riferimento alle fattispecie di bancarotta semplice e fraudolenta, qualora il danno sia caratterizzato da particolare tenuità. Diversamente, con un danno non di speciale tenuità, la pena è ridotta sino alla metà purché: l’attivo messo a disposizione sia sufficiente per soddisfare i debiti chirografari nella misura di almeno un quinto e il danno derivante dalle condotte delittuose non sia superiore a due milioni di euro.

⁷⁵ M. GABOARDI, *Spunti sulla legge delega per la riforma organica delle procedure concorsuali: profili processuali*, in *Riv. Soc.*, 2018, pag.137.

gruppo, stante l'orientamento rigoroso assunto dalla Cassazione, debbono essere affrontate nella prospettiva dell'autonomia, giuridica e patrimoniale, delle singole componenti del gruppo⁷⁶.

Agli artt. da 284 a 292 del CCII, trovano attuazione i principi e criteri direttivi dettati dall'art. 3 della legge delega n. 155 del 2017⁷⁷, volti a riconoscere il carattere unitario della crisi o

⁷⁶ La contrapposizione tra il riconoscimento dell'unitarietà economica del gruppo societario e l'impossibilità di attribuire ad esso uno statuto giuridico autonomo, *rectius*, una personalità giuridica e patrimoniale autonoma, si riflette, a sua volta, sul piano della crisi d'impresa e dell'insolvenza implicando una separazione delle masse attive e passive di ciascuna società in crisi e insolvente, con la conseguenza che la consistenza patrimoniale del gruppo societario, non può assumere una rilevanza diretta ai fini dello svolgimento delle singole procedure di soluzione della crisi o dell'insolvenza. Cfr. A. FAROLFI, *La crisi dei gruppi alla luce del nuovo Codice della Crisi e dell'insolvenza*, in *Il Fallimentarista.it*, 22 maggio 2019. In giurisprudenza, seppur con riferimento alle procedure c.d. minori e riferita ad un periodo antecedente, Cass. 13 ottobre 2015, n. 20559 in *Dir. Fall.*, 2015, II, pag.639: «*Il concordato cd. di gruppo non è proponibile, innanzi al medesimo tribunale, in assenza di una disciplina positiva che si occupi di regolarne la competenza, le forme del ricorso, la nomina degli organi, nonché la formazione delle classi e delle masse, sicché, in base alla disciplina vigente, il concordato preventivo può essere proposto unicamente da ciascuna delle società appartenenti al gruppo davanti al tribunale territorialmente competente per ogni singola procedura, senza possibilità di confusione delle masse attive e passive, per essere, quindi, approvato da maggioranze calcolate con riferimento alle posizioni debitorie di ogni singola impresa*». Ma anche, Cass. 31 luglio 2017, n. 19014, in *Società*, 2017, pag.1386: «*L'istituto del concordato cd. di gruppo resta avvinto al fenomeno societario corrispondente, quale appunto il gruppo di società, oggetto di riconoscimento solo indiretto, senza formule definitorie, da parte dell'art. 2497 e seguenti cod. civ., ove si rinviene la disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento, sicché, all'atto della crisi d'impresa, il riferimento al "gruppo" è legittimo in quanto correlato all'istituto desumibile dalla suddetta disciplina, per modo da potersi propriamente discorrere di "gruppo" in quelle (sole) dinamiche in cui una società (la capogruppo) esercita la propria attività d'impresa dirigendo e coordinando le altre. Ne consegue che il concordato di gruppo non può ammettersi nel caso di crisi gestita da parte di singole società mediante forme di aggregazione diverse dal gruppo societario propriamente inteso, limitate a meri conferimenti di beni e all'accollo di debiti tra le dette società, essendo elemento imprescindibile quello dell'autonomia delle masse attive e passive e la conseguente votazione separata sulle proposte da parte dei creditori di ciascuna società o impresa*».

⁷⁷ Art. 3 Gruppi di imprese: «*Nell'esercizio della delega di cui all'articolo 1, il Governo si attiene, per la disciplina della crisi e dell'insolvenza dei gruppi di imprese, ai seguenti principi e criteri direttivi:*

a) *prevedere una definizione di gruppo di imprese modellata sulla nozione di direzione e coordinamento di cui agli articoli 2497 e seguenti nonché di cui all'articolo 2545 septies del Codice Civile, corredata della presunzione semplice di assoggettamento a direzione e coordinamento in presenza di un rapporto di controllo ai sensi dell'articolo 2359 del Codice Civile;*

b) *prescrivere specifici obblighi dichiarativi nonché il deposito del bilancio consolidato di gruppo, ove redatto, a carico delle imprese appartenenti a un gruppo, a scopo di informazione sui legami di gruppo esistenti, in vista del loro assoggettamento a procedure concorsuali;*

c) *attribuire all'organo di gestione della procedura il potere di richiedere alla Commissione nazionale per le società e la borsa (CONSOB) o a qualsiasi altra pubblica autorità informazioni utili ad accertare l'esistenza*

di collegamenti di gruppo, nonché di richiedere alle società fiduciarie le generalità degli effettivi titolari di diritti sulle azioni o sulle quote a esse intestate;

d) prevedere per le imprese, in crisi o insolventi, del gruppo sottoposte alla giurisdizione dello Stato italiano la facoltà di proporre con unico ricorso domanda di omologazione di un accordo unitario di ristrutturazione dei debiti, di ammissione al concordato preventivo o di liquidazione giudiziale, ferma restando in ogni caso l'autonomia delle rispettive masse attive e passive, con predeterminazione del criterio attributivo della competenza, ai fini della gestione unitaria delle rispettive procedure concorsuali, ove le imprese abbiano la propria sede in circoscrizioni giudiziarie diverse;

e) stabilire obblighi reciproci di informazione e di collaborazione tra gli organi di gestione delle diverse procedure, nel caso in cui le imprese insolventi del gruppo siano soggette a separate procedure concorsuali, in Italia o all'estero;

f) stabilire il principio di postergazione del rimborso dei crediti di società o di imprese appartenenti allo stesso gruppo, in presenza dei presupposti di cui all'articolo 2467 del Codice Civile, fatte salve deroghe dirette a favorire l'erogazione di finanziamenti in funzione o in esecuzione di una procedura di concordato preventivo e di accordo di ristrutturazione dei debiti.

2. Nell'ipotesi di gestione unitaria della procedura di concordato preventivo di gruppo devono essere previsti:

a) la nomina di un unico giudice delegato e di un unico commissario giudiziale e il deposito di un unico fondo per le spese di giustizia;

b) la contemporanea e separata votazione dei creditori di ciascuna impresa;

c) gli effetti dell'eventuale annullamento o risoluzione della proposta unitaria omologata;

d) l'esclusione dal voto delle imprese del gruppo che siano titolari di crediti nei confronti delle altre imprese assoggettate alla procedura;

e) gli effetti dell'eventuale annullamento o risoluzione della proposta unitaria omologata;

f) i criteri per la formulazione del piano unitario di risoluzione della crisi del gruppo, eventualmente attraverso operazioni contrattuali e riorganizzative intragruppo funzionali alla continuità aziendale e al migliore soddisfacimento dei creditori, fatta salva la tutela in sede concorsuale per i soci e per i creditori delle singole imprese nonché per ogni altro controinteressato.

3. Nell'ipotesi di gestione unitaria della procedura di liquidazione giudiziale di gruppo devono essere previsti:

a) la nomina di un unico giudice delegato e di un unico curatore, ma di distinti comitati dei creditori per ciascuna impresa del gruppo;

b) un criterio di ripartizione proporzionale dei costi della procedura tra le singole imprese del gruppo;

c) l'attribuzione al curatore, anche nei confronti di imprese non insolventi del gruppo, del potere di:

1) azionare rimedi contro operazioni antecedenti l'accertamento dello stato di insolvenza e dirette a spostare risorse a un'altra impresa del gruppo, in danno dei creditori;

2) esercitare le azioni di responsabilità di cui all'articolo 2497 del Codice Civile;

3) promuovere la denuncia di gravi irregolarità gestionali nei confronti degli organi di amministrazione delle società del gruppo non assoggettate alla procedura di liquidazione giudiziale;

4) nel caso in cui ravvisi l'insolvenza di imprese del gruppo non ancora assoggettate alla procedura di liquidazione giudiziale, segnalare tale circostanza agli organi di amministrazione e di controllo ovvero promuovere direttamente l'accertamento dello stato di insolvenza di dette imprese;

d) la disciplina di eventuali proposte di concordato liquidatorio giudiziale, in conformità alla disposizione dell'articolo 7, comma 10, lettera d)».

dell'insolvenza di gruppo, «qualora sia prevedibile che il c.d. consolidamento (o il coordinamento) procedurale si risolva in un vantaggio per i creditori»⁷⁸.

Ciò nonostante, restano fermi tanto il principio di autonomia delle masse attive e passive delle imprese di gruppo (art.3, comma 1, lett. d), legge delega), quanto il principio di autonomia giuridica di ciascuna società del gruppo. L'obiettivo, alla base anche della precedente legislazione in materia di gruppi di società, è quello di individuare, stante il principio di separatezza e reciproca autonomia delle società o imprese del gruppo, il punto di equilibrio tra unità e pluralità⁷⁹.

Sebbene il legislatore muova dal riconoscimento della necessità di una gestione unitaria delle imprese appartenenti ad un gruppo che versino in una situazione di crisi, la l. n. 155 del 2017 precisa i criteri per la formulazione del piano unitario, che infatti, devono essere funzionali al miglior soddisfacimento dei creditori delle singole imprese coinvolte (art. 3, comma 2, lett. f)⁸⁰.

Sulla scorta dei criteri di cui alla l. n. 155 del 2017 e della prassi giurisprudenziale maturata fino ad oggi, il nuovo Codice ha quindi, innanzitutto, introdotto una definizione di gruppo di imprese, sino ad ora assente nella legislazione dell'insolvenza⁸¹. L'articolo 2 definisce il gruppo di imprese come «l'insieme delle società, delle imprese e degli enti, escluso lo Stato, che, ai sensi degli articoli 2497 e 2545 septies del Codice Civile, sono sottoposti alla direzione e coordinamento di una società, di un ente o di una persona fisica, sulla base di

⁷⁸ L. BENEDETTI, *La disciplina dei gruppi d'impresa e il piano unitario di risanamento*, in *Italia Oggi*, n. 2, 23 gennaio 2019.

⁷⁹ In ogni caso rimane salvo il principio di autonomia delle masse attive e passive. Ne avrebbe potuto essere diversamente, stante il dettato dell'art. 3 della legge delega n. 155/2017. Il legislatore ha quindi optato per forme di consolidamento meramente procedurale, con, probabilmente, qualche maggiore elasticità nel caso della procedura concordataria di gruppo, nella quale si è inteso aprire alla possibilità di utilizzo delle risorse di una società a beneficio dei creditori di un'altra società del gruppo. In termini critici, G. D'ATTORRE, *I concordati di gruppo nel codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Fall.*, 2019, pag.277 e segg.

⁸⁰ L. BENEDETTI, *La disciplina dei gruppi d'impresa e il piano unitario di risanamento*, in *Italia Oggi*, n. 2, 23 gennaio 2019, pag.150 e segg.. Per una illustrazione della nuova disciplina, vedi L. PANZANI, *La disciplina della crisi di gruppo tra proposte di riforma e modelli internazionali*, in *Fall.*, 2016, pag.1153 e segg.; G. D'ATTORRE, *I concordati di gruppo nel codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Fall.*, 2019, pag.277 e segg.; M. ARATO, *Regolazione della crisi e dell'insolvenza dei gruppi di imprese*, in *Il Caso.it*, 10 aprile 2018, pag.2 e segg.; S. MONTI, *La crisi e l'insolvenza dei e nei gruppi di imprese*, in S. SANZO e D. BURRONI (a cura di), *Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Zanichelli-Bologna, 2019, pag.305 e segg.; G. SCOGNAMIGLIO, *I gruppi di impresa nel CCII: fra unità e pluralità*, in *Società*, 2019, pag.416 e segg..

⁸¹ Ricorda Cass. 31 luglio 2017, n. 19014, per gli opportuni riferimenti, cfr. nota n. 76.

un vincolo partecipativo o di un contratto; a tal fine si presume, salvo prova contraria, che: 1) l'attività di direzione e coordinamento di società sia esercitata dalla società o ente tenuto al consolidamento dei loro bilanci; 2) siano sottoposte alla direzione e coordinamento di una società o ente le società controllate, direttamente o indirettamente, o sottoposte a controllo congiunto, rispetto alla società o ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento».

La nozione di gruppo contenuta nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza ricalca quella della "attività di direzione e coordinamento" del Capo IX, Titolo V, del Codice Civile, ma non coincide esattamente con essa. A riprova, la possibilità che il ruolo di capogruppo sia assunto anche da una persona fisica, il legislatore ha così recepito il filone interpretativo che include nella nozione di "società e enti" di cui all'art. 2497, primo comma, cod. civ., anche con l'*holder* persona fisica, come nel prosieguo verrà meglio esposto⁸².

Ad una attenta lettura della norma, appare una incongruenza nella formulazione. La norma dispone l'esclusione dello Stato dai soggetti "sottoposti alla direzione e coordinamento di una società". Lo Stato, ontologicamente, non può essere sottoposto alla direzione e coordinamento di una società. Al contrario. Lo stato può esercitare in positivo l'attività di direzione e coordinamento. Da qui, in ossequio all'art. 19, comma sesto, d.l. n. 78/2009, convertito in l. n. 102/2005, la preclusione allo Stato del ruolo di ente capogruppo e l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento sulla società in cui detiene una partecipazione⁸³.

Partendo da tale nozione, il legislatore ha tenuto in debito conto il fatto che, quando si è in presenza di un gruppo di imprese, è frequente che la crisi investa tutte o molte delle imprese appartenenti al gruppo, essendo di conseguenza necessario affrontare detta situazione in un'ottica unitaria. Il connotato dell'unitarietà della disciplina sostanziale e procedurale vige per tutte le procedure, ovverosia per il concordato preventivo, per l'accordo di ristrutturazione, per la liquidazione giudiziale (*ex* fallimento) e per il piano di risanamento. Una soluzione, concordata o liquidatoria, non può non coinvolgere tutte le componenti del gruppo, e cioè, non solo quelle dichiarate in stato di crisi o di insolvenza, ma,

⁸² Il riconoscimento da parte del legislatore della "*holding* persona fisica" è questione dibattuta che verrà successivamente analizzata; cfr. Cap. IV, par. 4.

⁸³ Sulla lettura dell'art. 2497 cod. civ. come inclusiva dello Stato quale legittimato passivo, si rinvia al Cap. IV, par. 1.

necessariamente, anche quelle che risultano *in bonis* al momento dell'apertura di una delle predette procedure⁸⁴.

In termini sostanziali, si è previsto che sia consentita la presentazione di un'unica domanda di accesso alle procedure di concordato preventivo o di omologazione di un accordo di ristrutturazione o di liquidazione giudiziale⁸⁵.

Nella logica di privilegiare il carattere unitario del gruppo, dal punto di vista procedimentale, oltre a quanto già rilevato sulla possibilità di predisporre un piano unitario o più piani collegati e reciprocamente interferenti di gruppo⁸⁶, nonché in ordine alla competenza territoriale "concentrata"⁸⁷, si deve rilevare come il necessario coordinamento sia ricercato

⁸⁴ V. PALLADINO, *Crisi del gruppo*, in *il Fallimentarista.it*, 12 gennaio 2016. L'Autore, riconosciuta la rilevanza della gestione unitaria dell'insolvenza delle imprese appartenenti al medesimo gruppo, precisa che nonostante tale scelta, sia pure incentivata sotto più profili, sostanziali e procedurali, non può ritenersi obbligatoria ma debba essere facoltativa. Difatti, la domanda di proposizione del concordato deve illustrare le ragioni del ricorso ad un piano unitario o reciprocamente collegato ed interferente, nonché del fatto che tale scelta risulti maggiormente conveniente, in vista del migliore soddisfacimento dei creditori delle singole imprese, rispetto alla decisione di presentare un piano autonomo per ciascuna impresa (coinvolta nella ristrutturazione). Il che vale quanto dire che, in linea teorica, il ricorso alla presentazione di più piani autonomi resta comunque non illegittima. In tal caso è comunque previsto un dovere di cooperazione da parte dei diversi organi (cfr. art. 288 CCII).

⁸⁵ L. BENEDETTI, *La disciplina dei gruppi d'impresa e il piano unitario di risanamento*, in *Italia Oggi*, n. 2, 23 gennaio 2019. Per A. FAROLFI, *La crisi dei gruppi alla luce del nuovo Codice della Crisi e dell'insolvenza*, in *il Fallimentarista.it*, 22 maggio 2019, «*le imprese in crisi od insolventi del gruppo, purché tutte sottoposte a giurisdizione italiana, possano presentare un unico ricorso contenente domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti, o di ammissione al concordato preventivo oppure alla liquidazione giudiziale, favorendo la concentrazione di fronte ad una sola autorità giudiziaria della gestione della procedura*».

⁸⁶ Cfr. Art. 287, comma primo, C.C.I.I.: «*Più imprese in stato di insolvenza, appartenenti al medesimo gruppo e aventi ciascuna il centro degli interessi principali nello Stato italiano, possono essere assoggettate, in accoglimento di un unico ricorso, dinanzi ad un unico tribunale, a una procedura di liquidazione giudiziale unitaria quando risultino opportune forme di coordinamento nella liquidazione degli attivi, in funzione dell'obiettivo del migliore soddisfacimento dei creditori delle diverse imprese del gruppo, ferma restando l'autonomia delle rispettive masse attive e passive. A tal fine il tribunale tiene conto dei preesistenti reciproci collegamenti di natura economica o produttiva, della composizione dei patrimoni delle diverse imprese e della presenza dei medesimi amministratori*». Peraltro, la norma, pare, non escludere che l'apertura di una liquidazione giudiziale unitaria di gruppo possa pervenire attraverso ricorsi distinti, depositati da ciascuna impresa appartenente al gruppo.

⁸⁷ Ciò anche quando le imprese del gruppo abbiano la propria sede in circoscrizioni diverse. Cfr. Art. 287, comma quarto, C.C.I.I.: «*Se le diverse imprese del gruppo hanno il proprio centro degli interessi principali in circoscrizioni giudiziarie diverse, il tribunale competente è quello dinanzi al quale è stata depositata la prima domanda di liquidazione giudiziale. Qualora la domanda di accesso alla procedura sia presentata contemporaneamente da più imprese dello stesso gruppo, è competente il tribunale individuato ai sensi*

attraverso la nomina di organi della procedura unitari⁸⁸ e nell'obbligo, imposto al curatore dall'art. 287, comma terzo, C.C.I.I.⁸⁹, di prevedere ed illustrare nel programma di liquidazione le modalità secondo le quali intende realizzare il coordinamento nella liquidazione degli attivi delle diverse imprese che, in definitiva, costituisce il fondamento e giustificazione della scelta di disporre una liquidazione giudiziale "di gruppo".

Il carattere unitario della procedura non pregiudica, anzi, lascia sussistere l'autonomia e la separatezza delle rispettive masse attive e passive delle imprese coinvolte. Perciò, i creditori di ciascuna impresa verranno soddisfatti sull'attivo della loro debitrice e lo stato passivo sarà formato direttamente per ciascuna impresa, senza alcuna possibilità di commistione fra i debiti dell'una e dell'altra.

Con precipuo riferimento alle attività liquidatorie relative agli *assets* delle società appartenenti al gruppo, assume un'importanza cruciale i nuovi indirizzi di disciplina delle azioni di responsabilità nei confronti degli organi amministrativi che, a seguito del progressivo depotenziamento dell'azione revocatoria fallimentare, vengono a costituire i principali strumenti di implementazione dell'attivo patrimoniale dopo la dichiarazione di apertura della procedura liquidatoria⁹⁰.

dell'articolo 27, in relazione al centro degli interessi principali della società o ente o persona fisica che, in base alla pubblicità prevista dall'articolo 2497-bis del codice civile, esercita l'attività di direzione e coordinamento oppure, in mancanza, dell'impresa che presenta la più elevata esposizione debitoria in base all'ultimo bilancio approvato.

⁸⁸ Cfr. Art. 286 C.C.I.I., comma secondo: «Il tribunale, se accoglie il ricorso, nomina un unico giudice delegato e un unico commissario giudiziale per tutte le imprese del gruppo e dispone il deposito di un unico fondo per le spese di giustizia». Art. 287 C.C.I.I.: «[...]il tribunale nomina, salvo che sussistano specifiche ragioni, un unico giudice delegato, un unico curatore, un comitato dei creditori per ciascuna impresa del gruppo».

⁸⁹ Cfr. Art. 287, comma terzo C.C.I.I.: «Nel programma di liquidazione il curatore illustra le modalità del coordinamento nella liquidazione degli attivi delle diverse imprese. Le spese generali della procedura sono imputate alle imprese del gruppo in proporzione delle rispettive masse attive».

⁹⁰ A. BARTALENA, *Le azioni di responsabilità nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Fall.*, 2019, pag.398: «E' un dato facilmente riscontrabile che in anni recenti le azioni di responsabilità contro amministratori e sindaci di società fallite sono diventate molto più frequenti e per importi sempre più elevati. Le ragioni suscettibili di aver condotto a siffatto esito possono essere molteplici. In primo luogo, un ruolo non marginale può essere assegnato alla sensibile contrazione delle azioni revocatorie, soprattutto nei confronti delle banche, che un tempo costituivano uno strumento fortemente utilizzato per la reintegrazione dell'attivo fallimentare e che oggi, in ragione dell'inasprimento delle condizioni poste dall'art. 66 l. fall. sono promosse soltanto in casi sporadici. Un'ulteriore spiegazione può rinvenirsi nel progressivo consolidamento di un comparto di regole (frutto dell'elaborazione e dell'affinamento operato dalla giurisprudenza e dalla dottrina), che consentono una più sicura impostazione delle domande risarcitorie e una maggiore prevedibilità dei risultati [...]».

5.2 CONTINUA. CENNI SULLE AZIONI DI RESPONSABILITÀ E SULLA RESPONSABILITÀ INFRAGRUPPO

Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza non si limita a riscrivere le regole in materia di crisi e insolvenza dell'impresa prima contenute nella legge fallimentare, ma interviene anche in materia di responsabilità degli organi amministrativi.

Dalla lettura coordinata delle disposizioni in materia di responsabilità degli organi di amministrazione e controllo introdotte dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, emergono importanti novità, anche ai fini del presente lavoro.

Le novità riguardano, tanto, i presupposti della responsabilità, in connessione ai nuovi doveri e responsabilità contemplati in particolare nella fase di allerta⁹¹, quanto, i criteri di determinazione del danno⁹² e l'identificazione dei soggetti legittimati attivi e passivi delle

⁹¹ Il CCII prevede la modifica di alcuni articoli del Codice Civile. In particolare, viene introdotto l'obbligo per l'imprenditore che opera in forma societaria, senza limitazioni relativamente al tipo societario adottato, di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche al fine di rilevare tempestivamente i segnali di crisi dell'impresa e di perdita della continuità aziendale. Viene altresì introdotto l'obbligo di attivarsi senza indugio per l'adozione degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi ed il recupero della continuità aziendale. È stato così introdotto un secondo comma all'art. 2086 cod. civ. «*L'imprenditore è il capo dell'impresa e da lui dipendono gerarchicamente i suoi collaboratori. L'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale*». A. BARTALENA, *Le azioni di responsabilità nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Fall.*, 2019, pag.299, l'organo amministrativo dovrà pertanto vigilare costantemente, tramite la predisposizione di assetti organizzativi adeguati, al fine di rilevare con tempestività se la situazione finanziaria dell'impresa possa tramutarsi in crisi d'impresa. Il predetto nuovo art. 2086 cod. civ. introduce in tutte le imprese collettive di un generale protocollo organizzativo, pur destinato a variare in ragione della natura e delle dimensioni aziendali, la cui paternità e responsabilità viene attribuita agli amministratori.

⁹² L'art. 378 del d. lgs. n. 14/2019 (CCII) ha aggiunto all'art. 2486 cod. civ. (rubricato "Responsabilità degli amministratori") un nuovo terzo comma, ai sensi del quale: «*Quando è accertata la responsabilità degli amministratori a norma del presente articolo, e salva la prova di un diverso ammontare, il danno risarcibile si presume pari alla differenza tra il patrimonio netto alla data in cui l'amministratore è cessato dalla carica o, in caso di apertura di una procedura concorsuale, alla data di apertura di tale procedura e il patrimonio netto determinato alla data in cui si è verificata una causa di scioglimento di cui all'articolo 2484, detratti i costi sostenuti e da sostenere, secondo un criterio di normalità, dopo il verificarsi della causa di scioglimento e fino al compimento della liquidazione. Se è stata aperta una procedura concorsuale e mancano le scritture contabili o se a causa dell'irregolarità delle stesse o per altre ragioni i netti patrimoniali non possono essere determinati, il danno è liquidato in misura pari alla differenza tra attivo e passivo accertati nella procedura*».

azioni di responsabilità esercitabili dalle procedure concorsuali nella liquidazione giudiziale⁹³.

L'art. 255 CCI, nel dare attuazione all'art. 7 della legge delega n. 155/2017, introduce una novità⁹⁴, rappresentata dalla elencazione delle azioni esercitabili dal curatore, con la precisazione che le stesse possono essere avviate o proseguite “*anche separatamente*”. La “autonomia” delle azioni determina la libertà del curatore di scegliere quali azioni esercitare, delle società ovvero dei creditori.

La novella, quindi, ha introdotto una presunzione relativa di quantificazione del danno, ponendo a carico del convenuto l'onere di provare che il danno generato dal suo comportamento sia inferiore a quello risultante dall'applicazione del criterio legale. Trattasi quindi di presunzione semplice e, come tale, suscettibile di prova contraria. Il criterio dei netti patrimoniali assurge, così, al rango di criterio principe per la quantificazione del danno derivante da atti di *mala gestio*. L'art. 378, secondo comma, Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, inoltre, ha integrato ulteriormente l'art. 2486 cod. civ. stabilendo che «*Se è stata aperta una procedura concorsuale e mancano le scritture contabili o se a causa dell'irregolarità delle stesse o per altre ragioni i netti patrimoniali non possono essere determinati, il danno è liquidato in misura pari alla differenza tra attivo e passivo accertati nella procedura*». In quest'ultima ipotesi, il legislatore ha invece introdotto una presunzione *iuris et de iure*, escludendo, nel caso in cui i netti patrimoniali non possano essere determinati, la possibilità di provare che il danno derivante dalla condotta degli amministratori sia inferiore alla differenza tra attività e passività. Il criterio della differenza tra attività e passività – originariamente non contemplato dalla “bozza R. RORDORF” – diventa così il criterio residuale di quantificazione del danno, laddove non sia applicabile, come si è detto, il criterio dei netti patrimoniali. Vi è da notare, peraltro, come il ricorso automatico al predetto criterio in mancanza delle scritture contabili sia stato più volte ritenuto inutilizzabile da parte della giurisprudenza di legittimità, che ne ha ammessa l'applicabilità solo quale parametro per una liquidazione del danno in via equitativa e solo in presenza di determinati presupposti (Cass. 30 ottobre 2018, n. 24103, in *Dejure.it*). La Relazione illustrativa, a tale ultimo proposito, chiarisce che «*La norma si fa carico di risolvere, anche in funzione deflattiva, il contrasto giurisprudenziale esistente in materia e l'obiettivo difficoltà di quantificare il danno in tutti i casi, nella pratica molto frequenti, in cui mancano le scritture contabili o le stesse sono state tenute in modo irregolare*». Di conseguenza, a prescindere dalle intenzioni del Legislatore, d'ora in avanti agli organi societari è richiesto di far emergere tempestivamente la crisi o di accertare tempestivamente una delle cause di scioglimento di cui all'art. 2484 cod. civ., per non trovarsi esposti al risarcimento di importi il cui ammontare viene determinato in via presuntiva. Così, S. BASTIANON, *Le azioni di responsabilità contro gli amministratori al tempo del Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Il fallimentarista.it*, 24 aprile 2019; A. BARTALENA, *Le azioni di responsabilità nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Fall.*, 2019, pag.306; F. DIMUNDO, *Il Codice della Crisi rimodella le azioni di responsabilità del curatore*, in *Italia Oggi, La riforma del fallimento*, n. 2, 23 gennaio 2019.

⁹³ N. ABRIANI, *Le azioni di responsabilità alla luce del codice della crisi*, in *Italia Oggi, La riforma del fallimento*, n. 2, 23 gennaio 2019.

⁹⁴ In realtà la norma costituisce un «*ritorno al passato perché non si riferisce più genericamente ed in modo indistinto* – come l'art. 146 l. fall. nel testo introdotto dal d. lgs. n. 5/2006 – *alle azioni di responsabilità, ma indica in modo maggiormente puntuale le singole azioni risarcitorie il cui esercizio è riservato in via esclusiva al curatore, così come faceva l'art. 146 nella versione originaria della legge fallimentare del 1942*», F. DIMUNDO, *Le azioni di responsabilità esperibili dagli organi delle procedure concorsuali: il regime attuale e la nuova disciplina introdotta dal codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Il Caso.it*, pag.10.

Questo porta a rilevanti corollari operativi che mi limito di seguito ad accennare, tra i quali: evita la c.d. *tecnica del “collage”*, talora seguita dalle curatele sulla base del preteso cumulo delle azioni.

Tra le altre novità vi è l’attribuzione al curatore della liquidazione giudiziale (*ex fallimento*) della società soggetta ad altrui direzione e coordinamento della legittimazione ad esercitare l’azione attribuita ai relativi creditori dall’art. 2497, quarto comma, cod. civ. (come riformulato dall’art. 382, comma 3, del Codice)⁹⁵. La norma, si raccorda sistematicamente con quanto previsto dal legislatore nel Titolo VI, ove all’art. 291 prevede: «*Il curatore, sia nel caso di apertura di una procedura unitaria, sia nel caso di apertura di una pluralità di procedure, è legittimato ad esercitare le azioni di responsabilità previste dall’articolo 2497 del Codice Civile*».

La novella, usando il plurale, potrebbe ampliare la misura del risarcimento a vantaggio della massa dei creditori, finalizzato a coprire non solo il danno provocato alle pretese dei creditori, ma anche quello arrecato ai soci, con una verosimile coincidenza con il disavanzo della procedura, ma il punto, unitamente ad altre questioni in tema di azioni di responsabilità nei gruppi di imprese, verrà meglio affrontato nel prosieguo⁹⁶.

⁹⁵ L’attuale formulazione dell’art. 2497 cod. civ. prevede, come sopra esposto (cfr. nota n. 71), la sostituzione del termine “fallimento” con “liquidazione giudiziale”.

⁹⁶ Cfr. Cap. III.

CAPITOLO II

LA RESPONSABILITÀ DA ATTIVITÀ DI DIREZIONE E COORDINAMENTO

SOMMARIO: 1. UN INQUADRAMENTO DELLA RESPONSABILITÀ DELLA SOCIETÀ CAPOGRUPPO – 2. L'AMBITO DI APPLICAZIONE: L'ATTIVITÀ DI DIREZIONE E COORDINAMENTO – 3. GLI ELEMENTI COSTITUTIVI DELLA FATTISPECIE – 4. I PRINCIPI DI CORRETTA GESTIONE SOCIETARIA E IMPRENDITORIALE – 5. L'INTERESSE IMPRENDITORIALE PROPRIO O ALTRUI – 6. IL DANNO ALLA REDDITIVITÀ E AL VALORE DELLA PARTECIPAZIONE ED IL DANNO ALL'INTEGRITÀ DEL PATRIMONIO SOCIALE. RINVIO

1. UN INQUADRAMENTO DELLA RESPONSABILITÀ DELLA SOCIETÀ CAPOGRUPPO

Prima di affrontare lo specifico problema della responsabilità della capogruppo in ipotesi di fallimento della società eterodiretta sono opportune alcune premesse di sintesi sull'ambito applicativo dell'art. 2497 cod. civ..

La legge, per scelta esplicitata nella Relazione ministeriale di accompagnamento al d. lgs. n. 6/2003, non definisce il gruppo⁹⁷ (fatta eccezione per la previsione dell'art. 2545 *septies* cod. civ.⁹⁸ in tema di gruppo cooperativo paritetico), ma si limita a regolarlo sotto il profilo della

⁹⁷ Nella consapevolezza che ogni possibile definizione del fenomeno del gruppo sarebbe stata inadeguata rispetto «*all'incessante evoluzione della realtà sociale, economica e giuridica*» V. il paragrafo 13 della Relazione ministeriale al d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, in *Riv. Soc.*, 2003, pag.155 e in *Giur. Comm.*, suppl. al n. 4/03; in AA.VV., *La riforma del diritto societario, Lavori preparatori. Testi e materiali*, (a cura di) F. AULETTA, G. LO CASCIO, M. VIETTI, U. TOMBARI, A. ZOPPINI, Giuffrè-Milano, 2006, pag.257. Tale disciplina, come espressamente indicato anche nella Relazione al citato Decreto, non utilizza in nessun caso l'espressione "gruppi", evitando così *ab origine* qualsiasi possibile equivoco interpretativo che, a fronte di qualsiasi ipotesi suggerita dal legislatore, sarebbe sorto. La relazione, infatti, così recita: «*Nell'attuare la delega, all'articolo 2497 si è innanzitutto ritenuto non opportuno dare o richiamare una qualunque nozione di gruppo o di controllo, per due ragioni: è chiaro da un lato che le innumerevoli definizioni di gruppo esistenti nella normativa di ogni livello sono funzionali a problemi specifici; ed è altrettanto chiaro che qualunque nuova nozione si sarebbe dimostrata inadeguata all'incessante evoluzione della realtà sociale, economica e giuridica*». Anche la dottrina ha ripetutamente osservato come del gruppo non sia possibile dare una definizione unitaria, a valenza generale, aggiungendo che è del resto convinzione diffusa che del gruppo esistano tante nozioni quante le discipline che, per le diverse finalità siano state dettate; si veda P. FERRO LUZZI, *Riflessioni sui gruppi (non creditizio)*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2001, I, pag.13.

⁹⁸ Art. 2545 *septies* cod. civ.. Gruppo cooperativo paritetico: «*Il contratto con cui più cooperative appartenenti anche a categorie diverse regolano, anche in forma consortile, la direzione e il coordinamento delle rispettive imprese deve indicare: 1) la durata; 2) la cooperativa o le cooperative cui è attribuita direzione del gruppo, indicandone i relativi poteri; 3) l'eventuale partecipazione di altri enti pubblici e privati; 4) i criteri e le condizioni di adesione e di recesso dal contratto; 5) i criteri di compensazione e l'equilibrio nella distribuzione*

responsabilità⁹⁹. Proprio la disciplina sulla responsabilità *ex art.* 2497 cod. civ. può essere riguardata quale “regola in positivo” per lo svolgimento dell’attività di direzione e coordinamento e, dunque, “implicitamente” come riconoscimento della liceità del fenomeno¹⁰⁰.

Poiché ad essere sanzionata è l’eterodirezione contraria ai principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale bisogna concludere per la liceità dell’eterodirezione “virtuosa”

dei vantaggi derivanti dall’attività comune. La cooperativa può recedere dal contratto senza che ad essa possano essere imposti oneri di alcun tipo qualora, per effetto dell’adesione al gruppo, le condizioni dello scambio risultino pregiudizievoli per i propri soci. Le cooperative aderenti ad un gruppo sono tenute a depositare in forma scritta l’accordo di partecipazione presso l’albo delle società cooperative».

⁹⁹ Il problema centrale del fenomeno del gruppo è quello della “responsabilità”, in sostanza della controllante, nei confronti dei soci e dei creditori sociali della controllata, cfr. il paragrafo 13 della Relazione di accompagnamento alla Riforma del diritto societario d. lgs. n. 6/2003. L’importanza della “responsabilità” si nota anche ad un esame approfondito delle altre disposizioni del Capo IX, le quali si mostrano più o meno direttamente legate al concetto di “responsabilità”. Si veda, ad esempio, l’art. 2497 *bis*, terzo comma, cod. civ., che individua esplicitamente un obbligo risarcitorio in capo agli amministratori che omettono le formalità pubblicitarie richieste per le società che sono soggette o esercitano il potere di direzione unitaria; o l’art. 2497 *ter* cod. civ., che apre possibili scenari di responsabilità degli amministratori della società dominata per mancata o non analitica motivazione delle decisioni influenzate dall’attività di direzione e coordinamento; o ancora, l’art. 2497 *quinquies* cod. civ., che inserendo regole di gestione dell’impresa di gruppo sotto il profilo finanziario, può essere visto come disposizione che fonda ipotesi di responsabilità per casi di non corretto finanziamento delle società aggregate.

¹⁰⁰ Nello stesso senso A. DACCÒ, *I gruppi di società*, in M. CIAN (a cura di), *Diritto Commerciale*, II, Giappichelli, 2014, pag.674, per il quale dal testo delle norme, riferite agli artt. 2497 e segg. cod. civ., non si evince una mera definizione di attività di direzione e coordinamento, ma si individua comunque la legittimità di tale attività. In questi termini l’attività di direzione e coordinamento è lecita se non tende a ledere i principi di trasparenza e di corretta amministrazione; nel caso di violazione di questi principi cardine, per tutelare i soci di minoranza ed i creditori sociali sarà prevista ai sensi dell’art. 2497 cod. civ., un’azione di responsabilità. Cfr. anche C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Cedam-Padova, 2006, 2^a ed., pag.140 e segg.; V. CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Riv. Soc.*, 2003, pag.1246-1247; M. RESCIGNO, *Eterogestione e responsabilità nella riforma societaria fra aperture ed incertezze: una prima riflessione*, in *Società*, 2003, pag.334; A. VALZER, *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber Amicorum*, G.F. CAMPOBASSO, diretto da P. ABBADESSA e G.B. PORTALE, Utet-Torino, 2007, 3, pag.851; U. TOMBARI, *Poteri e doveri dell’organo amministrativo di una s.p.a. “di gruppo” tra disciplina legale e autonomia privata*, in *Riv. Soc.*, 2009, pag.125. Di particolare interesse M. BUSSOLETTI, *Sulla “irresponsabilità” da direzione unitaria abusiva e su altre questioni aperte in tema di responsabilità ex art. 2497 c.c.*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2013, I, pag.397, per il quale: «in aggiunta alla regola in negativo, della responsabilità, l’art. 2497 rechi anche una regola in positivo, di legittimità della direzione unitaria di gruppo», e, poco oltre: «solo in apparenza dispone un precetto di responsabilità, nel senso che solo in apparenza regolamenta per intero la responsabilità da direzione unitaria abusiva. [...] Intendo dimostrare che il senso – e la novità – della norma stanno nel fatto che il vero precetto recato dall’art. 2497 cod. civ. è, al contrario, un precetto di irresponsabilità».

e, così, il riconoscimento della legittimità dell'attività di direzione e coordinamento come forma di esercizio di una iniziativa economica privata nel nostro ordinamento¹⁰¹.

La stessa giurisprudenza di merito ha specificato, proprio con riferimento all'art. 2497 cod. civ., che «*Le operazioni compiute nell'esercizio di attività di direzione e coordinamento, ancorché nell'esclusivo interesse della controllante, devono considerarsi lecite ogni qualvolta esse non rechino danno alla controllata o i danni siano adeguatamente compensati da vantaggi di gruppo o elisi da specifiche operazioni di segno opposto*»¹⁰².

La scelta sanzionatoria piuttosto che definitoria, come già rilevato¹⁰³, viene ravvisata, da un lato, nella molteplicità delle diverse nozioni, funzionali alla risoluzione di problemi specifici e per l'inadeguatezza di ogni nuova definizione all'incessante evoluzione della realtà sociale, economica e giuridica e, dall'altro, per la già sottolineata centralità del tema della responsabilità¹⁰⁴.

¹⁰¹ G. SCOGNAMIGLIO, "Clause generali" principi di diritto e disciplina nei gruppi di società, in *Riv. Dir. Priv.*, 2011, pag.524; P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. Soc.*, 2007, pag.329; U. TOMBARI, *Poteri e doveri dell'organo amministrativo di una s.p.a. "di gruppo" tra disciplina legale e autonomia privata*, in *Riv. Soc.*, 2009, pag.124; L. BENEDETTI, *La responsabilità da esercizio di direzione e coordinamento "istituzionalizzato" tramite il voto in assemblea*, in *Il corriere giuridico*, 2012, pag.1479; G. SBISÀ, *Sui poteri della capogruppo nell'attività di direzione e coordinamento*, in *Contratto e Impresa*, 2011, pag.369.

¹⁰² Trib. Milano, 17 febbraio 2012, n. 2085, in *Società*, 2012, pag.577 e in *Corriere Giur.*, 2012, pag.1479 nota di L. BENEDETTI, *La responsabilità da esercizio di direzione e coordinamento "istituzionalizzato" tramite il voto in assemblea*.

¹⁰³ Cfr. nota n. 97. Ma anche A.R. ADIUTORI, *Insolvenza e responsabilità nel gruppo*, Giuffrè-Milano, 2013, pag.17; G. SBISÀ, *Sui poteri della capogruppo nell'attività di direzione e coordinamento*, in *Contratto e Impresa*, 2011, pag.369; G. SBISÀ, *Commento all'art. 2497 cod. civ. Commi 1 e 2*, in AA.VV. (a cura di G. SBISÀ), *Direzione e coordinamento di società. Artt. 2947-2947 septies cod. civ., Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI, L.A. BIANCHI, F. GHEZZI, M. NOTARI, 2012, pag.17. Non è un caso che il legislatore della riforma abbia considerato il gruppo sotto il profilo della responsabilità che può derivare dall'attività di direzione e coordinamento in quanto il cardine di ogni disciplina dei gruppi è costituito dai mezzi di tutela predisposti in favore dei soci esterni e dei creditori della società eterodiretta. In questo senso, cfr. P. ABBADESSA, *La responsabilità della società capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2008, I, pag.279.

¹⁰⁴ Per i riferimenti della Relazione ministeriale, cfr. nota n. 97. Si è preferito scartare la via della "tutela preventiva" e quindi della definizione e regolamentazione delle modalità di formazione, di organizzazione e di funzionamento del gruppo, per intraprendere quella "tutela successiva" e quindi ad una disciplina degli aspetti patologici del fenomeno, fra cui, in particolare, quello della responsabilità della capogruppo. V. CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Riv. Soc.*, 2003, pag.1232. Evitando di fornire una nozione ontologica del gruppo, il legislatore ha optato per una soluzione "rinunciataria" limitata alla disciplina delle conseguenze dell'attività di direzione e coordinamento.

L'art. 2497 cod. civ. rivela, altresì, come, nell'ambito della disciplina sui gruppi, sia stata operata una precisa scelta di campo a favore di una tutela obbligatoria o risarcitoria dei soci e dei creditori della società soggetta ad attività di direzione e coordinamento¹⁰⁵, a scapito di una possibile tutela reale o invalidatoria. Questa scelta appare coerente con una disciplina che ha ad oggetto non già singoli atti (rispetto ai quali possono, in certi casi, risultare appropriate soluzioni in termini di inefficacia o invalidità), bensì l'attività di direzione e coordinamento complessivamente considerata¹⁰⁶.

Difatti, appare evidente il riferimento all'"attività", o meglio, alla tutela risarcitoria, nel riconoscimento legislativo del criterio dei "vantaggi compensativi". Quando la norma

¹⁰⁵ Curiosamente vengono ignorati i soci di minoranza ed i creditori della società che esercita la suddetta attività di direzione e coordinamento. Critico, in proposito, G.B. PORTALE, *Osservazioni sullo schema di decreto delegato (approvato dal governo in data 20-30.9.2002) in tema di riforma delle società di capitali*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2002, pag.716 e segg.; G.B. PORTALE, *Riforma delle società di capitali e limiti di effettività del diritto nazionale*, in *Società*, 2 bis, 2003, pag.264; R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. Comm.*, 2003, pag.661.

¹⁰⁶ C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Cedam-Padova, 2006, 2^a ed., pag.196 osserva che, nella fattispecie del gruppo, non si sarebbe potuto ragionare in termini di soluzioni di inefficacia o invalidità, in quanto rimedi utilizzabili con riguardo a singoli atti e non riferibili all'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento; V. CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Riv. Soc.*, 2003, pag.1235; G. SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, in AA.VV. (a cura di P. ABBADESSA e G.B. PORTALE), *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum G.F. CAMPOBASSO*, Utet-Torino, 2007, III, pag.950; F. FIMMANÒ, *Abuso di direzione e coordinamento e tutela dei creditori delle società abusate*, in *Riv. Not.*, 2012, pag.279, conferma l'idea del legislatore di affidare al rimedio risarcitorio, piuttosto che ai rimedi c.d. reali, basati cioè sull'invalidità dell'atto, la tutela degli interessi deboli dei soci e creditori c.d. esterni. F. D'ALESSANDRO, *La provincia del diritto societario inderogabile (ri)determinata. Ovvero: esiste ancora il diritto societario?*, in *Riv. Soc.*, 2003, pag.45. Già anteriormente alla riforma, l'esigenza di imperniare la disciplina "speciale" del gruppo sull'attività era stata sottolineata da G. SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, Torino, 1996, pag.39. *Contra* M. BUSSOLETTI, E. LA MARCA, *Gruppi e responsabilità da direzione unitaria*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2010, I, pag.88. La scelta di una tutela rimediale si pone in linea con la generale tendenza della riforma del 2003 di restringere gli spazi di tutela reale a vantaggio di quella obbligatoria, cfr. A. NIGRO, *Tutela demolitoria e tutela risarcitoria nel nuovo diritto societario*, in *Riv. Soc.*, 2004, pag.881 e segg.; R. SACCHI, *Tutela reale e tutela obbligatoria della minoranza*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber Amicorum, G.F. CAMPOBASSO*, a cura di P. ABBADESSA e G.B. PORTALE, Torino, 2006, 3, pag.141; R. SACCHI, *La tutela delle minoranze tra tutela indennitaria e rimedi demolitori*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2016, I, pag.234 e segg.. Un'evidente manifestazione di tale orientamento legislativo si rinviene in materia di invalidità delle delibere assembleari. Qui il legislatore ha introdotto un sistema di invalidità autonomo e diverso rispetto a quello di diritto comune sulle invalidità negoziali, in particolare, al fine di contemperare le esigenze di tutela dei soci e quelle di stabilità dell'attività sociale, si sono ridimensionate notevolmente le forme di tutela obbligatoria a favore di quella rimediale, attraverso una restrizione dei soggetti legittimati e la fissazione di brevi termini di impugnativa.

precisa non esservi responsabilità nel caso in cui «*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*» pare ritenere il rimedio risarcitorio idoneo ad offrire piena tutela ai soggetti lesi dall'attività di direzione e coordinamento. La tutela non investe un singolo atto pregiudizievole, per la quale era prospettabile una “tutela reale”, ma l'attività di direzione e coordinamento nel suo complesso. Possiamo dire che la scelta di una tutela obbligatoria risieda nel *favor* mostrato dal legislatore allo sviluppo dell'attività di direzione e coordinamento, *rectius* all'interesse del legislatore ad evitare impedimenti allo svolgimento delle pratiche di gruppo e lasciare ai creditori e soci “esterni” la libertà dell'azione rimediale¹⁰⁷.

Per completezza, occorre dare conto anche di chi¹⁰⁸ ritiene che, accanto alla tutela risarcitoria *ex art. 2497* cod. civ., residui uno spazio per la tutela reale, *ex art. 2391*, comma sesto, cod. civ., consentendo così l'annullabilità delle delibere dell'organo gestionale, affette da mancata o non analitica motivazione ovvero da assente o non puntuale indicazione delle ragioni e degli interessi che hanno inciso sulle stesse deliberazioni allorché influenzate dall'attività di direzione e coordinamento.

La previsione dell'art. 2497 cod. civ. introduce una responsabilità “diretta” della capogruppo nei confronti dei soci e creditori della controllata. L'imputazione “diretta” della responsabilità conseguente all'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento costituisce, come già detto, una “rivoluzione copernicana”¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Pare opportuno evidenziare che la tutela obbligatoria, in luogo di quella reale, può determinare degli squilibri fra soci di minoranza “forti” e soci di minoranza “deboli, mentre attraverso la tutela reale l'iniziativa di alcuni avrebbe l'effetto di bloccare l'operato della società a vantaggio anche delle minoranze che non si sono attivate. Vedi R. SACCHI, *Tutela reale e tutela obbligatoria della minoranza*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber Amicorum*, G.F. CAMPOBASSO, a cura di P. ABBADESSA e G.B. PORTALE, Torino, 2006, 3, pag.155 e segg. e R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. Comm.*, 2003, pag.661 e segg..

¹⁰⁸ Così G. MINERVINI, *Gli interessi degli amministratori di s.p.a.*, in *Giur. Comm.*, 2006, I, pag.157, e V. CARIELLO, *Direzione e coordinamento*, in *Società di capitali*, (a cura di) G. NICOLINI, A. STAGNO D'ALCONTRES, 2004, pag.1858 e segg.

¹⁰⁹ P. ABBADESSA, *La responsabilità della società capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2008, I, pag.282.

Si è già detto che l'art. 90 del d.lgs. 1999 n. 270¹¹⁰ sanciva, nell'ambito della direzione unitaria di imprese di gruppo, la responsabilità degli amministratori della capogruppo in via solidale con gli amministratori della società soggetta alla direzione della società madre, dichiarata insolvente¹¹¹.

La norma fu da subito interpretata come applicabile alle società non insolventi¹¹². In quest'ottica si pone come antesignana della responsabilità per abuso di direzione e coordinamento azionabile dai creditori oggi prevista dall'art. 2497 cod. civ., così come riscritto dopo la riforma del diritto societario del 2003¹¹³.

L'elaborazione dottrinale, a prescindere dal controverso titolo della responsabilità gravante sugli amministratori della controllante, sia pur con differenti motivazioni¹¹⁴, riteneva di poter

¹¹⁰ D. lgs. 1999 n.270, art. 90. Responsabilità nei casi di direzione unitaria: «nei casi di direzione unitaria delle imprese del gruppo, gli amministratori delle società che hanno abusato di tale direzione rispondono in solido con gli amministratori della società dichiarata insolvente dei danni da questi cagionati alla società stessa in conseguenza delle direttive impartite». Si noti l'elemento di novità della "nuova" normativa rappresentato dall' "abuso", e non dalla direzione unitaria dell'art. 3 decimo comma, della l. n. 95 del 1979, a costituire il presupposto della responsabilità degli amministratori della *holding*; rilievo di M. BUSSOLETTI, E. LA MARCA, *Gruppi e responsabilità da direzione unitaria*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2010, I, pag.66; A. DI MAJO, *I gruppi di imprese nelle procedure concorsuali*, 2005, pag.19, nota 12.

¹¹¹ Per un breve inquadramento della disciplina, si rinvia *supra* al Cap. I, par. 4. Secondo A. PAVONE LA ROSA, *La responsabilità degli amministratori della controllante nella crisi del gruppo societario*, in *Riv. Soc.*, 2002, pag.795 e segg., l'art. 90 d. lgs. 1999 n. 270 riproduce sostanzialmente la disciplina già contenuta nell'art. 3 ultimo comma d.l. 30 gennaio 1979, n. 26, convertito con modificazioni dalla l. 3 aprile 1979 n. 95. Per l'analisi di tale ultima previsione, P.G. JAEGER, *La responsabilità solidale degli amministratori della capogruppo nella legge sull'amministrazione straordinaria*, in *Giur. Comm.*, 1981, I, pag.407 e segg.

¹¹² N. ABRIANI e L. PANZANI, *Crisi e insolvenza nei gruppi di società*, in O. CAGNASSO, L. PANZANI (a cura di), *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, Torino, 2016, II, pag.3001, nota 24.

¹¹³ Parte della dottrina, A. NIGRO, D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Il Mulino-Bologna, 2009, pag.339, ha ritenuto le due norme compatibili fra loro, collocandosi entrambe nel novero degli strumenti risarcitori a disposizione del curatore. Altra parte della diversa dottrina, ha fatto leva sull'ultimo comma dell'art. 2497 per sostenere l'implicita abrogazione dell'art. 90 dopo la riscrittura dell'art. 2497 cod. civ.. Tale ultimo comma prevede che «nel caso di [...] amministrazione straordinaria di società soggetta ad altrui direzione e coordinamento, l'azione spettante ai creditori di questa è esercitata [...] dal commissario straordinario». Così, la dottrina ha ritenuto che la tutela dei creditori e della società stessa per l'abuso subito dovrebbe esprimersi in termini più favorevoli nell'art. 2497 riformato, assorbendo la disciplina precedentemente disposta dall'art. 90 d. lgs. 270/1999. Così S. BONFATTI, P.F. CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, II ed., Cedam-Padova, 2007, pag.549. P. ABBADESSA, *La responsabilità della società capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2008, I, pag.288, ritiene che dall'identità di fattispecie e dalla relativa radicale diversità della nuova disciplina si ricava quindi l'intervenuta abrogazione dell'art. 90 d. lgs. 270 1999.

¹¹⁴ Sul dibattito in ordine alla natura della responsabilità da direzione e coordinamento, anche alla luce della formulazione dell'art. 3, comma 10, legge 95/1979 e dell'art. 90 d. lgs. 270/1999 sull'amministrazione

straordinaria, cfr. P. ABBADESSA, *I gruppi di società nel diritto italiano*, in *I gruppi di società: ricerche per uno studio critico*, a cura di A. PAVONE LA ROSA, Il Mulino-Bologna, 1982, pag.142 e segg.; A. BORGIOI, *Direzione unitaria e responsabilità*, in *Riv. Soc.*, 1982, pag.31 e segg.; P.G. JAEGER, “*Direzione unitaria*” di gruppo e responsabilità degli amministratori (*Ancora sull’art.3 ult. cpv. della legge sull’amministrazione straordinaria*), in *Riv. Soc.*, 1985, pag.832 e segg.; B. LIBONATI, *Responsabilità del e nel gruppo (Responsabilità della capogruppo, degli amministratori, delle varie società)*, in P. BALZARINI, G. CARCANO, G. MUCCIARELLI (a cura di), *I gruppi di società. Atti del convegno internazionale di studi*. Venezia 16-17-18 novembre 1995, II, Milano, 1996, pag.1489 e segg. La questione è tuttora attuale alla luce della formulazione dell’art. 2497 cod. civ.; tra gli altri i numerosi contributi, F. GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, in *Contratto e Impresa*, 2002, pag.1037 e segg.; A. PATTI, “*Direzione e coordinamento di società*”; *brevi spunti sulla responsabilità della capogruppo*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2003, II, pag.357 e segg.; V. CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Riv. Soc.*, 2003, pag.1244 e segg.; G. GUIZZI, *Eterodirezione dell’attività sociale responsabilità per mala gestio nel nuovo diritto dei gruppi*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2003, I, pag.449 e segg.; C. CARANO, *Responsabilità per direzione e coordinamento di società*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2004, II, pag.429 e segg.; P. ABBADESSA, *La responsabilità della società capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2008, I, pag.280 e segg.; G. SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, in AA.VV. (a cura di P. ABBADESSA e G.B. PORTALE), *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum G.F. CAMPOBASSO*, Utet-Torino, 2007, III, pag.947 e segg.; S. GIOVANNINI, *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, Giuffrè-Milano, 2007; A. VALZER, *Le responsabilità da direzione e coordinamento di società*, Giappichelli-Torino, 2011, pag.5 e segg.; A. VALZER, *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber Amicorum, G.F. CAMPOBASSO*, diretto da P. ABBADESSA e G.B. PORTALE, Utet-Torino, 2007, 3, pag.851 e segg.; G. SBISÀ, *Sulla natura della responsabilità da direzione e coordinamento*, in *Contratto e Impresa.*, 2009, pag.815 e segg.; U. TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, Giuffrè-Milano, 2010, pag.35 e segg.; L. BENEDETTI, *La responsabilità “aggiuntiva” ex art. 2497, 2° co., cod. civ.*, Giuffrè-Milano, 2012, pag.2 e segg.; L.A. BIANCHI, *Problemi in materia di disciplina dell’attività di direzione e coordinamento*, in *Riv. Soc.*, 2013, pag.420 e segg..

ravvisare una responsabilità anche della società controllante¹¹⁵. Quindi, questa conseguenza veniva fatta discendere quale che fosse la natura della responsabilità, contrattuale o extra-contrattuale¹¹⁶.

Se ritenuta di natura extra-contrattuale, la responsabilità della società madre veniva fatta discendere dall'applicazione dell'art. 2049 cod. civ., estensivamente inteso, per il quale «*i padroni e i committenti sono responsabili per i danni arrecati dal fatto illecito dei loro commessi (...) nell'esercizio delle incombenze cui sono adibiti*»¹¹⁷.

Se ritenuta di natura contrattuale, la responsabilità della capogruppo derivava dall'immedesimazione organica degli amministratori della stessa nel soggetto preponente, immedesimazione che comportava la diretta imputazione all'ente degli atti compiuti dai suoi direttivi. Per meglio dire, se gli amministratori sono l'organo gestorio della società e se questa agisce per mezzo di tale organo, il fatto illecito di questo organo è fatto illecito della società madre¹¹⁸.

¹¹⁵ Controverso in dottrina era il titolo della responsabilità gravante sugli amministratori della controllante ex art. 3 "Legge Prodi". Da un lato si riteneva che la norma configurasse a carico degli amministratori della dominante un'ipotesi di responsabilità da fatto illecito, ex art. 2043 cod. civ., per induzione all'inadempimento degli amministratori della controllata, così, P.G. JAEGER, *La responsabilità solidale degli amministratori della capogruppo nella legge sull'amministrazione straordinaria*, in *Giur. Comm.*, 1981, I, pag.420; B. LIBONATI, *Il Gruppo insolvente*, Nardini-Firenze, 1981, pag.120; A. BORGIOLI, *L'amministrazione delegata*, Firenze, 1982, pag.304. In particolare, per F. GALGANO, *I gruppi di società*, in *I grandi temi. Le società*, a cura di F. GALGANO, Utet-Torino, 2001, pag.135, gli amministratori della controllante rispondono in solido con gli amministratori della controllata «*per aver indotto costoro all'inadempimento dei loro doveri, secondo uno schema di concorso di responsabilità contrattuale (degli amministratori della controllata) ed extracontrattuale (degli amministratori della controllante) [...]. Ne deriva un ulteriore corollario: se è sicura la responsabilità degli amministratori della società dominante, è altrettanto certa, in forza del rapporto organico, la responsabilità della stessa società*». Per completezza espositiva, si aggiunge che, minoritaria (seppur autorevolmente sostenuta) era l'opinione negativa che esclude la responsabilità della controllante che si fondava sulle seguenti argomentazioni: la norma, ritenuta di stretta interpretazione non si può estendere fino a sancire la responsabilità della società controllante per il fatto illecito (induzione all'inadempimento degli amministratori della controllata) posto in essere dai suoi amministratori. L'intento del legislatore era quello di escludere la responsabilità della controllante, per le obbligazioni delle controllate. A. PAVONE LA ROSA, *La responsabilità "da controllo" nei gruppi di società*, in *Riv. Soc.*, 1984, pag.434.

¹¹⁶ L. ROVELLI, *La responsabilità della capogruppo*, in *Fall.*, 2000, pag.1101.

¹¹⁷ P.G. JAEGER, *La responsabilità solidale degli amministratori della capogruppo nella legge sull'amministrazione straordinaria*, in *Giur. Comm.*, 1981, I, pag.420; F. GALGANO, *I gruppi di società*, in *I grandi temi. Le società*, a cura di F. GALGANO, Utet-Torino, 2001, pag.133 e segg.; A. BORGIOLI, *L'amministrazione delegata*, Firenze, 1982, pag.306.

¹¹⁸ A. GAMBINO, *I gruppi in Italia alla luce del progetto di IX direttiva*, in *Giur. Comm.* 1987, I, pag.8.

La giurisprudenza pareva favorevole ad estendere alla società controllante la responsabilità dei suoi amministratori per direzione unitaria nei confronti della società controllata¹¹⁹.

L'azione di responsabilità disciplinata dal nuovo art. 2497 cod. civ. presenta altri rilevanti profili di originalità (*i.e.* l'attribuzione "diretta" ai soci, oltre che creditori, della legittimazione attiva a promuovere il relativo giudizio, estensione dei soggetti legittimati passivi, anche a chi ha preso parte al fatto lesivo o a chi ne abbia tratto beneficio). Ma la questione verrà ripresa nel prosieguo.

2. L'AMBITO DI APPLICAZIONE: L'ATTIVITÀ DI DIREZIONE E COORDINAMENTO

Come sopra esposto, il legislatore, al Capo IX del Titolo V, Libro V del Codice Civile non utilizza mai l'espressione "gruppo" (anche se il riferimento al "gruppo" è espressamente previsto nella legge delega), né fornisce alcuna definizione del fenomeno¹²⁰.

¹¹⁹ Si ricorda Trib. Orvieto, 4 novembre 1987, in *Giur. It.*, 1988, I, 2, pag.501, e in *Giur. Comm.* 1989, II, pag.804 che ha affermato la responsabilità della società controllante non già per gli atti illeciti compiuti dai suoi amministratori, bensì per gli atti illeciti compiuti dagli amministratori della società controllata, nominati dalla controllante. Quindi la società controllante viene chiamata a rispondere per il fatto proprio, e non per il fatto dei propri amministratori. Trib. Alba, 25 gennaio 1995, in *Società*, 1995, pag.1073, con nota di G. SCHIANO DI PEPE, *Società capogruppo e responsabilità degli amministratori*, per il quale: «Va poi rilevato che la dottrina è giunta a ritenere che le norme sulla responsabilità degli amministratori della capogruppo consentano di affermare anche la responsabilità della capogruppo in quanto tale per gli illeciti eventualmente compiuti tramite la direzione unitaria. Ciò sia in virtù del rapporto di immedesimazione organica tra amministratori e società, che fa sì che la condotta degli amministratori della holding sia direttamente riferibile a quest'ultima, sia in virtù dell'art 2049 cod. civ. considerato direttamente applicabile al caso in questione» App. Milano 10 marzo 1995, in *Società*, 1995, pag.1437, con nota di M. TERENGHI, *Danni «riflessi» ad azionisti della controllata per fatto della controllante*, per il quale «la responsabilità della società controllante per concorso nell'illecito della controllata ai sensi dell'art. 2043, cod. civ., presuppone che la mala gestio degli amministratori di quest'ultima risulti ideata, voluta e diretta dalla controllante stessa». Più dettagliatamente «occorre che la condotta di dolosa o colposa gestione degli organi amministrativi e sindacali della società controllata [...] risulti ispirata, voluta e diretta dalla società controllante rispetto alla quale la controllata sia intervenuta come *longa munus* e mera esecutrice di istruzioni specifiche e direttive vincolanti». E più recentemente, Trib. Palermo, 15 giugno 2011, in *Foro It.*, 2011, 11, 1, pag.3184.

¹²⁰ Cfr. G. SBISÀ, *Commento all'art. 2497 cod. civ. Commi 1 e 2*, in AA.VV. (a cura di G. SBISÀ), *Direzione e coordinamento di società. Artt. 2947-2947 septies cod. civ., Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI, L.A. BIANCHI, F. GHEZZI, M. NOTARI, 2012, pag.11, il quale rileva che nella disciplina dei gruppi il legislatore ha utilizzato una tecnica che richiama i sistemi di *common law*, il legislatore «anziché partire dal disegno dell'architettura del gruppi [...] è partito dalla soluzione del problema di fondo e cioè dai rimedi». Su tale mancanza V. SALAFIA, *La responsabilità della società holding verso i soci di minoranza delle controllate*, in *Società*, 2004, pag.6, non si esprime negativamente «La nuova norma non fornisce la nozione di unità della direzione e coordinamento, com'è giusto che sia, dato che funzione delle norme giuridiche non è quella di dare definizioni e nozioni, ma quella di prescrivere o vietare condotte. Le definizioni e le nozioni

La disciplina in esame viene in rilievo al semplice esercizio di quella che è l'attività che connota l'organizzazione di gruppo, ossia l'attività di direzione e coordinamento, indipendentemente dalla fonte da cui deriva tale potere¹²¹. L'accertamento dell'esercizio di questa attività risulta pertanto un presupposto essenziale per l'applicazione della disciplina in questione¹²².

L'espressione evoca la fattispecie del controllo di società e, in prima approssimazione, si può affermare che essa deve essere intesa come "direzione unitaria"¹²³, quindi nell'esercizio da parte della capogruppo di un'attività di indirizzo delle decisioni gestorie delle società eterodirette, ovvero, come esercizio di un potere tale da incidere in modo significativo sulle scelte della società controllata, in particolare sulle decisioni attinenti alla vita ordinaria della società, quelle compiute dall'assemblea ordinaria, soprattutto di nomina e revoca degli organi amministrativi, e quelle strategiche, sui *business plan* per esempio, che spesso richiedono decisioni sul capitale e quindi l'intervento dell'assemblea straordinaria¹²⁴. E così,

delle fattispecie normative devono essere costruite dall'interprete, mediante l'utilizzo di tutti gli elementi lessicali, logici, storici e sistematici ricavabili dall'esame delle norme e dell'intero ordinamento». Osserva P. ABBADESSA, *La responsabilità della società capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2008, I, pag.279 che il cardine di ogni disciplina dei gruppi è costituito dai mezzi di tutela predisposti in favore dei soci esterni e dei creditori della società eterodiretta.

¹²¹ Il legislatore della riforma societaria, come si è detto (cfr. nota n. 38), non definisce in termini rigorosi e precisi l'oggetto della normativa in esame, ma preferisce identificarlo attraverso un'espressione "direzione e coordinamento", peraltro, utilizzata per la prima volta nell'art. 25, comma 4, d. lgs., 20 novembre 1990, n. 356 in materia di gruppo creditizio e poi nel testo del T.U.F e del T.U.B. Per una disamina di tutte le fonti normative in cui si fa riferimento a tale locuzione, si consulti: G. SBISÀ, *Commento all'art. 2497 cod. civ.. Commi 1 e 2*, in AA.VV. (a cura di G. SBISÀ), *Direzione e coordinamento di società. Artt. 2947-2947 septies cod. civ., Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI, L.A. BIANCHI, F. GHEZZI, M. NOTARI, 2012, pagg.22-23.

¹²² A. DI MAJO, *La responsabilità per l'attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, in *Giur. Comm.*, 2009, I, pag.537 segg., ritiene che definire l'attività di direzione e di coordinamento comporta, come diretta conseguenza, la definizione del presupposto soggettivo ed oggettivo di applicazione della disciplina; ciò consente di individuare i soggetti che si definiscono responsabili e l'oggetto attorno a cui ruota la loro responsabilità.

¹²³ Come appresso meglio esposto, la nozione di "direzione unitaria" posta alla base della disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, c.d. Legge Prodi *bis*, costituisce il "punto di partenza" per la definizione delle espressioni "direzioni" e "coordinamento" utilizzate dal legislatore nella disciplina *de qua*.

¹²⁴ M. CALLEGARI, *I gruppi di società*, in AA.VV., *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009, Commentario* diretto da G. COTTINO, G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI, Zanichelli-Bologna, 2009, pag.1055. P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. Soc.*, 2007, pag.321, definisce l'attività di direzione e coordinamento

in breviter, è attività di organizzazione, di indirizzo, di informazione al piano strategico di gruppo¹²⁵.

Nell'analisi del contenuto di questa attività, un primo elemento che occorre chiarire è la distinzione dell'attività di direzione e coordinamento dal mero esercizio del controllo, rispetto al quale essa costituisce un concetto più ampio e si pone in rapporto di *genus a species*¹²⁶. Controllo e gruppo di società sono fenomeni tra loro contigui, ma concettualmente differenti¹²⁷.

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». Cfr. altresì, P. MONTALENTI, *L'attività di direzione e coordinamento: dottrina, prassi, giurisprudenza*, in *Giur. Comm.*, 2016, II, pag.113 e segg.. Per G. SBISÀ, *Commento all'art. 2497 cod. civ. Commi 1 e 2*, in AA.VV. (a cura di G. SBISÀ), *Direzione e coordinamento di società. Artt. 2947-2947 septies cod. civ., Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI, L.A. BIANCHI, F. GHEZZI, M. NOTARI, 2012, «Sono indici dell'attività di direzione unitaria il fatto che la capogruppo predisponga, unilateralmente, o come decisione finale di processi di formazione bidirezionali, piani strategici, industriali, finanziari e budget annuali di gruppo; la determinazione da parte della capogruppo delle dimensioni operative delle singole società, subordinando alla sua autorizzazione acquisizioni e dismissioni, concentrazioni o scissioni; l'accertamento delle decisioni in materia di finanziamenti, con l'eventuale adozioni di piani di garanzie infragruppo; le decisioni relative alla quotazione degli strumenti finanziari emessi dalle società controllate; la definizione delle policy di gruppo per l'acquisto di beni o servizi sul mercato; la gestione centralizzata dei rapporti con le istituzioni pubbliche e private».

¹²⁵ G. SCOGNAMIGLIO, *Motivazione delle decisioni e governo del gruppo*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2009, I, pag.757 e segg..

¹²⁶ Cfr. M. BUSSOLETTI, E. LA MARCA, *Gruppi e responsabilità da direzione unitaria*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2010, I, pag.78; P. MONTALENTI, *L'attività di direzione e coordinamento: dottrina, prassi, giurisprudenza*, in *Giur. Comm.*, 2016, II, pag.116 e segg.. S. SILVESTRINI, *La legittimazione attiva e passiva nell'azione di responsabilità per scorretto esercizio*, in *Società*, 20139, pag.931. Poiché la disciplina, di cui agli artt. 2497 e segg. cod. civ., si ispira al "principio di effettività", ciò che rileva non è la mera possibilità di esercitare un'influenza dominante su una o più società, ma l'esercizio effettivo di tale influenza attraverso un'attività di direzione e coordinamento. In tal senso anche U. TOMBARI, *Riforma del diritto societario e gruppo di imprese*, in *Giur. Comm.*, 2004, I, pag.66. In giurisprudenza, Trib. Torino, 21 dicembre 2012, R.G. n.10501/2010, Carrozeria Bertone S.p.A. e Cortese Ermelinda Bertone e altri, in *giurisprudenzadelleimprese.it*.

¹²⁷ Trib. Palermo, 15 giugno 2011, in *Foro It.*, 2011, 11, 1, pag.3184, «Difatti, la direzione e il coordinamento si concreta in qualcosa di più intenso rispetto al mero controllo; ciò che rileva non è la mera possibilità di esercitare un'influenza dominante su una o più società, ma l'esercizio effettivo di tale influenza attraverso un'attività di direzione e coordinamento. Il rapporto tra le norme viene risolto, quindi, esaminando il binomio controllo – direzione. Tale presunzione non deve essere considerata esaustiva, ma al contrario esplicita una delle possibili ipotesi dell'attività di direzione e coordinamento, che potrebbe esistere anche al di fuori di una stretta nozione di controllo e, quindi, anche in presenza di partecipazioni minoritarie e/o indirette, con l'effetto che non può essere associata la direzione e coordinamento al solo concetto di controllo».

Il controllo è assunto dal legislatore quale indice dell'attività di direzione e coordinamento¹²⁸, difatti l'art. 2497 *sexies*, nel medesimo Capo IX, introduce una presunzione¹²⁹ *iuris tantum*, (fino a prova contraria¹³⁰), secondo la quale «*ai fini di quanto previsto nel presente capo, si presume, salvo prova contraria che l'attività di direzione e coordinamento di società sia esercitata dalla società o ente tenuto al consolidamento dei loro bilanci o che comunque le controlla ai sensi dell'art. 2359*»¹³¹.

¹²⁸ P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. Soc.*, 2007, pag.320: «*La direzione è, dunque, nozione più ampia del controllo, che della prima, è il genere prossimo*». G. SCOGNAMIGLIO, *I gruppi di società (Cap.XIII)*, in *Diritto commerciale*, a cura di V. ALLEGRI, Monduzzi-Bologna, 2010, pag.22; M. BUSSOLETTI, E. LA MARCA, *Gruppi e responsabilità da direzione unitaria*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2010, I, pag.78. Per un'analisi dei rapporti fra la nozione di controllo e quella di gruppo, si veda P. SIMONETTI, *Commento all'art. 2497 cod. civ.*, in *Codice commentato delle Società* (a cura di) G. BONFANTE, D. CORAPI, L. DE ANGELIS, V. NAPOLEONI, R. RORDORF, V. SALAFIA, Ipsoa-Milano, 2011, pag.1833. Anche prima della riforma societaria del 2003 si riteneva che il controllo potesse rappresentare una condizione necessaria, ma non sufficiente per aversi un gruppo, cfr. Cass. SS.UU. 26 febbraio 1990, n.1439, in *ex multis Fall.*, 1990, pag.495, nonché, per ulteriori riferimenti e approfondimenti, cfr. nota n.21, riteneva che la direzione unitaria si differenziasse dal semplice controllo: in quanto quest'ultimo costituisce una situazione di potenziale esercizio di direzione, mentre per l'esistenza del gruppo è necessario l'esercizio effettivo di detta potenzialità. Per un approfondimento sul rapporto tra controllo e fenomeno del gruppo di società, prima della riforma del 2003, cfr. N. RONDINONE, *I gruppi di imprese fra diritto comune e diritto speciale*, Giuffrè-Milano, 1999, pag.122 e segg.

¹²⁹ A. NIUTTA, *Sulla presunzione di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento di cui agli artt. 2497 sexies e 2497 septies cod. civ.: brevi considerazioni di sistema*, in *Giur. Comm.*, 2004, I, pag.983 e segg., definisce la presunzione di cui all'articolo in esame come «*“presunzione nella presunzione” rilevando come – in particolare – il richiamo dell'art. 2359 cod. civ., almeno nella parte in cui sembra riferirsi al c.d. controllo interno, dà luogo a sua volta ad una presunzione – per giunta, anche in tal caso suscettibile di esser vinta da prova contraria – di esercizio di influenza dominante*».

¹³⁰ La quale non può che consistere nella dimostrazione che, pur in presenza del controllo, non sussistono tuttavia, ulteriori elementi, tali da poter affermare l'esistenza anche della direzione e coordinamento. V. SALAFIA, *La responsabilità della holding nei confronti dei soci di minoranza delle controllate*, in *Società*, 2003, 2 bis, pag.392, la prova liberatoria consisterà nel dimostrare l'assenza della eterodirezione: prova non facile, in considerazione del fatto che una qualsiasi influenza, anche minima, che la controllante abbia esercitato sulla controllata, rappresenterà un ostacolo alla efficacia della prova negativa. Mentre R. RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Società*, 2004, pag.538, osserva che «*la circostanza che tali presunzioni siano relative, cioè superabili mediante prova contraria, non credo finirà con l'aver gran rilievo pratico*».

¹³¹ In questa sede si mette conto, pur con le dovute semplificazioni, che la fattispecie del controllo, secondo quanto dispone l'art. 2359 cod. civ., ricorre nelle seguenti ipotesi: a) *c.d. controllo di diritto*: l'entità della partecipazione è tale da garantire alla società che la possiede la disponibilità della maggioranza assoluta dei voti esercitabili in assemblea ordinaria; b) *c.d. controllo di fatto*: la partecipazione, ancorché non maggioritaria, consente un'influenza dominante nei diritti di voto esercitabili in assemblea ordinaria; c) *c.d. controllo contrattuale (o esterno)*: qualora una società risulti sotto l'influenza dominante di un'altra in virtù di particolari vincoli contrattuali. P. TRIMARCHI, in AA.VV., *La riforma del diritto societario, Lavori preparatori. Testi e*

Provata la sussistenza di una relazione di controllo ai sensi dell'art. 2359 cod. civ., si presume l'esercizio della direzione unitaria da parte della controllante¹³². Tale fatto sarebbe altrimenti difficile, se non impossibile, da dimostrare da parte dei creditori e dei soci di minoranza che, estranei al centro di comando della società, non avrebbero i mezzi per poter fornire tale prova, considerato anche che l'attività di direzione unitaria si risolve in una molteplicità di atti di indirizzo che si concretizzano spesso in direttive informali fra gli organi di gestione.

materiali, (a cura di) F. AULETTA, G. LO CASCIO, M. VIETTI, U. TOMBARI, A. ZOPPINI, Giuffré-Milano, 2006, pag.2296; P. ABBADESSA, *La responsabilità della società capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2008, I, pag.279 e segg.; M. BUSSOLETTI, *Le nuove norme del Codice civile in tema di processo societario*, in *Giur. Comm.*, 2004, I, pag.308 osserva che: «*se l'azione fosse autonoma l'azionista avrebbe buon titolo per sostenere che il proprio danno permane, e che non è stato risarcito del fatto che la società [...] è stata integralmente risarcita. D'altra parte il tenore generale dell'esimente sopra riferita sembrerebbe autorizzare i convenuti ex art. 2497 ad andare comunque esenti da responsabilità: se così fosse, evidentemente l'azione individuale ex art. 2497 cod. civ. dovrebbe caratterizzarsi per una natura più surrogatoria (sia pure pro quota) che autonoma*»; G. GUIZZI, *Partecipazioni qualificate e gruppi di società*, in AA.VV., *Diritto delle società. Manuale Breve*, Giuffré-Milano, 2008, pag.337; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale, II, Diritto delle società*, Utet-Torino, 2006, pag.289 e segg.; P. DAL SOGLIO, *Commento art. 2359 cod. civ.*, in *Commentario breve al diritto delle società*, (a cura di) A. MAFFEI ALBERTI, 2007, pag.367 e segg.; A. DACCÒ, *I gruppi di società*, in M. CIAN (a cura di), *Diritto Commerciale, II*, Giappichelli, 2014, pag.668. Nell'analisi dell'art 2359 cod. civ., descrivendo le tre differenti tipologie di controllo societario si fa riferimento solamente alla fattispecie delle società controllate, ma l'art. 2359, comma terzo, cod. civ. introduce anche un'altra fattispecie: la "società collegata". Per società collegata si intende una società sulla quale «*un'altra esercita un'influenza notevole*», e così di grado inferiore rispetto al concetto di società controllata. Si parla di influenza notevole quando un soggetto detiene almeno un quinto dei voti, o un decimo nelle società quotate in mercati regolamentati, ed è in grado di esercitarli nell'assemblea ordinaria. *In breviter*, si può definire collegamento di società nel momento in cui la partecipazione posseduta sia insufficiente per determinare le strategie della controllata, ma comunque in grado di esercitare un'influenza tale da non essere ignorato nella gestione.

¹³² Trib. Mantova, 16 ottobre 2014, in *Società*, 2015, pag.1405, con nota di D. CORAPI, *La prova dell'esercizio di attività di direzione e coordinamento di società: «La presunzione sancita dall'art. 2497 sexies cod. civ. che l'attività di direzione e coordinamento di una società sia esercitata dalla società o ente tenuto al consolidamento del suo bilancio o che comunque la controlla ai sensi dell'art. 2359 cod. civ. è una presunzione relativa, che pone in capo alla società l'onere di dimostrare che, pur in presenza del controllo, non sussistono ulteriori elementi tali da poter affermare l'esistenza anche di una direzione unitaria*». La differenza con il passato, il riferimento è alla legge c.d. Prodi successivamente riformata dalla c.d. Prodi *bis*, riguardante l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese, è a vantaggio di chi agisce contro la capogruppo. Prima della riforma il fenomeno della eterodirezione doveva essere dimostrato. Ora è sufficiente la presenza di una delle due condizioni suindicate (obbligo di bilancio consolidato o rapporto di controllo) perché si ritenga giuridicamente accertata l'attività di direzione e coordinamento. L'onere probatorio è stato quindi invertito rispetto al periodo preriforma.

Gli elementi forniti dal legislatore per identificare il fenomeno sono poi integrati dall'art. 2497 *septies* cod. civ., che indica tra le possibili fonti dalle quali può derivare il potere di esercitare l'attività di direzione e coordinamento¹³³, i c.d. contratti di coordinamento.

In tale caso, l'attività di direzione e coordinamento è esercitata da un soggetto, che non si trova in posizione di controllo, ma che è legittimato in forza di un contratto o di una clausola statutaria ad esercitare un'attività di direzione e coordinamento nei confronti di altre società¹³⁴. Dando così vita al gruppo c.d. orizzontale o paritetico, nell'ambito del quale si instaura, fra più società, un coordinamento di carattere finanziario e/o organizzativo¹³⁵.

L'art. 2497 *septies* cod. civ., non riconosce espressamente la legittimità di atti negoziali con i quali si istituisca un sistema accentrato in cui la capogruppo acquista il diritto di impartire

¹³³ Per un'analisi dei possibili indici rilevatori di un esercizio di direzione e coordinamento su base contrattuale o statutaria, v. A. NIUTTA, *Sulla presunzione di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento di cui agli artt. 2497 sexies e 2497 septies cod. civ.: brevi considerazioni di sistema*, in *Giur. Comm.*, 2004, I, pag.999.

¹³⁴ Cfr. C. ANGELICI, *Notarelle (quasi) metodologiche in materia di gruppi di società*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2013, II, pag.385; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale, II, Diritto delle società*, Utet-Torino, 2006, pag.293. Per comune opinione della dottrina, si ritiene che la norma non abbia legittimato, i c.d. *contratti di dominio*, cioè, quei contratti – peraltro riconosciuti nel diritto tedesco – con i quali una società si sottopone al dominio altrui, alienando, così, a soggetti terzi il governo dell'impresa. Per effetto del contratto di dominio, quindi, l'organo amministrativo della società dominata rinuncia alla propria indipendenza e il potere gestorio viene accentrato in capo alla dominante; in questo modo viene superato l'ostacolo costituito dal divieto di perseguire politiche gestionali pregiudizievoli per l'interesse sociale delle controllate. Prima della riforma del 2003 la prevalente dottrina aveva considerato nulli tali contratti, per la loro contrarietà rispetto ai principi inderogabili dell'ordinamento societario. Il medesimo giudizio sembra confermato anche a seguito dell'introduzione delle norme in tema di gruppi di società. Il soggetto, che esercita attività di direzione e coordinamento grazie ad un apposito contratto, non può impartire direttive anche pregiudizievoli nei confronti della società eterodiretta, a meno che il danno arrecato non sia compensato da altri vantaggi a favore di quest'ultima. Depone, in questo senso, l'art. 2497 cod. civ. che prevede espressamente una responsabilità del soggetto che esercita attività di direzione e coordinamento, nel caso in cui non rispetti i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale e determini, così, un danno per le società eterodirette. In ogni caso, occorre considerare che, anche se alla luce delle norme introdotte in sede di riforma non sembra possa ritenersi valido secondo il diritto italiano il contratto di dominazione, non è escluso che una società italiana, parte di un gruppo internazionale, possa validamente concludere un tale contratto, laddove la legge applicabile ai rapporti contrattuali fra la capogruppo e le eterodirette lo consenta. Ma è un profilo che esula dal presente lavoro.

¹³⁵ G.F. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale, II, Diritto delle società*, Utet-Torino, 2006, pag.293. La Cass. 14 ottobre 2010, n. 21250, in *Foro It.* 2012, I, pag.247 ha ravvisato la presenza di un "gruppo c.d. orizzontale" quando più imprese pur in assenza di vincoli partecipativi o contrattuali tra di loro, svolgano un'attività coordinata e indipendente in base all'indirizzo unitario derivante dall'identità dei loro amministratori, dirigenti, socio, e ha ritenuto che in quel caso la prestazione a titolo gratuito di garanzia da parte di una di dette società per obbligazioni di altra società del medesimo gruppo non è estranea all'oggetto sociale della prima se, in ragione dei rapporti di gruppo tale atto risponde ad un interesse economico apprezzabile anche per la garante.

direttive vincolanti per le controllate¹³⁶, ma ha semplicemente lo scopo di estendere la disciplina del capo IX anche a quelle ipotesi in cui la direzione unitaria venga esercitata sulla base di un contratto tra due società (o di clausole statutarie che presentino il medesimo contenuto) che conferisce ad una di esse il potere di direzione e coordinamento, indipendentemente dal fatto che questa rivesta o meno una posizione di controllo.

Quindi, anche l'art. 2497 *septies*, conferma che l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento prescinde dall'esistenza di un rapporto di controllo fra le società e, dall'altra, dà rilevanza alla possibilità che tale attività sia esercitata in forza di un atto negoziale al quale, a prescindere dalla sua validità, sia stata data esecuzione¹³⁷.

Ma quali sono i tratti distintivi della fattispecie che, addizionati alla nozione di controllo, concretano la nuova nozione normativa?

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

¹³⁶ Occorre ricordare come lo stesso legislatore abbia previsto una apposita normativa dedicata al gruppo paritetico cooperativo, art. 2545 *septies*, costituito da più società cooperative mediante la stipula di un contratto con cui si regola la direzione ed il coordinamento delle rispettive imprese.

¹³⁷ Occorre sottolineare che i contratti a cui si riferisce l'art. 2497 *septies* cod. civ. non si identificano con quelli previsti all'art. 2359, comma primo, n. 3, cod. civ. ovvero con i c.d. contratti commerciali fra società, la cui esecuzione rappresenta la condizione di esistenza e di sopravvivenza della capacità di impresa della società controllata. In altri termini, la possibilità di configurare un esercizio di potere di direzione e coordinamento, su base contrattuale, implica la necessità di individuare clausole contrattuali che attribuiscono ad una dei contraenti il potere di incidere sulla politica di mercato dell'altro. Così, ad esempio, la programmazione finanziaria deve essere intesa non come la semplice predisposizione di un progetto, che sia quindi suscettibile di essere rivisto e modificato dall'altro centro di imputazione prima di recepirlo nella propria impresa, ma come un atto cogente poiché l'esecuzione della decisione assunta risulta doverosa, anche se solo da un punto di vista contrattuale. Così, A. NIUTTA, *Sulla presunzione di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento di cui agli artt. 2497 sexies e 2497 septies cod. civ.: brevi considerazioni di sistema*, in *Giur. Comm.*, 2004, I, pag.987 e A. GAMBINO, *Il finanziamento dell'impresa sociale nella riforma*, in *Riv. Not.*, 2002, I, pag.279 e segg.. Tale situazione si può realizzare quando uno dei contraenti sia in grado di determinare la politica dei prezzi dell'altra parte, come di solito avviene nei contratti di distribuzione posto che, in una situazione del genere, la presenza e persino la posizione sul mercato della produzione dell'impresa è certamente soggetta contrattualmente all'attività dell'altra. Qualora, diversamente, le direttive di un contraente non fossero contrattualmente coercibili nei confronti dell'altro, ma quest'ultimo vi si conformasse ugualmente, per proprie ragioni di opportunità e sotto la propria esclusiva responsabilità, non ricorrerebbe l'ipotesi dell'abuso di direzione e coordinamento contrattuale. Vedi A. NIUTTA, *Sulla presunzione di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento di cui agli artt. 2497 sexies e 2497 septies cod. civ.: brevi considerazioni di sistema*, in *Giur. Comm.*, 2004, I, pag.987.

*tradizionalmente una pluralità di atti teleologicamente indirizzati verso uno scopo»¹³⁸. Occorre, pertanto, l'esercizio di una pluralità sistematica e costante, di atti di "direzione" e "coordinamento". Una attività di significativo e determinante condizionamento dell'autonomia gestionale della società controllata, in grado di incidere sulle scelte gestorie della società subordinata, cioè sulle scelte strategiche ed operative di carattere finanziario, industriale, commerciale che attengono alla conduzione degli affari sociali¹³⁹. Da qui, ovvero dall'occasione di incidere sulle "scelte gestorie della società subordinata", la possibilità di un sindacato delle corti anche al merito delle decisioni e delle scelte fatte dalla società madre¹⁴⁰, superando o comunque non accogliendo in maniera ortodossa, in tale contesto, l'applicabilità della c.d. *business judgment rule*¹⁴¹.*

¹³⁸ Cfr. P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. Soc.*, 2007, pag.321.

¹³⁹ Trib. Pescara, 16 gennaio 2009, in *Società*, 2010, pag.683, con nota di V. ZANELLI, *Contratto di franchising ed abuso di direzione e coordinamento contrattuale*; Trib. Palermo 3 giugno 2010, in *Foro It.*, 2011, I, pag.931. Ma anche Trib. Milano, 27 febbraio 2012, in *Giur. It.*, 2012, pag.2585, con nota di O. CAGNASSO, *Persona giuridica amministratore di fatto di società di capitali?*, in *RDS*, 2012, pag.734, e in *Giurisprudenza delle imprese.it*, l'attività di direzione e coordinamento consiste in una sequenza di atti ripetuti nel tempo «volti a coordinare la politica economica e le linee essenziali dell'attività delle società collegate, imprimendo una identità o conformità di indirizzi operativi ad una pluralità di soggetti formalmente distinti, in modo che il gruppo venga gestito in modo unitario»; e la già citata Trib. Mantova, 16 ottobre 2014, in *Società*, 2015, pag.1405, con nota di D. CORAPI, *La prova dell'esercizio di attività di direzione e coordinamento di società*; Trib. Milano, 10 novembre 2014, in *Società*, 2015, pag.1377, con nota di G.M. ZAMPARETTI, *Tesoreria di gruppo, presunzioni da consolidamento e articolazione plurisoggettiva della direzione e coordinamento*.

¹⁴⁰ Problema evidenziato da A. DACCÒ, *I gruppi di società*, in M. CIAN (a cura di), *Diritto Commerciale*, II, Giappichelli, 2014, pag.682; R. RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Società*, 2004, pag.542.

¹⁴¹ La *business judgment rule*, cioè la discrezionalità che caratterizza l'attività di amministrazione della società, si attua quando gli amministratori hanno assolto agli obblighi di protocollo strutturale e informativo imposti dalla riforma societaria, avendo predisposto assetti strutturali adeguati alla natura e alla dimensione dell'impresa e avendo agito in modo informato (art. 2381 cod. civ.). È pacifico, nelle società monadi, in dottrina e giurisprudenza, che nessun sindacato può essere compiuto sul merito delle scelte imprenditoriali degli amministratori, tra i molti C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Cedam-Padova, 2006, 2^a ed., pag.182; F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. COLOMBO e G.B. PORTALE, Utet-Torino, 1991, IV, pag.419; P. PISCITELLO, *La responsabilità degli amministratori di società di capitali tra discrezionalità del giudice e business judgment rule*, in *Riv. Soc.*, 2012, pag.1167. L'amministratore non può essere ritenuto responsabile per il solo fatto che l'operazione economica abbia avuto esito negativo, perché ciò rientra nell'ordinaria alea dell'impresa. Tale valutazione attiene alla discrezionalità imprenditoriale e non può rilevare come fonte di responsabilità contrattuale nei confronti della società. L'autorità giudiziaria può, però, censurare le modalità attraverso le quali sono effettuate le scelte (cd. "difetto di istruttoria"), esistendo in capo agli amministratori il dovere di acquisire informazioni ed effettuare verifiche prima di scegliere le modalità di gestione del patrimonio sociale

La non applicazione della *business judgment rule* nei gruppi di società non appare irragionevole, ma anzi dovuta, in quanto «dato il maggiore rischio di comportamenti opportunistici, si tratta di verificare il rispetto del *duty of loyalty*¹⁴² (e non semplicemente del *duty of care*¹⁴³), come confermato anche dal fatto che l'art. 2497, 1° comma, cod. civ. richiede, perché la responsabilità operi, che la società o l'ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento agisca nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui»¹⁴⁴.

Perciò, si ritiene¹⁴⁵ ragionevole che la *business judgment rule* non operi in presenza di rapporti infragruppo.

Ciò detto, indici della sussistenza dell'attività di direzione e coordinamento possono essere individuati nella presenza di c.d. “regolamenti di gruppo”¹⁴⁶, nel fatto che la capogruppo

(Cass. 24 agosto 2004, n. 16707, in *Giur. Comm.*, 2005, pag.246, con nota di F. SOLINAS, *Responsabilità degli amministratori, operazioni infragruppo e vantaggi compensativi*; Cass. 23 marzo 2004, n. 5718, in *Giust. Civ. Mass.*, 2004 e in *Riv. Not.*, 2004, pag.1571, con nota di M. CHIRILLI, *La responsabilità degli amministratori di s.p.a. tra obblighi a contenuto specifico e obblighi a contenuto generico*; Cass. 28 aprile 1997, n. 3652, in *Giur. It.*, 1998, pag.287, in *Riv. Not.*, 1998, pag.1027 e in *Foro It.*, 1998, I, pag.3247).

¹⁴² N.d.r.: *Duty of loyalty*, inteso come dovere di operare nell'esclusivo interesse della società e, dunque, divieto di agire in conflitto di interessi con la stessa. Sul tema è fondamentale il contributo, aggiornato alla riforma, di F. BONELLI, *Responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, in *Giur. Comm.*, 2004, suppl. al n. 3, pag.620 e segg.. L'Autore afferma che sugli amministratori incombono, oltre agli obblighi determinati dalla legge e dallo statuto, anche obblighi generali. Questi ultimi consistono nell'operare secondo diligenza e perseguire l'interesse sociale e «indicano le modalità che gli amministratori devono seguire nel compiere un qualsiasi atto di gestione».

¹⁴³ N.d.r.: *Duty of care*, ossia il dovere di diligenza, inteso come diligenza patrimoniale. Il generico riferimento alla “diligenza del mandatario” è stato sostituito dall'art. 2392 cod. civ., così come novellato dalla riforma. Quest'ultimo prevede che gli amministratori debbano agire “con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico” e secondo “le loro specifiche competenze”, oltre che essere tenuti ad “agire in modo informato”, secondo quanto prescritto dall'art. 2381, ultimo comma, cod. civ..

¹⁴⁴ R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. Comm.*, 2003, pag.663 e segg.; si veda anche A. NEGRI CLEMENTI e F.M. FEDERICI, *La natura della responsabilità della capogruppo e la tutela del socio di minoranza*, in *Società*, 2013, pag.520.

¹⁴⁵ Cfr. la dottrina richiamata nella nota precedente.

¹⁴⁶ P. MONTALENTI, *Società per azioni corporate governance e mercati finanziari*, Giuffrè-Milano, 2011, pag.236 e segg.; G. SBISÀ, *Commento all'art. 2497 cod. civ. Commi 1 e 2*, in AA.VV. (a cura di G. SBISÀ), *Direzione e coordinamento di società. Artt. 2947-2947 septies cod. civ., Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI, L.A. BIANCHI, F. GHEZZI, M. NOTARI, 2012, pag.26 e segg.. Per un'analisi dei possibili indici rilevatori di un esercizio di direzione e coordinamento su base contrattuale o statutaria, v. A. NIUTTA, *Sulla presunzione di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento di cui agli artt. 2497 sexies e 2497 septies cod. civ.: brevi considerazioni di sistema*, in *Giur. Comm.*, 2004, I, pag.999. In giurisprudenza, con riguardo all'esercizio di attività di direzione e coordinamento su base contrattuale, v. Trib. Pescara, 2 febbraio 2009, in *Giur. Merito*, 2010, pag.2740 e in *Foro It.*, 2009, 10, 1, pag.2829 con nota di A.M. PERRINO, *Il gruppo di società tra fatto e contratto*, in cui si sottolinea «la necessità di individuare clause

determini i piani strategici, industriali, finanziari e i budget del gruppo, decida la dimensione operativa delle società eterodirette, accenti le decisioni finanziarie del gruppo, proceda all'adozione di piani di garanzie infragruppo, definisca le politiche relative all'acquisto e la vendita di beni o servizi¹⁴⁷. Indicazioni ulteriori potrebbero derivare dalla composizione degli organi amministrativi delle società del gruppo, con riferimento anche ad eventuali amministratori di fatto e tenendo conto a tal fine oltre che del numero di amministratori in comune anche della loro influenza personale¹⁴⁸.

*contrattuali che attribuiscono ad uno dei contraenti il potere di incidere sulla politica di mercato dell'altro»; secondo il Tribunale, indici in tal senso sono riscontrabili nel fatto che una parte possa per contratto imporre alla propria controparte «una determinata struttura finanziaria, ad esempio dettando dei requisiti minimi patrimoniali, ossia una data proporzione minima tra la dotazione di mezzi propri e quella di mezzi di terzi nell'impresa ma anche (sia pure per via indiretta) in altri rapporti contrattuali, dove ci si preoccupa non tanto della dotazione patrimoniale, quanto dell'equilibrio finanziario, cioè di una dotazione di risorse finanziarie coerente alle necessità e ai caratteri propri dell'attività d'impresa, e quindi di una stabilità sostenibile nel tempo» o anche nella «definizione ed imposizione delle strategie di mercato da perseguire». «Talvolta i criteri e le regole procedurali per il coordinamento e la direzione delle imprese del gruppo vengono enunciati in un apposito regolamento di gruppo. Quelli organicamente più completi sono divisi in varie sezioni, che contengono l'indicazione delle società assoggettate a direzione unitaria; la definizione dell'attività di direzione e coordinamento; la tipologia degli atti soggetti alla preventiva approvazione del consiglio di amministrazione o del consiglio di gestione, o dell'amministratore delegato; gli atti per i quali possono essere fornite indicazioni, o impartite direttive; gli indirizzi generali di gestione, nonché le informazioni che devono essere fornite alla capogruppo e le procedure relative ai vari aspetti del regolamento. Non si tratta di contratti di dominazione (...). Si tratta, invece, della formalizzazione dei criteri procedurali e sostanziali (nei limiti stabiliti dall'ordinamento) di "un modello di organizzazione e di gestione dell'iniziativa economica articolata su più soggetti giuridici"», così G. SBISÀ, *Sui poteri della capogruppo nell'attività di direzione e coordinamento*, in *Contratto e Impresa*, 2011, pag.375. Nello stesso senso G. SCOGNAMIGLIO, *Motivazione delle decisioni e governo del gruppo*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2009, I, p.780.*

¹⁴⁷ G. SBISÀ, *Commento all'art. 2497 cod. civ.. Commi 1 e 2*, in AA.VV. (a cura di G. SBISÀ), *Direzione e coordinamento di società. Artt. 2497-2497 septies cod. civ., Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI, L.A. BIANCHI, F. GHEZZI, M. NOTARI, 2012, pag.28; V. CARIELLO, *Direzione e coordinamento*, in *Società di capitali*, (a cura di) G. NICOLINI, A. STAGNO D'ALCONTRES, 2004, pag.1896.

¹⁴⁸ In tal senso, Trib. Torino, 9 febbraio 1988, in *Fall.*, 1988, pag.987. Afferma che la composizione dei consigli di amministrazione può rappresentare una prova, diversa dal controllo, dell'esistenza di un gruppo. F. GALGANO, *Direzione e coordinamento di società. Artt.2497-2497 septies cod. civ.*, in *Commentario al Codice Civile* A. SCIALOJA, G. BRANCA, (a cura di) F. GALGANO, Zanichelli-Bologna, 2005, pag.197. Cfr. anche L.A. BIANCHI, *Problemi in materia di disciplina dell'attività di direzione e coordinamento*, in *Riv. Soc.*, 2013, pagg.422-431, che fa riferimento al caso in cui «una medesima persona riveste il ruolo di amministratore delegato "forte" in due (o più) società indipendenti, dirigendole e coordinandole in tal modo»; l'Autore osserva, altresì, che la «circostanza che (la maggioranza del) consiglio di amministrazione di una determinata società controllata sia composto, in ipotesi, "a specchio", ossia dagli stessi amministratori della capogruppo, può ritenersi – in linea di principio – risolutiva ai fini della dimostrazione della sussistenza di un'attività di direzione e coordinamento dell'una rispetto all'altra».

Il legislatore specifica lo svolgimento dell'attività con due sostantivi, "direzione e coordinamento"¹⁴⁹, la cui nozione viene ravvisata sulla base della giurisprudenza e dottrina precedente in materia di, come sopra esposto, direzione unitaria, prevista nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi¹⁵⁰. Per cui, l'esercizio della direzione unitaria «significa che le società controllate vengono usate come strumento della politica aziendale di gruppo, mediante accentramento presso la controllante di funzioni e strategie inerenti la gestione delle controllate»¹⁵¹. In altri termini, come ha sintetizzato recentemente la dottrina, la direzione ed il coordinamento «non è attività d'impresa ma attività di organizzazione, di indirizzo, di condizionamento, di uniformazione al piano strategico di gruppo»¹⁵². In modo efficace è stato detto che tale attività equivale, sostanzialmente, a "direzione dell'impresa organizzata in forma di gruppo"¹⁵³.

¹⁴⁹ Si discute se l'espressione costituisca una mera endiadi, ovvero se le espressioni "direzione" e "coordinamento" abbiano autonoma e specifica rilevanza. P. DAL SOGLIO, *Commento artt. 2497-2497 septies cod. civ.*, in *Il nuovo diritto delle società*, (a cura di) A. MAFFEI ALBERTI, 2005, III, pag.2306. A. VALZER, *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber Amicorum*, G.F. CAMPOBASSO, diretto da P. ABBADESSA e G.B. PORTALE, Utet-Torino, 2007, 3, pag.839 (nota n.11); Sul punto si veda G. ALPA, *La responsabilità per la direzione e il coordinamento di società. Note esegetiche sull'art. 2497 c.c.*, in *La nuova giurisprudenza civile*, 2004, II, pag.659e segg.; A. DI MAJO, *La responsabilità per l'attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, in *Giur. Comm.*, 2009, I, pag.537 segg.; V. SALAFIA, *La responsabilità della holding nei confronti dei soci di minoranza delle controllate*, in *Società*, 2003, 2 bis, pag.391.; A. VALZER, *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber Amicorum*, G.F. CAMPOBASSO, diretto da P. ABBADESSA e G.B. PORTALE, Utet-Torino, 2007, 3, pag.839; P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. Soc.*, 2007, pag.321 e segg. distingue i due momenti in cui si esplica l'attività della capogruppo, definendo la direzione come «una pluralità sistematica e costante di atti di indirizzo idonei ad incidere sulle decisioni gestorie dell'impresa, cioè sulle scelte strategiche e operative di carattere finanziario, industriale, commerciale che attengono alla conduzione degli affari sociali», e il coordinamento come attività diretta a «realizzare un sistema di sinergie tra diverse società del gruppo nel quadro di una politica strategica complessiva, estesa all'"insieme" di società». La questione non ha rilievo solo teorico, giacché serve per permettere all'interprete di tracciare adeguatamente il confine tra ciò che rientra nell'attività di direzione e coordinamento e ciò che invece ne resta fuori.

¹⁵⁰ L'art. 3, comma 10, della legge 3 aprile 1979, n. 95, successivamente sostituito dall'art. 90 del d. lgs. 8 luglio 1999, n. 270, stabiliva quanto segue: «Nei casi di direzione unitaria delle imprese del gruppo, gli amministratori delle società che hanno abusato di tale direzione rispondono in solido con gli amministratori della società dichiarata insolvente dei danni da questi cagionati alla società stessa in conseguenza delle direttive impartite».

¹⁵¹ Circolare Assonime n. 44/2006, *Direzione e coordinamento di società. Profili di organizzazione responsabilità del fenomeno del gruppo*, in *Riv. Soc.*, 2006, pag.1100.

¹⁵² P. MONTALENTI, *Impresa, società di capitali, mercati finanziari*, Giappichelli-Torino, 2017, pag.221.

¹⁵³ U. TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, Giuffrè-Milano, 2010, pag.25.

Quindi, l'esercizio da attività di direzione e coordinamento ruota attorno al *discrimen* fra i singoli atti in cui si esplica il potere di controllo e, continuità e sistematicità, di una pluralità complessa di atti riconducibili ad un unico centro di volontà, preordinati al perseguimento di un interesse di gruppo, mediante la trasmissione di direttive inerenti alle scelte gestionali strategiche ed operative delle società figlie, e la predisposizione di piani di conduzione sinergica delle imprese sociali.

In tal senso il Tribunale di Milano afferma che: *«Per attività di direzione e coordinamento deve intendersi l'esercizio in concreto di una pluralità sistematica e costante di atti di indirizzo idonei ad incidere sulle decisioni gestorie dell'impresa, cioè sulle scelte strategiche e operative di carattere finanziario, industriale e commerciale che attengono alla conduzione degli affari sociali. L'esercizio di detto potere di ingerenza non consiste in forme tipiche e ricorrenti, ma assume connotati multiformi e dunque si può esprimere con le modalità più svariate.*

Il potere di direzione e coordinamento può discendere dal controllo partecipativo ma non è necessariamente collegato ad esso, potendosi esprimere nel contesto unitario dell'impresa entro il cui perimetro si collocano le società del gruppo a prescindere dalla relazione diretta di controllo. Ciò che rileva non è la mera possibilità di esercitare un'influenza dominante su una o più società, ma l'esercizio effettivo di tale influenza attraverso un'attività di direzione e coordinamento»¹⁵⁴.

3. GLI ELEMENTI COSTITUTIVI DELLA FATTISPECIE

Coerentemente con l'impostazione complessiva seguita dal legislatore della riforma che ha individuato nella regolamentazione della responsabilità della società che esercita attività di direzione e coordinamento *«il problema centrale del fenomeno del gruppo»¹⁵⁵*, la disciplina in tema di gruppi di società si apre proprio con la disciplina dei casi di responsabilità, diretta,

¹⁵⁴ Trib. Milano, 10 novembre 2014, in *Società*, 2015, pag.1377, con nota di G.M. ZAMPARETTI, *Tesoreria di gruppo, presunzioni da consolidamento e articolazione plurisoggettiva della direzione e coordinamento*. Cfr. anche Trib. Pescara, 2 febbraio 2009, in *Giur. Merito*, 2010, pag.2740 e in *Foro It.*, 2009, 10, 1, pag.2829 con nota di A.M. PERRINO, *Il gruppo di società tra fatto e contratto*.

¹⁵⁵ Cfr. Relazione al d. lgs. n. 6/2003.

della società o dell'ente che esercita attività di direzione e coordinamento su altre società al verificarsi di determinate circostanze¹⁵⁶.

L'art. 2497 cod. civ. prevede che: «*Le società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società, agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società. Non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette.*

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

¹⁵⁶ Senza profili di completezza, sul tema si segnalano anche P. DAL SOGLIO, *Commento artt. 2497-2497 septies cod. civ.*, in *Il nuovo diritto delle società*, (a cura di) A. MAFFEI ALBERTI, 2005, III, pag.2302 e segg. il quale afferma che «*si tratta di una norma di portata storica dedicata ad un tema, quello dei gruppi di società, al centro dell'attenzione degli studiosi da decenni, finora regolato per frammenti sparsi nel Codice Civile e nelle leggi speciali*»; D.U. SANTOSUOSSO, *La riforma del diritto societario, autonomia privata e norme imperative nei DD.LGS. 17 gennaio 2003*, nn. 5 e 6, Giuffrè-Milano, 2003, pag.242; A. IRACE, *Commento art. 2497 cod. civ.*, in *La riforma del diritto delle società*, (a cura di) M. SANDULLI e V. SANTORO, Torino, 2003, III, p.318; V. CARIELLO, *Primi appunti sulla c.d. responsabilità da attività di direzione e coordinamento di società*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2003, pag.331e segg.; R. ALESSI, *L'azione di responsabilità nei gruppi di società*, in AA.VV., *Società, Il dizionario della riforma*, in *Italia Oggi*, n. 16, Milano, 2003, pag.163 e segg.; R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. Comm.*, 2003, pag.661e segg.; G. GUIZZI, *Partecipazioni qualificate e gruppi di società*, in AA.VV., *Diritto delle società. Manuale Breve*, Giuffrè-Milano, 2005; U. TOMBARI, *La nuova disciplina dei gruppi di società*, in AA.VV., *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, a cura di P. BENAZZO, S. PATRIARCA, G. PRESTI, Giuffrè-Milano, 2003, pag.237 e segg.; A. PATTI, *Commento agli artt. 2497-2497 sexies*, in AA.VV. (a cura di G. LO CASCIO), *La riforma del diritto societario. Gruppi, trasformazione, fusione e scissione, scioglimento e liquidazione, società estere*, 2003; L. PANZANI, *L'azione di responsabilità ed il coinvolgimento del gruppo di imprese dopo la riforma*, in *Società*, 2002, pag.1477; G.B. PORTALE, *Riforma delle società di capitali e limiti di effettività del diritto nazionale*, in *Società*, 2 bis, 2003, pag.261 e segg.; A. NIUTTA, *La nuova disciplina delle società controllate: aspetti normativi dell'organizzazione del gruppo di società*, in *Riv. Soc.*, 2003, pag.780 e segg.; P. DE BIASI, *Sull'attività di direzione e coordinamento*, in *Società* 2003, pag.946 e segg.; N. ABRIANI, *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi. Gruppi di società e vantaggi compensativi nella riforma del diritto societario*, in *Giur. Comm.*, 2002, I, pag.616 e segg.; P. BOSTICCO, *Operazioni infragruppo ed estraneità all'oggetto sociale alla luce del nuovo diritto societario*, in *Fall.*, 2003, pag.1194 e segg.; V. CARIELLO, *Direzione e coordinamento*, in *Società di capitali*, (a cura di) G. NICOLINI, A. STAGNO D'ALCONTRES, 2004.

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.

Nel caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria di società soggetta ad altrui direzione e coordinamento, l'azione spettante ai creditori di questa è esercitata dal curatore o dal commissario liquidatore o dal commissario straordinario».

Venendo così ad esaminare gli elementi costitutivi della responsabilità *ex art 2497 cod. civ.* e, così, “a specchio”, le condizioni imposte dal legislatore per il legittimo esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, la fattispecie in esame presuppone che la società o ente capogruppo¹⁵⁷:

- abbia esercitato una attività di direzione e coordinamento;
- abbia agito nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui;
- abbia violato dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale;
- la violazione dei suddetti principi, abbia determinato un pregiudizio¹⁵⁸.

Tale tutela, tuttavia, subisce coerente limitazione nel caso in cui il suddetto pregiudizio sia quantitativamente e qualitativamente bilanciato dall'appartenenza della società controllata (e dunque, indirettamente dai suoi soci e dai suoi creditori) al gruppo ovvero da altre operazioni che siano tali da compensare il pregiudizio subito.

In un'ottica di gruppo, infatti, è necessario utilizzare un criterio valutativo che non si limiti all'analisi di singole “operazioni”, ma approfondisca l'esame dell'attività del gruppo stesso nella sua unitarietà, considerando eventuali vantaggi compensativi che la comune strategia

¹⁵⁷ Sarà oggetto di successiva analisi l'individuazione della legittimazione passiva, e così, della imputazione della responsabilità *ex art. 2497 cod. civ.*. Peraltro, l'ampia formulazione di cui agli artt. 2497 e segg. cod. civ. consente di ritenere che la relativa disciplina sia applicabile a tutti i tipi di società. Più delicata è la questione quando i soggetti coinvolti sono enti, pure previsti quali capogruppo dell'art. 2497 cod. civ. ed, ancora di più, quando il soggetto capogruppo è una persona fisica, esclusa dalla detta previsione. Tali problemi saranno, comunque, ripresi ed approfonditi nel successivo capitolo IV.

¹⁵⁸ In relazione ai presupposti per configurare una responsabilità di cui all'art. 2497 cod. civ., vedi Trib. Milano, 17 febbraio 2012, n. 2085, in *Società*, 2012, pag.577 e in *Corriere Giur.*, 2012, pag.1479 nota di L. BENEDETTI, *La responsabilità da esercizio di direzione e coordinamento “istituzionalizzato” tramite il voto in assemblea*. Ma anche Trib. Biella, 12 marzo 2007, in *Giur. Comm.*, 2010, II, pag.287; Trib. Milano, 23 aprile 2008, in *Società*, 2009, pag.78 e segg., con nota di D. FICO, *La responsabilità per esercizio abusivo dell'attività di direzione e coordinamento*; Trib. Milano, 2 febbraio 2012, *Giur. It.* 2012, pag.1604 e segg., con nota di R. WEIGMANN.

di gruppo potrebbe comportare a favore della società controllata. Serve cioè che la società eterogestita abbia subito un danno che non risulti in alcun modo compensato alla luce del vantaggio complessivo dell'attività o integralmente eliminato a seguito di operazioni a ciò rivolte.

Prima di addentrarmi nell'analisi dei predetti elementi costitutivi, occorre evidenziare che l'affidamento da parte del legislatore a "clausole generali" sono apparse, alla dottrina, vaghe e incerte, rischiando così di pregiudicare i soggetti a protezione dei quali è stata emanata la normativa in tema di responsabilità da attività di direzione e coordinamento, e ciò, in quanto lo strumento risarcitorio, per essere efficiente, deve essere ancorato a regole certe che presiedono l'identificazione di condotte sanzionabili in via risarcitoria¹⁵⁹.

Scelta legislativa però ritenuta giustificata dalla necessità di conciliare la "dinamicità" dei rapporti commerciali, *rectius*, del fenomeno dei gruppi di società, con la "staticità" delle regole giuridiche¹⁶⁰.

Pur vere le predette considerazioni, la disciplina di cui all'art. 2497 cod. civ. «*risulta avere un contenuto assai meno vago e indeterminato di quel che il tenore letterale lascia, di primo acchito, supporre esprimendo ben precise e definite scelte di "principio"*»¹⁶¹.

4. I PRINCIPI DI CORRETTA GESTIONE SOCIETARIA E IMPRENDITORIALE

¹⁵⁹ Così A. BASSI, *La disciplina dei gruppi*, in *La riforma del diritto societario*, (a cura di) A. BASSI, V. BUONOCORE, S. PESCATORE, Torino, 2003, pag.202; G.B. PORTALE, *Osservazioni sullo schema di decreto delegato (approvato dal governo in data 20-30.9.2002) in tema di riforma delle società di capitali*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2002, pag.717; P. MONTALENTI, *Osservazioni alla bozza di decreto legislativo sulla riforma delle società di capitali*, in *Riv. Soc.*, 2002, pag.1550 e ancora, R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. Comm.*, 2003, pag.664. Sui rischi e le incertezze che derivano da un sistema normativo costruito su clausole generali si veda N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2015, pag.11 e segg., il quale rileva come un tale sistema normativo si fondi su «*criteri, che riposano, non più sull'oggettività di norme calcolabili, ma sull'incontrollabile soggettivismo della decisione*». La decisione in questo modo «*si distacca da applicazione della legge e logica sussuntiva, e si appoggia su criteri costruiti o intuiti dallo stesso giudicante. Le clausole generali hanno aperto una falla, uno squarcio rovinoso, in cui precipita ogni forma di soggettivismo*». N. IRTI, *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2014, pag.987.

¹⁶⁰ P. ABBADESSA, *La responsabilità della società capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2008, I, pag.279.

¹⁶¹ G. SCOGNAMIGLIO, «*Clausole generali*» *principi di diritto e disciplina nei gruppi di società*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2011, pag.520.

Come sopra esposto, l'art. 2497 cod. civ. si caratterizza, nella configurazione dei suoi elementi costitutivi, per il rinvio a c.d. "clausole generali"¹⁶². Infatti, la norma afferma che tale fatto lesivo debba essere costituito dalla «*violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società*» sottoposte a direzione e coordinamento.

Detto altrimenti, la responsabilità della capogruppo sorge allorché l'attività di direzione e coordinamento eccede il limite fissato dalla legge, limite rappresentato, dal rispetto dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale delle società dipendenti¹⁶³.

Volgendo al contrario il precetto, si può ritenere lecito per la capogruppo dirigere e coordinare le società figlie a condizione di prestare osservanza al suddetto principio. L'attività di direzione e coordinamento è lecita fintantoché non vengano violati i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società sottoposte¹⁶⁴.

Il semplice esercizio dell'attività di direzione e coordinamento non è ritenuto dal legislatore di per sé illegittimo, ma lo diventa solo qualora non siano rispettati determinati principi, vale a dire quando tale attività sia svolta appunto «*in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale*»¹⁶⁵.

L'individuazione dei "principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale" è lasciata volutamente, come avverte la stessa relazione di accompagnamento alla legge di riforma del 2003, a dottrina e giurisprudenza¹⁶⁶.

¹⁶² In argomento cfr. per tutti G. SCOGNAMIGLIO, "Clausole generali" principi di diritto e disciplina nei gruppi di società, in *Riv. Dir. Priv.*, 2011, pag.517 e segg..

¹⁶³ In giurisprudenza vedi ad esempio Trib. Milano, 3 aprile 2015, R.G. n.971/2015, in *giurisprudenzadelleimprese.it* ove è stata rilevata la violazione dei suddetti principi. Così P. MONTALENTI, *Osservazioni alla bozza di decreto legislativo sulla riforma delle società di capitali*, in *Riv. Soc.*, 2002, pag.1550. Sulla ricostruzione dei doveri della capogruppo vedi l'ampia indagine di M. MIOLA, *Attività di direzione e coordinamento e crisi di impresa nei gruppi di società*, in AA.VV., *Società, banche e crisi di impresa. Liber Amicorum*, P. ABBADESSA, Utet-Torino, 2014, pag.2693.

¹⁶⁴ U. TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, Giuffrè-Milano, 2010, pag.12.

¹⁶⁵ Occorre precisare come enuncia il legislatore all'art. 2497 cod. civ. 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*».

¹⁶⁶ Cfr. paragrafo 13 Relazione ministeriale al d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, in *Riv. Soc.*, 2003, pag.156 e in *Giur. Comm.*, suppl al n. 4/03; per la quale «*Spetterà a dottrina e giurisprudenza individuare e costituire i principi di corretta gestione imprenditoriale e societaria posti nel nuovo testo a tutela del bene "partecipazione", e ovviamente, in concreto, dottrina e giurisprudenza non potranno non tener conto delle infinite variabili e dell'incessante evoluzione economica ed operativa. Nell'indicare questi principi si è doverosamente tenuto presente che il richiamo a formule generali è ineliminabile nella legislazione*

Il richiamo a tali principi generali, criticato dalla dottrina¹⁶⁷, rischia di introdurre un fattore d'incertezza nell'applicazione della nuova normativa, sia in ordine all'individuazione dei "confini" delle espressioni utilizzate dal legislatore, sia in ordine alle difficoltà nel separare quel che attiene al rischio d'impresa ed al merito delle scelte imprenditoriali, mai sindacabili in ambito giudiziario, e quel che costituisce, invece, violazione di una regola di correttezza rilevante sul piano giudico e suscettibile di generare responsabilità legale. Insomma, *«il confine tra la regola giuridica e la business judgment rule rischia, [...] di farsi qui pericolosamente labile»*¹⁶⁸.

commercialistica e basti adesso ricordare l'art. 2598, comma 1, n. 3, cod. civ. per il riferimento ai: "principi della correttezza professionale"».

¹⁶⁷ R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. Comm.*, 2003, pag.663. *«Ciò rischia di aprire una fase di oscillazioni interpretative non opportuna, anche alla luce della delicatezza della materia regolamentata, che costituisce uno dei settori più "caldi" del diritto societario, in cui la composizione della dialettica fra gli interessi del gruppo di controllo e delle minoranze risulta particolarmente complessa [...]Non si comprende, però, che bisogno vi fosse di ricorrere ad una clausola generale innovativa e molto vaga, che rischia, come detto, di introdurre un fattore di incertezza nell'applicazione della nuova normativa».* Per una critica della tecnica che il legislatore ha utilizzato in materia di gruppi, caratterizzata dall'ampio impiego di clausole generali, cfr. nota n.120.

¹⁶⁸ Così R. RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Società*, 2004, pag.538. Anche A. PATTI, *Commento agli artt. 2497-2497 sexies*, in AA.VV. (a cura di G. LO CASCIO), *La riforma del diritto societario. Gruppi, trasformazione, fusione e scissione, scioglimento e liquidazione, società estere*, 2003, pag.251 appare critico sul punto. *«il ricorso alla locuzione corretta gestione societaria e imprenditoriale desta soprattutto qualche giustificata preoccupazione, per il suo più penetrante riferimento al contenuto dell'attività di gestione e di direzione delle società, in ordine al rischio di un possibile sindacato, da parte del giudice, del merito, anche discrezionale, della scelta imprenditoriale, invece escluso alla luce dei principi generali fino ad oggi applicati, in osservanza della nota teoria Business Judgment Rule».* Cfr. anche A. DACCÒ, *I gruppi di società*, in M. CIAN (a cura di), *Diritto Commerciale, II*, Giappichelli, 2014, pag.682. In tema di *business judgment rule* si veda nota n. 131 e F. BONELLI, *Gli amministratori di S.p.A. (dopo la riforma delle società)*, Giuffré-Milano, 2004, pag.183 e segg.; M. CORDOPATRI, *La business judgment rule in Italia e il privilegio amministrativo: recenti correttivi negli USA e in Europa*, in *Giur. Comm.*, 2010, II, pag.129. In giurisprudenza, si v. Cass. 12 agosto 2009, n. 18231, in *Danno e resp.*, 2010, pag.241, con nota di C. DI PALMA, e 2010, pag.465, con nota di D. GIANTI, sentenza che ha chiarito che *«pur non essendo sindacabili, nel merito, le scelte di gestione discrezionali di un'impresa, ancorché intensamente aleatorie, va valutata però sempre la diligenza degli amministratori nell'apprezzare in via preventiva – e se necessario anche con adeguata istruttoria – i margini di rischio collegati alle operazioni da intraprendere, al fine di evitare una prevedibile esposizione a perdite»*; Cass. 23 marzo 2004, n. 5718, in *Giust. Civ. Mass.*, 2004 e in *Riv. Not.*, 2004, pag.1571, con nota di M. CHIRILLI, *La responsabilità degli amministratori di s.p.a. tra obblighi a contenuto specifico e obblighi a contenuto generico*; Trib. Milano, 24 agosto 2011, in *Società*, 2012, pag.493, con nota di S. CASSANI, *Responsabilità degli amministratori ex art. 2392 c.c. e onere della prova*; Trib. Milano, 17 giugno 2011, in *Società*, 2012, pag.258, con nota di H. SIMONETTI, *Natura e condizioni dell'azione di responsabilità nei confronti della capogruppo*, che ha affermato che *«le scelte gestionali connotate da discrezionalità soggiacciono alla c.d. business judgment rule, secondo la quale è preclusa al giudice la valutazione del merito*

In altre parole, l'ampio spazio lasciato all'interprete ed, in particolare, ai giudici, può tradursi in un attivismo giudiziario e in un sindacato esteso anche al merito delle decisioni prese dal gruppo¹⁶⁹.

Ciò detto spetta dunque all'interprete dare valore a tale clausola alla luce dei principi rinvenibili dall'intero ordinamento.

Preliminarmente, occorre chiarire che i due termini danno luogo ad una endiadi, in quanto ogni singolo atto di direzione sarebbe di per sé irrilevante, se non fosse a sua volta inserito in una sistematica e duratura attività di governo della società¹⁷⁰. La doppia aggettivazione è

di quelle scelte ove queste siano state effettuate con la dovuta diligenza nell'apprezzamento dei loro presupposti, delle regole di scienza ed esperienza applicate e dei loro possibili risultati, essendo consentito al giudice soltanto di sanzionare le scelte negligenti, o addirittura insensate, macroscopicamente ed evidentemente dannose ex ante»; Trib. Milano, 14 gennaio 2010, in Giur. Comm., 2010, II, pag.1178, con nota di M. BODELLINI; Trib. Palermo, 13 marzo 2008, in Giur. Comm., 2010, II, pag.126, con nota di M. CORDOPATRI; Trib. Milano, 14 aprile 2004, in Giur. It., 2004, pag.1897.

¹⁶⁹ A. GAMBINO, *Spunti di riflessione sulla riforma: l'autonomia societaria e la risposta legislativa all'esigenza di finanziamento dell'impresa*, in *Giur. Comm.* 2002, I, pag.1550. Si Veda l'Audizione di Assonime, in *Riv. Soc.*, 2002, pag.1596, nella quale è espressa la preoccupazione che la formula generale dei principi di corretta gestione avrebbe potuto tradursi in un ampliamento ingiustificato delle ipotesi di responsabilità. Dello stesso avviso l'ABI in *Riv. Soc.*, 2002, pag.1613, e il Parere dei Componenti del Collegio dei docenti. In giurisprudenza si è sostenuto che l'accertamento della violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, comportando la valutazione di scelte gestionali ampiamente connotate da discrezionalità, debba soggiacere, alla *business judgment rule*, Trib. Milano, 17 giugno 2011, in *Società*, 2012, pag.258, con nota di H. SIMONETTI, *Natura e condizioni dell'azione di responsabilità nei confronti della capogruppo*; le scelte gestionali connotate da discrezionalità soggiacciono alla c.d. "*business judgment rule*", secondo la quale è preclusa al giudice la valutazione del merito di quelle scelte ove queste siano state effettuate con la dovuta diligenza nell'apprezzamento dei loro presupposti, delle regole di scienza ed esperienza applicate e dei loro possibili risultati, essendo consentito al giudice soltanto di sanzionare le scelte negligenti, o addirittura insensate, macroscopicamente ed evidentemente dannose "*ex ante*", di tale avviso, pure G. SCOGNAMIGLIO, "*Clausole generali*" principi di diritto e disciplina nei gruppi di società, in *Riv. Dir. Priv.*, 2011, pag.530 e segg..

¹⁷⁰ A. NIUTTA, *La novella del Codice Civile in materia societaria: luci ed ombre nella nuova disciplina sui gruppi di società*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2003, I, pag.380; P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. Soc.*, 2007, pag.380 e segg.; G. ALPA, *La responsabilità per la direzione e il coordinamento di società. Note esegetiche sull'art. 2497 c.c.*, in *La nuova giurisprudenza civile*, 2004, II, pag.659; G. ALPA, *La responsabilità per la direzione e coordinamento di società*, in *Convegno "La riforma del diritto delle società di capitali: prime esperienze applicative"*, Firenze, 22-23 ottobre 2004, per il quale: «*proprio il fatto che i due termini siano usati sempre congiuntamente e mai disgiuntamente lascia intendere che la fattispecie considerata è unitaria e che si è in presenza di un sintagma. L'unica dissociazione dei due termini si può riscontrare nella rubrica dell'art. 2497 septies, cod. civ., intitolata solo al "coordinamento", ma la dissociazione subito smentita dal testo della disposizione in cui ritorna il sintagma usuale*». Ancora, P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. Soc.*, 2007, pag.380 e segg., ritiene che la direzione opera in senso verticale, il coordinamento in senso orizzontale. Si tratta di

stata da taluni¹⁷¹ criticata come “un’inutile endiadi”, ma va da sé che, qualora le espressioni vengano ritenute un sintagma, la soluzione prospettata comporterebbe l’ingiusto risultato, che laddove vi sia una violazione dei principi di corretta gestione societaria, ma non imprenditoriale, e viceversa, essa non sia sanzionabile¹⁷².

Cosicché, la violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale integra un’ipotesi di *mala gestio* della società eterodiretta che si realizza quando la società madre preclude alla subordinata di operare come “autonomo centro di profitto”¹⁷³.

Sulla base di tali brevi indicazioni, il legislatore pare abbia in generale inteso assicurare non soltanto che l’attività di direzione e coordinamento della capogruppo si svolga nel rispetto della corretta direzione e gestione dell’attività economica delle varie società del gruppo, ma anche e soprattutto che essa sia esercitata in modo coerente con lo scopo della società eterodiretta, il quale, al pari di ogni altra società, resta quello di cui all’art 2247 cod. civ., vale adire la realizzazione e divisione di utili tra i soci¹⁷⁴.

L’espressione “*principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale*” ha sollevato, anche un ulteriore quesito, ovvero, se la locuzione in esame sia portatrice di principi dal contenuto “innovativo” rispetto ai tradizionali presupposti della responsabilità da negligente gestione¹⁷⁵.

Il tema, tuttavia, non è se sia lecito amministrare una società in contrasto con i “principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale”. Il tema è se i “principi di corretta gestione” di una società eterodiretta coincidano con quelli applicabili alla società autonoma, o se, al

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”. In giurisprudenza vedi Trib. Pescara, 16 gennaio 2009, in *Società*, 2010, pag.683, con nota di V. ZANELLI, *Contratto di franchising ed abuso di direzione e coordinamento contrattuale*.

¹⁷¹ M. BUSSOLETTI, E. LA MARCA, *Gruppi e responsabilità da direzione unitaria*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2010, I, pag.123 e segg..

¹⁷² V. CARIELLO, *Direzione e coordinamento*, in *Società di capitali*, (a cura di) G. NICOLINI, A. STAGNO D’ALCONTRES, 2004, pag.1858 e segg..

¹⁷³ C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Cedam-Padova, 2006, 2^a ed., pag.204.

¹⁷⁴ A. BADINI CONFALONIERI, R. VENTURA, *Commento art. 2497 cod. civ.*, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da G. COTTINO, G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI, Bologna, 2004, III, pag.2164.

¹⁷⁵ M. RESCIGNO, *Eterogestione e responsabilità nella riforma societaria fra aperture ed incertezze: una prima riflessione*, in *Società*, 2003, pag.334; V. CARIELLO, *Direzione e coordinamento*, in *Società di capitali*, (a cura di) G. NICOLINI, A. STAGNO D’ALCONTRES, 2004.

contrario, l'esercizio dell'impresa sociale inserita in un gruppo di società determini (o, quantomeno, possa determinare) una alterazione delle regole di scrutinio di "correttezza" della gestione societaria ed imprenditoriale.

Per quanto fin qui esposto¹⁷⁶, dovrebbe essere ormai chiaro che, la valutazione di congruità della gestione delle società con i "principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale" adotta, per le società eterodirette, un metro di valutazione parzialmente differente da quello vigente per le società autonome. Quindi i "principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale" ineriscono a quelle regole che, nell'ambito della eterodirezione, subiscono deroghe ai principi altrimenti vigenti per le società autonome; deroghe funzionali a stemperare le regole di applicazione del vincolo dell'interesse sociale della società eterodiretta in favore di una logica di gruppo.

In ogni caso, i predetti principi sono destinati a tradursi in specifiche regole di condotta in funzione del caso concreto e dei mutevoli problemi della realtà del gruppo¹⁷⁷. La correttezza dell'attività andrà valutata con riferimento a questo tipo particolare di attività, per la quale andranno pertanto enucleati i principi specifici. Dottrina e giurisprudenza dovranno

¹⁷⁶ Il riferimento è, non solo, al *leitmotiv* del fenomeno dei gruppi ovvero alla dicotomia fra "unità e pluralità", come ampiamente già esposto nel Cap. I, par. 1, ma anche, parafrasando G. SCOGNAMIGLIO, "Clausole generali" principi di diritto e disciplina nei gruppi di società, in *Riv. Dir. Priv.*, 2011, pag.534: «privilegio (che): la regola (n.d.r. condotta dall'art. 2497 cod. civ.) "puoi danneggiare, a condizione che si provveda affinché il danno sia aliunde compensato" è sicuramente più favorevole all'agente della regola che si esprime nel divieto puro e semplice di cagionare danno ad altrui (n.d.r. prevista per le società monadi)». Per lo stesso concetto, in termini non dissimili, M. BUSSOLETTI, *Sulla "irresponsabilità" da direzione unitaria abusiva e su altre questioni aperte in tema di responsabilità ex art. 2497 c.c.*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2013, I, pag.397.

¹⁷⁷ U. TOMBARI, *Crisi di impresa e doveri di "corretta gestione societaria e imprenditoriale" della società capogruppo. Prime considerazioni*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2011, I, pag.636 e segg., che, con specifico riguardo all'ipotesi in cui la società eterodiretta versi in uno stato di crisi, si è sostenuto che il rispetto dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale imponga alla società che esercita direzione e coordinamento, alternativamente: di provvedere senza indugio a risanare la controllata; di promuovere, secondo le circostanze, un piano di risanamento, un accordo di ristrutturazione o la presentazione di un ricorso per concordato preventivo; qualora non sia possibile o non vi sia la volontà di procedere in tal senso, di disporre la liquidazione in forma ordinata della società diretta e coordinata o in caso di insolvenza di attivarsi al fine di far dichiarare il suo fallimento. Ma anche, dello stesso Autore, *Disciplina del gruppo di imprese e riflessi sulle procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2004, pag.1164 e segg. La società madre, dunque, non può disinteressarsi dello stato in cui si trova l'impresa societaria diretta, ma è tenuta a fronteggiare «la crisi allo scopo tra l'altro di evitare il peggioramento», M. MIOLA, *Attività di direzione e coordinamento e crisi di impresa nei gruppi di società*, in AA.VV., *Società, banche e crisi di impresa. Liber Amicorum*, P. ABBADESSA, Utet-Torino, 2014, pag.2693.

individuare i doveri di diligenza degli amministratori e sindaci della capogruppo, tenendo conto delle caratteristiche dell'attività di direzione e coordinamento¹⁷⁸.

Il duplice riferimento ai principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale è diretto a fissare dei limiti al discrezionale esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, tenendo conto della dicotomia unità-pluralità che caratterizza il fenomeno dei gruppi e dell'esigenza di contemperare gli interessi delle singole società e quelli del gruppo nel suo complesso, al fine di permettere l'attuazione di un programma imprenditoriale unitario, senza pregiudizio per i singoli e, in particolare, i soci di minoranza e i creditori delle eterodirette, così come richiamato dall'art. 10, lett. a) della legge delega 3 ottobre 2001¹⁷⁹.

Conclusivamente il criterio per valutare la correttezza nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento consisterà nell'individuazione da parte della capogruppo, il punto di equilibrio che consenta il più razionale contemperamento fra gli interessi della capogruppo e quelli delle società dirette e coordinate¹⁸⁰.

In altre parole, il richiamo alla corretta gestione imprenditoriale, accanto alla corretta gestione societaria, sembra riferibile ad una visione globale del gruppo che tenda ad ottenere la redditività e la valorizzazione di ogni singola impresa, valutando, nelle scelte strategiche e nelle decisioni concernenti singole operazioni, gli interessi di tutte le società, cercando di evitare danni e pregiudizi anche se a carico di una sola o solo di alcune di esse. Il riferimento ai principi di corretta gestione imprenditoriale vale, dunque, ad imporre alla capogruppo di adottare decisioni che consentano di realizzare un contemperamento tra gli interessi della capogruppo e del gruppo nel suo insieme con quelli delle singole società che lo compongono¹⁸¹.

¹⁷⁸ R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. Comm.*, 2003, pag.633, osserva come tale riferimento rappresenti un'esplicita presa di posizione sugli interessi da privilegiare: in tal modo, sarebbero state poste in primo piano le esigenze gestionali della società sottoposta a direzione e coordinamento.

¹⁷⁹ Art. 10, Gruppi: «*La riforma in materia di gruppi è ispirata ai seguenti principi e criteri direttivi: a) prevedere una disciplina del gruppo secondo principi di trasparenza e tale da assicurare che l'attività di direzione e di coordinamento contemperino adeguatamente l'interesse del gruppo, delle società controllate e dei soci di minoranza di queste ultime; [...]*».

¹⁸⁰ V. SALAFIA, *La responsabilità della società holding verso i soci di minoranza delle controllate*, in *Società*, 2004, pag.10.

¹⁸¹ G. SBISÀ, *Commento all'art. 2497 cod. civ.. Commi 1 e 2*, in AA.VV. (a cura di G. SBISÀ), *Direzione e coordinamento di società. Artt. 2947-2947 septies cod. civ., Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI, L.A. BIANCHI, F. GHEZZI, M. NOTARI, 2012, pag.48. Cfr. altresì, l'art. 10 lett. a) della legge

In giurisprudenza, la *mala gestio* della società madre è stata ritenuta sussistente nell'ipotesi in cui la direzione unitaria della società madre impedisca alla società eterodiretta di operare come autonomo centro di profitto, e così, di creare valore e generare ricavi¹⁸². Così il Trib. Milano ha ritenuto sussumibile nella fattispecie di cui all'art. 2497 cod. civ., la condotta della controllata che, nell'esercizio del suo potere di direzione e coordinamento, ha trasferito il *core business* di una controllata ad un'altra società sottoposta alla stessa direzione di vertice, senza la previsione di alcuna operazione di segno opposto diretta a compensare il pregiudizio arrecato.

Non solo. «*Integra l'ipotesi di attività di direzione e coordinamento abusiva ed illegittima la condotta della società controllante che, nel momento in cui la controllata si trovi in condizioni di insolvenza tali da poterne comportare lo scioglimento, acquisti il principale asset della stessa a prezzo di liquidazione, mutando la composizione qualitativa del patrimonio della controllata a proprio vantaggio e con pregiudizio dei creditori, oltre ad aver ottenuto la cessione di crediti di importi ingenti e ad aver agito per separare l'azienda della controllata con gravi difficoltà per la prosecuzione dell'attività, comportamenti che si pongono in contrasto con il principio di conservazione del patrimonio sociale, della par condicio creditorum, nonché dei principi di corretta gestione imprenditoriale e societaria*»¹⁸³.

5. L'INTERESSE IMPRENDITORIALE PROPRIO O ALTRUI

L'azione nel corso della quale la violazione dei principi di corretta gestione imprenditoriale e societaria viene in considerazione è, ai sensi dell'art. 2497 cod. civ., l'azione condotta dalla controllante «*nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui*».

delega 3 ottobre 2001, pag.366 che tra i principi e i criteri direttivi stabiliva che «*l'attività di direzione e coordinamento contempererà adeguatamente l'interesse del gruppo, delle società controllate e dei soci di minoranza di queste ultime*».

¹⁸² Trib. Milano, 18 dicembre 2015, n.14493/2015, R.G. n.26874/2011, reperibile in giurisprudenzadelleimprese.it.

¹⁸³ Trib. Milano, 3 aprile 2015, R.G. n.971/2015, in giurisprudenzadelleimprese.it.

Il testo approvato il 10 gennaio 2003¹⁸⁴ richiede espressamente che l'azione della società madre, che esercita la "direzione unitaria", sia riconducibile al perseguimento di un interesse imprenditoriale proprio o altrui.¹⁸⁵

La gestione scorretta assume pertanto rilievo quando l'esercizio dei poteri di direzione e coordinamento è strumentale a realizzare un interesse proprio della controllante o di una controllata a danno di un'altra società del gruppo il cui interesse viene sacrificato.

L'interesse, proprio o altrui, che deve connaturare l'attività esercitata dalla capogruppo deve essere imprenditoriale. La norma difatti, prevede espressamente che tale interesse deve essere "imprenditoriale", e non di altra natura¹⁸⁶.

Pertanto, sembrerebbe che la responsabilità della *holding* andrebbe esclusa qualora i suoi amministratori, abusando dei propri poteri, abbiano agito esclusivamente in vista di un interesse estraneo a quello dell'impresa capogruppo, al pari di quanto previsto, in tema di

¹⁸⁴La riforma del diritto societario, di cui al decreto legislativo 17 gennaio 2003, n.6, trova la sua genesi nella legge delega 3 ottobre 2001, n.366. La commissione, istituita per la predisposizione dei decreti legislativi e presieduta dall'onorevole Vietti, attuò i principi della legge delega 366/2001 nel decreto legislativo 17 gennaio 2003 n.6, destinato a entrare in vigore il 1° gennaio 2004. Il d. lgs. n.6 riforma profondamente parti del libro V del codice civile e costituisce l'epilogo di un lungo procedimento di riforma, costellato di tentativi non riusciti e di riforme parziali.

¹⁸⁵ Cfr. Schema di decreto legislativo recante la Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366: «*Per dare corretta impostazione e soluzione a questi problemi di responsabilità occorre porre a base della disciplina il "fatto" dell'esercizio di attività di direzione e coordinamento di una società da parte di un diverso soggetto, sia esso una società o un ente, e la circostanza che l'azione fosse comunque riconducibile al perseguimento di un interesse imprenditoriale proprio o altrui, sebbene svolto in violazione dei corretti principi di gestione societaria*».

¹⁸⁶ Cfr. G. SBISÀ, *Commento all'art. 2497 cod. civ. Commi 1 e 2*, in AA.VV. (a cura di G. SBISÀ), *Direzione e coordinamento di società. Artt. 2947-2947 septies cod. civ., Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI, L.A. BIANCHI, F. GHEZZI, M. NOTARI, 2012, pag.44; C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Cedam-Padova, 2006, 2ª ed., pag.197; V. CARIELLO, *Direzione e coordinamento*, in *Società di capitali*, (a cura di) G. NICOLINI, A. STAGNO D'ALCONTRES, 2004, pag.1863. L'Autore, in *Primi appunti sulla c.d. responsabilità da attività di direzione e coordinamento di società*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2003, pag.331 e segg., suggeriva, in merito, un'interpretazione adeguatrice della norma, in modo da renderla applicabile all'agire nell'interesse proprio o altrui di qualunque natura. Successivamente ad un "supplemento di riflessione", muta avviso, ed è così favorevole ad una interpretazione letterale della locuzione "interesse imprenditoriale" sulla base di un doppio ordine di argomenti: a) l'agire per un interesse di natura non imprenditoriale configura una forma di abuso più grave di quella disciplinata dall'art. 2497 cod. civ.. In tali circostanze, ritiene si possa giungere alle sanzioni più grave, legata al superamento della personalità giuridica; b) il meccanismo compensativo configurato dalla norma, richiederebbe la sussistenza di un interesse appunto imprenditoriale per poter operare.

responsabilità amministrativa degli enti dall'art. 5 comma 2 d.l. 231/2001¹⁸⁷ come, ad esempio, il compimento di un'operazione al fine di soddisfare l'interesse personale di un amministratore della capogruppo.

In questo ordine di casi non si giustifica una responsabilità della persona giuridica, quale è la responsabilità concepita dall'art. 2497 cod. civ., né si giustificano le esimenti da esso previste, ma «*varranno gli ordinari rimedi predisposti dal diritto comune, da far valere conto le persone fisiche responsabili*»¹⁸⁸.

Seppure la prevalente dottrina tenda ad una interpretazione della norma fedele al dato letterale¹⁸⁹, altra dottrina non esclude che l'agire per un interesse "non" imprenditoriale escluda l'applicazione della norma *de qua*.

A riguardo si riporta, e condivide, l'opinione di chi sostiene «*il senso della formula sembra però essere quello non di escludere le operazioni compiute nell'interesse personale proprio o altrui, bensì di chiarire che è indifferente che l'interesse perseguito sia quello della controllante o di altra società del gruppo e che, quindi, la disciplina riguarda tanto le direttive nell'interesse della società o dell'ente controllante, quanto quelle nell'interesse di un'altra componente del gruppo*»¹⁹⁰.

¹⁸⁷ Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231, Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, Art. 5 Responsabilità dell'ente: «*L'ente è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio: a) da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso; b) da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a). L'ente non risponde se le persone indicate nel comma 1 hanno agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi*». Nel senso che l'agire nel perseguimento di interessi di altra natura esulerebbe dall'ambito di applicazione dell'art 2497 cod. civ. cfr. A. JORIO, *I Gruppi*, in AA.VV., *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, (a cura di) S. AMBROSINI, Torino, 2003, pag.204; F. GALGANO, *Direzione e coordinamento di società. Artt.2497-2497 septies cod. civ.*, in *Commentario al Codice Civile A. SCIALOJA, G. BRANCA*, (a cura di) F. GALGANO, Zanichelli-Bologna, 2005, pag.104.

¹⁸⁸ F. GALGANO, *Direzione e coordinamento di società. Artt.2497-2497 septies cod. civ.*, in *Commentario al Codice Civile A. SCIALOJA, G. BRANCA*, (a cura di) F. GALGANO, Zanichelli-Bologna, 2005, pag.104.

¹⁸⁹ V. CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Riv. Soc.*, 2003, pag.1242; M. BUSSOLETTI, E. LA MARCA, *Gruppi e responsabilità da direzione unitaria*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2010, I, pag.120.

¹⁹⁰ Così G. SBISÀ, *Responsabilità della capogruppo e vantaggi compensativi*, in *Contratto e Impresa*, 2003, pag.601; C. IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv. Soc.*, 2005, pag.10, per il quale «*se si guarda alla ratio della disciplina - evitare che il perseguimento di politiche di gruppo venga "pagato" solamente da alcuni soci e da alcuni creditori - la natura (imprenditoriale o non) dell'interesse ispiratore di quelle politiche appare neutra e ininfluyente, e non certo tale da giustificare che soci e creditori ricevano, a*

L'individuazione dell'interesse proprio o altrui come "imprenditoriale" porta con sé un ulteriore problema di imputazione della responsabilità: l'individuazione dei soggetti responsabili.

L'interesse imprenditoriale esclude dall'ambito di applicazione gli enti, quali lo stato *in primis*, che operano secondo criteri "di pura erogazione"¹⁹¹. Ma sul punto si rinvia a quanto verrà nel prosieguo meglio esposto.

6. IL DANNO ALLA REDDITIVITÀ E AL VALORE DELLA PARTECIPAZIONE ED IL DANNO ALL'INTEGRITÀ DEL PATRIMONIO SOCIALE. RINVIO

La responsabilità delineata dall'articolo 2497 cod. civ., presuppone che l'attività di direzione e coordinamento, condotta in violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale, si sia risolta in (i) un pregiudizio alla "redditività e al valore della partecipazione sociale"¹⁹² a scapito dei soci della eterodiretta, ovvero abbia determinato (ii) una lesione "all'integrità del patrimonio della società" subita dai creditori della medesima società.

Questo ulteriore presupposto della responsabilità consente di individuare i soggetti attivi dell'azione, distinti in ragione del bene leso dal non corretto esercizio dell'attività di

seconda dei casi, trattamenti opposti». In particolare, nel senso che la specificazione "interesse imprenditoriale" non avrebbe lo scopo di escludere la responsabilità della capogruppo quando il suo agire risulti diretto al perseguimento di un interesse di diversa natura, ma «quello di indicare che la condotta sanzionata si inserisce nello svolgimento di un'attività di impresa», G. SBISÀ, *Commento all'art. 2497 cod. civ. Commi 1 e 2*, in AA.VV. (a cura di G. SBISÀ), *Direzione e coordinamento di società. Artt. 2947-2947 septies cod. civ., Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI, L.A. BIANCHI, F. GHEZZI, M. NOTARI, 2012, pag.44; cfr. altresì R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. Comm.*, 2003, pagg.673-674; R. RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Società*, 2004, pag.543; E. CODAZZI, *Vantaggi compensativi e infedeltà patrimoniale (dalla compensazione "virtuale" alla compensazione "reale")*: alcune riflessioni alla luce della riforma del diritto societario, in *Giur. Comm.*, 2004, pag.609e segg. e pag.613, sulla nozione di "interesse imprenditoriale".

¹⁹¹ A. CAPRAIO, *Attività di direzione e coordinamento di società: la responsabilità dell'ente pubblico*, in *Società*, 2008, 5, pag.557; F. GALGANO, *Direzione e coordinamento di società. Artt.2497-2497 septies cod. civ.*, in *Commentario al Codice Civile A. SCIALOJA, G. BRANCA*, (a cura di) F. GALGANO, Zanichelli-Bologna, 2005, pag.104 «il che vale ad escludere che la norma sia applicabile [...] a) quando l'ente che detiene il controllo non sia, perché glielo vieta la legge o lo statuto, soggetto idoneo ad assumere la qualità di imprenditore (è, ad esempio, lo stato oppure è una fondazione il cui statuto interdice l'esercizio di attività economiche) e non sia perciò, portatore di un interesse imprenditoriale».

¹⁹² Queste espressioni hanno sostituito il riferimento al diritto all'utile e alla valorizzazione della partecipazione sociale, contenuto nello Schema governativo del 30/09/2002.

direzione e coordinamento: a) i soci, la cui tutela è condizionata al pregiudizio alla redditività e al valore della partecipazione, e b) i creditori, legittimati ad agire per la tutela dei propri diritti di credito in presenza di una lesione al patrimonio della società sottoposta all'attività della capogruppo.

Poiché il danno che tali soggetti subiscono è un danno riflesso di quello subito dalla società eterodiretta, occorrerà altresì porsi il problema della possibile legittimazione attiva della stessa società sottoposta a direzione e coordinamento. Infine bisognerà analizzare la legittimazione in sede di procedure concorsuali, seppur limitata al curatore, ai sensi di quanto dispone il quarto comma dell'art. 2497 cod. civ..

Si rinvia al successivo capitolo per un'approfondita analisi della legittimazione attiva dei soggetti che possono esercitare l'azione *ex art. 2497 cod. civ.*

CAPITOLO III
LA RESPONSABILITÀ EX ART. 2497 COD. CIV. ALLA LUCE DEL
FALLIMENTO DELLA SOCIETÀ ETERODIRETTA.
LA LEGITTIMAZIONE ATTIVA

SOMMARIO: 1. PREMESSA – 2. LA LESIONE ALL’INTEGRITÀ DEL PATRIMONIO DELLA SOCIETÀ. L’AZIONE DEI CREDITORI DELLA SOCIETÀ ETERODIRETTA – 3. IL DANNO ALLA REDDITIVITÀ ED AL VALORE DELLA PARTECIPAZIONE. L’AZIONE DEI SOCI DELLA SOCIETÀ ETERODIRETTA – 4. L’ART. 2497, QUARTO COMMA, COD. CIV.: LA LEGITTIMAZIONE DEL CURATORE E LE SORTI DELL’AZIONE DEI SOCI IN CASO DI FALLIMENTO DELLA SOCIETÀ ETERODIRETTA – 5. LA LEGITTIMAZIONE ATTIVA DELLA SOCIETÀ ETERODIRETTA. UNA RICOSTRUZIONE – 5.1. SORTE DELL’AZIONE DI RESPONSABILITÀ PER ABUSO DI DIREZIONE E COORDINAMENTO SPETTANTE ALLA SOCIETÀ CONTROLLATA DICHIARATA INSOLVENTE – 6. QUALI NOVITÀ DAL CODICE DALLA CRISI E DELL’INSOLVENZA?

1. PREMESSA

Nell’ambito dei gruppi di società, il legislatore della riforma del 2003 ha, come ampiamente già esposto, dettato una innovativa disciplina di tale fenomeno. Il nucleo essenziale della disciplina codicistica in tema di gruppo è costituito dal regime di responsabilità della società esercente attività di direzione e coordinamento per i danni eventualmente arrecati ai soci ed ai creditori della società dominata per effetto dello scorretto esercizio di tale attività.

Nella sua apparente linearità, l’art. 2497 cod. civ. solleva numerose rilevanti questioni¹⁹³, alcune già esposte nei precedenti paragrafi, altre oggetto di analisi nel prosieguo della trattazione.

¹⁹³ Ad esempio, P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in Riv. Soc., 2007, pag.319, espone una “panoramica” dei numerosi problemi che la responsabilità da direzione e coordinamento pone all’interprete. «Senza pretese di completezza si segnalano alcuni dei problemi che la nuova disciplina pone ad operatori ed interpreti: (i) se la responsabilità sia di tipo contrattuale – per violazione di obblighi di legge – extracontrattuale; (ii) se, in ogni caso, si tratti di responsabilità di tipo oggettivo o ancorata al criterio di imputazione della colpa; (iii) se l’agire per un interesse non imprenditoriale, ancorché legittimo, ad esempio istituzionale o associativo, escluda l’applicabilità delle nuove regole; (iv) quali siano i soggetti di imputazione della responsabilità da abuso di direzione unitaria; (v) se la questione della holding persona fisica possa ancora configurarsi alla luce delle nuove regole; (vi) che cosa debba intendersi per principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale; (vii) se l’attività di direzione e coordinamento rilevi come mero fatto; (viii) se i pregiudizi alla redditività e al valore della partecipazione debbano

Come ho esposto nel precedente capitolo, il semplice esercizio dell'attività di direzione e coordinamento non è ritenuto dal legislatore di per sé illegittima, ma lo diventa qualora sia svolta «*in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società*» soggette a direzione e coordinamento.

Pur riversando la violazione dei suddetti principi sulla società eterodiretta, l'art. 2497 cod. civ. stabilisce che la società madre è “direttamente” responsabile non già nei confronti della società eterodiretta, bensì nei confronti dei soci e creditori di quest'ultima. In altri termini, il regime di responsabilità in discussione, pur essendo posto a presidio dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale delle società sottoposte a direzione e coordinamento, a fronte della violazione dei suddetti principi, riconosce, almeno formalmente, ai soli soci e creditori di queste ultime la tutela risarcitoria.

Tanto il pregiudizio “*alla redditività ed al valore della partecipazione sociale*”, di cui la dominante dovrebbe rispondere verso i soci della dominata, quanto quello derivante dalla “*lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società*”, per cui la medesima dominante è responsabile verso i creditori della eterodiretta, costituiscono dei danni c.d. “riflessi”, cioè conseguenti al danno direttamente sofferto dalla società eterodiretta. Le conseguenze pregiudizievoli, eventualmente derivanti dalla violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale della società eterodiretta, colpiscono in via immediata e diretta proprio quest'ultima società e, soltanto di riflesso, i suoi soci ed i suoi creditori, incidendo rispettivamente sul valore e sulla redditività delle loro partecipazioni e sull'integrità del patrimonio posto a garanzia generica dei loro crediti.

Per i creditori sociali, il principio della risarcibilità dei danni riflessi non costituisce, invero, una novità assoluta, ponendosi già alla base del regime di responsabilità degli amministratori

configurarsi congiuntamente oppure se sia invece sufficiente il verificarsi di uno di essi; (ix) che cosa debba intendersi per ritrazione consapevole del beneficio; (x) se il beneficio debba essere diretto oppure rilevi ancorché indiretto; (xi) se l'azione sia subordinata ad un beneficium excussionis in senso teorico; (xii) quale sia il titolo in base al quale la società sottoposta può (o deve) risarcire il danno; (xiii) se la mancanza di danno “alla luce del risultato complessivo” (art. 2497, comma 1, cod. civ.) debba intendersi come valutazione economico-ragionieristica ex post, con la conseguenza di rendere la norma inapplicabile, oppure, come ritengo preferibile, come valutazione qualitativa ex ante in termini di ragionevole prevedibilità, analoga a quella prevista in sede penalistica (cfr. art. 2634 cod. civ.); (xiv) quale sia il grado di analiticità da rispettare nell'assolvere gli obblighi informativi; in particolare come possa essere valutato l'effetto della direzione unitaria, non tanto sull'esercizio dell'impresa, quanto sui risultati (cfr. art. 2497 bis, comma 5, ultima parte, cod. civ.); (xv) come si coordini la disciplina in esame con la disciplina del conflitto di interessi (art. 2391 cod. civ.); in particolare con riferimento all'obbligo di astensione dall'operazione dell'amministratore delegato. Ciò premesso cercherò di analizzare gli argomenti che ho prescelto per un approfondimento».

nei confronti dei creditori sociali prevista dall'art. 2394 cod. civ.. Non così, invece, nei riguardi dei soci, i quali normalmente sono legittimati ad agire in via diretta verso gli amministratori soltanto per il risarcimento dei pregiudizi direttamente arrecati al loro patrimonio. In tal senso dispongono espressamente gli artt. 2395 e 2476, comma sesto, cod. civ.¹⁹⁴.

Sotto tale profilo, dunque, la norma di cui all'art. 2497, comma 1, cod. civ., costituirebbe un'eccezione al principio di non risarcibilità dei danni riflessi subiti dai soci in conseguenza dei pregiudizi subiti dalla società cui partecipano¹⁹⁵.

Così esposta l'analisi del presente capitolo, occorre considerare il trasferimento di legittimazione "parziale" a favore del curatore, e ciò, in quanto, la norma parrebbe escludere il riconoscimento in capo a quest'ultimo dalla legittimazione a promuovere le azioni di responsabilità tipiche dei soci.

L'analisi consentirà, altresì, di interrogarsi sulla possibile legittimazione della società dominata ad agire contro la dominante per il risarcimento dei danni direttamente subiti in conseguenza dell'attività di direzione e coordinamento posta in essere dalla seconda. E, da qui, la necessità di coordinare le diverse azioni in caso di accertata insolvenza della società eterodiretta.

Da ultimo, si tenterà una prima lettura dell'azione di responsabilità esposta nel nuovo Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza (CCII).

2. LA LESIONE ALL'INTEGRITÀ DEL PATRIMONIO DELLA SOCIETÀ. L'AZIONE DEI CREDITORI DELLA SOCIETÀ ETERODIRETTA.

¹⁹⁴ Si metta conto in tale sede, ma sarà adeguatamente evidenziata nel prosieguo (cfr. nota n.225), che l'azione dell'art. 2497 cod. civ. riservata ai soci della società eterodiretta, prescinde dalla loro percentuale di proprietà del capitale sociale.

¹⁹⁵ R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. Comm.*, 2003, pag.664, il quale osserva che «La clausola impiegata nel testo definitivo del nuovo art. 2497, primo comma, cod. civ. (n.d.r. il riferimento è alle responsabilità nei confronti dei soci per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale) rischia di presentare non lievi inconvenienti, anche sul piano delle eventuali ricadute di sistema. La norma in esame riveste un ruolo centrale nella riforma e, anzi, si presenta come norma-manifesto dell'approccio culturale che ispira la riforma stessa. Con essa trova espresso riconoscimento il principio del c.d. stakeholder value [...]; l'interesse dei creditori sociali e, più in generale, degli stakeholders (viene comunque tutelato, ma) non costituisce più l'asse portante del sistema, rappresentato invece dall'interesse degli shareholders alla massimizzazione della redditività e del valore del loro investimento in partecipazioni in società di capitali».

La fattispecie in esame prevede una responsabilità della *holding* che, con le proprie direttive ed istruzioni, in violazione dei sopraesposti principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, cagionando il depauperamento del patrimonio della società controllata¹⁹⁶, induce quest'ultima all'inadempimento delle obbligazioni assunte nei confronti dei propri creditori. Da qui, la legittimazione ad agire dei creditori "esterni" per la tutela dei propri diritti di credito in presenza di una lesione al patrimonio della società sottoposta all'attività della capogruppo.

L'individuazione di tale requisito sembra presentare minori difficoltà interpretative rispetto al "pregiudizio alla redditività ed al valore della partecipazione", dal momento che, la fattispecie appare analoga all'azione di responsabilità contro gli amministratori di cui all'art. 2394 cod. civ.¹⁹⁷.

Al pari di quanto disposto dall'art. 2394 cod. civ., elemento costitutivo della responsabilità della capogruppo, individuato dall'art. 2497, comma primo, cod. civ., è la "lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società" soggetta all'altrui attività di direzione e coordinamento¹⁹⁸.

Non è, tuttavia, sufficiente la lesione al patrimonio sociale *ex se* a legittimare i creditori ad esperire direttamente un'azione risarcitoria nei confronti della controllante, ciò in quanto, la diminuzione del patrimonio della controllata, ove imputabile alla condotta abusiva della capogruppo, deve essere tale da pregiudicarne la funzione di garanzia patrimoniale generica di cui all'art. 2740 cod. civ..

¹⁹⁶ Sarà oggetto di analisi nel prosieguo l'emersione "implicita" del suddetto presupposto dell'azione *de qua*.

¹⁹⁷ C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Cedam-Padova, 2006, 2^a ed., pag.205. L. PANZANI, *L'azione di responsabilità ed il coinvolgimento del gruppo di imprese dopo la riforma*, in *Società*, 2002, pag.1487. R. RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Società*, 2004, pag.542. «Quest'ultimo elemento appare abbastanza agevolmente identificabile ed, in pratica, finirà quasi sempre per coincidere con quello richiesto dall'art. 2394 cod. civ. per l'esercizio dell'azione di responsabilità dei creditori sociali nei confronti dell'amministratore della singola società».

¹⁹⁸ L'art. 2497, comma primo, cod. civ. riprende una formulazione già presente nell'art. 2394 cod. civ., ove viene ancorata la responsabilità dell'organo amministrativo nei confronti dei creditori sociali all'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale.

Perciò, saranno rilevanti solo quei comportamenti della società, che esercita il potere di direzione e coordinamento, idonei a ledere il patrimonio sociale delle società dominate, sino a renderlo insufficiente a soddisfare le ragioni dei creditori¹⁹⁹.

Né potrebbe essere altrimenti.

Il diritto all'adempimento della prestazione da parte della società, loro debitrice, è garantito, ai sensi dell'art. 2740 cod. civ., dalla conservazione del patrimonio sociale. Non potrebbe parlarsi di danno ai creditori fin quando il patrimonio è capiente²⁰⁰.

Perciò rileveranno solo le lesioni all'integrità del patrimonio sociale da cui derivi l'insufficienza di questo a soddisfare le ragioni dei creditori medesimi²⁰¹.

In sostanza, si prevede che, in presenza di atti lesivi della garanzia generica offerta ai creditori, e così al patrimonio della società debitrice, questi ultimi possano agire per il ristoro del pregiudizio sofferto, non solo contro l'organo gestorio della stessa, ma contro il soggetto che abbia esercitato l'attività di direzione e coordinamento, in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale²⁰².

Ciò detto, la sostanziale coincidenza tra la posizione del creditore di una società monade e quella del creditore di una società appartenente a un gruppo e, così, l'implicita inclusione della insufficienza del patrimonio della società eterodiretta a soddisfare i creditori "esterni", non appare, *prima facie*, presupposta dal legislatore²⁰³.

¹⁹⁹ M. BUSSOLETTI, E. LA MARCA, *Gruppi e responsabilità da direzione unitaria*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2010, I, pag.137; C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Cedam-Padova, 2006, 2^a ed., pag.209.

²⁰⁰ A. PATTI, *Commento agli artt. 2497-2497 sexies*, in AA.VV. (a cura di G. LO CASCIO), *La riforma del diritto societario. Gruppi, trasformazione, fusione e scissione, scioglimento e liquidazione, società estere*, 2003, pag.251.

²⁰¹ C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Cedam-Padova, 2006, 2^a ed., pag.290: «è comprensibile che fin quando tale patrimonio è sufficiente alla loro salvaguardia non vi sia spazio per un'azione risarcito nei confronti di chi esercita l'attività di direzione e coordinamento».

²⁰² Tra i diversi casi, a titolo esemplificativo, affrontati anche in giurisprudenza, possiamo ricordare i contratti tra società del gruppo conclusi a condizioni diverse da quelle di mercato, il rilascio di garanzie senza ragionevole corrispettivo, l'alienazione di beni strumentali di fondamentale rilevanza ai fini dell'attività produttiva della società eterodiretta, A. IRACE, *Commento art. 2497 cod. civ.*, in *La riforma del diritto delle società*, (a cura di) M. SANDULLI e V. SANTORO, Torino, 2003, III, pag.318.

²⁰³ R. RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Società*, 2004, pag.538; F. GUERRERA, "Compiti" e responsabilità del socio di controllo, in *RDS*, 2009, I, pag.506. *Contra* A. IRACE, *Commento art. 2497 cod. civ.*, in *La riforma del diritto delle società*, (a cura di) M. SANDULLI e V. SANTORO, Torino, 2003, III, pag.321, secondo la quale, per poter esercitare l'azione cui all'art. 2497 cod. civ., i creditori devono

Da una stretta lettura delle disposizioni, artt. 2497 – 2394 cod. civ., non vi è una completa sovrapposibilità della posizione del creditore sociale di una società di gruppo e la posizione del creditore di una società indipendente. Difatti, il comma secondo dell'art. 2394 cod. civ. non viene richiamato dalla corrispondente definizione del Capo IX, ossia il fatto che l'azione possa essere promossa solamente quando il patrimonio sociale risulta insufficiente alla soddisfazione del credito vantato²⁰⁴.

Ciò potrebbe condurre a ritenere sufficiente per il creditore sociale, che voglia agire in giudizio per far valere la responsabilità da abuso di direzione e coordinamento, dimostrare il fatto illecito, non dovendo pertanto provare che il patrimonio della società eterodiretta risulta insufficiente alla soddisfazione della pretesa creditoria²⁰⁵.

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.

²⁰⁴ Il venir meno della garanzia patrimoniale della società è elemento costitutivo della fattispecie: presupposto dell'azione è il danno cagionato ai creditori sociali dal comportamento illecito degli amministratori, specificamente individuato nell'insufficienza del patrimonio sociale per il soddisfacimento delle ragioni creditorie. Così Trib. Milano, 15 settembre 2016, in *Massima redazionale*, 2016, il quale rileva che la responsabilità *ex art. 2394 cod. civ.* è azionabile solo nel momento in cui la diminuzione della garanzia generica conseguente alle condotte illecite dei gestori diviene rilevante per la posizione dei creditori, in dipendenza della complessiva insufficienza del patrimonio sociale a soddisfare le loro ragioni. Si ritiene concordemente che tale insufficienza sia da intendere come eccedenza delle passività sulle attività sociali, e sia quindi determinabile sulla base del raffronto tra attivo sociale e debiti. Questa situazione non coincide con la perdita integrale del capitale sociale dal momento che quest'ultima evenienza può verificarsi anche quando vi è un pareggio tra attivo e passivo e, quindi, tutti i creditori potrebbero trovare di che soddisfarsi nel patrimonio della società, e si distingue da quella dell'insolvenza di cui all'art. 5 l. fall. la quale può aversi anche in assenza di insufficienza patrimoniale, situazione, quest'ultima, più grave e definitiva rispetto alla mera insolvenza. Cfr. Cass. 21 luglio 2010 n. 17121, in *Riv. Dir. Comm.*, 2011, 3, II, pag.319; Cass. 22 aprile 2009 n. 9619, in *Giust. Civ. Mass.*, 2009, 4, pag.666; Cass. 25 luglio 2008 n. 20476, in *Giust. Civ. Mass.*, 2008, 9, pag.1296; Cass. 6 ottobre 1981 n. 5241, in in *Giust. Civ. Mass.*, 1981, fasc.10; Trib. Roma, 20 febbraio 2012; Trib. Sulmona, 18 gennaio 2010, in *Corriere Merito*, 2010, pag.912.

²⁰⁵ R. RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Società*, 2004, pag.542: «Giovà però sottolineare che, in questo caso, non è a carico dell'attore l'onere di provare detta insufficienza del patrimonio sociale, bastando invece che egli dimostri di avere preventivamente richiesto il pagamento del proprio credito alla società debitrice e di non averlo conseguito»; A. VALZER, *Commento all'art. 2497 c.c.*, in *Codice Civile e norme complementari* (a cura di P. ABBADESSA, G.B. PORTALE), Giuffrè-Milano, 2016, «Ciò che muta, nel caso di specie, è il presupposto della responsabilità, giacché per l'art. 2394 cod. civ. quest'ultima si origina dalla violazione degli obblighi di conservazione del patrimonio che sono posti a carico degli amministratori, mentre nella vicenda in esame, la lesione dell'integrità patrimoniale della società eterodiretta è la conseguenza della violazione dei sopra illustrati precetti di corretta gestione societaria e imprenditoriale». Per la differenza di presupposti delle azioni vedi anche F. FIMMANÒ, *Commento all'art. 2497 cod. civ. Commi 3 e 4*, in AA.VV. (a cura di G. SBISÀ), *Direzione e coordinamento di società. Artt. 2947-2947 septies cod. civ.*,

Ma questo aggravamento dell'onere della prova del creditore della società singola e l'agevolazione a favore del creditore di una società appartenente al gruppo, non paiono giustificati.

Si ritiene²⁰⁶, pertanto, che anche il creditore di una società di gruppo che intenda agire *ex art.* 2497 cod. civ. debba dimostrare l'insufficienza del patrimonio sociale per il soddisfacimento delle proprie pretese, nonostante il testo dell'articolo non lo preveda. E ciò, sulla base della ragione che legittima il creditore ad agire.

L'interesse ad agire non è individuato in una qualunque lesione all'integrità del patrimonio sociale, ma solo in quella lesione che, danneggiando il patrimonio sociale, mette in pericolo la sufficienza della capacità patrimoniale della società ad estinguere integralmente il *quantum debeatur*, unico vero oggetto dell'interesse del creditore.

Dall'analisi *ut supra* condotta è possibile ora rilevare un ulteriore profilo.

Sia che si tratti di società autonome, sia che si tratti di società appartenenti ad un gruppo, il danno subito dai creditori non è che un effetto "riflesso" del danno che gli amministratori²⁰⁷

Commentario alla riforma delle società, diretto da P. MARCHETTI, L.A. BIANCHI, F. GHEZZI, M. NOTARI, 2012, pag.116.

²⁰⁶ C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Cedam-Padova, 2006, 2^a ed., pag.290; M. BUSSOLETTI, E. LA MARCA, *Gruppi e responsabilità da direzione unitaria*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2010, I, pag.137; A. PATTI, *Commento agli artt. 2497-2497 sexies*, in AA.VV. (a cura di G. LO CASCIO), *La riforma del diritto societario. Gruppi, trasformazione, fusione e scissione, scioglimento e liquidazione, società estere*, 2003, pag.251. In giurisprudenza, Trib. S. Maria Capua Vetere, Sez. III, 16 luglio 2014, in *IlSocietario.it*, 2014: «Nell'azione di responsabilità proposta dal curatore in luogo dei creditori sociali, *ex art.* 2497, comma 4, cod. civ., ciò che è risarcibile non è una lesione al patrimonio sociale della società fallita *tout court*, bensì soltanto quella lesione al patrimonio della società che ha causato un'insufficienza patrimoniale ostativa al soddisfacimento dei creditori sociali, integralmente ovvero in quella misura minore rispetto all'integrità patrimoniale che sarebbe risultata anteriormente a detta lesione. Spetta alla parte attrice dedurre e, soprattutto, provare che dalle contestate condotte si sia provocata una insufficienza al patrimonio sociale che non ha consentito di soddisfare i creditori ammessi al passivo fallimentare nella misura pari a quella che sarebbe risultata in assenza del prospettato illecito. La perdita di valore del complesso aziendale, il mancato pagamento dei canoni e la loro corresponsione ad un valore inferiore a quello di mercato rappresentano sicuramente dei danni causati al patrimonio sociale, ma di per sé non risultano sufficienti ed idonei a configurare e dimostrare un danno verificatosi *ex art.* 2497, comma 4, cod. civ., anche ai creditori sociali».

²⁰⁷ L'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento costituisce un'attività di carattere gestorio, che rientra, nel suo svolgimento pratico, nelle funzioni dei suoi amministratori. Sulla responsabilità di questi ultimi, quali compartecipi al fatto lesivo, sia consentito rinviare a quanto esposto al Cap. IV, par. 2.

hanno arrecato al patrimonio sociale della società eterodiretta, rendendolo insufficiente a soddisfare gli stessi creditori²⁰⁸.

Per tale ragione, analogamente all'articolo 2394 cod. civ., si può affermare che l'azione di cui all'art. 2497 cod. civ. spettante al creditore sociale mira ad assicurare tutela alla massa dei creditori e, conseguentemente, il risultato positivo dell'azione da essi esercitata non sarà rivolto a reintegrare il loro patrimonio individuale, bensì quello della società²⁰⁹. Il che porta a ritenere che l'azione vada a ripristinare, sia prima che durante il fallimento, una lesione subita dall'intero ceto creditorio, non un danno proprio del singolo creditore²¹⁰.

Poiché, la lesione all'integrità del patrimonio della società controllata, *rectius*, l'insufficienza del patrimonio sociale al soddisfacimento delle ragioni del creditore, si riflette negativamente sull'interesse di questi all'adempimento della prestazione da parte della società eterodiretta, la coerente conseguenza è dunque che, nell'ipotesi di esperimento

²⁰⁸ G. ALPA, *La responsabilità per la direzione e il coordinamento di società note esegetiche sull'art. 2497 cod.civ.* Convegno "La riforma del diritto delle società di capitali: prime esperienze applicative" Firenze, 22-23 ottobre 2004, per il quale, «Il danno consiste dunque in queste due (uniche) ipotesi: in entrambi i casi si tratta di danno riflesso, perché, per il socio, la diminuzione di redditività e di valore della partecipazione implicano un danno al proprio patrimonio; per il creditore la lesione dell'integrità del patrimonio della società debitrice implica una perdita di chance, in quanto eventuali azioni per la soddisfazione del credito sarebbero pregiudicate dalla diminuzione del patrimonio della società debitrice derivante dalle operazioni connesse con l'attività di direzione e coordinamento». In questo senso si veda V. SALAFIA, *La responsabilità della holding nei confronti dei soci di minoranza delle controllate*, in *Società*, 2003, 2 bis, pag.393; G. GUIZZI, *La responsabilità della controllante per non corretto esercizio del potere di direzione e coordinamento*, in AA.VV. (a cura di G. SCOGNAMIGLIO), *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, Milano, 2003, pag.214; F. BONELLI, *Gli amministratori di S.p.A. (dopo la riforma delle società)*, Giuffrè-Milano, 2004, pag.214 e segg.; G. D'ATTORRE, *Le azioni di responsabilità da direzione e coordinamento nel fallimento della "eterodiretta"*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2015, II, pag.63.

²⁰⁹ Cfr. A.R. ADIUTORI, *Questioni in tema di art. 2497 c.c.*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2017, I, pag.663; C. ANGELICI, *Sulle lacune nel diritto delle società*, in *Società*, 2015, 11, pag.1257. *Contra* S. SERAFINI, *Azione diretta di responsabilità e tutela del creditore sociale*, nota a Cass. 10 aprile 2014 n. 8458, in *Riv. Dir. Comm.*, 2015, 1, pag.153; F. GALGANO e G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società. Artt. 2497-2497 septies cod. civ.*, in *Commentario al Codice Civile A. SCIALOJA, G. BRANCA*, (a cura di) F. GALGANO, Zanichelli-Bologna, 2014, pag.190-191; G. D'ATTORRE, *Le azioni di responsabilità da direzione e coordinamento nel fallimento della "eterodiretta"*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2015, II, pag.63.

²¹⁰ Cass. 12 giugno 2015, n. 12254 in *Gius. Civ. mass.*, 2015: «Del resto, che una sola sia la azione spettante ai suddetti creditori a norma dell'art. 2497 cod. civ., si mostra confermato dal disposto testuale dell'ultimo comma dello stesso articolo; che oltretutto, attribuendone la legittimazione in caso di fallimento della società eterodiretta al curatore della stessa, ne chiarisce il carattere di azione c.d. di massa che è proprio della azione risarcitoria per la lesione prodotta al patrimonio della società fallita, non già della distinta azione spettante ai singoli creditori ex art. 2449 cod. civ., comma 2, che il curatore non era conseguentemente legittimato a proporre (cfr. ex multis: Cass. Sez. 1 n. 8368/00; n. 1570/2004; S.U. n. 7029/06)».

vittorioso delle azioni di cui all'art. 2497 cod. civ., il risarcimento del danno andrà a reintegrare il patrimonio della società eterodiretta. In altri termini, il risultato positivo dell'azione da essi esercitata ai sensi dell'art. 2497 cod. civ. non sarà destinato a reintegrare il loro patrimonio individuale, ma quello della società²¹¹.

Ma è anche vero che, tale filone interpretativo, non è condiviso da altra parte della dottrina²¹². Ma anticipo che a mio avviso, tale prospettiva pecca di linearità in ipotesi di fallimento della società eterodiretta. In tale sede, il quarto comma dell'art. 2497 cod. civ. stabilisce che in caso di fallimento, l'azione dei creditori è esercitata dal curatore, mentre quella del socio resta individuale. Dunque, pare che il legislatore qualifichi l'azione del creditore come azione di massa.

Secondo il predetto filone interpretativo, l'art. 2497 cod. civ. configura un danno che “transita” necessariamente attraverso il patrimonio della società, e che quindi è “indiretto”, ma allo stesso tempo stabilisce che il creditore proponga l'azione “direttamente” contro l'ente controllante²¹³. Il danno è indiretto rispetto al fatto illecito della capogruppo, la quale avrebbe depauperato il patrimonio sociale della controllata mettendola in condizione di

²¹¹ In questo senso, cfr. A. NIGRO, D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Il Mulino-Bologna, 2017, pag.200; N. RONDINONE, *Società (gruppi di)*, in *Digesto, Disc. Priv. Sez. Comm.*, 2009, pag.614; A.R. ADIUTORI, *Insolvenza e responsabilità nel gruppo*, Giuffrè-Milano, 2013, pag.80; A.R. ADIUTORI, *Questioni in tema di art. 2497 c.c.*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2017, I, pag.662 e segg..

²¹² G. D'ATTORRE, *Le azioni di responsabilità da direzione e coordinamento nel fallimento della “eterodiretta”*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2015, II, pag.63, il quale, pur ponendosi nel particolare angolo visuale della accertata insolvenza della eterodiretta, e quindi del trasferimento dell'azione al curatore, dichiara che «l'azione di responsabilità da abuso e coordinamento dei creditori sociali esercitata dal curatore trova conferma nella destinazione del risultato utile a vantaggio dell'intera massa e non del singolo creditore, come invece avviene quando è esercitata dal singolo creditore in assenza di dichiarazione di fallimento». Si veda anche F. GIORGIANNI, *La responsabilità nei gruppi*, in *Libertà e responsabilità nel nuovo diritto societario*, a cura di A. NIGRO, Milano, 2006, pag.118, il quale, sulla base della qualificazione dell'azione spettante ai soci esterni ed ai creditori della società eterodiretta quale azione diretta ed autonoma, ritiene che «il risarcimento spetta direttamente ai “legittimati” (socio e/o creditore) anche se il danno sofferto dovrebbe ritenersi compreso nel più ampio danno subito direttamente dalla società dominata», e in modo sintetico, anche S. BONFATTI, P.F. CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, IV ed., Cedam-Padova, 2011, pag.498, osservano che i destinatari diretti della tutela assicurata all'art. 2497 cod. civ. sono «i soci e i creditori (individualmente considerati) [...]», e A. NEGRI CLEMENTI e F.M. FEDERICI, *La natura della responsabilità della capogruppo e la tutela del socio di minoranza*, in *Società*, 2013, pag.526.

²¹³ Da segnalare questa “anomalia” che stride con il principio della responsabilità risarcitoria secondo cui sono risarcibili solo i danni che sono «conseguenza immediata e diretta» del fatto illecito. L'art. 1223 cod. civ. stabilisce, infatti, che sono risarcibile i danni che siano «conseguenza immediata e diretta» del fatto lesivo, così delimitando l'area del danno risarcibile in base all'ordine di prossimità delle conseguenze rispetto al fatto dannoso.

dover danneggiare “direttamente” il creditore, attraverso l’inadempimento o la minor garanzia dell’obbligazione.

Se si fosse trattato, diversamente, di un danno individuale, l’azione sarebbe necessariamente sfuggita alla logica dell’universalità e della concorsualità tipiche delle azioni di massa e pertanto la legittimazione del curatore sarebbe risultata irragionevole²¹⁴.

Perciò il legislatore, in maniera analoga a quanto previsto per le società autonome all’art. 2394 *bis* cod. civ., in ipotesi di insolvenza della società eterodiretta trasferisce la legittimazione attiva dai creditori sociali al curatore fallimentare, al commissario liquidatore o al commissario straordinario. Ma sul punto ritorneremo nel prosieguo, anticipando che, come si desume esplicitamente dal testo del quarto comma dell’art. 2497 cod. civ., solo l’azione spettante ai creditori si trasferisce in capo al curatore o al commissario liquidatore o straordinario, mentre i soci esterni al gruppo rimangono legittimati ad agire in proprio²¹⁵, affermazione peraltro controversa in dottrina.

²¹⁴ Cass. 28 marzo 2006, n. 7029 in *Giust. Civ. Mass.* 2006, pag.4. Il curatore fallimentare non è legittimato a proporre, nei confronti del finanziatore responsabile (nella specie, una banca), l’azione da illecito aquiliano per il risarcimento dei danni causati ai creditori dall’abusiva concessione di credito diretta a mantenere artificiosamente in vita una impresa decotta, suscitando così nel mercato la falsa impressione che si tratti di impresa economicamente valida. Nel sistema della l. fall., difatti, la legittimazione del curatore ad agire in rappresentanza dei creditori è limitata alle azioni c.d. di massa – finalizzate, cioè, alla ricostituzione del patrimonio del debitore nella sua funzione di garanzia generica ed aventi carattere indistinto quanto ai possibili beneficiari del loro esito positivo – al cui novero non appartiene l’azione risarcitoria in questione, la quale, analogamente a quella prevista dall’art. 2395 cod. civ., costituisce strumento di reintegrazione del patrimonio del singolo creditore, giacché, per un verso, il danno derivante dall’attività di sovvenzione abusiva deve essere valutato caso per caso nella sua esistenza ed entità (essendo ipotizzabile che creditori aventi il diritto di partecipare al riparto non abbiano ricevuto pregiudizio dalla continuazione dell’impresa), e, per altro verso, la posizione dei singoli creditori, quanto ai presupposti per la configurabilità del pregiudizio, è diversa a seconda che siano antecedenti o successivi all’attività medesima.

²¹⁵ L’azione individuale che il creditore sociale può esercitare prima del fallimento diventa azione di massa dopo l’apertura della procedura, e ciò, in ragione dell’esigenza di reintegrare la garanzia patrimoniale generica a beneficio dell’intera massa dei creditori dell’imprenditore insolvente. Pur con la dovuta laconicità, stante l’ampiezza dell’argomento, si evidenzia in tale sede che, lo spettro delle azioni che il curatore è legittimato a proporre contro gli organi gestori della società fallita, sono comprese le sole azioni di massa, ovvero, *in breviter*, quelle finalizzate alla ricostruzione del patrimonio del debitore fallito, nell’interesse dei creditori, nella sua funzione di garanzia generica ed aventi carattere indistinto quanto ai possibili beneficiari del loro esito positivo. Azioni di massa sono non solo quelle che derivano direttamente dal fallimento, ma anche alcune azioni proponibili quando la società è *in bonis* e che, dopo il relativo fallimento, “mutano” la propria funzione. In altre parole, si fa riferimento ad azioni che, ordinariamente destinate a produrre benefici solo nei confronti di creditori determinati, diventano di massa se esercitate in ambito fallimentare. Cfr. L. BALESTRA, *Crisi dell’impresa e abusiva concessione del credito*, in *Giur. Comm.*, 2013, I, pag.125. In particolare, per comune opinione, si trasformano in azioni di massa, dopo il fallimento, le azioni che prima del fallimento sono

Nonostante la coincidenza sostanziale dei beni giuridici e dei soggetti tutelati, fra le due azioni intercorre un'altra importante differenza.

L'azione prevista per i creditori, nell'ambito di una realtà sociale autonoma, è proponibile solamente nei confronti degli amministratori della società.

Diversamente, legittimati passivi, *ex art. 2497*, cod. civ., sono l'ente o società dominante che ha esercitato l'attività di direzione e coordinamento, in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, nonché coloro che hanno partecipato causalmente al danno o che ne hanno tratto beneficio.

Possiamo così dire che, figurativamente, il creditore della società eterodiretta, quando il patrimonio sociale risulta insufficiente al soddisfacimento del suo credito, non solo ha più frecce al proprio arco, potendo esercitare, cumulativamente e separatamente, le azioni di cui agli artt. 2394 e 2497 cod. civ., ma ha anche più prede che possono soddisfare il suo credito, ben potendo agire, non solo contro l'organo amministrativo della società abusata, ma anche, come appresso verrà meglio esposto, nei confronti della società madre e, *ex art. 2497*, comma secondo, cod. civ., nei confronti di chi ha partecipato al fatto lesivo e di chi abbia tratto consapevolmente beneficio.

Appare così evidente un certo *favor*, del legislatore, *rectius*, una maggiore preoccupazione, per l'ipotesi di società esercitante l'attività all'interno di un gruppo di società.

Definiti i contorni applicativi dell'azione *ex art. 2497* cod. civ. in relazione al pregiudizio cagionato ai creditori sociali, nel successivo paragrafo, si procederà all'analisi degli elementi costitutivi integranti la responsabilità della società esercente attività da direzione e coordinamento per la lesione al valore e redditività dell'investimento dei soci nella eterodiretta.

3. IL DANNO ALLA REDDITIVITÀ ED AL VALORE DELLA PARTECIPAZIONE. L'AZIONE DEI SOCI DELLA SOCIETÀ ETERODIRETTA

proponibili dai creditori nei confronti degli amministratori delle società per mancata conservazione del patrimonio sociale, dal momento che, pur restandone immutati i presupposti, il relativo risultato viene messo a beneficio di tutti i creditori e non solo del creditore individuale, così M. FABIANI, *Fondamento e azione per la responsabilità degli amministratori di s.p.a. verso i creditori sociali nella crisi dell'impresa*, in *Riv. Soc.* 2015, pag.322; si veda anche I. PAGNI, *Le azioni di massa e la sostituzione del curatore ai creditori*, in *Fall.*, 2007, pag.1041.

La responsabilità della società madre, fermi i predetti presupposti, sussiste nei confronti dei soci se si è verificato un pregiudizio alla redditività ed al valore della partecipazione sociale. La previsione di una responsabilità diretta della capogruppo per il danno indiretto, subito dai soci (e creditori come sopra esposto) costituisce un'altra²¹⁶ importante novità della responsabilità di cui all'articolo 2497 cod. civ.²¹⁷.

Nell'analisi del requisito *de qua* è opportuno ricordare come il testo provvisorio presentato dal Governo il 30 settembre 2002²¹⁸ legittimava i soci all'azione di responsabilità qualora fosse stato leso il diritto all'utile e alla valorizzazione della partecipazione sociale. Nel testo definitivo, approvato il 10 gennaio 2003, è scomparso il riferimento al diritto all'utile ed il danno ingiusto cagionato ai soci è ora individuato nel pregiudizio alla redditività e al valore della partecipazione sociale²¹⁹.

²¹⁶ Come già osservato, P. ABBADESSA, *La responsabilità della società capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2008, I, pag.279, l'introduzione di una responsabilità diretta della capogruppo, costituisce una vera e propria "rivoluzione copernicana", cfr. Cap. I par. 3.

²¹⁷ C. MAMBRIANI, *Alcune questioni in tema di responsabilità da abuso di direzione e coordinamento nella interpretazione giurisprudenziale*, Relazione al Convegno «*La riforma del diritto societario nella "giurisprudenza delle imprese"*» svoltosi a Milano il 26 novembre 2015, in cui si rileva che di per sé l'ampliamento della sfera di soggetti legittimati ad agire nei confronti del danneggiante non è, nelle sue finalità, nuova al diritto societario come nei casi previsti dagli artt. 2393 *bis* e 2476, comma 3, cod. civ.. Ciò che è singolare nella disposizione di cui all'art. 2497 cod. civ. «è la tecnica in sé, costituita appunto non da riconoscimento di un'azione (non formalmente ma) sostanzialmente surrogatoria (artt. 2393 *bis* cod. civ.) o di una legittimazione straordinaria operante sul piano processuale (art. 2476, comma 3, cod. civ.), ma dal prevedere il diritto al risarcimento del danno indiretto a mezzo dell'istituzione di una responsabilità della società dirigente verso soggetti indirettamente danneggiati».

²¹⁸ Lo schema di decreto legislativo di riforma del diritto societario del 30 settembre 2002 si legge in *Riv. Soc.*, 2002, pag.1345 e segg..

²¹⁹ L'approvazione del testo in termini di diritto all'utile avrebbe comportato il riconoscimento in capo ai soci di un vero e proprio diritto alla distribuzione periodica all'utile, che, tradizionalmente, nelle società di capitali non è riconosciuto automaticamente, rimanendo in capo all'assemblea il potere di deciderne o meno la distribuzione. Di vero e proprio diritto può parlarsi, dunque soltanto laddove vi fosse una delibera assembleare. V. SALAFIA, *La responsabilità della società holding verso i soci di minoranza delle controllate*, in *Società*, 2004, pag.8: «*Si tratta di una norma, la cui elaborazione è stata tormentata. In un primo testo il danno ai soci veniva configurato come lesione del diritto all'utile di esercizio e alla valorizzazione della quota sociale. Nel testo definitivo è stata cancellata la suddetta lesione, perché ci si è resi conto che i soci acquistano il diritto all'utile solo in forza di una specifica deliberazione dell'assemblea, che espressamente lo costituisca, e si è pensato di identificare la lesione risarcibile come quella riguardante il diritto alla redditività ed alla valorizzazione della partecipazione sociale*». Rileva R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. Comm.*, 2003, pag.664, che tale modifica costituisce un "miglioramento"; in questo senso in giurisprudenza Trib. Milano, 17 febbraio 2012, n. 2085, in *Società*, 2012, pag.577 e in *Corr. Giur.*, 2012, pag.1479 nota di L. BENEDETTI, *La responsabilità da esercizio*

Il bene tutelato dalla norma è dunque quello della partecipazione sociale e, quindi, come si legge nella Relazione, nei principi di continuità, redditività e valorizzazione della partecipazione²²⁰. Volendo attribuire un contenuto all'espressione in esame, si può dire che

di direzione e coordinamento "istituzionalizzato" tramite il voto in assemblea: «Dalla previsione dell'art. 2497 cod. civ. è possibile desumere la liceità di ogni operazione compiuta nell'esercizio di attività di direzione e coordinamento che sia economicamente neutra per la controllata, cioè o non dannosa o dannosa quando il danno sia compensato da vantaggi di gruppo o eliso da specifiche operazioni di segno opposto. Pertanto, deve ritenersi legittimo il comportamento della controllante che agisca anche nel proprio esclusivo interesse. Ai fini della sussistenza della responsabilità ex art. 2497 cod. civ. occorre la sussistenza dei seguenti requisiti: a) l'esercizio da parte di una società di attività di direzione e coordinamento nei confronti di altre; b) l'antigiuridicità della condotta, cioè dell'esercizio di quell'attività nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui, dunque estraneo a quello della società soggetta alla sua direzione e coordinamento e in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società sottoposte ad essa; c) l'evento dannoso, ovvero del pregiudizio arrecato al valore o alla redditività della partecipazione; d) il nesso di causalità tra condotta ed evento. Poiché la decisione sulla distribuzione degli utili spetta in via esclusiva all'assemblea della società, il socio di minoranza non può lamentare come illecito esercizio dell'attività di direzione e coordinamento o come autonoma voce di danno la mancata distribuzione degli utili, rilevando tale condotta solo ai sensi dell'art. 2377 cod. civ., qualora vi siano i presupposti dell'abuso di maggioranza». Pertanto, divenuta stabile la decisione dell'assemblea della società controllata di non distribuire gli utili, per mancanza dell'impugnazione, la mancata distribuzione degli utili non è idonea a configurare la violazione dei principi di corretta gestione societaria da parte della controllante ed i soci di minoranza della società controllata non sono legittimati a sindacare l'utilizzo ex art. 2497 cod. civ. che la controllante abbia fatto delle risorse ottenute attraverso l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento. A mio avviso, pare opportuno interrogarsi e, probabilmente, giungere a conclusione differente, qualora l'attività di direzione e coordinamento abbia condotto alla mancata distribuzione di utili in maniera reiterata e sistematica. Ma non solo. Probabilmente, pur considerata la predetta decisione del Tribunale di Milano, se la lesione al valore e alla redditività possa essere intesa come pregiudizio delle aspettative di remunerazione del proprio investimento da parte del socio, come appresso verrà definita, fra le ipotesi di danno, potrebbe altresì rientrare la mancata distribuzione di utili, anche non reiterata, e sistematica, disposta in ossequio ad una direttiva della società madre e, al solo fine, di sopperire ad un'esigenza finanziaria della *holding* o di altre società appartenenti al gruppo. A questo punto, la tutela accordata ai soci ex art. 2497 cod. civ., appare più penetrante di quella dei soci di una società monade. In tali casi, ricorrendone i presupposti, appare maggiormente conveniente l'applicazione di rimedi diversi, quali, immagino, quelli previsti dall'art. 2377 cod. civ. (cfr. A. NIGRO, *Tutela demolitoria e tutela risarcitoria nel nuovo diritto societario*, in *Riv. Soc.*, 2004, pag.893; R. SACCHI, *Tutela reale e tutela obbligatoria della minoranza*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber Amicorum, G.F. CAMPOBASSO*, a cura di P. ABBADESSA e G.B. PORTALE, Torino, 2006, 3, pag.153), art. 2373 cod. civ., per il quale «La deliberazione approvata con il voto determinante di coloro che abbiano, per conto proprio o di terzi, un interesse in conflitto con quello della società è impugnabile a norma dell'articolo 2377 qualora possa recarle danno», ma a mio avviso, il *discrimen*, è come già detto, rappresentato dal fatto che, la responsabilità della *holding* ex art. 2497 cod. civ. è collegata allo svolgimento di un'attività e non al compimento di singoli atti. Questi ultimi, coordinati tra loro, provano lo svolgimento dell'attività di direzione e coordinamento e, da qui, se sussistono gli altri requisiti, la responsabilità ex art. 2497 cod. civ..

²²⁰ Cfr. Relazione di accompagnamento. Anche nel definire il danno rilevante ai fini delle promozioni delle azioni di responsabilità da parte del socio (e del creditore), vengono utilizzate clausole generali i cui contenuti

la tutela di cui all'art. 2497 cod. civ. può essere invocata in tutti i casi in cui lo scorretto esercizio dell'attività di direzione e coordinamento pregiudichi il socio sotto il profilo del proprio investimento a fronte di una più generale perdita economica del patrimonio della società²²¹.

Ma se l'ordinamento, come dapprima esposto, da un lato non può configurare un diritto del socio all'incremento del valore della propria partecipazione, in quanto concorre al rischio d'impresa, dall'altro lato protegge il suo investimento da condotte illecite che possano determinare ingiustamente il deprezzamento, imponendo all'organo amministrativo della società di indirizzare la gestione verso l'obiettivo della massimizzazione del valore e della redditività della partecipazione.

Ciò detto, occorre chiedersi se “redditività” e “valore della partecipazione sociale” esprimano due concetti diversi²²².

Benché l'espressione indichi due diverse tipologie di danno, poiché il comportamento lesivo ha ad oggetto due diversi profili della posizione giuridica ascrivibile al singolo socio, la lesione è unitaria, come unitaria è l'attività che la determina.

Da una parte, con l'espressione “valore della partecipazione sociale”, si tende a tutelare il valore nominale della partecipazione e, quindi, il diritto del socio al mantenimento del suo valore di scambio, vale a dire, la legittima aspettativa a realizzare, qualora decida di venderla, un adeguato controvalore in denaro²²³.

dovranno nuovamente essere individuati e precisati dall'interprete. In tale operazione dovrà tenersi conto dei valori che la nuova disciplina, secondo quanto indicato nella relazione di accompagnamento alla legge di riforma, ha inteso tutelare: vale a dire, come detto, i “principi di continuità dell'impresa sociale, redditività e valorizzazione della partecipazione sociale”.

²²¹ A favore della tesi che ritiene il pregiudizio alla redditività e al valore della partecipazione sociale un danno che colpisce anzitutto il patrimonio sociale e indirettamente il socio. G. SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, in AA.VV. (a cura di P. ABBADESSA e G.B. PORTALE), *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum G.F. CAMPOBASSO*, Utet-Torino, 2007, III, pag.960; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale, II, Diritto delle società*, Utet-Torino, 2006, pag.301. In termini dubitativi, R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. Comm.*, 2003, pag.665.

²²² M. BUSSOLETTI, E. LA MARCA, *Gruppi e responsabilità da direzione unitaria*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2010, I, pag.132, affermano che: «valore della partecipazione e redditività della stessa non definiscono insiemi coincidenti (il secondo è semmai compreso nel primo), occorre allora chiedersi se l'agire che rende responsabile la controllante debba danneggiare sia la redditività sia il valore della partecipazione».

²²³ F. GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, in *Contratto e Impresa*, 2002, pag.1039; V. SALAFIA, *La responsabilità della società holding verso i soci di minoranza delle controllate*, in *Società*, 2004, pag.5.

Dall'altra, con "redditività", si vuole proteggere l'aspetto dinamico della potenzialità redditizia della partecipazione²²⁴.

Si vuole così tutelare un duplice interesse del singolo²²⁵ socio: il conseguimento di un profitto economico mediante la distribuzione degli utili, oppure il conseguimento del prezzo in caso di cessione della partecipazione.

Così descritti gli interessi tutelati, diversi sono gli atti in grado di pregiudicare la redditività o il valore della partecipazione.

A titolo esemplificativo, la lesione della redditività potrebbe avvenire quando la politica del gruppo tenda a sacrificare sistematicamente la redditività di una partecipazione sociale per avvantaggiare le altre società appartenenti al gruppo. Ancora, in caso di alienazione da parte

²²⁴ V. SALAFIA, *La responsabilità della società holding verso i soci di minoranza delle controllate*, in *Società*, 2004, pag.5: «la redditività consiste nella potenzialità redditizia della partecipazione, nel senso che essa è un rapporto fra socio e società, ideato e praticato per consentire al socio di aspirare ad una remunerazione del capitale investito se determinate condizioni si verificano». Si mette conto, in tale sede, come sopra evidenziato, il riferimento al diritto all'utile è stato opportunamente eliminato in considerazione del fatto che tale diritto sorge solo in forza di una specifica deliberazione assembleare. Tuttavia, anche la redditività non costituisce un vero e proprio diritto. Si può sostenere che sussista, nel lungo periodo, un diritto, un interesse, del socio alla redditività della partecipazione, tenendo in considerazione il fatto che il rapporto tra società e socio è ideato per consentire al socio una remunerazione del capitale investito e che l'acquisto di una partecipazione sociale, sia pure con le sue caratteristiche particolari, è pur sempre una investimento dal quale si tende a trarre profitto; ciò vale in particolare per il socio di minoranza, il quale ha scarsa possibilità di influire sulla gestione dell'impresa, A. DI MAJO, *La responsabilità per l'attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, in *Giur. Comm.*, 2009, I, pag.551.

²²⁵ Anticipando quanto in appresso verrà meglio esposto, la tutela di cui all'art. 2497 cod. civ. è rivolta ai "singoli" soci indipendentemente dall'entità della partecipazione. Dunque, non viene richiesto esplicitamente dal legislatore un valore particolare della partecipazione affinché un socio possa trovarsi nella condizione di soggetto danneggiato. Si tratta di una scelta del legislatore diversa da quanto previsto per le altre azioni sociali di responsabilità dove invece viene richiesta, ad esempio, per l'azione verso gli amministratori, la maggioranza del capitale sociale avente diritto di voto o come nell'ambito dell'azione della minoranza, viene richiesta dall'art. 2393 *bis* e dall'art. 2476 comma quinto cod. civ., una minoranza qualificata. L'art. 2497 cod. civ. deroga in modo evidente ai principi generali che, nel diritto societario, governano l'esercizio dell'azione di responsabilità. Cfr. P. DAL SOGLIO, *Commento artt. 2497-2497 septies cod. civ.*, in *Il nuovo diritto delle società*, (a cura di) A. MAFFEI ALBERTI, 2005, III, pag.2319; R. RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Società*, 2004, pag.542; V. SALAFIA, *La responsabilità della holding nei confronti dei soci di minoranza delle controllate*, in *Società*, 2003, 2 *bis* pag.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 cod. civ. 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 bis* cod. civ. che rappresentino almeno un quinto del capitale sociale (o la differente misura prevista dallo statuto) al fine di reintegrare il patrimonio sociale.

della capogruppo di beni strumentali indispensabili all'attività produttiva della società soggetta all'altrui direzione e coordinamento. E ancora, al recesso della capogruppo dai contratti commerciali essenziali per la sopravvivenza della società. Oppure, conferimento in natura eseguito dalla capogruppo con corrispondente emissione di azioni per un valore non congruo. Da ultimo, a mera conclusione di questo elenco esemplificativo, ai prestiti rialzati alla capogruppo senza ragionevole contropartita²²⁶.

Ulteriore questione è il rapporto tra i due elementi indicati dalla norma, redditività e valore della partecipazione. Per meglio dire, ci si è domandati se i due termini debbano essere cumulativi oppure possano essere alternativi.

Seppur il dato letterale prevede la congiunzione "e", tale cioè che la lesione debba essere duplice e interessare entrambe le qualità della partecipazione, l'azione può essere esperita dal socio esterno²²⁷ anche se non ricorrono entrambi i danni sofferti dal socio²²⁸.

Così brevemente ricostruita la disciplina che legittima l'azione dei soci della società eterodiretta, occorre ora addentrarsi maggiormente nell'analisi, per meglio comprendere le scelte del legislatore, anche alla luce del comma quarto all'art. 2497 cod. civ., oggetto di analisi nel successivo paragrafo.

²²⁶ P. DAL SOGLIO, *Commento art. 2497 cod. civ.*, in *Commentario breve al diritto delle società*, (a cura di) A. MAFFEI ALBERTI, 2007, pag.1139; L. GUGLIELMUCCI, *La responsabilità ed attività di direzione e coordinamento*, in *Dir. Fall.*, 2005, pag.45; A. IRACE, *Commento art. 2497 cod. civ.*, in *La riforma del diritto delle società*, (a cura di) M. SANDULLI e V. SANTORO, Torino, 2003, III, pag.318.

²²⁷ Tra i legittimati attivi devono essere ricompresi anche gli ex soci che abbiano venduto le azioni a basso prezzo, subendo quindi un danno diretto, proprio a causa dell'attività di direzione e coordinamento pregiudizievole. Si veda Trib. Pescara, 16 gennaio 2009, in *Socetà*, 2010, pag.683, con nota di V. ZANELLI, *Contratto di franchising ed abuso di direzione e coordinamento contrattuale: «L'azione di responsabilità per la violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale nei confronti della società che esercita il potere di direzione e di coordinamento di altre società di capitali è proponibile anche da parte dell'ex socio, atteso che, ai fini della legittimazione attiva, ha rilievo decisivo la qualità di socio al momento della realizzazione del comportamento sanzionato e delle conseguenze patrimoniali dannose»*.

²²⁸ Così M. BUSSOLETTI, E. LA MARCA, *Gruppi e responsabilità da direzione unitaria*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2010, I, pag.131. È pur vero che il pregiudizio alla redditività genera, *rectius*, si ripercuote, sul valore della partecipazione, ma è altresì indubbio che non è solo il patrimonio sociale ad influire sul valore della partecipazione. Ulteriori elementi, siano essi beni immateriali strutturali, quali il capitale umano, le licenze in senso lato e la tecnologia, o beni immateriali non strutturali, quali la reputazione dell'azienda, la fiducia dei consumatori, incidono sul valore della partecipazione. Perciò l'azione può essere esperita dal socio esterno anche se non ricorrono entrambi. *Contra* G. ALPA, *La responsabilità per la direzione e il coordinamento di società. Note esegetiche sull'art. 2497 c.c.*, in *La nuova giurisprudenza civile*, 2004, II, pag.662, il quale risolve diversamente il quesito, osservando che «la congiunzione "e" lascia intendere che entrambi i requisiti siano necessari».

Il pregiudizio alla redditività e al valore della partecipazione sociale come conseguenza di un'attività di direzione e coordinamento contraria ai principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale, è un danno indiretto, riflesso, ossia incidente sul patrimonio del socio attraverso il danno subito dal patrimonio sociale²²⁹. Pertanto, il socio reagisce ad un danno provocato dal comportamento della dominante al patrimonio della dominata, individuata dal legislatore in termini di conservazione dell'integrità dell'investimento, dal quale scaturiscono “riflessi” negativi per il socio²³⁰.

Nonostante la responsabilità della società madre è “diretta” verso i soci “esterni”, il pregiudizio per questi consiste nella lesione della loro partecipazione, quale “riflesso” del danno cagionato, innanzitutto, al patrimonio sociale della società eterodiretta²³¹.

La rilevanza di questa previsione può essere colta meglio attraverso il confronto con la disciplina ordinaria prevista dall'art. 2395 cod. civ.²³², che disciplina nell'ipotesi di società

²²⁹ L'art. 2497 cod. civ. parla indistintamente di “responsabilità nei confronti dei soci”. L'espressione è da ritenersi, principalmente, *rectius*, esclusivamente, riferita ai soci di società eterodirette, c.d. soci “esterni”, e non anche ai soci della capogruppo. Questo perché normalmente questi ultimi fruiscono del vantaggio complessivo del gruppo compensando guadagni e perdite, mentre i primi qualora subiscano un danno da eterodirezione, dovranno sopportarlo integralmente. G. SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, in AA.VV. (a cura di P. ABBADESSA e G.B. PORTALE), *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum G.F. CAMPOBASSO*, Utet-Torino, 2007, III, pag.965. In giurisprudenza, Trib. Catania, 26 febbraio 2015 in *Società*, 2016, 1, pag.73, con nota di G. BEI, *Controllo esterno e responsabilità da direzione e coordinamento: «L'azione di risarcimento del danno, esperibile da parte del socio ex art. 2497 cod. civ., è volta alla tutela del socio di minoranza che subisce le scelte gestorie imposte dal socio che dirige e coordina la società. Tale azione, pertanto, non può essere proposta da parte del socio che detiene l'intero capitale sociale, essendo tale socio carente della posizione di soggezione alle scelte adottate nell'interesse del gruppo»*.

²³⁰ F. GUERRERA, *Gruppi di società, operazioni straordinarie procedure concorsuali*, in *Dir. Fall.*, 2005, I, pag.22; G. GUIZZI, *Partecipazioni qualificate e gruppi di società*, in AA.VV., *Diritto delle società. Manuale Breve*, Giuffrè-Milano, 2005, pag.253; G. GUIZZI, *Eterodirezione dell'attività sociale responsabilità per mala gestio nel nuovo diritto dei gruppi*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2003, I, pag.448; R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. Comm.*, 2003, pag.663; L. GUGLIELMUCCI, *La responsabilità ed attività di direzione e coordinamento*, in *Dir. Fall.*, 2005, pag.45; G. ALPA, *La responsabilità per la direzione e il coordinamento di società. Note esegetiche sull'art. 2497 c.c.*, in *Vita Not.*, 2005, pag.9. È utile ai fini dell'analisi *de qua*, ma anche per quanto verrà esposto nel successivo par. 4, precisare che il legislatore assicura ai soci, in termini di redditività ed integrità della partecipazione, una tutela “diretta”, per un danno riflesso. Nel senso che viene attribuito direttamente ai soci il risarcimento del danno, questo “diretto”, provocato alla società controllata dalla gestione contraria ai principi imposti dall'art. 2497 alla società eterodiretta.

²³¹ E. LA MARCA, *Il danno alla partecipazione azionaria*, Giuffrè-Milano, 2012, pag.384.

²³² Art. 2395 cod. civ. rubricato: *Azione individuale del socio e del terzo: «Le disposizioni dei precedenti articoli non pregiudicano il diritto al risarcimento del danno spettante al singolo socio o al terzo che sono*

monade, la possibilità per il socio di domandare il risarcimento del danno diretto al suo personale patrimonio quale conseguenza di atti dolosi o colposi degli amministratori, in occasione del loro ufficio²³³.

Il danno alla redditività ed al valore della partecipazione non può essere chiesto dal socio nei confronti degli amministratori della sua società ai sensi dell'art. 2395 cod. civ., perché, in questo caso, il risarcimento presuppone un danno diretto, ovvero subito direttamente nella propria sfera patrimoniale, e non riflesso²³⁴.

stati direttamente danneggiati da atti colposi o dolosi degli amministratori. [II] L'azione può essere esercitata entro cinque anni dal compimento dell'atto che ha pregiudicato il socio o il terzo».

²³³ Cass. 23 ottobre 2014, n. 22573, in *Società*, 2015, pag.439 e segg., con la nota di CARMINATI: precisato che «l'azione che compete al singolo socio danneggiato da atti degli amministratori si distingue dalle altre azioni di responsabilità in quanto il presupposto è costituito da un pregiudizio diretto sul patrimonio del singolo provocato da comportamenti dell'amministratore e non dall'eventuale riflesso derivante dal danno incidente sul patrimonio della società», ha concluso, (come già esposto in nota n.219), nel senso che «la mancata percezione degli utili e la diminuzione di valore della quota di partecipazione dovuta ad una condotta posta in essere in violazione dei doveri di gestione da parte degli amministratori, non costituiscono danno diretto del singolo socio poiché gli utili fanno parte del patrimonio sociale fino all'eventuale delibera assembleare di distribuzione e la quota di partecipazione è un bene distinto dal patrimonio sociale».

²³⁴ Che il danno tipizzato rispetto ai soci dall'art. 2497 comma primo, cod. civ. sia il riflesso di quello patito direttamente dalla società è pacifico, *ex multis*, G. SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, in AA.VV. (a cura di P. ABBADESSA e G.B. PORTALE), *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum G.F. CAMPOBASSO*, Utet-Torino, 2007, III, pag.947; G. GUIZZI, *Gestione dell'impresa e interferenze di interessi. Trasparenze ponderazione e imparzialità nell'amministrazione delle s.p.a.*, Giuffrè-Milano, 2014, pag.169; V. PINTO, *La responsabilità degli amministratori per danno indiretto agli azionisti*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum G.F. CAMPOBASSO*, Torino, 2007, pag.921 e segg., per il quale l'art. 2395 cod. civ., rappresenta «l'unica ipotesi in cui il socio è ammesso ad esercitare "a proprio vantaggio" un'azione di risarcimento del danno nei confronti dei gestori»; in giurisprudenza, Cass. 27 giugno 1998, n. 6364, in *Giust. Civ. Mass.*, 1998, pag.1410: «La partecipazione sociale, pur attribuendo al socio una complessa posizione, comprensiva di diritti e poteri, è tuttavia un bene distinto dal patrimonio sociale, sicché, nell'ipotesi di prospettata diminuzione di valore della misura della partecipazione, il pregiudizio derivante al socio è una conseguenza indiretta e soltanto eventuale della condotta dell'amministratore o del liquidatore. Ne deriva che il diritto alla conservazione del patrimonio sociale spetta alla società e non al socio, il quale ha, in materia, un mero interesse, la cui eventuale lesione non può concretare quel danno diretto, necessario perché possa esperirsi l'azione individuale di responsabilità ex art. 2395 cod. civ.»; Cass. 4 dicembre 2002, n. 17178, in *Dir. e Prat. delle società*, 2003, pag.71. Per il Trib. Bologna, Sez. IV, 12 aprile 2006, in *Sito Giuraemilia.it*, 2006, «L'azione di responsabilità riconosciuta ai soci dall'art. 2497 cod. civ., 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».

Per struttura e funzione l'azione risarcitoria *ex art. 2497 cod. civ.* diverge profondamente da quella regolata all'art. 2395 cod. civ. il cui illecito si consuma direttamente nella sfera del patrimonio personale del socio e nell'indifferenza del patrimonio sociale²³⁵.

Possiamo dire che la fattispecie di responsabilità risarcitoria regolata dall'art. 2497 cod. civ. è ontologicamente diversa da quella contemplata dall'art. 2395 cod. civ..

L'art. 2497 cod. civ. sanziona l'abuso compiuto dalla società controllante, che, nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, operi nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui, in violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale ed attribuisce direttamente al socio della controllata la legittimazione ad agire per il risarcimento del pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della sua partecipazione sociale²³⁶.

Ciò vuol dire che il danno risarcibile non è quello subito concretamente dal patrimonio del socio, ma solo quello rappresentato dalla svalutazione di valore della propria partecipazione per effetto del depauperamento del patrimonio sociale. Da qui, la previsione che la risarcibilità venga eccezionalmente deviata direttamente in favore del socio²³⁷.

²³⁵ Cfr. sul punto V. PINTO, *La responsabilità degli amministratori per danno indiretto agli azionisti*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum G.F. CAMPOBASSO*, Torino, 2007, pag.921.

²³⁶ Sulle ragioni che hanno condotto il legislatore riformatore ad attribuire direttamente al socio "esterno" il risarcimento del danno riflesso del pregiudizio al patrimonio sociale, si rinvia al successivo par. 5. Dando però conto in tale sede che le ragioni sono legate, *in breviter*, all'effetto disincentivante che sarebbe derivato, in caso di destinazione del risarcimento alla società e, alla circostanza che le somme riversate nella società continuerebbero ad essere gestite dal medesimo socio di controllo che aveva determinato il pregiudizio; cfr. R. WEIGMANN, *I Gruppi di società*, in *La riforma del diritto societario*, Atti del convegno di studio svoltosi a Courmayeur, 27/28 settembre 2002, Giuffrè-Milano, 2003, pag.208; M. MAUGERI, *Partecipazione sociale e attività d'impresa*, Giuffrè-Milano, 2008, pag.259 e segg..

²³⁷ Una conferma di quanto esposto la fornisce l'ultimo capoverso del comma primo dell'art. 2497 cod. civ., dove si esclude espressamente la responsabilità della *holding* «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».

La riforma del 2003²³⁸ ha così 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 complessa come quella dei gruppi²³⁹.

Il discrimine è, *in breviter*, rappresentato dal fatto che, in un caso, il danno provocato al socio della società dominata da parte della società dominante è il riflesso del danno subito dal patrimonio della società eterodiretta e per il quale il socio ha azione diretta²⁴⁰, nell'altro, il danno subito dal socio si produce nell'indifferenza di un danno subito dalla società²⁴¹. Perciò, l'art. 2497 cod. civ. prevedendo la destinazione a favore dei singoli soci della dominata del risarcimento dei danni da eterodirezione abusiva, introduce una deroga al principio, ricavabile "a contrario" dall'art. 2395 cod. civ. tale per cui, il danno riflesso, cioè

²³⁸ Uno dei problemi centrali nella disciplina sui gruppi era costituito, infatti, dalla necessità di garantire un'adeguata tutela ai soci esterni e ai creditori sociali della eterodiretta, cfr. Relazione al d. lgs. 6/; esigenza per la quale il legislatore ha considerato insufficiente la legittimazione di quest'ultima, sulla quale si producono direttamente gli effetti dannosi derivanti da un abuso del potere di direzione unitaria, poiché spesso l'azione della controllata può essere impedita proprio dal soggiacere della stessa alla direzione della capogruppo.

²³⁹ Nella Relazione alla riforma si legge infatti che il 2497 cod. civ. introduce una disciplina che non si sostituisce alla disciplina attuale ma che a quest'ultima si aggiunge in quanto il gruppo pone oltre ai problemi tipici delle società monadi, ulteriori esigenze di tutela scaturenti dall'attività di direzione e coordinamento. «Risulta così chiaro che non viene alterata la tutela del socio verso la società, in generale, ed, in particolare quella offerta dall'art. 2395, né, per i creditori sociali la tutela offerta dall'art. 2394; in effetti diverse, e non certo alternative, sono le due azioni, trattandosi, nella nuova disciplina di azione diretta verso la controllante».

²⁴⁰ M. BUSSOLETTI, *Sulla "irresponsabilità" da direzione unitaria abusiva e su altre questioni aperte in tema di responsabilità ex art. 2497 c.c.*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2013, I, pag.423, ammette che l'eterodirezione della società madre potrebbe cagionare anche un danno diretto al socio.

²⁴¹ A riprova, il fatto che il danno indiretto, che il depauperamento del patrimonio sociale cagiona al socio sotto forma di riduzione del valore della partecipazione, resta estraneo alla fattispecie di cui all'art. 2395 cod. civ., ed è invece assorbito, nell'azione sociale ex art. 2393 cod. civ. e nell'azione esercitata dai creditori ex art. 2394 cod. civ., se ne ricorrono i presupposti. Sul punto V. PINTO, *La responsabilità degli amministratori per danno indiretto agli azionisti*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum G.F. CAMPOBASSO*, Torino, 2007, pag.922. In giurisprudenza, Cass. SS.UU. 24 dicembre 2009, n. 27346, in *Riv. Soc.*, 2010, pag.252, con nota di V. PINTO; in *Giur. It.*, 2010, pag.1081, con nota di M. SPIOTTA; in *Giur. Comm.*, 2011, II, pag.352, con nota di FOTTICCHIA, per la quale: «Qualora una società di capitali subisca, per effetto dell'illecito commesso da un terzo, un danno, ancorché esso possa incidere negativamente sui diritti attribuiti al socio dalla partecipazione sociale, nonché sulla consistenza di questa, il diritto al risarcimento compete solo alla società e non anche a ciascuno dei soci, in quanto l'illecito colpisce direttamente la società e il suo patrimonio, obbligando il responsabile al relativo risarcimento, mentre l'incidenza negativa sui diritti del socio, nascenti dalla partecipazione sociale, costituisce soltanto un effetto indiretto di detto pregiudizio e non conseguenza immediata e diretta dell'illecito».

cagionato direttamente all'ente e, indirettamente ai soci, può essere riconosciuto esclusivamente alla società²⁴².

In altri termini, la novità della previsione in discorso rispetto a quella di cui all'art. 2395 cod. civ. riguarda, oltre ai soggetti legittimati passivi e al titolo giuridico, anche la natura del danno.

Nella fattispecie di cui all'art. 2497 cod. civ., il soggetto legittimato passivo è la *holding*, società o enti, il titolo giuridico è l'abuso, violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, nello svolgimento dell'attività di direzione e coordinamento da parte della società madre e, il danno, che consente ai soci di agire in responsabilità ai sensi dell'art. 2497 cod. civ. è quello che scaturisce da un danno provocato al patrimonio della società eterodiretta, ma che acquista rilievo per l'incidenza che esso ha sulla redditività e sul valore della partecipazione del socio stesso²⁴³.

Diversamente, l'azione dell'art. 2395 cod. civ. postula la lesione di un diritto soggettivo patrimoniale del socio, o del terzo, che non sia conseguenza del depauperamento del patrimonio della società²⁴⁴.

²⁴² L. BENEDETTI, *La legittimazione attiva e passiva all'azione risarcitoria ex art. 2497, primo comma, cod. civ.: conferme giurisprudenziali e spunti di riflessione*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2015, II, pag.383, nota n. 273; V. PINTO, *La responsabilità degli amministratori per danno indiretto agli azionisti*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum G.F. CAMPOBASSO*, Torino, 2007, pag.935. Tuttavia, analoga eccezione, tale per cui il socio è legittimato ad agire per un danno riflesso, è stata individuata nella lesione della partecipazione sociale, qualora la riduzione del valore ha ad oggetto azioni quotate in un mercato regolamentato, cfr. A. AUDINO, *Commento art. 2395 cod. civ.*, in *Commentario breve al diritto delle società*, (a cura di) A. MAFFEI ALBERTI, 2007, pag.547.

²⁴³ Cfr. L. ENRIQUES, *Gruppi di società e gruppi di interesse*, in AA.VV., *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private, quaderni di giurisprudenza commerciale* (a cura di) P. BENAZZO, S. PATRIARCA, G. PRESTI, Giuffrè-Milano, 2003, pag.246.

²⁴⁴ Orientamento pacifico in giurisprudenza, *ex multis*, Cass. Civ., Sez. I, 03 aprile 2007, n. 8359, in *Giur. It.*, 2007, 12, pag.2761. «*Il singolo socio di una società di capitali non può esperire l'azione individuale di responsabilità nei confronti degli amministratori ai quali imputi atti, anche di concorrenza sleale, che si sarebbero tradotti in una riduzione di utili ed in un depauperamento del patrimonio sociale, ed avrebbero portato alla liquidazione della società, in quanto in tali circostanze difetta il requisito del danno direttamente subito nella propria sfera patrimoniale*»; Cass. Civ., Sez. I, 28 maggio 2004, n. 10271, in *Foro It.*, 2005, I, pag.815, con nota di: L. NAZZICONE: «*Fin quando l'assemblea non disponga la distribuzione degli utili in favore dei soci, l'asserita sottrazione indebita di tali utili ad opera dell'amministratore di società a responsabilità limitata lede il patrimonio sociale e solo indirettamente si ripercuote sulla posizione giuridica e sull'interesse economico del singolo socio, cui non compete pertanto l'azione contemplata dall'art. 2395 cod. civ.*»; In dottrina, cfr. F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. COLOMBO e G.B. PORTALE, Utet-Torino, 1991, IV, pag.419 e segg..

In questo modo, si è osservato che, il nuovo testo dell'art. 2497 cod. civ. deroga in maniera evidente, non solo al richiamato art. 2395 cod. civ., come sopra esposto, ma anche al sistema della responsabilità civile quale si desume dagli artt. 2043 e 1223 cod. civ., per i quali il risarcimento è dovuto solo con riferimento ai danni “direttamente” dipendenti dal fatto illecito imputato alla persona cui si chiede il risarcimento, ovvero quale conseguenza dell'inadempimento dell'obbligazione²⁴⁵.

Ulteriore rilevante dissonanza, dell'azione di responsabilità esercitata dai soci in una società monade rispetto all'azione esercitata dai soci in una società appartenente al gruppo è rappresentata dal mancato raggiungimento di soglie minime di rappresentatività di capitale sociale, rispetto a quanto dispone il legislatore agli artt. 2393 – 2393 *bis* cod. civ.²⁴⁶. L'azione ordinaria *ex art.* 2393 cod. civ. è oggetto di una delibera assembleare subordinata al raggiungimento di una certa quota del capitale sociale, variabile a seconda che la società faccia o meno ricorso al mercato del capitale di rischio, e lo stesso discorso vale nell'ipotesi in cui l'azione venga proposta dai soci ai sensi del successivo art. 2393 *bis* cod. civ.²⁴⁷, in

²⁴⁵ V. SALAFIA, *La responsabilità della società holding verso i soci di minoranza delle controllate*, in *Società*, 2004, pag.9.

²⁴⁶ Nella società monade l'opzione del legislatore è stata quella di circoscrivere il potere di agire non già a ciascun azionista, ma a quei soci che siano titolari di una significativa, per quanto minoritaria, percentuale del capitale sociale e che, proprio per questo, possano rendersi interpreti dell'interesse della società. Tale soluzione è volta ad evitare il rischio che un'eccessiva ampiezza della legittimazione in capo agli azionisti si risolva in una potenziale occasione per azioni strumentali da parte delle minoranze. Analoga esigenza non è stata avvertita nelle società appartenenti ad un gruppo. Qui, l'interesse del legislatore è volto ad offrire uno strumento di tutela in più ai soci danneggiati, e ciò, in quanto, la società danneggiata difficilmente agirà in giudizio con un'azione sociale di responsabilità nei confronti della società capogruppo che la dirige e coordina. Per meglio dire, l'intento del legislatore è quello di far sì che la *holding* gestisca le politiche di gruppo alla luce di quei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale enunciati dalla riforma, e lo strumento dell'azione diretta del socio cela, perciò, un intento *ex ante* dissuasivo dall'abusare della direzione unitaria e, *ex post*, punitivo, volto a reintegrare la lesione alla redditività ed al valore della partecipazione sociale del socio agente, derivante dall'abuso stesso.

²⁴⁷ «Se si accoglie l'opinione che il danno ora considerato sia “sociale”, non si comprende la ragione della differenza di trattamento tra la responsabilità della società o dell'ente che esercita la direzione e il coordinamento, che può essere fatta valere dai soci della società soggetta a direzione e coordinamento senza necessità di particolari percentuali di possesso azionario, e quella degli amministratori di quest'ultima (quando non rispondono anch'essi ai sensi dell'art. 2497, secondo comma, cod. civ.) e comunque degli amministratori di una società non inserita in un gruppo. La responsabilità di costoro, ai sensi dell'art. 2393 *bis* cod. civ., può essere fatta valere dalla minoranza solo in presenza di un quinto del capitale sociale (elevabile dallo statuto ad un terzo del capitale sociale; in proposito l'esperienza dell'uso dell'autonomia statutaria nelle società quotato dopo l'entrata in vigore del TUF non autorizza illusioni). Vi è, dunque, il pericolo che si ponga un problema di illegittimità costituzionale rispetto all'art. 3 Cost.» così R. SACCHI, *Sulla*

questo caso, inoltre, i soci fanno valere un diritto altrui in nome proprio nell'interesse della società, secondo lo schema della legittimazione straordinaria ai sensi dell'art. 81 c.p.c.²⁴⁸.

L'art. 2497 cod. civ. invece riconosce una legittimazione ad agire anche al singolo socio o al singolo creditore senza che sia necessario raggiungere un *quorum* di voti o di partecipazioni sociali.

Il diverso *quorum* parrebbe determinare una disparità di trattamento tra soci di una società monade e soci di una società appartenente ad un gruppo, potendo questi ultimi, a differenza dei primi, agire singolarmente e direttamente per ottenere ristoro di un danno sociale riflesso. Ma vi è di più.

Anche all'interno del gruppo si verrebbe a creare una disparità di trattamento a seconda che il pregiudizio alla redditività ed al valore della partecipazione sociale sia conseguenza di una autonoma e indipendente decisione degli amministratori della controllata, oppure di una decisione di questi dipendente da direttive, dirette o indirette, imposte dalla *holding*.

Ciò ha una evidente ricaduta pratica. Il socio che intenda agire in giudizio è onerato di una *probatio diabolica*, perché gravato dall'onere di dimostrare che il pregiudizio subito alla propria partecipazione sociale dipende dalle direttive della capogruppo e non dalla autonomia decisionale degli amministratori della società eterodiretta²⁴⁹.

Tali deroghe (i.e. ovvero, in breve, la possibilità per il socio di agire direttamente nel proprio interesse contro la capogruppo per un danno riflesso e l'assenza di un *quorum* per esercitare la suddetta azione) costituiscono differenze di trattamento che non paiono giustificate²⁵⁰.

responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali, in *Giur. Comm.*, 2003, pag.666.

²⁴⁸ T. TOMASI, *Commento artt. 2393-2393 bis, cod. civ.*, in *Commentario breve al diritto delle società*, (a cura di) A. MAFFEI ALBERTI, 2007, pag.533 e segg..

²⁴⁹ Ancora V. SALAFIA, *La responsabilità della società holding verso i soci di minoranza delle controllate*, in *Società*, 2004, pag.9, partendo dal presupposto dell'inevitabile coinvolgimento degli amministratori della società diretta nell'abuso da direzione unitaria della *holding*, l'Autore ritiene che il disposto degli artt. 2395 cod. civ. e 2497 cod. civ. condurrebbe al paradosso di legittimare il socio di minoranza ad agire direttamente contro la capogruppo per il danno riflesso alla redditività ed al valore della propria partecipazione sociale, ma non contro gli amministratori della società controllata, concorrenti con la *holding* nell'abuso e, ciò, stante proprio la lettera dell'art. 2395 cod. civ. che legittima ad agire contro gli amministratori della società di appartenenza solo per danni diretti causati da questi al proprio patrimonio, e non per danni riflessi, come nel caso di abuso di direzione e coordinamento.

²⁵⁰ Così, V. SALAFIA, *La responsabilità della holding nei confronti dei soci di minoranza delle controllate*, in *Società*, 2003, 2 bis, pag.394; R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. Comm.*, 2003, pag.666, cfr. nota n.195.

A ben vedere però, secondo altra dottrina²⁵¹, si potrebbe superare la disparità di trattamento tra soci appartenenti ad una società di gruppo e soci che appartengono ad una società singola, osservando il diverso contesto societario a cui si fa riferimento.

Il socio di minoranza di una società eterodiretta partecipa ad una realtà societaria più ampia e complessa di quella della società singola di cui detiene una quota di capitale. Ipotizzando che questa società di gruppo alla quale appartiene venga danneggiata da talune direttive della società madre, se il socio ha partecipazioni in altre società del gruppo avvantaggiate da quella politica, non avrà interesse ad agire in giudizio *ex art. 2497* cod. civ. proprio perché lo stesso ne avrà tratto un vantaggio o, comunque, non avrà subito alcun danno, complessivamente; ma se il socio non ha altre partecipazioni in altre società del gruppo avvantaggiate da tale politica allora avrà tutto l'interesse ad agire senza dover attendere le operazioni volte a rimuovere il pregiudizio²⁵².

Da qui, è da ritenere solo presunta la disparità di trattamento tra l'azione esercitabile dal socio di minoranza in una società monade e l'azione del socio di minoranza all'interno di un gruppo di società.

Così ricondotta ad unitarietà le diverse azioni esperibili dal socio, residua un ultimo punto da analizzare: la "direzione" del risarcimento in caso di accoglimento dell'azione di responsabilità.

È da ritenere che i vantaggi conseguenti all'accoglimento dell'azione saranno diretti unicamente nel patrimonio del soggetto che ha esercitato l'azione medesima²⁵³.

²⁵¹ S. SILVESTRINI, *La legittimazione attiva e passiva nell'azione di responsabilità per scorretto esercizio*, in *Società*, 2013, pag.936; F. GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, in *Contratto e Impresa*, 2002, pag.1039; G. GUZZI, *Eterodirezione dell'attività sociale responsabilità per mala gestio nel nuovo diritto dei gruppi*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2003, I, pag.439.

²⁵² G. SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, in AA.VV. (a cura di P. ABBADESSA e G.B. PORTALE), *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum G.F. CAMPOBASSO*, Utet-Torino, 2007, III, pag.968 l'Autore rileva la profonda diversità di interessi e posizioni del socio cosiddetto esterno che abbia investito in una società del gruppo. Anche R. WEIGMANN, *I Gruppi di società*, in *La riforma del diritto societario*, Atti del convegno di studio svoltosi a Courmayeur, 27/28 settembre 2002, Giuffrè-Milano, 2003, pag.201 rileva come il socio di maggioranza sarebbe disposto a sacrificare il valore della società e, conseguentemente, della sua stessa quota se conta di ricavare un beneficio più consistente dalla partecipazione al gruppo. La scelta di concedere al singolo socio la tutela del danno riflesso, permette di ovviare all'inconveniente per cui, se il risarcimento fosse riconosciuto alla società danneggiata invece che ai singoli soci, andrebbe a vantaggio sostanzialmente del medesimo socio di controllo che ha causato il pregiudizio.

²⁵³ Così A.R. ADIUTORI, *Questioni in tema di art. 2497 c.c.*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2017, I, pag.661; F. GUERRERA, *"Compiti" e responsabilità del socio di controllo*, in *RDS*, 2009, I, pag.666, V. SALAFIA, *La responsabilità*

L'articolo 2393 cod. civ. riconosce infatti la legittimazione ad agire alla società per il danno "diretto" arrecato al patrimonio sociale dagli amministratori, ovvero ai soci ai sensi del successivo art. 2393 *bis* cod. civ. (per danno in questo caso "indiretto"), ma solo se rappresentativi di una certa frazione del capitale sociale.

Tale rilievo consentirà di meglio comprendere quanto verrà esposto nei successivi paragrafi, in ordine alla legittimazione ad agire del curatore *ex art.* 2497, quarto comma, cod. civ. e sulla controversa legittimazione attiva della società eterodiretta.

Diversamente, nell'art. 2497 cod. civ., sebbene il danno del socio sia un danno riflesso del danno subito dal patrimonio della società controllata, la controllata stessa non beneficerà di quanto il socio otterrà a titolo di risarcimento dalla controllante. Difatti, l'art. 2497 cod. civ. non contiene alcun riferimento alla società abusata, ma specifica che l'azione di responsabilità da direzione e coordinamento è un'azione "diretta" del socio, nei confronti della controllante.

4. L'ART. 2497, COMMA QUARTO, COD. CIV.: LA LEGITTIMAZIONE DEL CURATORE E LE SORTI DELL'AZIONE DEI SOCI IN CASO DI FALLIMENTO DELLA SOCIETÀ ETERODIRETTA

La norma che più facilmente può trovare concreta applicazione è l'art. 2497, quarto comma, cod. civ.²⁵⁴, che dispone: «*Nel caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria di società soggetta ad altrui direzione e coordinamento, l'azione spettante ai creditori di questa è esercitata dal curatore o dal commissario liquidatore o dal commissario straordinario*».

della holding nei confronti dei soci di minoranza delle controllate, in Società, 2003, 2 bis, pag.392; per la quale: «Coerente conseguenza della natura riflessa del danno risarcibile è che l'esperimento vittorioso dell'azione ex art. 2497 comporterà la destinazione del risarcimento del danno in favore dei soci medesimi: risarcimento dunque diretto per un danno che incide direttamente sul patrimonio sociale della dominata e in via riflessa sul patrimonio del singolo socio».

²⁵⁴ Ritengo difatti, che sia possibile riferire anche all'art. 2497 cod. civ. l'affermazione, di carattere generale, di P.G. JAEGER, *La responsabilità degli amministratori e dei sindaci nelle procedure concorsuali: una valutazione critica*, in *Giur. Comm.*, 1988, I, pag.549, il quale rileva come le procedure concorsuali costituiscano terreno "di elezione" naturale delle azioni di responsabilità di cui agli artt. 2392 e 2394 cod. civ.. Cfr., altresì, M. FABIANI, *Fondamento e azione per la responsabilità degli amministratori di s.p.a. verso i creditori sociali nella crisi dell'impresa*, in *Riv. Soc.* 2015, pag.272 e segg., per il quale: «*la dichiarazione di fallimento non è in sé un disvalore né è prova della responsabilità di chi ha gestito, ma è il più delle volte l'occasione per mettere in luce condotte di mala gestio*».

Lasciando, solo momentaneamente, da parte quanto previsto con il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza e, prima di scendere nell'analisi della disposizione *de qua* occorre rilevare come l'art. 146, comma secondo, l. fall., riproponendo la disposizione contenuta nell'art. 2394 *bis* cod. civ., sancisca la legittimazione attiva del curatore in ordine alle azioni di responsabilità verso gli amministratori²⁵⁵ e verso i soci della società a responsabilità limitata, nei casi previsti dall'art. 2476, comma settimo, cod. civ.. Ma nulla dispone in ordine all'azione di responsabilità verso la capogruppo, di cui all'art. 2497 cod. civ.²⁵⁶.

²⁵⁵ Ci si riferisce impropriamente, per funzionalità espositiva, con il termine “amministratori” a tutti quei soggetti che individualmente o in quanto componenti di un organo collegiale, siano essi inseriti in una struttura societaria, svolgendo attività gestoria e rappresentativa della società, così da ricomprendere anche l'organo di controllo.

²⁵⁶ Ritengo opportuno, seppur in nota, inquadrare la legittimazione “ordinaria” del curatore. Il tema è di eccessivo respiro per la trattazione *de qua*, ciò nonostante alcuni profili che andrò ad esporre consentono di comprendere meglio la legittimazione del curatore ad esperire l'azione *ex art.* 2497 cod. civ.. Con il fallimento l'imprenditore viene privato dell'amministrazione del suo patrimonio, *ex art.* 42, comma primo, l. fall., che viene assunta dal curatore, *ex art.* 31, comma primo, l. fall. Quest'ultimo, dunque, gestisce il patrimonio fallimentare sotto la vigilanza del giudice delegato e del comitato dei creditori. Adeguatamente autorizzato, *ex art.* 31, comma secondo, l. fall., il curatore sta in giudizio nelle controversie relative ai diritti patrimoniali del fallito compresi nel fallimento. La legge fallimentare attribuisce così al curatore la legittimazione ad agire con riferimento alla generalità dei diritti a contenuto patrimoniale presenti nel patrimonio dell'imprenditore dichiarato insolvente. In sostanza, la legittimazione del curatore del fallimento ad esperire le azioni qualificabili come “di massa”, cioè azioni attraverso il cui esperimento il curatore possa conseguire un incremento del patrimonio da ripartire tra i creditori concorrenti, secondo il principio della *par condicio creditorum*, è frutto delle norme di cui agli artt. 42 e 43 l. fall., per le quali, come visto, con la dichiarazione di fallimento la legittimazione sostanziale e processuale per l'esercizio e la tutela dei diritti del fallito spetta al curatore (cfr. Cass. SS.UU. 28 marzo 2006, n. 7029, che, pur avendo ad oggetto la controversia questione della legittimazione del curatore per “abusiva concessione di credito”, stabilisce che: «*Il curatore fallimentare non è legittimato a proporre, nei confronti del finanziatore responsabile (nella specie, una banca), l'azione da illecito aquiliano per il risarcimento dei danni causati ai creditori dall'abusiva concessione di credito diretta a mantenere artificiosamente in vita una impresa decotta, suscitando così nel mercato la falsa impressione che si tratti di impresa economicamente valida. Nel sistema della l. fall., difatti, la legittimazione del curatore ad agire in rappresentanza dei creditori è limitata alle azioni c.d. di massa - finalizzate, cioè, alla ricostituzione del patrimonio del debitore nella sua funzione di garanzia generica ed aventi carattere indistinto quanto ai possibili beneficiari del loro esito positivo - al cui novero non appartiene l'azione risarcitoria in questione, la quale, analogamente a quella prevista dall'art. 2395 cod. civ., costituisce strumento di reintegrazione del patrimonio del singolo creditore, giacché, per un verso, il danno derivante dall'attività di sovvenzione abusiva deve essere valutato caso per caso nella sua esistenza ed entità (essendo ipotizzabile che creditori aventi il diritto di partecipare al riparto non abbiano ricevuto pregiudizio dalla continuazione dell'impresa), e, per altro verso, la posizione dei singoli creditori, quanto ai presupposti per la configurabilità del pregiudizio, è diversa a seconda che siano antecedenti o successivi all'attività medesima»). Tale legittimazione “ordinaria” non copre tutte le ipotesi di azioni di responsabilità previste dall'ordinamento: in particolare, ne restano escluse*

Così, se il comma secondo dell'art. 146 lett. a) l. f., usa l'espressione plurale «azioni di responsabilità», tale per cui potrebbe ritenere compresa quella verso gli amministratori e organi di controllo di cui al comma secondo dell'art. 2497 cod. civ., la previsione dell'ultimo comma dell'art. 2497, cod. civ., diventa, probabilmente, dirimente nel riconoscere la legittimazione del curatore ad agire contro la società madre, nell'ipotesi di sottoposizione della società soggetta all'altrui direzione e coordinamento a procedura concorsuale, questa non ricompresa nella previsione dell'art. 146 l. f.²⁵⁷.

quelle cui sono originariamente legittimati soggetti terzi. Per dare completezza alla legittimazione del curatore, dunque, la legge fallimentare prevede un'ulteriore disposizione, a carattere speciale, specificamente dedicata, nel contesto del fallimento delle società, alle azioni di responsabilità, ovvero l'art. 146 l. fall. La *ratio* della norma, è quella di estendere l'ambito della legittimazione conferita al curatore dall'art. 43 l. fall., per abbracciare anche azioni di cui già non fosse titolare il fallito, prima di subire lo spossessamento fallimentare (I. PAGNI, *Le azioni di massa e la sostituzione del curatore ai creditori*, in *Fall.*, 2007, pag.1039; M. FABIANI, *Fondamento e azione per la responsabilità degli amministratori di s.p.a. verso i creditori sociali nella crisi dell'impresa*, in *Riv. Soc.* 2015, pag.320; in giurisprudenza, seppur con riferimento al periodo *ante* riforma, Cass. 22 ottobre 1998, n. 10488, in *Leggi d'Italia.it*, osserva che la sostituzione del curatore rispetto all'azione ex art. 2394 cod. civ. è «frutto di una scelta del legislatore volta ad assicurare alla curatela un maggior livello di tutela». Pertanto, la legittimazione all'esercizio dell'azione dei creditori sociali ex art. 2394 cod. civ. passa al curatore in caso di fallimento, ciò però per ragioni del tutto diverse da quelle che giustificano sul piano sistematico la legittimazione del curatore all'esercizio dell'azione sociale. L'azione dei creditori non fa parte delle azioni incluse nel patrimonio del fallito che questi non può più esercitare avendo perso la disponibilità del proprio patrimonio. La legittimazione del curatore, legittimato straordinario per far valere i diritti dei creditori, è frutto di una scelta del legislatore ispirata alla finalità di rafforzare l'efficacia dell'azione del curatore e, come tale, necessita di una specifica disposizione di legge, in ossequio alla riserva di legge di cui all'art. 81 c.p.c.. La disposizione è oggi costituita dall'art. 2394 *bis* cod. civ. (in precedenza la norma processuale era costituita solo dall'art. 146 l. fall. che richiamava espressamente l'art. 2394 cod. civ.). In quest'ottica, il curatore agisce in luogo della società, in ragione dell'attribuzione ad esso della legittimazione a stare in giudizio per le controversie relative a rapporti di diritto patrimoniale del fallimento, in “surroga” dei creditori, per la tutela dell'interesse alla reintegrazione del patrimonio della società, onde evitare che occasionali iniziative dei creditori possano compromettere l'attuazione del principio della *par condicio creditorum*. In quest'ottica, il danno risarcibile di cui il curatore può chiedere il ristoro non è quello cagionato al singolo creditore bensì quello subito dalla società divenuta incapiente come massa. Cfr. *ex multis*, anche per altre indicazioni bibliografiche, C. FERRI, *La legittimazione del curatore fallimentare: poteri e limiti*, in *Fall.*, 2007, pag.1031; I. PAGNI, *Le azioni di massa e la sostituzione del curatore ai creditori*, in *Fall.*, 2007, pag.1037; N. RASCIO, *La legittimazione attiva alle azioni risarcitorie del curatore nel fallimento*, in *Giur. Comm.*, 2013, I, pag.146; M. FABIANI, *Fondamento e azione per la responsabilità degli amministratori di s.p.a. verso i creditori sociali nella crisi dell'impresa*, in *Riv. Soc.* 2015, pag.272; M. FERRO, *La legge fallimentare. Commentario teorico pratico*, III ed., Cedam-Padova, pag.1889e segg..

²⁵⁷ Così, A.R. ADIUTORI, *Insolvenza e responsabilità nel gruppo*, Giuffrè-Milano, 2013, pag.88 e segg.. Cfr. altresì M. FERRO, *La legge fallimentare. Commentario teorico pratico*, III ed., Cedam-Padova, pag.1906. Osserva A. NIGRO, *La responsabilità degli amministratori nel fallimento delle società*, in *RDS*, 2008, pag.761 che le azioni spettanti, ai sensi dell'art. 2497 cod. civ., esercitate, in caso di fallimento, dal curatore, «siano da ricondurre nell'ambito di quelle contemplate dall'art. 146, in quanto aventi ad oggetto sempre responsabilità

Ciò detto, scendendo nell'analisi della responsabilità, l'art. 2497, quarto comma, cod. civ., disciplina il profilo della legittimazione a promuovere le azioni di responsabilità da direzione e coordinamento nel caso di fallimento della società eterodiretta, attribuendo la legittimazione all'esercizio dell'azione spettante ai creditori della eterodiretta fallita al curatore²⁵⁸, senza nulla dire circa l'azione spettante ai singoli soci che, conseguentemente, appare, ad una prima valutazione, mantengano la loro titolarità²⁵⁹.

Occorre così da subito indagare se l'azione spettante ai soci, nel silenzio della legge, possa o meno essere esercitata dal curatore.

Dal riconoscimento della legittimazione sostitutiva del curatore ad esperire le azioni dei creditori sociali verso la società dominante, ai sensi dell'art. 2497, comma primo, cod. civ., e, come successivamente verrà esposto, verso gli altri soggetti individuati nel comma secondo della stessa norma, si ricava la volontà del legislatore di non attribuire al curatore la legittimazione ad esperire le azioni dei soci, di cui all'art. 2497 cod. civ..

Non solo. Poiché l'azione dei soci è, come già detto, volta alla reintegrazione del loro patrimonio personale, l'art. 2497 cod. civ. è espressione del principio per il quale «*la legittimazione sostitutiva del curatore può riguardare soltanto le azioni esercitabili a vantaggio immediato e diretto del patrimonio oggetto dell'esecuzione concorsuale*»²⁶⁰, e quindi della sola azione attribuita ai creditori²⁶¹.

di gestione». Perciò, la previsione di cui all'art. 2497, ultimo comma, cod. civ., nel precisare che nel caso di fallimento della società eterodiretta, l'azione spettante ai creditori sociali è esercitata dal curatore, realizza un implicito collegamento tra le due norme

²⁵⁸ La norma riguarda, invero, anche l'ipotesi in cui la società eterodiretta sia assoggettata, anziché a fallimento, a liquidazione coatta amministrativa o ad amministrazione straordinaria, attribuendo, correlativamente, la legittimazione "sostitutiva" al commissario liquidatore o al commissario straordinario. Ma l'analisi di queste fattispecie esula dal campo di indagine del presente lavoro.

²⁵⁹ G. D'ATTORRE, *Le azioni di responsabilità da direzione e coordinamento nel fallimento della "eterodiretta"*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2015, II, pag.59 e segg.; F. GUERRERA, *Gruppi di società, operazioni straordinarie procedure concorsuali*, in *Dir. Fall.*, 2005, I, pag.24; V. CARELLO, *Direzione e coordinamento*, in *Società di capitali*, (a cura di) G. NICOLINI, A. STAGNO D'ALCONTRES, 2004; A. JORIO, *I Gruppi*, in AA.VV., *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, (a cura di) S. AMBROSINI, Torino, 2003, pag.201; M. RESCIGNO, *Eterogestione e responsabilità nella riforma societaria fra aperture ed incertezze: una prima riflessione*, in *Società*, 2003, pag.334; U. TOMBARI, *Disciplina del gruppo di imprese e riflessi sulle procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2004, pag.1168.

²⁶⁰ A. NIGRO, *La responsabilità degli amministratori nel fallimento delle società*, in *RDS*, 2008, pag.759.

²⁶¹ A.R. ADIUTORI, *Questioni in tema di art. 2497 c.c.*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2017, I, pag.679; M. MIOLA, *Riflessioni su responsabilità per eterodirezione dell'impresa e procedure concorsuali*, in *Rivista Orizzonti del diritto commerciale*, 2015, pag.7, per il quale, seppur *incidenter tantum*, il curatore è legittimato ad esercitare

Per chiarire, la mancata previsione legislativa della legittimazione sostitutiva del curatore ad esperire le azioni spettanti ai soci esterni *ex art. 2497 cod. civ.* è la coerente conseguenza delle caratteristiche delle stesse e, in particolare, della destinazione del risarcimento del danno. Poiché tale risarcimento, riconosciuto ai soci “esterni”, è destinato alla reintegrazione del loro patrimonio, il curatore non potrà agire in sostituzione dei soci nell’ipotesi in cui la società eterodiretta sia soggetta a fallimento.

Pertanto, alla luce di quanto detto e tenuto conto di quanto verrà esposto con riguardo al Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza, si esclude la legittimazione del curatore ad esercitare l’azione per il risarcimento del danno al valore e alla redditività della partecipazione spettante ai soci della società soggetta all’altrui attività di direzione e coordinamento.

Esclusa la legittimazione del curatore ad esperire l’azione dei soci, occorrerà ora risolvere il predetto problema interpretativo, ovvero se in costanza di fallimento della società dominata, l’azione dei soci sia destinata ad estinguersi, o, diversamente, se la stessa “sopravvive”²⁶².

Preliminarmente, a mio avviso, è opportuna una precisazione in ordine all’*“interesse”* che ha giustificato la previsione che consente al socio di agire direttamente per il ristoro del pregiudizio sofferto *“alla redditività ed al valore della partecipazione”*.

A parere di chi scrive, e salva l’esposizione che seguirà in ordine alla ricerca di un coordinamento dell’azione dei soci con l’azione del curatore, il pregiudizio arrecato alla redditività e al valore della partecipazione sociale, probabilmente, può essere “definito” diversamente nel primo comma e nel quarto comma dell’art. 2497 cod. civ, mantenendo, ciò nonostante, l’organicità della previsione introdotta dal legislatore nel 2003.

A me pare che, l’art. 2497 cod. civ., inteso come norma “di valutazione” e quindi come giudizio della liceità di una condotta, qualifichi nel primo comma in termini di disvalore, non l’esercizio dell’attività di direzione e coordinamento *tout court*²⁶³, bensì solo quella

, la sola *«azione spettante ai creditori della società eterodiretta per la lesione all’integrità del patrimonio della società»* ma non di quella spettante ai soci di minoranza per il pregiudizio *“alla redditività ed al valore della partecipazione sociale”* stante la sua natura di azione individuale e non di massa».

²⁶² In dottrina si rinvencono entrambe le opinioni illustrate, anche se sembra prevalere quella per la quale l’azione spettante ai soci esterni *ex art. 2497 cod. civ.* può essere esercitata da questi, anche nel caso di assoggettamento a procedura concorsuale della società dominata.

²⁶³ Peraltro, come già esposto, la dottrina è pacifica nel riconoscere alla norma un valore “positivo” di legittimità della direzione unitaria, cfr. M. BUSSOLETTI, *Sulla “irresponsabilità” da direzione unitaria abusiva e su altre questioni aperte in tema di responsabilità ex art. 2497 c.c.*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2013, I, pag.397. Sul punto si rinvia *supra* Cap. II, par. 1.

frazione di attività di direzione e coordinamento che incide sul patrimonio del socio “esterno” al controllo e che non beneficia, come detto, della politica di gruppo²⁶⁴. In altri termini, la funzione “stigmatizzata” della condotta della società madre è tale solo nei confronti del socio “esterno” al controllo, che subisce la lesione del patrimonio della società a cui partecipa. Da qui, la *ratio* di una legittimazione ristretta e svincolata riconosciuta al singolo socio “esterno”²⁶⁵.

Ma, in ipotesi di fallimento della società eterodiretta subentrano altri e preminenti interessi che giustificano, sia il diverso *quorum* richiesto per l’esercizio dell’azione di responsabilità da parte dei soci di una società appartenente ad un gruppo rispetto ai soci di una società monade, sia il “trasferimento” dell’azione dei soci in capo al curatore della società eterodiretta.

Qualora sia accertata l’insolvenza della società soggetta all’altrui attività di direzione e coordinamento, il disvalore della condotta della società madre, non si ripercuote solo sul singolo socio, ma in *primis*²⁶⁶ nei confronti dei creditori della società eterodiretta in quanto il patrimonio sociale risulta ormai definitivamente insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti e, anche se in subordine, nei confronti dei soci, nella loro complessità, intesi qui come “espressione” della società.

In ipotesi di insolvenza della società eterodiretta, diversamente dalla società *in bonis*, l’esercizio dell’azione per il ristoro del danno derivante dall’illegittimo esercizio dell’attività di direzione e coordinamento potrebbe, a mio avviso, non essere lasciata ad una moltitudine di iniziative individuali, ma attribuita ad un soggetto che possa adeguatamente rappresentare gli interessi della “società”, seppur insolvente. Una figura terza individuata dal legislatore, *ex art. 31 l. fall.*, nel curatore fallimentare.

Tuttavia, è pur vero che, in tale prospettiva accolgo, diversamente opinando, il riconoscimento della legittimazione ad agire della società eterodiretta, che verrà esposta nel successivo paragrafo.

²⁶⁴ Cfr. nota n. 46.

²⁶⁵ Mi sia consentito l’utilizzo di tale espressione per indicare l’assenza di qualsiasi “vincolo” per l’esercizio dell’azione *de qua*, riferendomi con ciò, all’assenza di un *quorum* deliberativo per l’esercizio dell’azione *ex art.2497 cod. civ.*. Per maggiori chiarimenti, si rinvia a quanto esposto a pag. 100.

²⁶⁶ Il richiamo qui, è ai criteri di distribuzione del patrimonio della società eterodiretta fallita tra creditori e soci.

Ciò detto, il riconoscimento dell'azione dei soci in costanza di fallimento della società eterodiretta, pone un problema di coordinamento tra il danno risarcibile in favore della curatela ed il danno risarcibile in favore dei soci²⁶⁷. Per meglio dire, il cumulo delle azioni pone un problema di duplicazione delle poste di danno, con conseguente illegittima locupletazione a favore del soggetto danneggiato²⁶⁸.

È pertanto necessario chiarire se l'azione dei soci "esterni" sia esperibile anche in costanza di fallimento della società dominata, ovvero se la stessa sia destinata a estinguersi, in considerazione della situazione in cui versi la società medesima.

Secondo un primo filone interpretativo²⁶⁹, l'azione del socio rimarrebbe autonoma rispetto a quella del curatore e per tale ragione sarebbe comunque esperibile anche dopo l'assoggettamento della società a procedura concorsuale. E ciò, in quanto, non solo "*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*", ma anche, in quanto, la responsabilità della capogruppo pare ricalcare lo schema dell'illecito plurioffensivo: da un lato, vi è l'illecito nei confronti dei creditori, *rectius*, nei confronti del fallimento, per la lesione dell'integrità del patrimonio

²⁶⁷ C. ANGELICI, *Notarelle (quasi) metodologiche in materia di gruppi di società*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2013, II, pag.393: «*ne deriva anzi un problema che posso soltanto accennare, [...] la possibilità di un'azione risarcitoria nei confronti della società controllante sia dei soci "esterni" della controllata sia dei suoi creditori: il problema, cioè, se e in che modo debba essere regolato il loro concorso*».

²⁶⁸ T. VENTRELLA, *L'azione di responsabilità da direzione e coordinamento di società*, in *Giur. Comm.*, 2016, 297 e segg.. È pacifico il principio nel nostro ordinamento secondo cui il risarcimento del danno non possa essere strumento di locupletazione per il danneggiato, cfr. Cass. 19 agosto 2003, n. 12124 in *Giur. It.* 2004, pag.6, con nota di BONA. Cfr. altresì M. LIBERTINI, G. SCOGNAMIGLIO, *Illecito del terzo e legittimazione del socio all'azione risarcitoria*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2002, pag.405 e segg.; V. PINTO, *La tutela risarcitoria dell'azionista fra "danno diretto" e "danno riflesso"*, Pisa, 2012, pag.87 e segg..

²⁶⁹ In questo senso, G. SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, in AA.VV. (a cura di P. ABBADESSA e G.B. PORTALE), *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum G.F. CAMPOBASSO*, Utet-Torino, 2007, III, pag.969; M. SPIOTTA, *Luci e ombre sul fallimento della società e dei soci*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze normative a cinque anni dalla riforma*, diretto da A. JORIO, M. FABIANI, Zanichelli, 2010, pag.835; R. PENNISI, *La legittimazione della società diretta all'azione di responsabilità per abuso di attività di direzione e coordinamento*, in *RDS*, 2014, pag.202; M. MIOLA, *Riflessioni su responsabilità per eterodirezione dell'impresa e procedure concorsuali*, in *Rivista Orizzonti del diritto commerciale*, 2015, pag.8; S. SILVESTINI, *La legittimazione*, pag.936; G. CAVALLI, *Il fallimento*, pag.258; P. ABBADESSA, *La responsabilità della società capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2008, I, pag.291; G. D'ATTORRE, *Le azioni di responsabilità da direzione e coordinamento nel fallimento della "eterodiretta"*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2015, II, pagg.60-65-66; F. GUERRERA, *Gruppi di società, operazioni straordinarie procedure concorsuali*, in *Dir. Fall.*, 2005, I, pagg.23-24, sebbene sottolineando la discutibilità e criticabilità della soluzione prescelta dal legislatore.

sociale e, dall'altro, vi è l'illecito nei confronti dei soci per il pregiudizio arrecato alla redditività e al valore della partecipazione sociale.

Ciò comporta la possibile duplicazione del risarcimento a carico della capogruppo che resterebbe esposta al rischio di risarcire tanto la curatela fallimentare quanto i singoli soci che abbiano agito autonomamente e che vantino una pretesa risarcitoria per il danno che si riflette sulla loro posizione individuale²⁷⁰.

La tesi opposta²⁷¹ ritiene che l'esperimento dell'azione del socio "esterno" rimanga preclusa finché dura la procedura concorsuale, e ciò, non solo da una lettura "in negativo" della norma²⁷², tale per cui l'azione dei soci non può essere esercitata dopo il fallimento della società eterodiretta, ma anche in considerazione della "destinazione" del risarcimento del danno, così come ricostruito nel paragrafo precedente.

Poiché il danno subito dai soci "esterni" è un danno riflesso²⁷³, nel senso che si riverbera sul patrimonio del socio per il tramite del danno provocato al patrimonio della società dominata,

²⁷⁰ Così F. GUERRERA, *Gruppi di società, operazioni straordinarie procedure concorsuali*, in *Dir. Fall.*, 2005, I, pag.25: «Orbene, sembra che, per un verso, l'iniziativa dei singoli soci non possa pregiudicare la pretesa risarcitoria della società, la quale deve rimanere "intatta" in capo alla medesima: sia dal punto di vista sostanziale, con riguardo al suo contenuto economico; sia dal punto di vista processuale, in relazione al potere d'azione attribuito al curatore fallimentare o al commissario liquidatore (o straordinario), L'Autore di tali comportamenti plurioffensivi non potrà eccepire, cioè, la pendenza o l'intervenuta definizione di controversie con i titolari dell'azione "diretta", allo scopo di escludere oppure circoscrivere la responsabilità verso di essa. Egli dovrebbe cioè sopportare, a titolo di pena privata, l'eventuale cumulo dei risarcimenti spettanti ai titolari delle varie pretese, quando quelle "individuali" siano state azionate e realizzate prima di quelle "sociali"».

²⁷¹ S. SERAFINI, *Responsabilità degli amministratori e interessi protetti*, Giuffrè-Milano, 2013, pag.270 e segg.; A. BADINI CONFALONIERI, R. VENTURA, *Commento art. 2497 cod. civ.*, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da G. COTTINO, G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI, Bologna, 2004, III, pag.2174; U. TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, Giuffrè-Milano, 2010, pag.152.

²⁷² Così, G. D'ATTORRE, *Le azioni di responsabilità da direzione e coordinamento nel fallimento della "eterodiretta"*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2015, II, pag.65 che recita: «in questa prospettiva, la norma dell'art. 2497, comma 4, cod. civ. andrebbe letta come se affermasse, in positivo, che l'azione dei creditori sociali nei confronti della capogruppo spetta al curatore, e, in negativo, che l'azione dei soci non può essere esercitata dopo il fallimento della società eterodiretta».

²⁷³ Il danno al socio è, per opinione prevalente, un riflesso, una conseguenza del pregiudizio primariamente subito dal patrimonio della società partecipata; tra i tanti, A.R. ADIUTORI, *Questioni in tema di art. 2497 c.c.*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2017, I, pag.659; L. BENEDETTI, *La legittimazione attiva e passiva all'azione risarcitoria ex art. 2497, primo comma, cod. civ.: conferme giurisprudenziali e spunti di riflessione*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2015, II, pagg.383-384; L. BENEDETTI, *La responsabilità "aggiuntiva" ex art. 2497, 2° co., cod. civ.*, Giuffrè-Milano, 2012, pag.148, testo nota n.31; A. VALZER, *Le responsabilità da direzione e coordinamento di società*, Giappichelli-Torino, 2011, pag.41.

ne discende la determinazione “diretta” del risarcimento al socio in ipotesi di società “*in bonis*”, e la sua “estinzione” in ipotesi di società fallita.

Perciò, il rispetto della regola secondo la quale i creditori hanno diritto di soddisfarsi sul patrimonio sociale in via prioritaria rispetto ai soci determina, secondo questa tesi, l’estinzione dell’azione dei soci in ipotesi di fallimento della società eterodiretta²⁷⁴.

La prospettata soluzione, è confermata altresì, da un confronto con la previsione dell’art. 2395 cod. civ..

Differentemente dall’azione *ex art.* 2497 cod. civ., il risarcimento del danno riconosciuto a seguito dell’azione *ex art.* 2395 cod. civ., come confermato dalla dottrina²⁷⁵ e giurisprudenza²⁷⁶, riguarda esclusivamente il patrimonio del socio. Pertanto, in tal caso, la mancata legittimazione “sostitutiva” del curatore risulta collegata all’estraneità della vicenda, che ha investito il socio, rispetto al fallimento della società, sotto il profilo dell’incidenza del danno.

Per tale ragione, l’azione *ex art.* 2395 cod. civ., contrariamente all’azione del socio ai sensi dell’art. 2497 cod. civ., prosegue in ipotesi di fallimento della società²⁷⁷.

²⁷⁴ Nell’ambito della procedura fallimentare, il criterio di ripartizione del patrimonio della società fallita è basato su una gerarchia, che prevede, *in primis*, la soddisfazione delle spese di procedura e dei creditori concorrenti. L’eventuale residuo attivo del patrimonio, dopo che i creditori ammessi al passivo della eterodiretta, abbiano conseguito l’integrale soddisfazione del loro credito, ritorna nella piena disponibilità della società e, per essa, dei soci della società eterodiretta fallita. Cfr. G. FERRI Jr, *Il sistema e le regole del patrimonio netto*, in *RDS*, 2010, I, pag.28; L. STANGHELLINI, *Le crisi d’impresa fra diritto ed economia, Le procedure di insolvenza*, il Mulino, 2007, pag.36.

²⁷⁵ N. RASCIO, *La legittimazione attiva alle azioni risarcitorie del curatore nel fallimento*, in *Giur. Comm.*, 2013, I, pag.152 e segg.; I. PAGNI, *Le azioni di massa e la sostituzione del curatore ai creditori*, in *Fall.*, 2007, pag.1040; A. GOMMELLINI, *Il fallimento delle società*, in F. VASSALLI, F.P. LUISO e E. GABRIELLI (a cura di), *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, I, Torino, pag.319; L. ABETE, *Il ceto creditorio e la dimensione istituzionale della s.r.l.: riflessi sull’azione dei creditori sociali e sulla legittimazione del curatore*, in *Fall.*, 2013, pag.335.

²⁷⁶ Cass. 2010, 22 marzo, n. 6870, in *Società*, 2010, pag.1185, con nota di CORRADI; in *Giust. Civ. Mass.*, 2010, 3, pag.417, che in tema di azioni nei confronti dell’amministratore di società, «*a norma dell’art. 2395 cod. civ., il terzo (o il socio) è legittimato, anche dopo il fallimento della società, all’esperienza dell’azione (di natura aquiliana) per ottenere il risarcimento dei danni subiti nella propria sfera individuale, in conseguenza di atti dolosi o colposi compiuti dall’amministratore, solo se questi siano conseguenza immediata e diretta del comportamento denunciato e non il mero riflesso del pregiudizio che abbia colpito l’ente, ovvero il ceto creditorio per effetto della cattiva gestione, essendo altrimenti proponibile la diversa azione (di natura contrattuale) prevista dall’art. 2394 cod. civ., esperibile, in caso di fallimento della società, dal curatore, ai sensi dell’art. 146 l. fall.*». Ma anche, Cass. 10 aprile 2014 in *Dejure*.

²⁷⁷ A.R. ADIUTORI, *Questioni in tema di art. 2497 c.c.*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2017, I, pagg.680 e 681.

Così, la diversa sorte delle due azioni in caso di fallimento della società, ossia rispettivamente la sopravvivenza della prima, prevista all'art. 2395 cod. civ., senza alcuna legittimazione sostitutiva del curatore, e l'estinzione della seconda, prevista all'art. 2497 cod. civ., si comprende considerando la natura, invero, dirimente del danno e la sua diversa incidenza²⁷⁸.

Poiché l'azione del socio "esterno" ex art. 2497 cod. civ. tutela un danno riflesso, che si riverbera sul suo patrimonio per il tramite di un danno che incide *in primis* sul patrimonio sociale, l'azione, in caso di fallimento della società dominata è destinata ad estinguersi essendo l'"azione fallimentare" destinata a tutelare la massa dei creditori sociali²⁷⁹, attraverso la reintegrazione del patrimonio sociale.

I sostenitori di questo filone interpretativo trovano un ulteriore argomento alle loro ragioni dal fatto che, poiché in linea di principio la generalità delle decisioni prese dagli amministratori può influire sulla redditività e il valore della partecipazione dei soci, «*se il pregiudizio arrecato alla redditività e al valore della partecipazione sociale viene classificato quale danno diretto e non "sociale" [...] la categoria del danno risarcibile ai sensi dell'art. 2395 cod. civ. a questo punto rischia di esplodere*»²⁸⁰. L'effetto è quello di

²⁷⁸ Per meglio comprendere le sopraddette ragioni, sia consentito parafrasare la riflessione di A.R. ADIUTORI, *Insolvenza e responsabilità nel gruppo*, Giuffrè-Milano, 2013, pag.95, sulla distinzione fra le azioni esperibili ai sensi dell'art. 2497 cod. civ. dai soci nel caso in cui la società dominata sia *in bonis* e nel caso in cui sia soggetta a procedura concorsuale. «*L'incidenza del danno consente di risolvere il problema del conflitto tra soci e creditori sociali nel caso in cui la società sia soggetta a procedura concorsuale. A me sembra che la particolarità del danno subito dal socio esterno ex art. 2497 cod. civ., ossia la sua natura riflessa, debba essere affrontata dando rilievo, per un verso e cioè al di fuori delle procedure concorsuali, alla destinazione del risarcimento del danno e per un altro verso, nel caso di assoggettamento alle stesse, all'incidenza che spiegano la sua natura per così dire "bifronte"*».

²⁷⁹ Tra i quali, in senso lato, possono essere ricompresi i soci, c.d. *residual claimants*, seppur, in subordine e per ciò che residua, secondo i noti principi di distribuzione dell'attivo, ex art. 111 l. fall.; per ulteriori approfondimenti, si rinvia *infra* alla successiva nota n.256 del presente capitolo.

²⁸⁰ R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. Comm.*, 2003, pag.666; e come meglio espone A.R. ADIUTORI, *Insolvenza e responsabilità nel gruppo*, Giuffrè-Milano, 2013, pag.95 per la quale: «*diversamente opinando, se cioè si riconoscessero ai soci esterni le relative azioni ex art. 2497 cod. civ. anche in caso di assoggettamento a procedure concorsuali della società eterodiretta, si dovrebbe ritenere che il legislatore della riforma abbia non solo inteso derogare, in caso di gruppo di imprese, al principio generale della non risarcibilità diretta del danno riflesso subito dal socio, ma abbia anche riconosciuto ai soci il diritto di essere risarciti per un danno che, gravando innanzitutto sul patrimonio sociale, ha inciso su questo, patrimonio destinato, in caso di assoggettamento a procedura concorsuale della società dominata, alla soddisfazione delle ragioni dei creditori sociali*».

mettere in discussione la consolidata distinzione tra danno “sociale” e danno diretto al patrimonio del singolo socio.

Da ultimo, “a contrario” si rileva che un duplice risarcimento a carico della capogruppo oltre ad essere contrario ai principi della responsabilità civile, costituisce un pregiudizio per i creditori della eterodiretta in ipotesi di fallimento della società madre²⁸¹.

Difatti, riconoscendo la concorrente legittimazione dei soci, questi ultimi potrebbero insinuarsi al passivo della *holding* fallita e concorrere, unitariamente ai creditori della società eterodiretta, *rectius*, al fallimento della società eterodiretta, al passivo del fallimento della *holding* così determinando un minor ristoro per i creditori della dominata.

Ciò nonostante, anche il sopraesposto filone interpretativo pare andare incontro a taluni ostacoli.

Da un punto di vista testuale, non esistono indicazioni nel senso dell’esclusione della legittimazione del socio nei confronti della capogruppo durante il fallimento della eterodiretta e, da un punto di vista sistematico, l’apertura della procedura fallimentare non può giustificare l’ablazione di diritti di terzi²⁸².

Non resta altro che prendere atto della aporia e rilevare che «*in qualunque modo il problema venga risolto, vi è il rischio di inconvenienti non lievi*»²⁸³?

Tra le prospettate soluzioni quella che appare maggiormente condivisa dalla dottrina è la prima, basata sul dato testuale e su ragioni di carattere “sistematico”, per le quali si è detto che l’apertura della procedura concorsuale non dovrebbe incidere su diritti di terzi spettanti nei confronti di soggetti diversi dal fallito.

²⁸¹ Così, G. D’ATTORRE, *Le azioni di responsabilità da direzione e coordinamento nel fallimento della “eterodiretta”*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2015, II, pag.67; per G. SCOGNAMIGLIO, *Commento art. 2497 cod. civ.*, in *Delle società – Dell’azienda – Della concorrenza*, III, (a cura di) D.U. SANTOSUOSSO, Artt. 2452-2510, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. GABRIELLI, Utet-Milano, 2015, pag.1159, i soci esterni e creditori della società eterodiretta sarebbero accomunati dall’esposizione a un medesimo rischio e protetti con l’attribuzione di una medesima pretesa risarcitoria nei confronti della capogruppo. Così, «*la regola di priorità assoluta del soddisfacimento dei creditori cedrebbe il passo, nella società di gruppo, alla diversa regola che legittima entrambe le categorie di soggetti, tutti – dal punto di vista economico – finanziatori della società eterodiretta, ad attingere al patrimonio della capogruppo la ripartizione del pregiudizio inferto al valore del proprio investimento*».

²⁸² In questo senso G. D’ATTORRE, *Le azioni di responsabilità da direzione e coordinamento nel fallimento della “eterodiretta”*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2015, II, pag.66.

²⁸³ R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. Comm.*, 2003, pag.666.

Nel dibattito dottrinale si inserisce un'ulteriore posizione²⁸⁴ in base alla quale si mantiene la legittimazione del socio in caso di fallimento della eterodiretta, senza sovvertire il predetto principio della responsabilità civile, rispettando i principi che disciplinano la distribuzione del patrimonio della società eterodiretta fallita tra creditori ed i soci e, così, la esigenza primaria di ricostruire il patrimonio sociale alla primaria soddisfazione dei creditori e, in subordine, ai soci, cd. *residual claimants*²⁸⁵.

Secondo questa opinione, il pregiudizio risarcibile ai soci "esterni" *ex art. 2497 cod. civ.* appare "diverso" da quello risarcibile ai creditori, *rectius*, al fallimento. Pertanto, diverso è il *petitum* richiesto nelle due azioni in rapporto al complessivo pregiudizio subito al patrimonio sociale²⁸⁶. Si tratta, così, di fare corretto discernimento dell'azione del socio della società soggetta all'altrui attività di direzione e coordinamento.

E poiché, l'azione del socio può essere scomposta in due possibili azioni, come appresso verrà esposto, il danno risarcibile nell'azione dai creditori sociali esercitata dal curatore e il danno nell'azione individuale dei soci, sono diversi.

L'azione dei soci può essere scomposta in: una azione *ex art. 2497 cod. civ.*, per la quota di danno che discende dalla lesione del patrimonio sociale, un'altra, *ex art. 2497 cod. civ.*, ma assimilabile all'azione *ex art. 2395 cod. civ.*, che incide direttamente sul patrimonio del socio

²⁸⁴ G. D'ATTORRE, *Le azioni di responsabilità da direzione e coordinamento nel fallimento della "eterodiretta"*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2015, II, pag.60 e segg.. Peraltro, già anticipata, seppur come mera ipotesi da A.R. ADIUTORI, *Insolvenza e responsabilità nel gruppo*, Giuffrè-Milano, 2013, pag.103, nota 37. Cfr. altresì, E. LA MARCA, *Il danno alla partecipazione azionaria*, Giuffrè-Milano, 2012, pag.408.

²⁸⁵ C. ANGELICI, *Notarelle (quasi) metodologiche in materia di gruppi di società*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2013, II, pag.393 il quale osserva che: «per la soluzione di tale problema si rispetti il principio generale che [...] le "pretese" dei soci siano postergate rispetto a quelle dei creditori; ciò sistemando, come mi sembra evidenziato dall'ultimo comma della disposizione, che l'esigenza di ricostruire il patrimonio sociale debba precedere quella di soddisfare i soci». Ciò, induce la dottrina a ritenere che, quando la società è insolvente la tutela delle istanze creditorie diviene l'obiettivo principale e gli interessi dei soci vengono subordinati a quelli dei creditori, tanto da sostenere che i creditori sarebbero i "proprietari" dell'impresa in crisi, così, L. STANGHELLINI, *Proprietà e controllo dell'impresa in crisi*, in *Riv. Soc.*, 2004, pag.1041 e segg.; F. FIMMANÒ, *L'allocazione efficiente dell'impresa in crisi mediante trasformazione dei creditori in soci*, in *Riv. Soc.*, 2010, pag.79; V. PINTO, *La tutela risarcitoria dell'azionista fra "danno diretto" e "danno riflesso"*, Pisa, 2012, pag.118. La stessa "impostazione" è stata accolta anche nel nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza, di prossima introduzione, data *in primis*, ma non solo, dall'obbligo dei creditori pubblici (Agenzia delle Entrate, Agenzia della Riscossione e INPS) di segnalare alla società lo sfioramento di determinati parametri di esposizione debitoria nei loro confronti.

²⁸⁶ G. D'ATTORRE, *Le azioni di responsabilità da direzione e coordinamento nel fallimento della "eterodiretta"*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2015, II, pagg.69-70.

senza trasmigrare dal patrimonio sociale²⁸⁷. Da qui, l'affermazione per la quale il curatore agisce per il ristoro del patrimonio sociale, ricomprendendo in tale ammontare, la quota di danno che spetta al socio dopo l'integrale soddisfacimento dei creditori, mentre residua, una legittimazione individuale del socio, ma limitata alla quota di danno eccedente le passività²⁸⁸. In breve, al socio spetterebbe un risarcimento del danno "al netto" di quanto serve alla società per pagare i creditori sociali²⁸⁹.

In tal modo le pretese dei soci sono postergate rispetto a quelle dei creditori della società, in quanto l'esigenza di ricostruire il patrimonio sociale (della controllata), e quindi dei creditori, deve precedere quella di soddisfare i soci²⁹⁰.

In altre parole, «*la capogruppo, a ben vedere, può si essere chiamata ad un duplice risarcimento, ma non dello stesso danno, bensì di due danni diversi: al curatore della eterodiretta spetta il risarcimento del danno subito dai creditori sociali, che trova un limite nella parte di patrimonio sociale necessaria per soddisfare integralmente i creditori*²⁹¹; al socio spetta pro quota il risarcimento del solo danno ulteriore subito dal patrimonio sociale e che colpisce la parte di esso che, una volta soddisfatti i creditori, spetta ai soci»²⁹².

Qui, mi sia consentito esporre un quesito.

²⁸⁷ G. D'ATTORRE, *Le azioni di responsabilità da direzione e coordinamento nel fallimento della "eterodiretta"*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2015, II, pag.70; M. BUSSOLETTI, *Sulla "irresponsabilità" da direzione unitaria abusiva e su altre questioni aperte in tema di responsabilità ex art. 2497 c.c.*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2013, I, pag.420.

²⁸⁸ G. D'ATTORRE, *Le azioni di responsabilità da direzione e coordinamento nel fallimento della "eterodiretta"*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2015, II, pag.70.

²⁸⁹ M. BUSSOLETTI, *Sulla "irresponsabilità" da direzione unitaria abusiva e su altre questioni aperte in tema di responsabilità ex art. 2497 c.c.*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2013, I, pag.428. Per l'Autore, ne discende che: «*ove il socio abbia ricevuto il risarcimento "al lordo" dei debiti nei confronti dei creditori sociali, costui sarebbe destinatario di un'azione da parte del creditore pretermesso paragonabile a quella ex art. 2495 cod. civ.*».

²⁹⁰ Cfr. nota n. 288.

²⁹¹ L'Autore precisa che il danno cagionato al ceto creditorio è commisurato alla differenza tra attivo realizzabile e passivo accertato, sempre nei limiti, beninteso, del pregiudizio direttamente arrecato dalla condotta della capogruppo al patrimonio sociale.

²⁹² Si ritiene opportuno per meglio chiarire il criterio seguito, riportare l'esempio proposto dall'Autore. «*Se il danno causalmente riconducibile all'abuso di direzione e coordinamento è pari a 10, ma lo squilibrio tra attivo e passivo è a pari a 100, il socio non può invocare un danno risarcibile, perché in mancanza dell'illegittima condotta della capogruppo, non avrebbe potuto avanzare pretese sul residuo patrimonio sociale, integralmente destinato ai creditori. Se invece, il danno imputato alla capogruppo è pari a 100 e lo squilibrio tra attivo e passivo è pari a 60, il socio può chiedere il risarcimento, proporzionalmente alla propria quota, di un danno pari a 40, corrispondente alla parte di patrimonio sociale che sarebbe residua per i soci in mancanza dell'abuso di direzione e coordinamento*».

A mio avviso, in questa prospettiva, il problema del rischio di duplicazione del risarcimento a carico della capogruppo si “trasforma” in un problema di allegazione a carico del socio, che appare di non facile soluzione²⁹³. Questo onere, probabilmente può condurre «*ad una protezione dei soli soci di minoranza forti, che hanno la capacità, la sofisticazione e i mezzi necessari per attivare la tutela giudiziale*»²⁹⁴.

Non solo. Per valutare il danno subito dal socio per effetto dell’abusiva condotta della capogruppo, occorrerà «*ovviamente tenersi conto dei debiti della società*»²⁹⁵, sicché, per valutare il *quantum debeatur*, al socio, quale *residual claimant*, occorrerà individuare, nei limiti del pregiudizio direttamente arrecato dalla condotta della capogruppo al patrimonio sociale, quanto necessario per l’integrale pagamento dei creditori sociali.

A mio avviso, ne parrebbe conseguire, dunque, non solo una difficoltà di un onere di allegazione *ex se* del socio, ma anche dell’onere di discernere il danno sociale dal danno alla redditività e valore della partecipazione, al netto di quanto serve alla società, *rectius*, al fallimento, per pagare i creditori sociali.

Il socio che voglia agire in corso di fallimento, non solo avrà l’onere di provare il passivo accertato (onere che, peraltro, potrà facilmente assolvere producendo in corso di causa le relazioni “semestrali”, *ex art. 33, comma quinto, l. fall.*, di volta in volta predisposte e depositate dal curatore), ma dovrà altresì provare le modalità di soddisfazione dei creditori concorrenti in esecuzione dei diversi piani di riparto. Ciò, poiché occorre comunque rispettare il principio per cui alla società madre può essere imputata una responsabilità solo «*nei limiti in cui il deficit patrimoniale sia concretamente imputabile alla condotta illecita*» della stessa²⁹⁶.

Difatti, a mio avviso, potrebbe anche accadere, *rectius*, la *holding* potrebbe riuscire ad eccepire, che non tutto il passivo fallimentare della società eterodiretta è una diretta e

²⁹³ Cfr. G. D’ATTORRE, *Le azioni di responsabilità da direzione e coordinamento nel fallimento della “eterodiretta”*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2015, II, pag.73, per il quale: «*costituisce onere del socio che agisce l’allegazione e la prova che, in assenza della illegittima condotta della capogruppo, sarebbe residuata nella società eterodiretta una frazione di patrimonio sociale ulteriore rispetto a quella destinata al soddisfacimento dei creditori sociali*».

²⁹⁴ R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. Comm.*, 2003, pag.667.

²⁹⁵ Così, E. LA MARCA, *Il danno alla partecipazione azionaria*, Giuffrè-Milano, 2012, pag.408.

²⁹⁶ G. D’ATTORRE, *Le azioni di responsabilità da direzione e coordinamento nel fallimento della “eterodiretta”*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2015, II, pag.64 e anche pag.69.

immediata conseguenza dell'attività di direzione e coordinamento della società madre. Con ciò, è probabilmente possibile immaginare una quota di danno che spetta ai soci "esterni" anche qualora non siano stati soddisfatti i creditori concorrenti della società eterodiretta. Da qui, la necessità di attendere il piano di riparto finale predisposto dal curatore, per meglio valutare la quota di danno "residua" che spetta al socio esterno.

A conclusione della disamina sul tema, per completezza espositiva, si riporta, per sommi stralci, una recente sentenza del Tribunale di Milano, Sez. VIII, Imprese B, che in un noto caso, sul punto si è espresso nel senso di escludere la legittimazione in capo al curatore ad esercitare l'azione dei soci: «*L'eccezione [n.d.r. per la quale il comma quarto dell'art. 2497 cod. civ. non si limita a trasferire all'organo della procedura concorsuale la sola legittimazione dell'azione di responsabilità dei creditori verso la società controllante, ma anche quella dei soci di minoranza] è infondata in quanto dato letterale dell'art. 2497 co. 4, cod. civ., che espressamente si riferisce alla sola azione dei creditori sociali, non è superabile alla luce dei criteri interpretativi di cui all'art. 12 preleggi cod. civ.. [...] A ciò si aggiunga che la previsione normativa del trasferimento della legittimazione al curatore della sola azione del creditore sociale è coerente con il sistema essendo disposizione che garantisce la par condicio creditorum e la conseguente necessità che ogni reintegrazione del patrimonio sociale che abbia compromesso la sua funzione di garanzia ex art. 2497 cod. civ. debba essere finalizzata al soddisfacimento dei creditori in concorso. Affatto differente, in ipotesi di crisi di impresa, è la posizione del socio che non è creditore sociale e che non partecipa al concorso ed è destinatario del residuo (eventuale) patrimonio sociale terminata la liquidazione concorsuale e soddisfatti i creditori (ipotesi, per altro, che se si verificasse dimostrerebbe che non vi era stata lesione all'integrità del patrimonio sociale). [...] La differenza ontologica delle posizioni, dei soci e dei creditori, tutelate dall'art. 2497 cod. civ., non consente di estendere la disposizione del comma 4, relativa all'azione di responsabilità dei creditori (azione di massa dopo il fallimento), all'azione di responsabilità de soci»²⁹⁷.*

5. LA LEGITTIMAZIONE ATTIVA DELLA SOCIETÀ ETERODIRETTA

Dall'art. 2497, comma quarto, cod. civ., discendono anche importanti indicazioni in ordine alla configurabilità, o meno, della legittimazione in capo al curatore ad esperire, nei confronti

²⁹⁷ Trib. Milano, 27 febbraio 2019, n. 1958, in *Società*, 2019, pag.999.

della società o dell'ente esercente l'attività di direzione e coordinamento, l'azione di risarcimento dei danni spettante alla società eterodiretta.

Ma, a volte, per fare un passo avanti occorre fare un passo indietro. Così, pare opportuno domandarsi, inizialmente, se l'espressa previsione della legittimazione dei soci e dei creditori della società eterodiretta ad agire direttamente contro la capogruppo, valga ad escludere la eventuale legittimazione concorrente della società sottoposta al potere di direzione e coordinamento *in bonis*. Difatti, se da un lato, appare naturale, in base ai principi del nostro ordinamento processuale, che il soggetto danneggiato abbia la possibilità di agire contro il soggetto danneggiante per ottenere il risarcimento del danno inferito²⁹⁸, è pur vero che, l'art. 2497 cod. civ., sembra chiaro nel considerare i soli soci e creditori "esterni" tra i soggetti legittimati all'azione, con esclusione, quindi di un'eventuale reazione giudiziale della società controllata soggetta all'altrui attività di direzione e coordinamento²⁹⁹.

Successivamente, se ritenuta sussistente una concorrente legittimazione, secondo le diverse impostazioni *ex artt.* 2497 e/o 2043 e/o 1218 e/o 2392 e ss. cod. civ.³⁰⁰, della società

²⁹⁸ Cfr. M. BUSSOLETTI, *Sulla "irresponsabilità" da direzione unitaria abusiva e su altre questioni aperte in tema di responsabilità ex art. 2497 c.c.*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2013, I, pag.422, per il quale: «riconosciuta la soggettività giuridica delle società commerciali, sarebbe illegittima una norma od un'interpretazione che precludesse loro di agire in giudizio nei confronti dell'ente dirigente danneggiante per ottenere il risarcimento del danno che esso ha causato al loro patrimonio».

²⁹⁹ A. DI MAJO, *I gruppi di imprese tra insolvenza e diritto societario*, Giappichelli, 2012, pag.84, secondo il quale il "dovere" di agire correttamente della capogruppo «è orientato nei confronti dei soci della società controllata e non anche direttamente nei riguardi di quest'ultima». Questo spiegherebbe il difetto di titolo della società controllata ad agire contro la capogruppo.

³⁰⁰ Assumendo *de plano* l'ammissibilità dell'azione della società eterodiretta, non è possibile in tale sede, salvo quanto verrà esposto appresso, esplorare le diverse azioni esperibili dalla controllante. La società eterodiretta potrebbe esperire non solo, un'azione *ex art.* 2497 cod. civ. nei confronti della controllante, ma, ricorrendone i presupposti, potrà esperire le normali azioni di diritto comune nei confronti della *holding*. Per un approfondimento si rinvia ad A. VALZER, *Abuso di eterodirezione e regimi di responsabilità. La recente giurisprudenza del Tribunale di Milano*, in *RDS*, 2016, 1, pag.24 e segg. La legittimazione attiva della società controllata a proporre l'azione risarcitoria di cui all'art. 2497 cod. civ. viene risolta dalla giurisprudenza in senso favorevole pur con la precisazione che «l'azione esercitata dalla società controllata nei confronti della società controllante, non è un'azione *ex art.* 2497 comma 1, cod. civ., quest'ultima essendo riservata a soci e creditori della società controllata», così, Trib. Catania, 26 febbraio 2015 in *Società*, 2016, 1, pag.73, con nota di G. BEI, *Controllo esterno e responsabilità da direzione e coordinamento*. In senso conforme, Trib. Milano, 20 febbraio 2015, in www.giurisprudenzadelleimprese.it, e Trib. Milano, 27 febbraio 2019, n.1958, in *Società*, 2019, pag.999. In particolare, il Tribunale precisa che «è azione, invece, volta a far valere la responsabilità diretta (di tipo contrattuale) della società controllante per i danni che l'illegittima attività di direzione e coordinamento abbia cagionato al patrimonio della società controllata, in base ai principi generali (artt. 1173, 1218 cod. civ.)» sottolineando «però che l'art. 2497 cod. civ., mentre configura una responsabilità da abuso

eterodiretta, trattandosi, in definitiva, del soggetto direttamente pregiudicato dalla scorretta gestione posta in essere dalla capogruppo, ci si domanda se, nell'ipotesi di assoggettamento della società ad una procedura concorsuale, questa specifica azione, possa essere esercitata dal curatore in caso di fallimento (o dal commissario liquidatore o dal commissario straordinario, in caso di liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria), la cui analisi verrà esposta nel successivo paragrafo.

Nel silenzio della norma³⁰¹ si sono formati due diversi orientamenti in ordine al riconoscimento della legittimazione attiva della società eterodiretta a chiedere il risarcimento del danno per abuso di direzione e coordinamento da parte della capogruppo³⁰².

Il problema è originato dallo stesso art. 2497, cod. civ., che, afferma testualmente la responsabilità diretta della *holding* nei confronti dei soli soci e creditori della società eterodiretta, orientando il risarcimento a loro favore e non a beneficio del patrimonio sociale leso dalla condotta della società madre. Per meglio dire, la disposizione dell'art. 2497 cod. civ. pare disinteressarsi di un'eventuale reazione giudiziale delle società eterodiretta, individuando i termini di un'azione approntata e finalizzata a tutelare esclusivamente i soli

di direzione e coordinamento della società dirigente verso i soci e creditori della società controllata, finisce inevitabilmente per svolgere una funzione conformativa alla fattispecie anche rispetto alla responsabilità della società dirigente verso il soggetto direttamente danneggiato, cioè la società controllata».

³⁰¹ Proprio l'art. 2497 cod. civ., nell'indicare i soggetti, soci e creditori "esterni" al controllo, legittimati ad agire, non menziona la società soggetta alla direzione e coordinamento della società madre. Pare opportuno ricordare, da subito, che lo schema di decreto legislativo di riforma del diritto societario del 30 settembre 2002, in *Rivista della società*, 2002, pag.1423, nella formulazione dell'art. 2497, terzo comma, cod. civ., riconosceva la legittimazione anche della società eterodiretta. Esso prevedeva infatti che «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, giacché, la decisione circa l'esercizio dell'azione sarebbe comunque caduta nella disponibilità della medesima maggioranza espressione dei soggetti legittimati all'esercizio del potere di direzione e coordinamento. Se la società eterodiretta agisse contro la *holding*, nei fatti, il risarcimento del danno andrebbe, proporzionalmente, a favore non solo dei soci di minoranza ma anche di quelli di maggioranza, quindi dei soggetti esercitanti la direzione ed il coordinamento. Cfr. G. SCOGNAMIGLIO, *I gruppi di società (Cap.XIII)*, in *Diritto commerciale*, a cura di V. ALLEGRI, Monduzzi-Bologna, 2010, pag.489; P. ABBADESSA, *La responsabilità della società capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2008, I, pag.280.

³⁰² Per una rassegna del dibattito, si veda R. PENNISI, *La legittimazione della società diretta all'azione di responsabilità per abuso di attività di direzione e coordinamento*, in M. CAMPOBASSO, V. CARIELLO, V. DI CATALDO, F. GUERRERA, A. SCIARRONE ALIBRANDI (diretto da), *Società, banche e crisi d'impresa. Liber amicorum P. ABBADESSA*, Torino, 2014, II, pag.1634 e segg. e in *RDS*, 2014, pag.195 e segg..

soci “esterni” e creditori della società controllata soggetta all’altrui attività di direzione e coordinamento³⁰³.

Preliminarmente, occorre considerare, che i diversi problemi di riconduzione ad unitarietà e organicità dell’art. 2497 cod. civ., che emergono dall’adozione delle teorie appresso esposte, vengono risolti, *rectius*, non si pongono, qualora venisse accolta la tesi che qualifica l’azione concessa ai soci esterni ed ai creditori come surrogatoria rispetto all’azione spettante alla società eterodiretta³⁰⁴.

Ma tale ricostruzione non è condivisibile per diversi motivi. Il primo è rappresentato dal tenore del primo comma dell’art. 2497 cod. civ., che come precedentemente esposto³⁰⁵, legittima il socio all’azione *ex art.* 2497 cod. civ. per la tutela delle ragioni del suo investimento in termini di redditività ed integrità dello stesso. L’azione risarcitoria, al pari di quella *ex art.* 2395 cod. civ. è considerata un elemento attivo del patrimonio del socio, non del patrimonio sociale; *rectius*, i vantaggi conseguenti all’accoglimento dell’azione saranno diretti unicamente nel patrimonio del socio attore.

Una tutela, come detto, diretta per un danno riflesso, indiretto, ossia incidente sul patrimonio del socio attraverso il danno subito dal patrimonio sociale³⁰⁶.

³⁰³ M. ROSSI, *I molti problemi “aperti” della disciplina dei gruppi: considerazioni a margine di una recente ordinanza*, in *Società*, 2014, 5, pag.575.

³⁰⁴ P. TRIMARCHI, *La riforma del diritto societario*, a cura di M. VIETTI, F. AULETTA, G. LO CASCIO, U. TOMBARI, A. ZOPPINI, Milano, 2006, pag.2296 e segg.; P. ABBADESSA, *La responsabilità della società capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2008, I, pag.279 e segg.; M. BUSSOLETTI, *Le nuove norme del Codice civile in tema di processo societario*, in *Giur. Comm.*, 2004, I, pag.308, osserva che: «*Se l’azione fosse autonoma l’azionista avrebbe buon titolo per sostenere che il proprio danno permane, e che non è stato risarcito dal fatto che la società [...] è stata integralmente risarcita. D’altra parte il tenore generale dell’esimente sopra riferita sembrerebbe autorizzare i convenuti ex art. 2497 cod. civ. ad andare comunque esenti da responsabilità: se così fosse, evidentemente l’azione individuale ex art. 2497 cod. civ. dovrebbe caratterizzarsi per una natura più surrogatoria (sia pure pro quota) che autonoma*».

³⁰⁵ Cfr. Cap. III, par. 3.

³⁰⁶ G. SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, in AA.VV. (a cura di P. ABBADESSA e G.B. PORTALE), *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum G.F. CAMPOBASSO*, Utet-Torino, 2007, III, pag.971 e F. GIORGIANNI, *La responsabilità nei gruppi*, in *Libertà e responsabilità nel nuovo diritto societario*, a cura di A. NIGRO, Milano, 2006, pagg.117-118, per il quale la nuova azione riconosciuta ai soci ed ai creditori sociali si presenterebbe «*quale azione diretta ed autonoma (e non quindi surrogatoria di eventuali azioni spettanti alla società assoggettata a direzione unitaria): il risarcimento spetta direttamente ai “legittimati” (socio e/o creditore) anche se il danno sofferto dovrebbe ritenersi compreso nel più ampio danno subito direttamente dalla società dominata*». In senso conforme si vedano tra gli altri C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto*

Inoltre, riconoscendo la natura surrogatoria dell'azione, la controllante deve risarcire l'intero danno subito dalla società abusata ed è, quindi, costretta a risarcire anche sé stessa in proporzione alla sua partecipazione al capitale della controllata, mentre, qualificando l'azione come diretta, la società è libera di decidere se risarcire l'intero pregiudizio subito dalla controllata o solo quello subito dai soggetti esterni³⁰⁷.

Inoltre, la predetta opinione non è altresì condivisa, da quanti³⁰⁸ hanno fatto notare che la qualificazione in termini surrogatori dell'azione di responsabilità dei soci di minoranza e creditori della controllata comporta la chiamata in causa della società abusata *ex art.* 2900, comma primo, cod. civ., con il conseguente rischio di comportamenti ostruzionistici da parte della società controllante, quali la transazione o la rinuncia all'azione da parte della controllata approvate dall'assemblea governata dalla stessa controllante³⁰⁹.

Per tali ragioni, si ritiene³¹⁰ che l'art. 2497 cod. civ. abbia introdotto una "nuova" tutela per i creditori e soci della eterodiretta, *rectius*, un'azione diretta ed autonoma, e quindi non surrogatoria delle eventuali azioni spettanti alla società eterodiretta.

Ritornando al predetto problema interpretativo, e così, alla supposta legittimazione attiva della società eterodiretta, secondo un primo filone interpretativo³¹¹, da ricondurre al noto

commerciale, Cedam-Padova, 2006, 2^a ed., pagg.205-206; U. TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, Giuffrè-Milano, 2010, pag.38.

³⁰⁷ P. FERRO LUZZI, in AA.VV., *La riforma del diritto societario, Lavori preparatori. Testi e materiali*, (a cura di) F. AULETTA, G. LO CASCIO, M. VIETTI, U. TOMBARI, A. ZOPPINI, Giuffrè-Milano, 2006, pag.2297 e segg..

³⁰⁸ D.U. SANTOSUOSSO, *La riforma del diritto societario, autonomia privata e norme imperative nei DD.LGS. 17 gennaio 2003*, nn. 5 e 6, Giuffrè-Milano, 2003, pag.245; P. DAL SOGLIO, *Commento artt. 2497-2497 septies cod. civ.*, in *Il nuovo diritto delle società*, (a cura di) A. MAFFEI ALBERTI, 2005, III, pag.2326.

³⁰⁹ F. GALGANO, *Direzione e coordinamento di società. Artt.2497-2497 septies cod. civ.*, in *Commentario al Codice Civile A. SCIALOJA, G. BRANCA*, (a cura di) F. GALGANO, Zanichelli-Bologna, 2005, pag.102: «è anche evidente che l'azione dei soci o dei creditori fosse azione surrogatoria, sarebbe pregiudicata dalla transazione o dalla rinuncia all'azione da parte della società, che sarebbe approvata da una assemblea governata dalla stessa holding danneggiante». Peraltro, l'Autore ammette la legittimazione della società abusata ad agire contro la società madre, ma sulla base dei pregiudizi generali «*ma si tratterà, quando verso la ex controllante agisce l'ex controllata o agisce il suo curatore fallimentare o commissario, di una comune azione di danni ex art. 2043 cod. civ.*».

³¹⁰ Il riferimento è alla dottrina precedentemente richiamata.

³¹¹ Tra la dottrina che nega la legittimazione attiva della società controllata ad un'azione *ex art.* 2497 cod. civ., G. OPPO, *Spunti problematici sulla riforma delle società per azioni*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2003, II, pag.481; P. DAL SOGLIO, *Commento art. 2497 cod. civ.*, in *Commentario breve al diritto delle società*, (a cura di) A. MAFFEI ALBERTI, 2007, pag.1140; P. ABBADESSA, *La responsabilità della società capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2008, I, pag.280, il quale, nega la legittimazione ad agire della società eterodiretta con numerosi argomenti tratti anche dai lavori preparatori; M. ROSSI,

brocardo *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, la società eterodiretta sarebbe priva di autonoma legittimazione ad agire nei confronti della capogruppo.

Non solo, il filone interpretativo volto ad escludere la legittimazione della società eterodiretta, basata sulla constatata assenza nel testo dell'art. 2497 cod. civ. di qualsiasi riferimento alla suddetta legittimazione, è corroborato altresì dal rilievo che, quel riferimento, originariamente esistente in una prima versione della disposizione in esame, è stato "lasciato cadere" nel testo definitivo oggi vigente³¹².

Nel corso dei lavori preparatori, emerse la considerazione fattuale che una eventuale azione della società sarebbe stata raramente esercitata³¹³, e ciò, in quanto la decisione circa l'esercizio dell'azione sarebbe comunque caduta nella disponibilità della medesima maggioranza espressione dei soggetti legittimati all'esercizio del potere di direzione e coordinamento. Tale considerazione, ha probabilmente ispirato la soluzione adottata dal legislatore storico.

Secondo questa tesi, ne discende che, l'esclusione della legittimazione della società abusata consentirebbe di risolvere i problemi di duplicazione del risarcimento per l'ipotesi di azione della società eterodiretta, presentata successivamente a quella dei soci di minoranza³¹⁴.

Responsabilità e organizzazione dell'esercizio dell'impresa di gruppo, in *Riv. Dir. Comm.*, 2007, I, pag.648; M. ROSSI, *I molti problemi "aperti" della disciplina dei gruppi: considerazioni a margine di una recente ordinanza*, in *Società*, 2014, pag.575; R. PENNISI, *La legittimazione della società diretta all'azione di responsabilità per abuso di attività di direzione e coordinamento*, in M. CAMPOBASSO, V. CARIELLO, V. DI CATALDO, F. GUERRERA, A. SCIARRONE ALIBRANDI (diretto da), *Società, banche e crisi d'impresa. Liber amicorum P. ABBADESSA*, Torino, 2014, II, pag.1634 e segg.; L. BENEDETTI, *La responsabilità "aggiuntiva" ex art. 2497, 2° co., cod. civ.*, Giuffrè-Milano, 2012, pag.37 e segg.; G. D'ATTORRE, *Le azioni di responsabilità da direzione e coordinamento nel fallimento della "eterodiretta"*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2015, II, pag.81; G. GUIZZI, *Gestione dell'impresa e interferenze di interessi. Trasparenze ponderazione e imparzialità nell'amministrazione delle s.p.a.*, Giuffrè-Milano, 2014, pag.168.

³¹² Cfr. P. ABBADESSA, *La responsabilità della società capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2008, I, pag.281 e segg.. Così testualmente l'Autore: «scompariva ogni traccia di riconoscimento della legittimazione attiva della società abusata all'esercizio dall'azione di responsabilità verso la controllante per lasciare 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 (art. 2497, comma terzo, cod. civ.)».

³¹³ Cfr. nota n. 301.

³¹⁴ Cfr. P. ABBADESSA, *La responsabilità della società capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2008, I, pag.281 e segg., al quale si rinvia anche per le critiche alla differente dottrina. Vs. F. GUERRERA, per il quale, l'eventuale cumulo dovrebbe essere sopportato dalla controllante a titolo di pena privata, Vs. G. SCOGNAMIGLIO, per la quale, il danno risarcibile a favore della controllata dovrebbe essere calcolato scomputando gli importi già corrisposti agli azionisti esterni e ai creditori

Rectius, l'esclusione della legittimazione della società eterodiretta, elimina *ab origine* il problema della duplicazione del risarcimento posto in capo alla *holding* ed il problema della quantificazione del danno risarcibile a favore della società abusata³¹⁵.

Ma, la giurisprudenza³¹⁶ e dottrina³¹⁷ prevalente, diversamente, riconoscono la possibilità della eterodiretta *in bonis* ad agire contro la propria capogruppo.

della controllata; Vs. V. PINTO, per il quale, gli azionisti più diligenti cumulerebbero al risarcimento diretto gli effetti positivi riflessi conseguenti al ristoro assicurato alla società su un piano di perfetta parità con gli altri soci in base al broccardo *prior in tempore potior in iure*. Secondo P. ABBADESSA, la norma non prevede: *i*) un'ipotesi di risarcimento spontaneo da parte della società eterodiretta; *ii*) l'onere del risarcimento debba essere sopportato dalla società eterodiretta, poiché non è quella che ha causato il danno e si troverebbe a subire anche l'ulteriore perdita economica rappresentata dall'esborso risarcitorio.

³¹⁵ In senso contrario, U. TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, Giuffrè-Milano, 2010, pag.44, il quale, seppur dubitativo nel riconoscere la legittimazione della società eterodiretta ad agire contro la capogruppo, afferma che l'azione di cui all'art. 2497 cod. civ. si aggiunge, ma non sostituisce le azioni previste agli artt. 2393-2395 cod. civ.. Da ciò, risulterebbe che la società eterodiretta può agire contro l'amministratore che ha dato seguito alle direttive abusive, senza però poter chiamare in responsabilità il soggetto che quelle direttive ha imposto.

³¹⁶ Trib. Milano, 20 dicembre 2013, ordinanza n. 42294, in *Società*, 2014 pag.560, con nota di M. ROSSI, *I molti problemi "aperti" della disciplina dei gruppi: considerazioni a margine di una recente ordinanza*, in *Società*, 2014, (e in *Riv. Dir. Comm.*, 2015, II, pag.355 e segg.) emessa nell'ambito di un importante e delicato caso, per la quale: «*La società eterodiretta è legittimata ad agire in responsabilità nei confronti della holding innanzitutto perché, riconosciuta la soggettività giuridica, sarebbe illegittimo impedirle di agire in giudizio per ottenere il risarcimento del danno causato al suo patrimonio (artt. 3 e 24, comma primo, Cost.), e in secondo luogo perché l'art. 2497 cod. civ. intende ampliare l'area di responsabilità dell'ente dirigente verso soggetti e rispetto a posizioni giuridiche che prima non potevano attingerla, non anche limitare o escludere la legittimazione attiva di coloro – in primis la società controllata – cui quella legittimazione era in precedenza accordata in virtù di norme generali tuttora vigenti (artt. 1218, 1223 e 2043 cod. civ.)*»; ma anche, Trib. Palermo, 15 giugno 2011, in *Foro It.*, 2011, 11, 1, pag.3184; Trib. Milano, 17 giugno 2011, in *Società*, 2012, pag.258, con nota di H. SIMONETTI, *Natura e condizioni dell'azione di responsabilità nei confronti della capogruppo*; Trib. Verona, 6 settembre 2011, in *RDS*, 2013, 3, pag.507, con nota di L. BENEDETTI, *Responsabilità da etero-direzione abusiva della capogruppo. Natura contrattuale o aquiliana? Eventuale carattere sussidiario?*.

³¹⁷ G. SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, in AA.VV. (a cura di P. ABBADESSA e G.B. PORTALE), *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum G.F. CAMPOBASSO*, Utet-Torino, 2007, III, pag.965; G. SCOGNAMIGLIO, *Commento art. 2497 cod. civ.*, in *Delle società – Dell'azienda – Della concorrenza*, III, (a cura di) D.U. SANTOSUOSSO, Artt. 2452-2510, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. GABRIELLI, Utet-Milano, 2015, pag.1159; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale, II, Diritto delle società*, Utet-Torino, 2006, pag.304; F. GUERRERA, "Compiti" e responsabilità del socio di controllo, in *RDS*, 2009, I, pag.514; V. CARIELLO, *Direzione e coordinamento*, in *Società di capitali*, (a cura di) G. NICOLINI, A. STAGNO D'ALCONTRES, 2004, pag.1873; V. CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Riv. Soc.*, 2003, pag.1229 e segg., in particolare pag.1256; M. BUSSOLETTI, E. LA MARCA, *Gruppi e responsabilità da direzione unitaria*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2010, I, pag.65 e segg.; A.R. ADIUTORI, *Insolvenza*

Nella prospettiva di coloro che riconoscono la legittimità dell'azione della società eterodiretta, pur considerate le predette forti argomentazioni letterali³¹⁸, vi sono diversi indici che depongono in senso favorevole al riconoscimento della legittimazione in capo alla società eterodiretta, alcuni dei quali richiamati nella predetta giurisprudenza.

In primis, vi è un forte argomento logico, rappresentato dall'impossibilità di immaginare un sistema nel quale il danno diretto, quello della società abusata, trovi una tutela inferiore rispetto al danno riflesso, quello dei soci e creditori "esterni"³¹⁹. In base ai principi del nostro

e responsabilità nel gruppo, Giuffrè-Milano, 2013, pag.58 e segg.; M. BUSSOLETTI, *Sulla "irresponsabilità" da direzione unitaria abusiva e su altre questioni aperte in tema di responsabilità ex art. 2497 c.c.*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2013, I, pag.418 e segg.; V. PINTO, *La responsabilità degli amministratori per danno indiretto agli azionisti*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum G.F. CAMPOBASSO*, Torino, 2007, pag.938.

³¹⁸ G. SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, in AA.VV. (a cura di P. ABBADESSA e G.B. PORTALE), *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum G.F. CAMPOBASSO*, Utet-Torino, 2007, III, pag.964 e segg., testo e nt. 20, rileva che anche uno studioso (F. GALGANO) che ha partecipato ai lavori della Commissione ministeriale sostiene la legittimazione attiva della società che dirige. F. GALGANO, *Direzione e coordinamento di società. Artt.2497-2497 septies cod. civ.*, in *Commentario al Codice Civile A. SCIALOJA, G. BRANCA*, (a cura di) F. GALGANO, Zanichelli-Bologna, 2005, pag.101 e segg., però non sembra fondare l'azione della società danneggiata sull'art. 2497 cod. civ. Per questo Autore: «[...] Si tratterà [...] di una comune azione di danni ex art. 2043 cod. civ.; e la ex controllante potrà essere chiamata a rispondere sulla base della mala gestione dei suoi amministratori, in virtù del rapporto organico che consente di imputare alla persona giuridica il fatto illecito del suo organo, o sulla base dell'art. 2049 cod. civ. che rende il proponente responsabile del fatto illecito commesso dai suoi preposti. Ci sarà però questa limitazione: la ex controllante potrà essere chiamata a rispondere solo dell'illecito commesso dagli amministratori, non anche della scorretta gestione imprenditoriale o societaria imputabile ai soci, come in materia di operazioni sul capitale deliberate dall'assemblea». In termini analoghi, A. BADINI CONFALONIERI, R. VENTURA, *Commento art. 2497 cod. civ.*, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da G. COTTINO, G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI, Bologna, 2004, III, pag.2173 e segg.. Una posizione analoga era già stata espressa da F. GALGANO, durante i lavori preparatori, nella seduta della Assemblea della Commissione plenaria del 17 dicembre 2002, in M. VIETTI, F. AULETTA, G. LO CASCIO, U. TOMBARI, A. ZOPPINI (a cura di), *La riforma del diritto societario*, Milano, 2006: «Se poi si vuole ricordare che c'è sempre ex art. 2043 cod. civ., un'azione di danni della danneggiata verso la danneggiante, lo diciamo pure, ma è superfluo per questo lo avevamo soppresso».

³¹⁹ G. SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, in AA.VV. (a cura di P. ABBADESSA e G.B. PORTALE), *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum G.F. CAMPOBASSO*, Utet-Torino, 2007, III, pag.965; R. RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Società*, 2004, pag.545. L'Autore, riconosciuta alla società soggetta all'altrui direzione e coordinamento titolo per agire nei confronti dell'ente capogruppo per il risarcimento dei danni sofferti in conseguenza della violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, rileva come il «mancato esercizio di una tale azione potrebbe assumere rilievo come fonte di responsabilità omissiva per gli amministratori della società controllata, e perciò, ove ne ricorrano le condizioni, dare adito ad azioni da parte dei soci di minoranza di questa, ai sensi dell'art. 2393 bis cod. civ. (o anche di singoli soci, ex art. 2476, terzo comma, cod. civ., se si tratta società a responsabilità limitata)».

ordinamento processuale, chi si dichiara titolare di un diritto leso può agire al fine di ottenere una sentenza che accerti il diritto attoreo e condanni il convenuto, riconosciuto responsabile, al relativo risarcimento.

I danni previsti dal legislatore che consentono la reazione dei soci esterni e dei creditori sociali, ossia, rispettivamente, redditività e valore della partecipazione e solvibilità della società, presuppongono che l'attività di direzione e coordinamento da parte della società madre abbia danneggiato, *in primis*, il patrimonio della dominata. Ed allora, la natura del danno che, come abbiamo visto, è diretto sul patrimonio della società abusata, genera l'interesse ad agire della stessa, per il ristoro del danno provocato dalla dominante³²⁰.

A sostegno di ciò, sono stati affiancati argomenti di "carattere costituzionale", tali per cui, sarebbe illegittima, *ex art. 3 e 24, comma primo, Cost.*, una norma o una interpretazione che preclude alla società danneggiata la possibilità di agire in responsabilità nei confronti dell'ente dirigente³²¹. Ma tale criterio, appare, inconferente, giacché l'art. 24 Cost. tutela ciò che, in realtà, occorre dimostrare, ossia che la legittimazione ad agire della società abusata è configurabile³²².

Sussistono, ragioni di carattere storico. Si richiama l'art. 90 del d. lgs. 270/1999, c.d. Legge Prodi *bis*³²³, il quale riconosce la possibilità di agire contro gli amministratori che hanno

³²⁰ In tal senso, A.R. ADIUTORI, *Questioni in tema di art. 2497 c.c.*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2017, I, pag.676; V. CARIELLO, *Direzione e coordinamento*, in *Società di capitali*, (a cura di) G. NICOLINI, A. STAGNO D'ALCONTRES, 2004, pag.1872 e segg..

³²¹ Trib. Milano, 27 febbraio 2012, in *Giur. It.*, 2012, pag.2585, con nota di O. CAGNASSO, *Persona giuridica amministratore di fatto di società di capitali?*, in *RDS*, 2012, pag.734, e in *Giurisprudenza delle imprese.it*: «[...] non si può sottacere l'interpretazione che vuole la società danneggiata non legittimata ad agire verso la dirigente per il danno direttamente subito, si tradurrebbe in una violazione del disposto dell'art. 24, comma secondo, cost., che riconosce a tutti il potere di agire a tutela dei propri diritti». Così anche, Trib. Milano, 20 dicembre 2013, ordinanza n. 42294, in *Società*, 2014, pag.560. Peraltro, in senso dubitativo R. PENNISI, *La legittimazione della società diretta all'azione di responsabilità per abuso di attività di direzione e coordinamento*, in *RDS*, 2014, pag.200, per il quale, l'argomento, non appare decisivo, posto che presuppone il prodromico riconoscimento di un diritto al risarcimento in capo alla società «infatti, posto che il diritto al risarcimento è senz'altro riconosciuto dal legislatore ai soci, riconoscere legittimazione alla società significherebbe che, per evitare duplicazioni di risarcimenti, occorrerebbe precludere al singolo socio di agire, con ciò violando proprio l'art. 24 Cost.».

³²² Contrario sul valore di questo argomento anche R. PENNISI, *La legittimazione della società diretta all'azione di responsabilità per abuso di attività di direzione e coordinamento*, in *RDS*, 2014, pag.200.

³²³ Disciplina che, a propria volta, come già evidenziato, replica quanto a suo tempo previsto dall'art. 3 del d.l. n. 26/1979, c.d. Legge Prodi.

abusivamente esercitato l'attività di direzione e coordinamento e, in solido con essi, gli amministratori della eterodiretta, per il risarcimento arrecato³²⁴.

Da tale disposizione si è sempre desunta, la legittimazione della società eterodiretta ad agire, in persona del commissario giudiziale, nei confronti degli amministratori della dirigente per i danni derivanti da abusivo esercizio della “direzione unitaria”.

Seppur difficilmente ipotizzabile l'azione in esame da parte della società *in bonis* (nella prassi, infatti, non si rinviene l'azione di responsabilità da parte della società controllante almeno fino al momento in cui la società viene ceduta a terzi e/o viene dichiarata fallita o comunque soggetta ad altra procedura concorsuale³²⁵), nulla toglie, che la società controllata,

³²⁴ Peraltro, il richiamo da parte del Tribunale di Milano con l'ordinanza del caso Ligresti, all'art. 90 d. lgs. 270/1999 è stato criticato dalla dottrina, cfr. P. ABBADESSA, *La responsabilità della società capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2008, I, pag.289 e segg. e L. BENEDETTI, *La legittimazione attiva e passiva all'azione risarcitoria ex art. 2497, primo comma, cod. civ.: conferme giurisprudenziali e spunti di riflessione*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2015, II, pag.387 e segg., nega l'utilità del riferimento alla norma per due motivi: i) l'incerta natura contrattuale o extracontrattuale della responsabilità degli amministratori della società abusata. Se la responsabilità di questi ultimi venisse riconosciuta di natura aquiliana, non vi sarebbero problemi ad estendere la stessa alla capogruppo, diversamente, non sarebbe così automatica l'estensione, qualora alla responsabilità degli amministratori dovesse attribuirsi natura contrattuale. Per cui, in tale secondo caso, in base al principio generale per cui l'obbligazione produce effetti unicamente fra le parti, ex art. 1372, comma primo, cod. civ., la norma sancirebbe la legittimazione della società abusata verso gli amministratori della dominante, ma non verso quest'ultima, che invece viene in rilievo ai sensi dell'art. 2497 cod. civ.. Ma la questione è già stata ampiamente affrontata, cfr. Cap. II, par 1 e nota n. 113. Pertanto, la ragione adottata dall'Autore risulta inconferente, proprio perché, come già esposto, «questa conseguenza veniva fatta discendere quale che fosse la natura della responsabilità, contrattuale o extracontrattuale», cfr. pag.32; ii) la possibile intervenuta implicita abrogazione della norma per contrasto con l'art. 2497 cod. civ.; iii) «a fronte della “rivoluzione copernicana” determinata dall'introduzione dell'art. 2497 cod. civ. [...], pare assai opinabile che elementi per ricostruire la disciplina della prima disposizione possano essere tratti dalla seconda (art. 90 d. lgs. 270/1999)».

³²⁵ Nella prima delle due ipotesi, cessione del pacchetto di controllo in capo ad altro soggetto, peraltro, il verificato abuso di depauperamento del patrimonio della società potrebbe essere comunque stato considerato nella determinazione del prezzo di cessione e, dunque, priverebbe la società subentrante della possibilità di «pretendere un qualche ristoro dalla società cedente, attraverso la reintegra forzosa del patrimonio della società ceduta, di un pregiudizio in ogni caso scansato a monte», così P. ABBADESSA, *La responsabilità della società capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2008, I, pag.282. In realtà sono ipotizzabili altre situazioni in cui la società eterodiretta potrebbe agire in responsabilità contro la dominante, quali, oltre a quelle indicate riconducibili al mutamento dell'azionista di controllo, quella in cui una o più società del gruppo siano in amministrazione giudiziaria ai sensi delle norme antimafia o siano sottoposte, a seguito di denuncia al tribunale ai sensi dell'art. 2409 cod. civ., a controllo giudiziario. Cfr. M. BUSSOLETTI, E. LA MARCA, *Gruppi e responsabilità da direzione unitaria*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2010, I, pag.140; osserva G. SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, in AA.VV. (a cura di P. ABBADESSA e G.B. PORTALE), *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum G.F. CAMPOBASSO*, Utet-Torino, 2007, III, pag.965 che la situazione non è dissimile

nella previgente applicazione dell'art. 90 d. lgs. 270/1999, eserciti l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori della società controllante e per estensione nei confronti della società dominante, ora, *ex art.* 2497 cod. civ., direttamente nei confronti della società controllante stessa³²⁶.

Ma la portata del richiamo all'art. 90 d. lgs. 270/1999 è ritenuta scarsamente convincente³²⁷. Non solo, con l'introduzione dell'art. 2497 cod. civ., il legislatore ha realizzato una "rivoluzione copernicana" che muta la concezione stessa del gruppo, tale per cui il gruppo costituisce un "valore" rispetto all'"unità" soggettiva delle società partecipanti³²⁸. Ma anche in considerazione del fatto che l'introduzione dell'art. 2497 cod. civ., determina l'implicita abrogazione dell'art. 90 d. lgs. 270/1999, per contrasto con una norma equiordinata successiva³²⁹.

Altra ragione potrebbe essere individuata nella *ratio* ispiratrice della norma.

Concedere tutela ai soci ed ai creditori della società controllata nei confronti della *holding*, per la svalutazione della partecipazione o l'insufficienza della garanzia patrimoniale generica, causate dall'esercizio abusivo dell'attività di direzione e coordinamento, è diretta ad estendere la tutela risarcitoria al fine di renderla effettiva. E ciò, poiché, *ut supra*

da quanto si rilevava in merito all'azione sociale della riforma societaria *ex artt.* 2392 e 2393 cod. civ., nel testo in vigore prima della riforma societaria, nel quale era previsto che l'esperimento della detta azione contro gli amministratori dovesse essere deliberato dall'assemblea, con la coerente conseguenza che la maggioranza assembleare non era generalmente incline all'esercizio dell'azione contro gli amministratori da essa stessa nominati.

³²⁶ Non si può infatti prescindere dal tenere conto di tutte quelle situazioni in cui la società agisce in maniera del tutto autonoma rispetto al volere dei suoi proprietari. Si pensi al caso in cui, come già esposto, cfr. nota n. 325, in seguito ad una denuncia al tribunale *ex art.* 2409 cod. civ., si pongano una o più società del gruppo sotto controllo giudiziario, così M. BUSSOLETTI, E. LA MARCA, *Gruppi e responsabilità da direzione unitaria*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2010, I, pag.140.

³²⁷ L. BENEDETTI, *La legittimazione attiva e passiva all'azione risarcitoria ex art. 2497, primo comma, cod. civ.: conferme giurisprudenziali e spunti di riflessione*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2015, II, pag.386; P. ABBADESSA, *La responsabilità della società capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2008, I, pag.289.

³²⁸ P. ABBADESSA, *La responsabilità della società capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2008, I, pag.290.

³²⁹ P. ABBADESSA, *La responsabilità della società capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2008, I, pag.290. Ma su questo, in senso contrario U. TOMBARI, *Disciplina del gruppo di imprese e riflessi sulle procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2004, pag.1164; A.R. ADIUTORI, *Insolvenza e responsabilità nel gruppo*, Giuffrè-Milano, 2013, pag.106 e segg..

richiamato se la legittimazione fosse stata affidata alla sola società diretta, essa sarebbe stata fatalmente destinata a rimanere pressoché solo sulla carta³³⁰.

Del resto, la *ratio* dell'art. 2497 cod. civ. è quella di ampliare l'area di responsabilità della società madre e, come chiarisce la stessa relazione al d. lgs. 6/2003, «[...] trattasi di una disciplina che non si sostituisce ad una disciplina attuale, in sé in realtà inesistente, ma che alla disciplina attuale si aggiunge posto che i numerosi tentativi di tutelare gli interessi dei creditori e dei soci della controllata non sembrano essere riusciti a dare ad oggi tutela adeguata»³³¹.

La nuova disciplina «non può essere interpretata nel senso di limitare od escludere la legittimazione attiva di soggetti – in primis la società controllata – cui quella legittimazione era in precedenza pacificamente riconosciuta»³³². Così la legittimazione attiva dei soci e creditori “esterni”, concorrerà con la perdurante vigenza di quelle norme generali (artt. 1218 e 1223 cod. civ. in tema di obbligazioni, e art. 2043 cod. civ. in materia di illecito extracontrattuale) che fondavano una responsabilità risarcitoria della *holding*.

³³⁰ Cfr. nota n. 113. Quest'ultima considerazione, secondo la quale la società eterodiretta non agirebbe mai, è smentita, proprio dalla prassi, in tutti i casi in cui la controllata ha agito. Non solo. Se il riconoscimento della legittimazione del socio e dei creditori della società eterodiretta venisse giustificato solo sulla base della circostanza tale per cui, di fatto, l'azione della società abusata non viene esercitata, ciò significa, parafrasando, R. R. PENNISI, *La legittimazione della società diretta all'azione di responsabilità per abuso di attività di direzione e coordinamento*, in *RDS*, 2014, pag.198, “eludere il problema”. Diversamente, riconoscere la legittimazione attiva della società eterodiretta, significa, conseguentemente imporre agli amministratori della società abusata l'onere di esperire l'azione. L'inerzia degli stessi non sarà priva di conseguenze; R. RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Società*, 2004, pag.538 e segg. «in ogni caso, il mancato esercizio di una tale azione potrebbe assumere rilievo come fonte di responsabilità omissiva per gli amministratori della società fonte di responsabilità omissiva per gli amministratori della società controllata, e perciò, ove ne ricorrano le condizioni, dare adito ad azioni da parte dei soci di minoranza di questa, ai sensi dell'art. 2393 bis cod. civ. (o anche di singoli soci, ex art. 2476, terzo comma, cod. civ., se si tratta società a responsabilità limitata)». Più in generale, G. GUIZZI, *Partecipazioni qualificate e gruppi di società*, in AA.VV., *Diritto delle società. Manuale Breve*, Giuffrè-Milano, 2005, pag.347 e segg., rileva che la società resta legittimata ad agire per il ristoro dei danni subiti, ex artt. 2392-2393 cod. civ., verso i propri amministratori che hanno dato esecuzione e direttive non conformi all'interesse della società, ex artt. 2043-1175-1375 e/o 2028 cod. civ., verso la società controllante, e, infine, nei confronti degli stessi amministratori di quest'ultima, in quanto soggetti attraverso i quali si esprime il potere di direzione.

³³¹ Relazione ministeriale al d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, in *Riv. Soc.*, 2003, pag.155 e in *Giur. Comm.*, suppl al n. 4/03.

³³² Cfr. Trib. Milano, 20 dicembre 2013, ordinanza n. 42294, in *Società* 2014 pag.560, con nota di M. ROSSI, *I molti problemi “aperti” della disciplina dei gruppi: considerazioni a margine di una recente ordinanza*, in *Società*, 2014.

L'azione esercitata dalla società eterodiretta trova il suo fondamento nel diritto comune, ed in quelle norme e principi che già consentivano di far valere la responsabilità per abuso di direzione unitaria prima della riforma del 2003³³³. L'azione di cui all'art. 2497 cod. civ. si aggiunge e non fa venir meno la generale legittimazione della società eterodiretta ad agire contro i responsabili della direzione abusiva.

Altro argomento, per sostenere la tesi della legittimazione della società eterodiretta, è rappresentato dal comma terzo dell'art. 2497 cod. civ., «*nella parte in cui, prevedendo la possibilità che sia la stessa società eterogestita a risarcire i suoi soci e creditori del danno che indirettamente hanno subito per effetto dell'esercizio dell'attività dell'ente dirigente, legittima la stessa società eterogestita a rivolgersi all'ente dirigente per ottenere il risarcimento del danno, che altrimenti subirebbe addirittura due volte*»³³⁴. Perciò, il comma terzo, sembra implicitamente riconoscere che la società eterodiretta possa risarcire direttamente i creditori o i soci che ad essa si rivolgono; così implicitamente, si legittima la stessa società eterodiretta a rivolgersi alla società madre per ottenere il risarcimento del danno riconosciuto ai creditori o soci dell'eterodiretta, danno che altrimenti subirebbe due volte. Di qui la considerazione che possa chiederli anche giudizialmente e per l'intero.

Ma come osserva la dottrina³³⁵, «*l'argomento di per sé non dimostra che la società diretta possa chiedere tutti i danni patiti dal proprio patrimonio e non invece solo quelli che dovrà corrispondere al socio richiedente*».

³³³ A. BADINI CONFALONIERI, R. VENTURA, *Commento art. 2497 cod. civ.*, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da G. COTTINO, G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI, Bologna, 2004, III, pag.2150 e segg. esclude la legittimazione della società controllata all'esercizio dell'azione di responsabilità di cui all'art. 2497 cod. civ., nei confronti della società madre, ritenendo, al contrario, plausibile l'esercizio dell'azione ex art. 2043 cod. civ.. *Contra* M. MAGGIOLO, *L'azione di danno contro società o ente capogruppo (art. 2497, 3, c.c.)*, in *Giur. Comm.*, 2006, I, pag.181.

³³⁴ Cfr. Trib. Milano, 20 dicembre 2013, ordinanza n. 42294, in *Società* 2014 pag.560, con nota di M. ROSSI, *I molti problemi "aperti" della disciplina dei gruppi: considerazioni a margine di una recente ordinanza*, in *Società*, 2014. Ma anche Trib. Milano, 27 febbraio 2012, in *Giur. It.*, 2012, pag.2585, con nota di O. CAGNASSO, *Persona giuridica amministratore di fatto di società di capitali?*, in *RDS*, 2012, pag.734, e in *Giurisprudenza delle imprese.it*, per la quale: «*un chiarissimo indice ermeneutico che depone in tal senso è dato dal disposto del comma terzo dello stesso art. 2497 cod. civ.: se la società eterodiretta direttamente danneggiata dall'esercizio dell'attività direttiva può essere chiamata a rispondere dal socio indirettamente danneggiato, deve essere ammesso che essa possa rivolgersi alla controllante danneggiante, altrimenti il danno già subito risulterebbe irragionevolmente duplicato dal risarcimento dato ai soci, con debita esenzione della stessa controllante autrice dell'illecito*».

³³⁵ R. PENNISI, *La legittimazione della società diretta all'azione di responsabilità per abuso di attività di direzione e coordinamento*, in *RDS*, 2014, pag.199. In senso contrario L. BENEDETTI, *La legittimazione attiva*

Un altro indice ermeneutico individuato per sostenere la responsabilità verso la società controllata per i danni direttamente provocati al suo patrimonio è rappresentato dall'ultima parte del comma primo, dello stesso articolo 2497 cod. civ., in materia di vantaggi compensativi³³⁶.

Ma anche qui, come sopra, la norma non introduce una legittimazione ad agire della società eterodiretta, ma, come è stato detto, detta la regola per la quale alla società che dirige è consentito pregiudicare la società diretta purché compensi il pregiudizio stesso³³⁷.

Dato conto delle predette teorie, occorre, per completezza espositiva, riportare l'opinione di chi affronta il problema della legittimazione attiva della società eterodiretta ad agire contro la capogruppo da una, a mio avviso, "visuale" diversa.

L'Autore³³⁸, ritiene che l'indagine debba muovere dal tipo di danno previsto dall'art. 2497 cod. civ., che legittima i soci esterni e i creditori della società eterodiretta all'azione verso la

*e passiva all'azione risarcitoria ex art. 2497, primo comma, cod. civ.: conferme giurisprudenziali e spunti di riflessione, in Riv. Dir. Comm., 2015, II, pagg.391-392. L'Autore giunge ad una conclusione diversa «alla prescrizione di cui all'art. 2497, terzo comma, cod. civ. sembra potersi attribuire una funzione (in altri termini una ratio) – evitando di doverla considerare sostanzialmente superflua – soltanto se si presuppone che esista un'azione risarcitoria della eterodiretta da coordinare, per evitare inammissibili duplicazioni del risarcimento, con quella di cui è titolare il socio ai sensi del primo comma». Il quesito iniziale dell'Autore è quello di stabilire in quale modo possano dirsi soddisfatti i soci "esterni". In particolare, definito, come sopra esposto, il danno del socio come un danno riflesso, «che transita, cioè, per il patrimonio della dominata», ne discende che è sufficiente il ristoro del pregiudizio arrecato alla società controllata, per alimentare indirettamente la pretesa risarcitoria dei soci della eterodiretta, ex art. 2497, comma primo, cod. civ.. Inoltre, poiché l'azione ex art. 2497 cod. civ. deroga al principio previsto dall'art. 2395 cod. civ., tale per cui, ricordo il danno riflesso, cioè cagionato direttamente alla società e, indirettamente, ai soci, può essere riconosciuto esclusivamente alla società (cfr. pag.61), si crea un problema di coesistenza dei legittimati attivi, in relazione al medesimo pregiudizio. Perciò, il legislatore al terzo comma dell'art. 2497 cod. civ. ha introdotto una regola di coordinamento delle azioni, dei soci e della società abusata. Ne discende, deduttivamente, il riconoscimento dell'azione risarcitoria in capo alla società eterodiretta *in bonis*.*

³³⁶ Trib. Milano, 27 febbraio 2012, in *Giur. It.*, 2012, pag.2585, con nota di O. CAGNASSO, *Persona giuridica amministratore di fatto di società di capitali?*, in *RDS*, 2012, pag.734, e in *Giurisprudenza delle imprese.it*: «[...] se l'esistenza di quei vantaggi è capace di scriminare la responsabilità verso i soci indirettamente lesi e se è vero – ed altrimenti non potrebbe essere – che i vantaggi compensativi ineriscono e possono inerire anzitutto e direttamente solo al patrimonio della società eterodiretta, è ovvio che, in assenza di quei vantaggi, la società dirigente è responsabile prima di tutto e direttamente nei confronti della società diretta».

³³⁷ G. SCOGNAMIGLIO, "Clausole generali" principi di diritto e disciplina nei gruppi di società, in *Riv. Dir. Priv.*, 2011, pag.523. Critico sulla portata ermeneutica di questo indice anche R. PENNISI, *La legittimazione della società diretta all'azione di responsabilità per abuso di attività di direzione e coordinamento*, in *RDS*, 2014, pag.200.

³³⁸ A. VALZER, *Abuso di eterodirezione e regimi di responsabilità. La recente giurisprudenza del Tribunale di Milano*, in *RDS*, 2016, 1, pag.23 e segg..

dominante, ossia rispettivamente redditività e valore della partecipazione e solvibilità della società.

Nonostante la norma individui la legittimazione dei soci della società abusata a far valere il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della loro partecipazione sociale, la giurisprudenza di legittimità e di merito nelle società monadi è da tempo ferma nel negargli la possibilità di far valere un danno indiretto al valore delle proprie partecipazioni quale conseguenza del pregiudizio patrimoniale subito direttamente dalla società partecipata³³⁹.

Il danno subito dai creditori e dai soci esterni non coincide con il danno subito dal patrimonio della società abusata³⁴⁰, per i quali, come sopra esposto, gli amministratori della società danneggiata hanno il dovere di attivarsi³⁴¹.

³³⁹ Cass. SS.UU. 24 dicembre 2009, n. 27346, in *Giur. It.*, 2010, 5, pag.1081, con nota di M. SPIOTTA; *Giur. Comm.*, 2011, II, pag.352, con nota di A. FOTTICCHIA; *Banca, borsa e tit. cred.*, 2011, II, pag.131, con nota di V. PINTO. «*Qualora una società di capitali subisca, per effetto dell'illecito commesso da un terzo, un danno, ancorché esso possa incidere negativamente sui diritti attribuiti al socio dalla partecipazione sociale, nonché sulla consistenza di questa, il diritto al risarcimento compete solo alla società e non anche a ciascuno dei soci, in quanto l'illecito colpisce direttamente la società e il suo patrimonio, obbligando il responsabile al relativo risarcimento, mentre l'incidenza negativa sui diritti del socio, nascenti dalla partecipazione sociale, costituisce soltanto un effetto indiretto di detto pregiudizio e non conseguenza immediata e diretta dell'illecito. (Nella specie, le S.U., nell'enunciare l'anzidetto principio, hanno confermato la sentenza di merito che aveva respinto la domanda con cui una società per azioni, socia di una compagnia di assicurazioni s.p.a., aveva dedotto la responsabilità della società di revisione, incaricata della certificazione del bilancio della società partecipata, per il danno patito dalla quota di partecipazione, a seguito delle condotte illecite ascritte alla società di revisione)*». Cass. Civ., 14 febbraio 2012, n. 2087 in *RDS*, 2012, pag.230, «*La partecipazione sociale in una società di capitali costituisce un bene giuridicamente distinto ed autonomo dal patrimonio sociale, come tale idoneo a venire direttamente danneggiato da vicende legate all'inadempimento contrattuale di un terzo nei confronti della società, attesa la natura meramente riflessa che il pregiudizio patrimoniale conseguente può produrre sul valore della quota di partecipazione; ne consegue che, posta la netta separazione tra il patrimonio sociale e quello del socio, anche nell'ipotesi di partecipazione totalitaria, qualsiasi danno che colpisce direttamente il patrimonio della società può avere un'incidenza meramente indiretta sulla quota medesima, e, conseguentemente, non è suscettibile di autonoma risarcibilità*».

³⁴⁰ A. VALZER, *Abuso di eterodirezione e regimi di responsabilità. La recente giurisprudenza del Tribunale di Milano*, in *RDS*, 2016, 1, pag.24: «*[...] una società che dichiara di aver subito un danno patrimoniale provocato da un illecito, negoziale o aquiliano, da altri perpetrato [...] in quest'ultima ipotesi, non si discuta più di un "pregiudizio arrecato al valore e alla redditività della partecipazione sociale" e, quindi, del rapporto tra l'investimento (di minoranza) in una società eterodiretta e una condotta che sia stata complessivamente capace di alterare surrettiziamente le fisiologiche condizioni di rischio, bensì del danno arrecato al patrimonio sociale*».

³⁴¹ Cfr. R. RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Società*, 2004, pag.544.

Il «problema non è quello di tentare di giustificare un'insanabile contraddizione; ma quello di vagliare e distinguere i piani delle tecniche di tutela»³⁴².

Ponendosi nella prospettiva della società lesa è necessario interrogarsi sul se il danno sia frutto esclusivamente delle direttive della *holding*, ovvero se esso sia frutto della colpevole attuazione della direttiva lesiva dell'amministratore negligente o infedele. In tal senso, andrebbe comunque esclusa la legittimazione ad agire *ex art.* 2497 cod. civ. della società eterodiretta, poiché la norma tutelerebbe le posizioni, dei soci "esterni" e creditori, diverse da quella della società abusata alla quale non sarebbe tuttavia preclusa la possibilità di agire secondo le azioni ordinarie contro i propri amministratori e la *holding*³⁴³.

Così esposte le sopraddette teorie, occorre mettere conto della duplicazione del risarcimento in capo alla capogruppo, ovvero dell'ipotetico concorso tra l'azione *ex art.* 2497 cod. civ. esperita dal socio e creditore "esterno" contro la capogruppo e le eventuali pretese risarcitorie, contro la *holding*, della società controllata³⁴⁴.

³⁴² Così F. GALGANO e G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società. Artt. 2497-2497 septies cod. civ.*, in *Commentario al Codice Civile* A. SCIALOJA, G. BRANCA, (a cura di) F. GALGANO, Zanichelli-Bologna, 2014, pag.191 e segg., che rilevano che, sebbene il legislatore non abbia disciplinato l'azione della controllata verso la controllante, non se possa escludere la possibilità, sebbene in casi molto limitati, quale la cessione della partecipazione di controllo. Secondo gli Autori, tuttavia, si tratterà di una comune azione *ex art.* 2043.

³⁴³ A. VALZER, *Abuso di eterodirezione e regimi di responsabilità. La recente giurisprudenza del Tribunale di Milano*, in *RDS*, 2016, 1, pag.29: «La società eterodiretta, dunque, non può esperire un'azione *ex art.* 2497 cod. civ. nei confronti della controllante, semplicemente perché la norma tutela una posizione diversa da quella della stessa società che subisce uno o più eventi di danno, a causa dell'illecito della capogruppo e/o dell'inadempimento dei propri amministratori [...] ricorrendone i presupposti, essa potrà esperire le normali azioni di diritto comune nei confronti della holding e/o, nell'eventualità (laddove il danno si sia originato da un inadempimento al mandato gestorio), dei propri amministratori» e cfr. nota n. 300.

³⁴⁴ R. PENNISI, *La legittimazione della società diretta all'azione di responsabilità per abuso di attività di direzione e coordinamento*, in *RDS*, 2014, pag.200: «il socio, non solo riceverebbe il danno subito direttamente, ma ricaverebbe inoltre un vantaggio dal fatto che, ripianato il danno al patrimonio della società, verrebbe conseguentemente ripristinato il valore della sua partecipazione» e, dal punto di vista della società: «si accollerebbe alla società che dirige un risarcimento maggiore del danno causato, determinando una situazione che appare penalizzante per chi esercita attività di direzione e coordinamento, in aperto contrasto con l'intenzione del legislatore che nelle norme del Capo IX non solo ha considerato l'attività di direzione perfettamente legittima, ma ha anche previsto delle norme di favore al fine di agevolarne l'esercizio». In senso contrario, F. GUERRERA, *Gruppi di società, operazioni straordinarie procedure concorsuali*, in *Dir. Fall.*, 2005, I, pag.25: «Orbene, sembra che, per un verso, l'iniziativa dei singoli soci non possa pregiudicare la pretesa risarcitoria della società, la quale deve rimanere "intatta" in capo alla medesima: sia dal punto di vista sostanziale, con riguardo al suo contenuto economico; sia dal punto di vista processuale, in relazione al potere d'azione attribuito al curatore fallimentare o al commissario liquidatore (o straordinario). L'autore di tali comportamenti pluri offensivi non potrà eccepire, cioè, la pendenza o l'intervenuta definizione di controversie con i titolari della azione "diretta", allo scopo di escludere oppure circoscrivere la responsabilità

Riconosciuta la legittimazione attiva della società eterodiretta, secondo le diverse impostazioni, *ex artt.* 2497 e/o 2043 e/o 1218 e/o 2392 cod. civ.³⁴⁵, emerge il conseguente problema, non solo teorico, del concorso dell'azione e, così, della duplicazione dei risarcimenti, con conseguente, illegittima locupletazione della vittima dell'illecito³⁴⁶.

La questione va affrontata distinguendo ancora una volta la posizione dei creditori e dei soci. Così, tra *i*) la contemporanea azione della società e quella dei creditori e *ii*) l'azione della eterodiretta e la concorrente azione dei soci "esterni".

Per quanto riguarda l'azione dei primi, le due azioni sono concorrenti, perché entrambe volte a far valere i danni cagionati al patrimonio sociale della società eterodiretta. Da qui, l'"assorbimento" da parte dell'azione sociale, dell'azione dei singoli creditori sociali³⁴⁷.

Diversamente, con riferimento al concorso tra l'azione del socio esterno e l'eventuale pretesa risarcitoria della società controllata³⁴⁸ sono state prospettate diverse teorie.

Semplificando³⁴⁹ un problema molto articolato e complesso, l'interprete si trova nuovamente di fronte alla questione se l'azione dei soci debba essere qualificata come surrogatoria o alternativa³⁵⁰.

verso di essa. Egli dovrebbe cioè sopportare, a titolo di pena privata (o di rischio organizzativo), l'eventuale cumulo dei risarcimenti spettanti ai titolari delle varie pretese, quando quelle "individuali" siano state azionate e realizzate prima di quelle "sociali"».

³⁴⁵ A. VALZER, *Abuso di eterodirezione e regimi di responsabilità. La recente giurisprudenza del Tribunale di Milano*, in *RDS*, 2016, 1, pag.30, nota n. 22.

³⁴⁶ Da qui, un argomento a favore del predetto filone interpretativo che esclude la legittimazione attiva della società eterodiretta. Così R. PENNISI, *La legittimazione della società diretta all'azione di responsabilità per abuso di attività di direzione e coordinamento*, in *RDS*, 2014, pag.200, il quale, diversamente da F. GUERRERA, *supra* nota n. 344, ritiene illegittimo accollare alla *holding* un risarcimento maggiore del danno causato, perciò, in contrasto con la norma "di favore" del Capo IX «*e dato che non può essere esclusa quella dei soci, che è espressamente prevista dalla legge, occorrerà escludere quella della società diretta*».

³⁴⁷ A.R. ADIUTORI, *Insolvenza e responsabilità nel gruppo*, Giuffrè-Milano, 2013, pagg.99-100.

³⁴⁸ L'inconveniente è rappresentato dal fatto che «*qualora dovessero agire dia i soci che la società, il socio non solo riceverebbe il danno subito direttamente, ma ricaverebbe inoltre un vantaggio dal fatto che, ripianato il danno al patrimonio della società, verrebbe conseguentemente ripristinato il valore della sua partecipazione*», così R. PENNISI, *La legittimazione della società diretta all'azione di responsabilità per abuso di attività di direzione e coordinamento*, in *RDS*, 2014, pag.200.

³⁴⁹ Sia consentito rinviare, anche per ulteriori approfondimenti, alla chiara ricostruzione di R. PENNISI, *La legittimazione della società diretta all'azione di responsabilità per abuso di attività di direzione e coordinamento*, in *RDS*, 2014, pag.202.

³⁵⁰ M. BUSSOLETTI, *Sulla "irresponsabilità" da direzione unitaria abusiva e su altre questioni aperte in tema di responsabilità ex art. 2497 c.c.*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2013, I, pag.426; A.R. ADIUTORI, *Insolvenza e responsabilità nel gruppo*, Giuffrè-Milano, 2013, pag.100.

Se come già argomentato, l'azione del socio non è solo concorrente, ma anche alternativa e non surrogatoria, occorre distinguere secondo un criterio temporale.

Qualora la società abbia ottenuto la condanna della società dominante, ciò impedirà per carenza di interesse ad agire, l'azione del singolo socio, già ristorato³⁵¹.

Soluzione analoga qualora il socio ottenga la condanna dell'ente dominante, ma la soddisfazione di un socio, non impedirà l'iniziativa degli altri soci "esterni", ma la sola azione della società eterodiretta. Insomma, *prior in tempore potior in iure*³⁵².

Altra soluzione prospettata prevede che, qualora il socio agisca ed ottenga ristoro della società eterodiretta, la duplicazione potrebbe essere evitata, decurtando il risarcimento alla società che dirige di quanto già corrisposto al socio³⁵³.

Per completezza, pur considerato che «*si tratta di problemi che vanno inquadrati e risolti. (i) analizzando i termini delle fattispecie concrete, poiché pertinente tecnica di tutela deve essere scelta in ragione degli specifici fatti costitutivi delle pretese risarcitorie [...]*»³⁵⁴, il Tribunale ambrosiano individua un possibile coordinamento delle azioni ed osserva che attraverso lo strumento processuale della *denuntiatio actionis*, si otterrebbe la riunione, la sospensione, l'assorbimento o la dichiarazione d'inammissibilità dei procedimenti

³⁵¹ V. PINTO, *La responsabilità degli amministratori per danno indiretto agli azionisti*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum G.F. CAMPOBASSO*, Torino, 2007, pag.938; M. BUSSOLETTI, *Sulla "irresponsabilità" da direzione unitaria abusiva e su altre questioni aperte in tema di responsabilità ex art. 2497 c.c.*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2013, I, pagg.426-427; A.R. ADIUTORI, *Insolvenza e responsabilità nel gruppo*, Giuffrè-Milano, 2013, pag.102.

³⁵² Così, gli Autori di cui alla precedente nota. Ma anche, R. PENNISI, *La legittimazione della società diretta all'azione di responsabilità per abuso di attività di direzione e coordinamento*, in *RDS*, 2014, pag.201: «questa soluzione non sarebbe invece soddisfacente nel caso in cui il socio consegua il risarcimento prima che la società agisca. Non solo perché il danno da questi richiesto sarà inferiore a quello che può richiedere la società. Ma soprattutto perché sarebbe veramente difficile ipotizzare una ripetizione di quanto dal socio già conseguito». Cfr. altresì M. BUSSOLETTI, *Sulla "irresponsabilità" da direzione unitaria abusiva e su altre questioni aperte in tema di responsabilità ex art. 2497 c.c.*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2013, I, pagg.426-427.

³⁵³ G. SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, in *AA.VV. (a cura di P. ABBADESSA e G.B. PORTALE), Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum G.F. CAMPOBASSO*, Utet-Torino, 2007, III, pag.968. L'Autore ha il merito di precisare altresì che nel caso in cui sia la società a conseguire per prima il risarcimento, essa debba tenere a disposizione dei soci quanto percepito, per tenere indenne la società che dirige da future pretese di soci e creditori. Critico R. PENNISI, *La legittimazione della società diretta all'azione di responsabilità per abuso di attività di direzione e coordinamento*, in *RDS*, 2014, pag.202, per il quale: «la soluzione [...] non eviterà l'arricchimento del socio, il quale pro quota beneficerà ulteriormente del risarcimento incamerato dalla propria società».

³⁵⁴ A. VALZER, *Abuso di eterodirezione e regimi di responsabilità. La recente giurisprudenza del Tribunale di Milano*, in *RDS*, 2016, 1, pag.30.

concernenti «*gli stessi fatti, con vis attractiva e prevalenza da riconoscere a quello avente ad oggetto il risarcimento del danno diretto*»³⁵⁵. Da ultimo, il Tribunale meneghino, Sez. VIII, Imprese B, ha, a mio avviso, implicitamente riconosciuto la legittimazione ad agire della società eterodiretta, e fatto luce sul coordinamento delle azioni chiarendo che: «*il coordinamento tra l'esercizio dell'azione da parte della società controllata e la contemporanea azione del socio o del creditore fondata sui medesimi atti dannosi della controllante si realizza quindi nel processo e con l'allegazione in fatto e la dimostrazione del "soddisfacimento" dell'interesse del socio di minoranza o del creditore. L'azione ex art. 2497 cod. civ. avente ad oggetto il risarcimento del danno indiretto del socio di minoranza o dei creditori sarà infondata se la pretesa azionata dalla società controllata verso la controllante sarà tale da garantire il soddisfacimento all'interesse specifico dedotto in giudizio dal socio di minoranza o dai creditori per i danni da loro lamentati. Si tratta di questione di fatto da verificare di volta in volta*»³⁵⁶. Quindi, poiché il pregiudizio dei soci di minoranza non è totalmente sovrapponibile al pregiudizio della società controllata, la soddisfazione della società può non reintegrare il complessivo patrimonio del socio di minoranza, lesa dalla condotta della società capogruppo, e viceversa. Pertanto, il rispetto della regola di giudizio *ex art. 2497 cod. civ.*, sarà onere del socio allegare e provare che, dal danno ristorato alla società eterodiretta, esula una parte di danno che deve essere ristorato a suo favore; e diversamente, è onere della società madre eccepire che, il ristoro riconosciuto alla società eterodiretta è sufficiente e compensativo del danno indiretto subito dal socio.

³⁵⁵ Così, Trib. Milano, 20 dicembre 2013, in *Società*, 2015, 5, pag.560. Pur consapevole delle diversità delle fattispecie, ritengo opportuno riportare una recente ordinanza del Trib. Milano, del 25 luglio 2018, in *Fall.*, 2018, 12, pag.1491 che in ossequio alla nota sentenza della Cass. SS.UU. 23 gennaio 2017 n. 1641, ha statuito che «*Il curatore fallimentare è legittimato all'esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti dell'amministratore della società fallita, per il risarcimento dei danni derivanti alla massa dei creditori da fatti di bancarotta preferenziale compiuti mediante pagamenti eseguiti in violazione del concorso dei creditori*». Come noto, la Cassazione a Sezioni Unite, con la predetta sentenza, ha aggiunto un nuovo capitolo alle azioni di responsabilità esercitabili dal curatore fallimentare: le azioni per lesione della *par condicio creditorum*. Nel caso di specie, affrontato dal Trib. Milano si discorreva dei rapporti tra la suddetta azione e le azioni revocatorie di cui agli artt. 66 e 67 C.F.. «*E' ben vero che il danno che le due azioni mirano a ristorare è lo stesso, ma ciò significa solo che il curatore ha due azioni diverse per ottenere il risarcimento dello stesso danno e che, come ovvio, non può ottenere due volte il risarcimento di quello stesso danno. Sussistono tuttavia adeguati strumenti processuali per evitarlo*». La questione «sussistono tuttavia adeguati strumenti processuali per evitarlo» meriterebbe, a mio avviso, un ampio approfondimento, anche in relazione al c.d. abuso del processo, ma la questione esula dal presente lavoro.

³⁵⁶ Trib. Milano, 27 febbraio 2019, n. 1958, in *Società*, 2019, pag.999.

5.1 SORTE DELL'AZIONE DI RESPONSABILITÀ PER ABUSO DI DIREZIONE E COORDINAMENTO SPETTANTE ALLA SOCIETÀ CONTROLLATA DICHIARATA INSOLVENTE

Esposte le sopradette teorie, occorre ora domandarsi quale sia il “destino”, in sede fallimentare dell'azione di responsabilità *ex art 2497* cod. civ. della società dominata, e ciò, in quanto, il legislatore, diversamente dall'art. 2394 *bis* cod. civ., in logica coerenza con la predetta scelta di non prevedere esplicitamente la legittimazione espressa della società eterodiretta *in bonis*, nell'ultimo comma della disposizione, tace sul punto.

La condivisione delle predette tesi, negazione della legittimazione attiva della società *in bonis*, ovvero, riconoscimento della legittimazione attiva della società *in bonis* all'esercizio dell'azione, ha delle rilevanti conseguenze in sede fallimentare.

La prima tesi, “negazionista”, ha come necessaria conseguenza il mancato riconoscimento della legittimazione attiva del curatore, il quale, non rinvenendo tale diritto risarcitorio nel patrimonio della società fallita, non potrà esercitare la relativa azione³⁵⁷.

In tal caso il curatore esercita l'azione nella misura necessaria a soddisfare i creditori, ed i soci rimarranno, secondo il filone “possibilista” precedentemente enunciato, legittimati ad esercitare la loro azione individuale³⁵⁸.

Diversamente, ove si accolga la tesi del riconoscimento dell'interesse ad agire in capo alla società eterodiretta, la legittimazione dell'azione spetterà al curatore fallimentare³⁵⁹. Il cumolo in capo al curatore dell'azione *de qua* potrebbe così essere giustificata come riflesso del trasferimento totale della titolarità economica dell'impresa.

La legittimazione ad agire del curatore, già deriverebbe dal fatto che, con il fallimento, tutti i diritti presenti nel patrimonio del fallito trapassano in capo a lui e fra questi sarebbe certamente compreso quello risarcitorio di cui si discute, senza necessità di un'apposita norma legittimante.

³⁵⁷ G. D'ATTORRE, *Le azioni di responsabilità da direzione e coordinamento nel fallimento della “eterodiretta”*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2015, II, pag 79.

³⁵⁸ R. PENNISI, *La legittimazione della società diretta all'azione di responsabilità per abuso di attività di direzione e coordinamento*, in *RDS*, 2014, pag.203.

³⁵⁹ G. D'ATTORRE, *Le azioni di responsabilità da direzione e coordinamento nel fallimento della “eterodiretta”*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2015, II, pag 79; A.R. ADIUTORI, *Questioni in tema di art. 2497 c.c.*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2017, I, pagg.682 e 683.

Si tratta di una legittimazione “sostitutiva” di quella originariamente spettante alla società, ai soci di minoranza, e non di una autonoma azione di responsabilità derivante dalla sottoposizione dell’ente alla disciplina concorsuale.

In maniera non dissimile dalle azioni esercitanti dal curatore nelle società monadi, l’organo concorsuale della società eterodiretta, esercita tanto l’azione della società, quanto l’azione dei creditori.

La particolarità della fattispecie, come previsto per le azioni “ordinarie” ex art. 2393 e 2394 cod. civ.³⁶⁰, consiste nella circostanza che le due azioni di responsabilità, quella sociale e quella dei creditori sociali, nell’ipotesi di procedura concorsuale, confluiscono in un’unica azione al cui esercizio è legittimato l’organo concorsuale e che, assume carattere unitario ed inscindibile, cumulando i presupposti e gli scopi di entrambe le azioni³⁶¹.

³⁶⁰ Con riguardo, in generale, all’esercizio delle azioni di responsabilità di cui all’art. 146 l. fall., si veda A. NIGRO, *La responsabilità degli amministratori nel fallimento delle società*, in *RDS*, 2008, pag.761; M. FABIANI, *Fondamento e azione per la responsabilità degli amministratori di s.p.a. verso i creditori sociali nella crisi dell’impresa*, in *Riv. Soc.* 2015, pag.272.

³⁶¹ Nelle società monadi, la Cassazione ha più volte evidenziato come l’azione di responsabilità sociale ex art. 2393 cod. civ. abbia natura contrattuale e presuppone un danno prodotto alla società da ogni illecito doloso o colposo degli amministratori per violazione di doveri imposti dalla legge e dall’atto costitutivo, mentre l’azione di responsabilità verso i creditori sociali ex art. 2394 cod. civ. ha natura extracontrattuale e presuppone l’insufficienza patrimoniale cagionata dall’inosservanza di obblighi di conservazione del patrimonio sociale. Benché sono esperibili cumulativamente dal curatore fallimentare, hanno e mantengono titoli autonomi. Sicché il curatore fallimentare, quando agisce postulando indistintamente la responsabilità degli amministratori, fa valere sia l’azione che spetterebbe alla società, in quanto gestore del patrimonio dell’imprenditore fallito, sia le azioni che spetterebbero ai singoli creditori, considerate però quali “azioni di massa” in ragione dell’art. 146 l. fall.. In giurisprudenza, in luogo di molte, Cass. Civ., sez. I, 21 luglio 2010, n. 17121, in *Riv. Dir. Comm.*, 2011, 3, II, pag.319, con nota di F. GENNARI, *Azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali. Nuovi sviluppi in tema di prescrizione: «L’azione di responsabilità esercitata dal curatore del fallimento ai sensi dell’art. 146 l. fall., ha natura contrattuale e carattere unitario ed inscindibile, risultando frutto della confluenza in un unico rimedio delle due diverse azioni di cui agli art. 2393 e 2394 cod. civ.»*; Trib. Roma, 10 agosto 2017, in *Leggi d’Italia.it*: «È costante nella giurisprudenza di legittimità l’affermazione secondo cui, per effetto del fallimento di una società di capitali, le (diverse) fattispecie di responsabilità degli amministratori di cui agli artt. 2392 e 2394 c.c. confluiscono in un’unica azione, dal carattere unitario ed inscindibile, all’esercizio della quale è legittimato, in via esclusiva, il curatore del fallimento, che può, conseguentemente, formulare istanze risarcitorie verso gli amministratori, i liquidatori ed i sindaci tanto con riferimento ai presupposti della responsabilità (contrattuale) di questi verso la società, quanto a quelli della responsabilità (extracontrattuale) verso i creditori sociali»; Trib. Bologna, 17 marzo 2017, in *Leggi d’Italia.it*: «È orientamento consolidato in giurisprudenza che l’azione di responsabilità esercitata dal rappresentante della procedura compendi in sé le azioni previste ex artt. 2393 e 2394, le quali confluiscono in un’unica azione, che assume carattere unitario e contenuto inscindibile, sia perché cumula i presupposti e gli scopi di entrambe le azioni, sia perché è sempre finalizzata alla reintegrazione del patrimonio sociale visto ad un tempo come garanzia dei soci e dei creditori sociali»; Cass. 12 giugno 2007, n. 13765; Cass. 4 dicembre 2015 n. 24715.

Il curatore, dunque, subentra nella posizione processuale della società eterodiretta *in bonis* e dei suoi creditori.

Sul punto (per brevi cenni, poiché non è possibile in tale sede potersi addentrare nelle complesse questioni che il tema solleva, e, così, ai risultati a cui sono pervenuti dottrina e giurisprudenza nell'analisi della posizione processuale del curatore nelle azioni di responsabilità in ipotesi di fallimento di società monadi), non significa che il curatore possa cumulare i vantaggi relativi a tali azioni, come se gli fosse riconosciuta una sorta di “super-azione”, di “terzo tipo” di azione di responsabilità e, così, ottenere un “doppio risarcimento”³⁶². Quindi, il curatore, subentrando nella posizione processuale dei suoi *dante causa*, non può vedersi attribuire poteri e facoltà diversi o maggiori, ma è fatta salva solo la possibilità di esercitare congiuntamente le azioni autonome in procedure esperibili³⁶³.

Per quanto riguarda, invece, il possibile concorso delle azioni di cui all'art. 2497 cod. civ. esperite dal curatore e dai soci esterni, il riconoscimento alla società eterodiretta, e per essa al curatore, della legittimazione all'esercizio dell'azione risarcitoria, pone difficili problemi, forse insuperabili, di coordinamento con l'azione diretta dei soci³⁶⁴.

Da qui un ulteriore *favor* al filone interpretativo come sopra esposto che esclude la legittimazione attiva della società eterodiretta³⁶⁵, giacché non può essere eliminata la previsione legislativa della legittimazione ad agire del socio.

³⁶² Cfr. A.R. ADIUTORI, *Insolvenza e responsabilità nel gruppo*, Giuffrè-Milano, 2013, pag.104.

³⁶³ G. D'ATTORE, *Le azioni di responsabilità da direzione e coordinamento*, pag.79 e 80: «Per ambedue le azioni (n.d.r. che il curatore può esercitare cumulativamente), peraltro, si tratterebbe di una legittimazione derivata del curatore con inevitabili riflessi, soprattutto per quanto riguarda gli effetti sull'azione “sociale”, di eventuali rinunzie o transazioni perfezionate della società prima della dichiarazione di fallimento [...]. Il curatore subentra nella medesima azione spettante già alla società *in bonis* e soggiace, quindi, alle eccezioni che alla stessa potrebbero essere mosse».

³⁶⁴ F. GUERRERA, *Gruppi di società, operazioni straordinarie procedure concorsuali*, in *Dir. Fall.*, 2005, I, pag.24, il quale ritiene che sarebbe stato preferibile attribuire all'organo della procedura «una legittimazione esclusiva e onnicomprensiva ad agire per il risarcimento del danno (collettivo) arrecato dall'esercizio illecito e/o abusivo del potere di eterodirezione, a simiglianza di quanto è avvenuto nella regolamentazione del rapporto fra le azioni di cui agli artt. 2393 bis e 2394 bis cod. civ.».

³⁶⁵ R. PENNISI, *La legittimazione della società diretta all'azione di responsabilità per abuso di attività di direzione e coordinamento*, in *RDS*, 2014, pag.203; ma in particolare G. D'ATTORE, *Le azioni di responsabilità da direzione e coordinamento*, pag.80, il quale, come sopra esposto, aveva prospettato una teoria volta al riconoscimento della legittimazione attiva della società eterodiretta *in bonis*, ma a seguito di un supplemento di riflessione, muta avviso di fronte al fallimento della società eterodiretta. «Ciò rende inutilizzabile la soluzione sopra prospettata [...] in questo caso, il curatore, promuovendo o proseguendo l'azione della società, sarebbe legittimato a chiedere il risarcimento del danno complessivamente inferto al patrimonio sociale dalla

Ovvero, a mio avviso, più correttamente, l'esperibilità di entrambe le azioni, con l'accorgimento che, sebbene i danni siano collegati nella loro genesi, una volta verificatesi il fatto lesivo, le azioni si diversificano essendo il pregiudizio del socio "esterno" non completamente assorbito dal pregiudizio del patrimonio sociale, fatto valere della società eterodiretta, *rectius*, del curatore fallimentare. Qui, vengono pertanto richiamate, *in toto*, le predette conclusioni in ipotesi di esercizio dell'azione di responsabilità della società "*in bonis*".

Viceversa, l'adozione del filone interpretativo che vede l'azione dei soci estinguersi per effetto della soggezione della società eterodiretta al fallimento³⁶⁶, non pone un problema di concorso delle azioni per il medesimo danno.

Il curatore eserciterà l'azione dei creditori riconosciutagli dall'art. 2497 quarto comma, cod. civ., e l'azione della società sociale frutto della norma di cui agli art. 42 e 43 l. fall. per le quali, con la dichiarazione di fallimento, la legittimazione sostanziale e processuale per l'esercizio e la tutela dei diritti del fallito, quindi della società, spetta al curatore.

6. QUALI NOVITÀ DAL CODICE DALLA CRISI E DELL'INSOLVENZA?

Per quanto fin qui esposto, è ora possibile passare all'esame delle disposizioni introdotte nel nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (CCII), licenziato in data 12 gennaio 2019.

Le novità introdotte dal Codice riguardano, tanto i presupposti della responsabilità, anche in connessione alla previsione di specifici doveri e conseguenti responsabilità per la c.d. fase di allerta, e tanto i criteri di determinazione del danno risarcibile³⁶⁷.

illecita condotta della capogruppo, così sovrapponendosi, per una parte, alla concorrente richiesta risarcitoria del socio. Esclusa, per le ragioni già esposte, la possibilità di superare l'impasse [...] non resterebbe che "arrendersi" all'eventualità di una duplicazione dei danni risarcibili in capo alla capogruppo. Ciò a meno di ritenere che il manifestarsi anche di questa insuperabile criticità costituisca l'ennesimo argomento contrario al riconoscimento della legittimazione ad agire in capo alla società; conclusione che, forse, si lascia complessivamente preferire per la maggiore coerenza con il sistema, accompagnata dalla sufficiente tutela di tutti gli interessi coinvolti».

³⁶⁶ A.R. ADIUTORI, *Questioni in tema di art. 2497 c.c.*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2017, I, pag.683.

³⁶⁷ Su questi punti, che esulano dalla cornice della trattazione *de qua* (giacché per una corretta comprensione occorre una accurata e dettagliata ricostruzione della disciplina attuale che non è possibile in questa analisi, se non in maniera lacunosa e inefficiente), per un maggiore approfondimento si rinvia a N. ABRIANI, *Doveri e responsabilità degli amministratori e dei sindaci*, in *Italia Oggi*, 2, del 23 gennaio 2019; A. BARTALENA, *Le*

Ma *prima facie*, non pare che altrettante novità siano state introdotte anche con riferimento all'identificazione dei legittimati attivi delle azioni di responsabilità in ipotesi di fallimento, ora liquidazione giudiziale, della società inserita all'interno di un gruppo.

Stante l'impronta dell'analisi fin qui condotta, si darà conto, seppur per soli cenni, solo di questi ultimi aspetti. Con una precisazione iniziale: le considerazioni che seguono sono *in itinere* e *in divenire*, stante la scarsa letteratura sul punto e la constatazione che la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza risale al 14 febbraio 2019³⁶⁸.

azioni di responsabilità nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, in *Fall.*, 2019, pag.298 e quanto già esposto al Cap. I, par. 5.

³⁶⁸ Si richiama in tale sede quanto già esposto in nota n. 72, con un'ulteriore precisazione. L'entrata in vigore del decreto legislativo recante il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza è prevista 18 mesi decorrenti dalla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale. Ma sono già entrate in vigore, 30 giorni dalla pubblicazione, diverse disposizioni *ex art.* 389 CCII. Tra queste, non vi rientrano le previsioni dedicate alla disciplina del gruppo di imprese in crisi o insolvente. Ciononostante, la società madre non è completamente "indifferente" alle norme di immediata applicazione previste dal nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Difatti, non solo è di immediata applicazione l'obbligo delle imprese di adeguare l'assetto organizzativo delle stesse al nuovo art. 2086 del cod. civ., ma tra le norme di immediata applicazione *ex art.* 389 CCII, vi sono proprio quelle in materia di azioni di responsabilità. Tra queste vi è l'art. 378 del d. lgs. 14/2019 (Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza), che ha aggiunto all'art. 2486 cod. civ., rubricato "Responsabilità degli amministratori", un nuovo terzo comma. Qui, il legislatore riformatore ha innovato il dettato normativo recependo un criterio già accolto dalla giurisprudenza (Cass. 20 aprile 2017 n. 9983 e la fondamentale in materia Cass. SS.UU. 9100/2015), ed ha così stabilito: «*Quando è accertata la responsabilità degli amministratori a norma del presente articolo, e salva la prova di un diverso ammontare, il danno risarcibile si presume pari alla differenza tra il patrimonio netto alla data in cui l'amministratore è cessato dalla carica o, in caso di apertura di una procedura concorsuale, alla data di apertura di tale procedura e il patrimonio netto determinato alla data in cui si è verificata una causa di scioglimento di cui all'articolo 2484, detratti i costi sostenuti e da sostenere, secondo un criterio di normalità, dopo il verificarsi della causa di scioglimento e fino al compimento della liquidazione. Se è stata aperta una procedura concorsuale e mancano le scritture contabili o se a causa dell'irregolarità delle stesse o per altre ragioni i netti patrimoniali non possono essere determinati, il danno è liquidato in misura pari alla differenza tra attivo e passivo accertati nella procedura*». Così, in breve, il criterio dei netti patrimoniali assurge al rango di criterio principe per la quantificazione del danno derivante da atti di *mala gestio*. Criterio che è applicabile anche alle azioni di responsabilità oggetto del presente esame. Ma qui, occorre dare conto di un ulteriore profilo: il problema dell'applicabilità delle nuove disposizioni dell'art. 2486 cod. civ. ai processi in corso alla data del 16 marzo 2019 (data di entrata in vigore dell'art. 378 CCII). Ponendo l'enfasi sulla distribuzione dell'onere della prova si potrebbe ritenere valido il principio del *tempus regit actum*, con conseguente applicazione immediata della novella anche ai processi in corso. Diversamente, propendendo per la natura prevalentemente sostanziale della norma in commento, si potrebbe conseguentemente giungere all'inapplicabilità ai giudizi in corso del novellato art. 2486 cod. civ. in virtù di quanto previsto dall'art. 11 delle Preleggi «*La legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo*». Un utile spunto di riflessione può rinvenirsi nella sentenza n. 3231/1987 della Corte di Cassazione che ha affrontato il problema relativo all'applicabilità, ai giudizi in corso, del novellato primo comma dell'art.

L'incipit dell'analisi potrebbe essere fornito da una nota espressione: *“nulla nova, bona nova”*.

L'art. 255 lettera *d*) del d. lgs. 12 gennaio 2019, prevede in caso di liquidazione giudiziale, l'attribuzione al curatore della legittimazione ad esercitare, o, se pendente, a proseguire, *«l'azione prevista dall'art. 2497, quarto comma, del Codice Civile»*, come riformulato dall'art. 382, comma terzo, del CCII³⁶⁹. L'art. 255 CCII viene poi a raccordarsi con le disposizioni introdotte per la regolazione della crisi delle imprese appartenenti ad un gruppo, di cui agli artt. 284 e ss. CCII. Qui, l'art. 291 CCII prevede che il curatore *«è legittimato ad esercitare le azioni di responsabilità previste dall'art. 2497 del Codice Civile»*, nonché con l'art. 307 CCII per il quale l'azione di responsabilità a norma dell'art. *«2497 del Codice Civile, è esercitata dal commissario liquidatore»*.

Per meglio dire, il liquidatore giudiziale (*ex* curatore fallimentare), è legittimato ad esercitare l'azione dei creditori sociali, sia essa diretta, ai sensi del primo comma, contro la società madre che abbia abusivamente diretto e coordinato le società controllate, sia essa promossa nei riguardi degli altri soggetti individuati nel primo capoverso dell'art. 2497 cod. civ.³⁷⁰.

Percorrendo questa interpretazione, il legislatore ha utilizzato il “plurale” per indicare la moltitudine di azioni che si cumulano in capo al liquidatore delle varie società appartenenti al gruppo, pregiudicate dalla abusiva condotta di direzione e coordinamento della *holding*. Ovvero, per indicarne la pluralità di soggetti, società madre, amministratori, sindaci e terzi, nei cui confronti può essere intrapresa l'azione di cui all'art. 2497, comma primo e comma secondo cod. civ..

1784 cod. civ.. In tale circostanza la Suprema Corte ha stabilito che *«la legge non ha regolato il fatto o l'atto generatore del rapporto, ma soltanto un effetto di esso non ancora esaurito (ammontare del risarcimento del danno)»*. Ne consegue che *«la legge sopravvenuta deve essere comunque applicata quando il rapporto giuridico disciplinato, sebbene sorto anteriormente, non abbia ancora esaurito i suoi effetti e purché la norma innovatrice non sia diretta a regolare il fatto o l'atto generatore del rapporto ma gli effetti di esso»*.

³⁶⁹ Il terzo comma del citato art. 382 stabilisce che l'ultimo comma dell'art. 2497 cod. civ. sia sostituito come segue: *«nel caso di liquidazione giudiziale, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria di società soggetta ad altrui direzione e coordinamento, l'azione spettante ai creditori di questa è esercitata dal curatore o dal commissario liquidatore o dal commissario straordinario»*.

³⁷⁰ Così, G. SCOGNAMIGLIO, *I gruppi di impresa nel CCII: fra unità e pluralità*, in *Società*, 2019, pag.423, che laconicamente ritiene: *«deve pertanto ritenersi, in ossequio all'indicazione contenuta nell'art. 2497, comma 4, che le azioni rispetto alle quali sussiste la legittimazione attiva del curatore sono quelle spettanti ai creditori delle società sottoposte a direzione e coordinamento ed aventi il loro presupposto nel pregiudizio arrecato, per effetto dell'esercizio scorretto ed in questo senso illegittimo, dell'attività di direzione e coordinamento, all'integrità del patrimonio della società eterodiretta»*.

Ma diversamente opinando, il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza parrebbe, dal suo tenore letterale, attribuire al liquidatore giudiziale, non solo la legittimazione per l'esercizio delle azioni *ex art. 2497*, comma primo, cod. civ., dei creditori, ma anche dei soci "esterni"³⁷¹.

Difatti, l'attuale formulazione usa il plurale, "azioni di responsabilità", dizione enfatizzata dalla relazione di accompagnamento, che parla di «*attribuzione al curatore della legittimazione all'esercizio di tutte le azioni di responsabilità contemplate dall'art. 2497 cod. civ.*» (enfasi aggiunta)³⁷².

Ma se così fosse, la norma, *rectius*, l'interpretazione sarebbe in contrasto con l'art. 255 CCII che, ricordo, attribuisce al curatore, la sola azione prevista dal quarto comma, dell'art. 2497 cod. civ.; ma altresì, mi pare in contrasto con l'art. 382, comma terzo, CCII, che nel ridefinire il quarto comma dell'art. 2497 cod. civ. si è limitato ad espungere dalla norma il riferimento al fallimento, per prevedere la "liquidazione giudiziale". Così, indirettamente confermando che il curatore possa esercitare la sola azione spettante ai soci creditori della società eterodiretta dichiarata insolvente.

Senonché, l'analisi si complica, data la disposizione dell'art. 255, lett. e), CCII, che dispone il riconoscimento in capo al curatore della legittimazione ad agire per «*tutte le altre azioni di responsabilità che gli sono attribuite da singole disposizioni di legge*».

Da qui, una "lettura in negativo" della norma, trova conferma la volontà del legislatore di non attribuire al curatore l'azione del socio "esterno" previsto dall'art. 2497 cod. civ..

Ciò che appare dalla disciplina come sopra esposta, è che il dato letterale non aiuta a risolvere le sopraesposte questioni di identificazione e coordinamento delle azioni esercitabili da parte del curatore in caso di fallimento, *rectius*, liquidazione giudiziale, di una società soggetta all'altrui attività di direzione e coordinamento. E così, si ripropongono i medesimi problemi interpretativi ampiamente illustrati in precedenza.

³⁷¹ In tal senso, L. BENEDETTI, *La disciplina dei gruppi d'impresa e il piano unitario di risanamento*, in *Italia Oggi*, n. 2, 23 gennaio 2019, pag.158. Ma, poco oltre, l'Autore muta avviso e ritiene che la legittimazione del curatore sia limitata alle sole azioni dei creditori della eterodiretta.

³⁷² Sottolinea N. ABRIANI, *Le azioni di responsabilità alla luce del codice della crisi*, in *Italia Oggi, La riforma del fallimento*, n. 2, 23 gennaio 2019, pag.61, che il plurale è giustificato non dalla attribuzione al liquidatore giudiziale dell'azione spettante ai soci di minoranza di cui al, comma primo dell'art. 2497 cod. civ., per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, bensì, in quanto in capo al curatore si compendia non solo l'azione dei creditori della società eterodiretta, ma anche «*l'azione risarcitoria che giurisprudenza tende a riconoscere anche alla stessa società abusivamente eterodiretta*».

CAPITOLO IV

LA LEGITTIMAZIONE PASSIVA

SOMMARIO: 1. PREMESSA: I SOGGETTI RESPONSABILI PER L'ATTIVITÀ DI DIREZIONE E COORDINAMENTO "ABUSIVA". LE SOCIETÀ E GLI ENTI – 2. LA COMPARTECIPAZIONE ALL'ABUSO DI ETERODIREZIONE EX ART. 2497, COMMA SECONDO, COD. CIV. – 2.1. *SEGUE*. LA RESPONSABILITÀ DI CHI HA CONSAPEVOLMENTE TRATTO BENEFICIO – 3. IL TERZO COMMA DELL'ART. 2497 COD. CIV. E IL PROBLEMA DELLA LEGITTIMAZIONE PASSIVA DELLA SOCIETÀ ETERODIRETTA – 4. LA LEGITTIMAZIONE PASSIVA DELLA *HOLDING* PERSONA FISICA – 5. RIFLESSIONI CONCLUSIVE: UN BREVE CONFRONTO CON LA RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE

1. PREMESSA: I SOGGETTI RESPONSABILI PER L'ATTIVITÀ DI DIREZIONE E COORDINAMENTO "ABUSIVA". LE SOCIETÀ E GLI ENTI

L'esposizione che segue avrà ad oggetto il profilo dei legittimati passivi delle azioni di cui all'art. 2497 cod. civ., ovvero i soggetti sui quali grava l'obbligo risarcitorio nei confronti dei soci "esterni" e creditori della società eterodiretta che abbiano subito un pregiudizio dall'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento e, così, nei confronti del fallimento della società eterodiretta, la cui individuazione, naturalmente, esercita influenza diretta sulle vicende "fallimentari" oggetto del presente lavoro.

Nonostante la precisione nell'elencare o nel qualificare i soggetti obbligati, l'art. 2497 cod. civ. ha suscitato diversi problemi interpretativi in ordine alla natura dei soggetti indicati.

Non è un caso, infatti, che le difficoltà e perplessità in merito all'individuazione dei possibili legittimati passivi all'azione si siano tradotte anche nella stesura dell'art. 2497 cod. civ., che proprio in riferimento all'individuazione dei soggetti responsabili, ha subito significative modifiche rispetto alla versione che durante i lavori preparatori era stata prevista.

Inizialmente, si identificava il soggetto responsabile in «*chi, esercitando a qualunque titolo, attività di direzione e coordinamento di società*», in violazione dei principi di corretta gestione societaria, arrecava un pregiudizio ai soci ovvero ai creditori della società eterodiretta³⁷³. Così facendo, il legislatore aveva recepito il dato, già da tempo acquisito in

³⁷³ Per un approfondimento, cfr. *Riv. Soc.* 2002, pag.1346 e segg.. L'espunzione del pronome "chi" in favore del sintagma "società o enti" ha interessato anche l'art. 2497 *bis*, dove in particolare era originariamente prevista l'iscrizione nell'apposita sezione del registro delle imprese «*dei soggetti, persone fisiche, enti o società, che esercitano attività di direzione e coordinamento*» e gli art. 2497 *sexies* e 2497 *septies* cod. civ..

via interpretativa, della pari configurabilità della *holding*, nelle due figure della società e della persona fisica³⁷⁴.

Nel passaggio dallo schema approvato dal Consiglio dei Ministri il 20 settembre 2002³⁷⁵, al testo definitivo attualmente in vigore, è stato sostituito il pronome “chi”, con l’espressione «*le società o gli enti che [...]*».

In tal modo, la responsabilità per il cattivo esercizio dell’attività di direzione e coordinamento parrebbe limitata ai soli soggetti diversi dalle persone fisiche, che, per tale ragione, appare possano incorrere in responsabilità per un titolo diverso, ovvero, in base al secondo comma dell’art. 2497 cod. civ.³⁷⁶. Ma sulla questione si ritornerà successivamente. Nella sua genericità³⁷⁷, la norma individua comunque due soggetti chiamati ad una responsabilità della gestione unitaria del gruppo: *i) la società e ii) l’ente*.

L’unico riferimento a “chi” permane, invece, negli artt. 2497 *quinquies* cod. civ., che disciplina i finanziamenti infragruppo e, 2497 *quater*, comma primo, lett. *b)*, cod. civ. che disciplina il diritto di recesso del socio di società soggetta ad attività di direzione e coordinamento. Pare opportuno, dare conto altresì di una evidente discrasia nel sistema codicistico legato all’identificazione del soggetto che esercita attività di direzione e coordinamento e la cui condanna *ex art.* 2497 cod. civ., divenuta esecutiva, legittima il socio ad esercitare il proprio diritto di recesso.

³⁷⁴ Così, in giurisprudenza, per tutte, la nota Cass. SS.UU. 26 febbraio 1990, n.1439, in *ex multis Fall.*, 1990, pag.495, nonché, per ulteriori riferimenti e approfondimenti, cfr. nota n.21.

³⁷⁵ Per la formulazione originaria dell’art. 2497 cod. civ. vedi *Riv. Soc.*, 2002, pag.1346 e segg..

³⁷⁶ Sul punto verrà dato ampio rilievo nel prosieguo. Si mette conto in tale sede che R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. Comm.*, 2003, pag.661, evidenzia le difficoltà del legislatore nella scelta compiuta, rispetto al testo dello schema governativo indicando come il terzo comma faccia riferimento, come soggetti passivi dell’azione di responsabilità, esclusivamente alle società o agli enti, mentre il secondo comma, “ri”utilizza il pronome “chi”. In dottrina non sono mancate critiche alla decisione di escludere le persone fisiche, dai soggetti obbligati *ex art.* 2497 comma primo, cfr. S. SILVESTRINI, *La legittimazione attiva e passiva nell’azione di responsabilità per scorretto esercizio*, in *Società*, 2013, pag.934; G. GUIZZI, *Eterodirezione dell’attività sociale responsabilità per mala gestio nel nuovo diritto dei gruppi*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2003, I, pag.439. Ritiene, invece, impossibile configurare una responsabilità delle persone fisiche a titolo di concorso L. BENEDETTI, *La responsabilità “aggiuntiva” ex art. 2497, 2° co., cod. civ.*, Giuffrè-Milano, 2012, pag.210, il quale propone una applicazione analogica dell’art. 2497, comma primo, cod. civ. anche alle persone fisiche. In giurisprudenza, Trib. Verona, 11 ottobre 2012, in *Società*, 2013, pag.84, ove si è affermata l’applicabilità della disciplina di cui agli artt. 2497 cod. civ. e segg. anche nei casi in cui ad esercitare attività di direzione e coordinamento sia una persona fisica o *holding* di fatto.

³⁷⁷ Si ricorda l’incipit, di G. SCOGNAMIGLIO, “*Clausole generali*” principi di diritto e disciplina nei gruppi di società, in *Riv. Dir. Priv.*, 2011, pag.517: «*Le disposizioni in materia di direzione e coordinamento di società [...] offrono alla nostra considerazione un modello di disciplina per “clausole generali”, che contiene ed enuncia, esplicitamente o implicitamente, anche taluni innovativi “principi giuridici”*».

La disposizione riveste un indubbio carattere innovativo. Come abbiamo visto, costituisce una “rivoluzione copernicana” posto che l’art. 3, comma 10 della l. 3 aprile 1979, n. 95, riformata dal successivo art. 90 d. lgs. 270/1999, che costituisce l’antesignana della disposizione *de qua*, prevedeva la responsabilità dei soli amministratori dell’“ente dirigente”, e solo in via interpretativa si arrivava ad estendere la responsabilità all’“ente” stesso.

Nell’art. 2497 cod. civ. la responsabilità viene imputata direttamente alla persona giuridica *holding*, la quale risponderà col proprio patrimonio del pregiudizio arrecato ai soci di minoranza e creditori della società eterodiretta, e solo in via solidale vengono coinvolti gli amministratori della capogruppo, per il tramite del secondo comma dell’art. 2497 cod. civ.. 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 ente³⁷⁸. *Rectius*, nella visione “patologica”, oggetto del presente lavoro, poiché l’attività di direzione e coordinamento può essere svolta da qualsiasi tipologia di società, la responsabilità *ex art. 2497 cod. civ.*, sorge indipendentemente dal tipo societario assunto³⁷⁹.

³⁷⁸ Così anche F. GALGANO, *Direzione e coordinamento di società. Artt.2497-2497 septies cod. civ.*, in *Commentario al Codice Civile A. SCIALOJA, G. BRANCA*, (a cura di) F. GALGANO, Zanichelli-Bologna, 2005, pag.65; A. BADINI CONFALONIERI, R. VENTURA, *Commento art. 2497 cod. civ.*, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da G. COTTINO, G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI, Bologna, 2004, III, pag.2168, evidenziano che nel primo comma dell’art. 2497 cod. civ., 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.

³⁷⁹ In questo senso, M. RESCIGNO, *Eterogestione e responsabilità nella riforma societaria fra aperture ed incertezze: una prima riflessione*, in *Società*, 2003, pag.334, che ritiene che le norme sulla direzione e coordinamento di società siano trasversali a tutti i tipi di società. 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 estensibile, come detto, a tutti i tipi di società. Così anche I. FAVA, *I gruppi di società e la responsabilità da direzione unitaria*, in *Società*, 2003, pag.1197 e segg.; R. RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Società*, 2004, pag.538; C. ESPOSITO, *La “categoria” dell’abuso nella personalità giuridica dopo la riforma del diritto delle società di capitali*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2006, pag.75. Si vedano, altresì, tra gli altri, M. CALLEGARI, *I gruppi di società*, in AA.VV., *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009*, Commentario diretto da G. COTTINO, G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI, Zanichelli-Bologna, 2009, pag.1062; N. RONDINONE, *Società (gruppi di)*, in *Digesto, Disc. Priv. Sez. Comm.*, 2009, pag.602; P. MONTALENTI, *Le diverse forme giuridiche dei soggetti economici al Convegno dell’Osservatorio del Diritto Societario, tenutosi a Milano, il 19 gennaio 2012*, in AA.VV., *Le diverse forme giuridiche dei soggetti economici in Italia dopo la crisi: i risultati di una ricerca*, Il Sole24ore, 2012, pagg.54 e 58; V. CARIELLO, *Direzione e coordinamento*, in *Società di capitali*, (a cura di) G. NICOLINI, A. STAGNO D’ALCONTRES, 2004, pag.1868 e pag.1869, nota n. 55; U. TOMBARI, *Disciplina del*

Quindi, in aderenza al principio di effettività³⁸⁰, ciò che rileva è lo svolgimento concreto dell'attività e non la forma del vincolo organizzativo utilizzato per il compimento dell'attività di direzione e coordinamento. Da qui, il richiamo generico al sostantivo "società", porta a ricomprendere ogni possibile tipo societario, di capitali o persone, e società di fatto³⁸¹.

Si tratta quindi di una disciplina che opera a prescindere dalla forma giuridica delle imprese che la compongono ed estensibile, come detto, a tutti i tipi di società.

In particolare, non si può dubitare della possibilità che la società madre possa essere una società di persone³⁸², vista la disciplina di cui all'art. 2361, primo capoverso, cod. civ., con il quale è stato espressamente previsto, pur con le dovute cautele in ordine all'acquisto e alle informazioni, la possibilità alle società per azioni di assumere partecipazioni in imprese comportanti una responsabilità illimitata³⁸³.

La categoria degli "enti" di cui all'*incipit* dell'art. 2497 cod. civ. ricomprende sia gli enti di fatto che di diritto. Ma la responsabilità *de qua* parrebbe essere esclusa per gli enti pubblici non economici, i comitati, le associazioni e le fondazioni, sulla base della mancanza di un

gruppo di imprese e riflessi sulle procedure concorsuali, in *Fall.*, 2004, pag.1165. *Contra*, L. GUGLIELMUCCI, *La responsabilità ed attività di direzione e coordinamento*, in *Dir. Fall.*, 2005, pag.49.

³⁸⁰ Cfr. nota n. 126.

³⁸¹ Per P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. Soc.*, 2007, pag.323, possono configurarsi quali legittimati passivi dell'azione di responsabilità, oltre che tutte le società di capitali, anche le società di persone commerciali regolari, le società di persone commerciali di fatto e occulte, le società semplici, ove l'attività di direzione e coordinamento sia attività d'impresa *tout court* e non solo commerciale; I. FAVA, *I gruppi di società e la responsabilità da direzione unitaria*, in *Società*, 2003, pag.1197 e segg.. *Contra* L. GUGLIELMUCCI, *La responsabilità ed attività di direzione e coordinamento*, in *Dir. Fall.*, 2005, pag.42 per il quale: «l'esclusione dell'applicabilità della normativa in esame alla holding persona fisica pone poi il problema della riferibilità della norma dell'art. 2497 a tutte le società – ivi comprese quelle di tipo personale – e soprattutto alle società di fatto: e se la disciplina, riferendosi genericamente alle società, senza distinguere fra società di capitali e società personali, non sembra autorizzare un'interpretazione restrittiva, appare tuttavia tarata con riguardo alle società regolarmente costituite, sicché la sua applicazione alle società di fatto sembra difficilmente sostenibile». Quanto alla possibilità di configurare un gruppo cooperativo sottoposto al Capo IX, e dunque riconducibile nell'ambito dei soggetti responsabili, si ricorda la disciplina dell'art. 2545 *septies* cod. civ..

³⁸² Salvo l'opinione contraria di L. GUGLIELMUCCI, *La responsabilità ed attività di direzione e coordinamento*, in *Dir. Fall.*, 2005, pag.42.

³⁸³ Art. 2361, comma secondo, cod. civ.: «L'assunzione di partecipazioni in altre imprese comportante una responsabilità illimitata per le obbligazioni delle medesime deve essere deliberata dall'assemblea; di tali partecipazioni gli amministratori danno specifica informazione nella nota integrativa del bilancio».

interesse imprenditoriale, come richiesto dalla legge, quando questi agiscano senza un criterio di obiettiva economicità³⁸⁴.

Questa interpretazione ha trovato conferma nella previsione dell'art. 19, comma 6, d.l. 1 luglio 2009 n. 78, convertito nella l. 3 agosto 2009 n. 102, c.d. decreto "Salva Alitalia"³⁸⁵, che, nel fornire l'interpretazione autentica dell'art. 2497, comma primo, ha escluso l'applicazione della disciplina del Capo IX del Titolo II del Libro V del Codice Civile allo Stato, ma l'ha espressamente estesa ai soggetti giuridici collettivi che detengano «*la partecipazione sociale nell'ambito della propria attività imprenditoriale ovvero per finalità di natura economica o finanziaria*»³⁸⁶.

Pertanto, e concludendo sul punto, gli enti pubblici territoriali che svolgono un'attività articolata in più soggetti giuridicamente autonomi, assumono la "qualifica" di società madre e restano esposti alla responsabilità *ex art. 2497 cod. civ.*³⁸⁷.

³⁸⁴ Cfr. C. IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv. Soc.*, 2005, pag.7; F. GALGANO, *Direzione e coordinamento di società. Artt.2497-2497 septies cod. civ.*, in *Commentario al Codice Civile A. SCIALOJA, G. BRANCA*, (a cura di) F. GALGANO, Zanichelli-Bologna, 2005, pag.60.

³⁸⁵ Art. 19: «*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*».

³⁸⁶ Critica la scelta dell'art. 19, comma 6, di sottrarre lo Stato dal novero dei soggetti esposti alla disciplina della direzione e coordinamento, V. CARIELLO, *Brevi note critiche sul privilegio dell'esonero dello Stato dall'applicazione dell'art. 2497, comma 1°, cod. civ. (Art. 19, comma 6°, d.l. n. 78/2009)*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2010, I, pag.343 segg. e specie a pag.354e segg. Per ulteriori riferimenti F. FIMMANÒ, *La responsabilità da abuso del dominio dell'ente pubblico in caso di insolvenza della società controllata*, in *Dir. Fall.*, 2010, I, pag.724 e segg..

³⁸⁷ Non si mette conto qui di ulteriori problemi interpretativi della norma, quali l'esclusione dello Stato dal novero dei soggetti responsabili per l'esercizio di attività di direzione e coordinamento, la cui valutazione di legittimità richiederebbe ulteriori riflessioni. Per ulteriori approfondimenti e riferimenti, S. SILVESTRINI, *La legittimazione attiva e passiva nell'azione di responsabilità per scorretto esercizio*, in *Società*, 2013, pag.938; M. CARLIZZI, *La direzione unitaria e le società partecipate dagli enti pubblici*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2010, I, pag.1177 e segg.; G. SBISÀ, *Commento all'art. 2497 cod. civ.. Commi 1 e 2*, in AA.VV. (a cura di G. SBISÀ), *Direzione e coordinamento di società. Artt. 2947-2947 septies cod. civ.*, *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI, L.A. BIANCHI, F. GHEZZI, M. NOTARI, 2012, pag.71 e segg.; F. GALGANO, *Direzione e coordinamento di società. Artt.2497-2497 septies cod. civ.*, in *Commentario al Codice Civile A. SCIALOJA, G. BRANCA*, (a cura di) F. GALGANO, Zanichelli-Bologna, 2005, pag.79 e segg.; P. MONTALENTI, *Le società a partecipazione pubblica: spunti di riflessione*, in *Nuovo Dir. Soc.*, 2010, pag.17; e da ultimo, F. FIMMANÒ, *Le società in house, tra giurisdizione, responsabilità ed insolvenza*, in *Il Caso.it*, 8 aprile 2014; F. FIMMANÒ, *La responsabilità da abuso del dominio dell'ente pubblico in caso di insolvenza della società controllata*, in *Dir. Fall.*, 2010, I, pag.724 e segg. e, in particolare, pag.741 e segg..

Il limite soggettivo così introdotto dall'art. 2497, comma primo, cod. civ. deve peraltro essere coordinato con quanto previsto nel comma secondo, secondo il quale rispondono in solito con la *holding* coloro che abbiano comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, coloro che ne hanno consapevolmente tratto beneficio³⁸⁸. Quindi, nell'intento di rafforzare la tutela risarcitoria individuale dei soci e dei creditori, il legislatore ha previsto la propagazione della responsabilità ascrivibile alla società madre a tutti i coautori materiali e beneficiari consapevoli dell'atto di eterodirezione abusiva.

Così individuati brevemente i soggetti legittimati passivi, nei prossimi paragrafi verranno affrontati, con maggiore dettaglio, i profili maggiormente problematici che emergono dall'art. 2497 cod. civ. e, così, la legittimazione passiva del secondo comma dell'art. 2497 cod. civ.. Si darà altresì conto, seppur per brevi cenni, dei problemi interpretativi che ha suscitato il terzo comma dell'art. 2497 cod. civ., da qui la configurabilità della legittimazione passiva della società eterodiretta.

E ancora. Come sopra esposto, ai sensi dell'art. 2497, comma primo, cod. civ., è necessario che sia stata posta in essere una attività di direzione coordinamento da parte di una società o di un ente, limitando, sembrerebbe, l'ambito applicativo del comma primo della suddetta norma ai soli soggetti diversi dalle persone fisiche, che, a questa stregua, parrebbero incorrere in responsabilità solo quali coobbligati in solido ai sensi dell'art. 2497, comma secondo, cod. civ.³⁸⁹. Perciò, da ultimo, ma non per questo, meno importante, verrà affrontata

³⁸⁸ La norma, nella sua prima parte, consente di ricomprendere tra i responsabili in solido, gli amministratori, i direttori generali, i managers della *holding*, quali autori materiali dell'attività pregiudizievole. Ad essi potrebbero aggiungersi i sindaci, art. 2407, comma secondo, cod. civ., le società di revisione contabile, art. 2409 *sexies*, i componenti del comitato di sorveglianza e quelli del consiglio di gestione della *holding*, a condizione, naturalmente, di dimostrare il nesso di causalità tra i loro rispettivi comportamenti colposi ed il danno cagionato ai soci e ai creditori della società controllata. La seconda parte dell'art. 2497 cod. civ., laddove la norma estende la responsabilità anche a coloro che hanno consapevolmente tratto beneficio dal fatto lesivo, sembrerebbe riferirsi, ad esempio, ai creditori della *holding*, che abbiano sollecitato i suoi amministratori a perseguire una determinata politica di gruppo nella consapevolezza di trarne vantaggi anche a scapito dei soci e dei creditori della controllata, così come ad altra società del gruppo a favore della quale sia state abusivamente trasferite risorse altrimenti destinate alla controllata danneggiata. Cfr. V. SALAFIA, *La responsabilità della società holding verso i soci di minoranza delle controllate*, in *Società*, 2004, pag.5; F. GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, in *Contratto e Impresa*, 2002, pag.1043.

³⁸⁹ Come appresso verrà meglio esposto, la dottrina, attraverso la finestra del comma secondo, ha cercato di recuperare la responsabilità della *holding* persona fisica, altrimenti esclusa dalla porta del comma primo. Così, R. RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Società*, 2004, pag.544.

la questione della responsabilità della persona fisica che, secondo il tenore letterale della norma, sarebbe esclusa dall'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento³⁹⁰.

2. LA COMPARTICIPAZIONE ALL'ABUSO DI ETERODIREZIONE EX ART. 2497, COMMA SECONDO, COD. CIV.

Il secondo comma dell'art. 2497 cod. civ., consente di affiancare alla responsabilità della società madre, in rapporto di solidarietà passiva, chi «*abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi ne abbia tratto beneficio*».

Così, alla responsabilità diretta della società o ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento, il legislatore, ex art. 2497, comma secondo, cod. civ., estende questa responsabilità a chi ha partecipato al fatto lesivo e a chi ha profittato della condotta della società madre traendone un vantaggio.

La distinzione delle due fattispecie *ivi* previste ha un evidente rilievo pratico, ciò in quanto la partecipazione al fatto lesivo, *rectius*, il concorso all'inadempimento, ai sensi del comma secondo, prima parte, dell'art. 2497 cod. civ., comporta un obbligo solidale di risarcimento integrale del danno, al pari della disposizione sul concorso nell'illecito civile contenuta nell'art. 2055 cod. civ.³⁹¹. Al contrario, quando la responsabilità viene affermata per il beneficio che se ne è ricavato, l'obbligo solidale opera solo nei limiti del vantaggio conseguito³⁹².

³⁹⁰ Si ricorda anche che il tessuto economico del nostro paese è caratterizzato da imprese di piccola media dimensione, cfr. nota n.3 e A.R. ADIUTORI, *Insolvenza e responsabilità nel gruppo*, Giuffrè-Milano, 2013, pag.9 e segg.. L'esclusione della persona fisica dai soggetti responsabili per attività "abusiva" di direzione e coordinamento porta ad «*applicare lo strumento più incisivo della riforma ad ipotesi quasi marginali [...] che sarebbe come acquisire un'arma per impellenti esigenze di difesa personale e poi caricarla a salve*», così A. NIUTTA, *La novella del Codice Civile in materia societaria: luci ed ombre nella nuova disciplina sui gruppi di società*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2003, I, pag.390.

³⁹¹ Per l'inquadramento sistematico della fattispecie di cui al comma secondo dell'art. 2497, prima parte, cod. civ., nella previsione dell'art. 2055 cod. civ. si veda L. BENEDETTI, *La responsabilità "aggiuntiva" ex art. 2497, 2° co., cod. civ.*, Giuffrè-Milano, 2012, pag.48 e segg..

³⁹² In tale sede verrà, *in primis*, dato rilievo ai comportamenti "attivi" disciplinati dall'art. 2497, secondo comma, cod. civ. e nel successivo paragrafo verranno dati brevi cenni ai comportamenti "passivi" ex art. 2497, secondo comma, cod. civ.. La dottrina è concorde nel ritenere le due fattispecie disciplinate nel secondo comma dell'art. 2497, cod. civ., diverse. Così G. SBISÀ, *Commento all'art. 2497 cod. civ. Commi 1 e 2*, in AA.VV. (a cura di G. SBISÀ), *Direzione e coordinamento di società. Artt. 2947-2947 septies cod. civ., Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI, L.A. BIANCHI, F. GHEZZI, M. NOTARI, 2012, pag.97; L. BENEDETTI, *La responsabilità "aggiuntiva" ex art. 2497, 2° co., cod. civ.*, Giuffrè-Milano, 2012, pag.48; A.

Anche il secondo comma dell'art. 2497 cod. civ., conferma la portata innovativa introdotta nel Capo IX del Titolo V del Libro V del Codice Civile, in quanto la responsabilità grava, in via principale, sulla società o ente dominante e solo in "seconda battuta", su altri soggetti, non individuati specificamente, ma tra i quali sicuramente rientrano gli organi amministrativi della dominante. È evidente, ancora una volta, la diversa impostazione della norma in esame rispetto a quella risultante dall'art. 90, d. lgs. 8 luglio 1999, n. 270 in quanto, prima della riforma societaria, si "partiva" dalla responsabilità degli amministratori della capogruppo per "arrivare" a quella della capogruppo medesima. Oggi, invece, il meccanismo opera in senso opposto³⁹³.

Così brevemente inquadrata la fattispecie dell'art. 2497, comma secondo, cod. civ., l'analisi si concentrerà sulla prima parte del secondo comma dell'art. 2497 cod. civ. che disciplina un'ipotesi di concorso nell'illecito. Pertanto, il riconoscimento della responsabilità, richiede, non solo di dar prova dell'effettivo ruolo causale delle condotte poste in essere da ciascun partecipante, ma anche degli altri elementi costitutivi della fattispecie di cui all'art. 2497, primo comma, cod. civ..

La cerchia dei soggetti che potrebbero essere considerati partecipi, secondo la prima parte del primo capoverso dell'art. 2497 cod. civ., al fatto lesivo, risulta molto estesa³⁹⁴, tale da comprendere gli amministratori della società madre, per aver compiuto materialmente l'operazione pregiudizievole, e i sindaci della stessa, che potrebbero essere ritenuti responsabili per omessa vigilanza³⁹⁵.

VALZER, *Le responsabilità da direzione e coordinamento di società*, Giappichelli-Torino, 2011, pag.102 e segg.; A.R. ADIUTORI, *Insolvenza e responsabilità nel gruppo*, Giuffrè-Milano, 2013, pag.52.

³⁹³ In questo senso, cfr. M. BUSSOLETTI, E. LA MARCA, *Gruppi e responsabilità da direzione unitaria*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2010, I, pag.130; P. ABBADESSA, *La responsabilità della società capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2008, I, pag.279.

³⁹⁴ V. CARIELLO, *Direzione e coordinamento*, in *Società di capitali*, (a cura di) G. NICOLINI, A. STAGNO D'ALCONTRES, 2004, pag.1870, per il quale «i termini dell'enunciazione si rivelano, per la verità, abbastanza – anche se, è credibile, volutamente – generici e ampi, tali cioè da attrarre nell'orbita della prescrizione, in teoria, una vasta gamma di soggetti». Cfr. Altresi, G. SBISÀ, *Commento all'art. 2497 cod. civ.. Commi 1 e 2*, in AA.VV. (a cura di G. SBISÀ), *Direzione e coordinamento di società. Artt. 2947-2947 septies cod. civ., Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI, L.A. BIANCHI, F. GHEZZI, M. NOTARI, 2012, pag.98; V. SALAFIA, *La responsabilità della società holding verso i soci di minoranza delle controllate*, in *Società*, 2004, pag.10 e segg..

³⁹⁵ Sempre qualora si riesca a dimostrare il nesso di causalità tra omessa o colposa vigilanza e danno, cfr. S. SILVESTRINI, *La legittimazione attiva e passiva nell'azione di responsabilità per scorretto esercizio*, in *Società*, 2013, pag.935; U. TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, Giuffrè-Milano, 2010, pag.46, per i quali, i membri dell'organo di controllo possono prendere parte, ai sensi del comma secondo dell'art. 2497 cod. civ., al fatto

lesivo, mediante una condotta omissiva, ossia il mancato esercizio dei controlli loro spettanti. Seppur in nota, pur sapendo che le considerazioni che seguono meritano ben altra collocazione e approfondimento, mi sia consentito un breve *excursus* sulla responsabilità dei sindaci, *rectius*, su un aspetto della responsabilità dei sindaci qualora l'azione di responsabilità venga esercitata dal curatore. L'importanza è da rinvenire, tra le altre, nel fatto che, trattandosi generalmente di professionisti (i.e. commercialisti), l'attività è, o comunque, dovrebbe essere coperta da polizza assicurativa. Per tale via, il curatore cerca il coinvolgimento di tali figure che appaiono così maggiormente solvibili di fronte ad una sentenza di condanna. Tradizionalmente vi sono due tipi di responsabilità per i sindaci: *i*) commissiva, *ex art. 2407*, primo comma, cod. civ., per la violazione dell'obbligo di verità nelle alterazioni o violazione dell'obbligo di segretezza sui fatti e documenti delle società di cui hanno conoscenza per ragioni del loro ufficio; *ii*) omissiva, *ex art. 2407*, comma secondo, cod. civ., per omessa vigilanza sui comportamenti dannosi posti in essere dagli amministratori, laddove si raggiunga la prova che il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica. Nella maggior parte dei casi la responsabilità dei sindaci deriva da un comportamento doloso o colposo degli amministratori, che i sindaci avrebbero potuto e dovuto prevenire od impedire nell'espletamento delle loro funzioni di vigilanza. Si tratta di un'ipotesi di responsabilità particolare, giacché non sorge direttamente dall'inadempimento dei sindaci, ma presuppone un concorrente comportamento illecito, attivo o omissivo, degli amministratori, previsto dalla legge quale causa primaria dell'evento dannoso, al cui verificarsi contribuisce l'inadempimento dei sindaci. Così, la responsabilità dei sindaci presuppone che: *a*) la *holding* abbia esercitato un potere di direzione e coordinamento in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, lesivo degli interessi alla redditività e al valore della partecipazione sociale dei soci e all'integrità del patrimonio dei creditori; *b*) gli amministratori abbiano dato seguito al comportamento illecito; *c*) da tale comportamento sia derivato un danno; *d*) i sindaci, in violazione degli obblighi imposti dalla loro carica, non abbiano vigilato con professionalità e diligenza; *e*) sussiste una relazione causa-effetto tra la mancata vigilanza dei sindaci o il loro comportamento negligente e il danno. Ai fini della configurazione della responsabilità dei sindaci, è necessario non solo individuare specificamente la condotta, ma provare il nesso di causalità tra la condotta di questi ed il danno subito dalla società. La Cassazione ha precisato che è necessario non solo dimostrare che l'omissione del controllo costituisce la "base" per la prosecuzione dell'attività e, quindi, il prodursi dell'evento dannoso, ma anche, come richiesto dall'art. 2407, comma secondo, cod. civ., che l'effettuazione dei controlli avrebbe consentito di evitare il danno alla stregua di una prognosi postuma condotta secondo il principio della regolarità causale; così Cass. 27 maggio 2013, n. 13081, in *Dejure.it*. Da qui, è da ritenere che la responsabilità debba essere esclusa per i danni, derivanti da comportamenti degli amministratori, che i sindaci, vigilando con professionalità e diligenza, non abbiano in alcun modo potuto evitare. Per meglio dire, la responsabilità per omesso controllo dei sindaci, non può essere derivata *sic et simpliciter* dall'accertamento di quella dell'amministratore, ma richiede il positivo accertamento della violazione di precisi doveri di controllo e vigilanza sulle operazioni illecite dell'organo gestorio, indicando quali iniziative i sindaci stessi erano tenuti ad adottare per evitare i pregiudizi di *mala gestio* e che invece nella fattispecie non hanno tenuto. Da questo punto di vista la responsabilità solidale dei sindaci vede l'estensione dei principi della nota Cass. SS.UU. 6 maggio 2015, n. 9100. Per l'esame specifico di Cass. SS.UU. 6 maggio 2015, n. 9100 e per un'attenta analisi dei contrasti giurisprudenziali in materia, vedi *ex multis* M. SPIOTTA, *L'atteso chiarimento delle Sezioni Unite sull'utilizzabilità del criterio del deficit*, in *Giurisprudenza italiana*, 2015, 6, pag.1413 e segg.. In argomento, d'obbligo è poi il rinvio a A. JORIO, *La determinazione del danno risarcibile nelle azioni di responsabilità*, in *Giur. Comm.*, 2011, I, pag.149 e segg., nonché a *Differenza tra attivo e passivo e quantificazione del danno nelle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori*; Seminario con interventi di A. BASSI, G. CABRAS, M. CIAN, S. FORTUNATO, D. GALLETI, A. JORIO, P. MONTALENTI, G. RACUGNO e R. SACCHI, in *Giur. Comm.*, 2015, 4, pag.651 e segg.. Invero, la valutazione in ordine alla sussistenza, nei singoli casi concreti, degli elementi sopra elencati comporta problemi

Quanto agli amministratori della capogruppo occorre fare una breve precisazione.

L'esercizio del potere di direzione e coordinamento, dal quale è dipesa la violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale delle società del gruppo, è riconducibile agli amministratori della società madre esercente detta attività. Si può dire che la partecipazione degli amministratori della capogruppo al fatto lesivo è *in re ipsa*³⁹⁶. Ciò in quanto l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, essendo una attività di carattere gestorio, non può che rientrare nelle funzioni dei suoi amministratori e, così, l'inadempimento dell'obbligo *ex lege* di cui all'art. 2497, primo comma, cod. civ., imputabile alla società madre, coincide, da un punto di vista materiale, con il comportamento degli amministratori della stessa³⁹⁷.

Ma, il secondo comma, con l'espressione "chi ha preso parte al fatto lesivo", vuole indicare un "fatto proprio" dell'amministratore della *holding*. Quindi gli amministratori della società madre non saranno responsabili per il solo fatto di essere membri del consiglio di amministrazione, ma saranno altresì responsabili se il curatore riesce a provare che essi hanno concretamente indotto gli amministratori della eterodiretta a commettere l'illecito, ovvero che essi, pur essendo a conoscenza dell'illecito di altri amministratori non si sono opposti al compimento di tali atti illeciti.

di notevole complessità e delicatezza. *Ex post* è difficile individuare cosa sarebbe accaduto se i sindaci avessero correttamente vigilato in conformità ai loro doveri. Da qui, un certo *favor* al curatore, che nell'esercizio dell'azione di responsabilità può fondare la responsabilità dei sindaci nel criterio "*id quod plerumque accidit*", presumendo la sussistenza del nesso causale in presenza dei sindaci. Si determina, in sostanza, un'inversione dell'onere della prova, dovendo essere i sindaci a fornire una prova "negativa" ovvero, che il danno si sarebbe comunque prodotto indipendentemente dall'omissione dei necessari controlli. Non è facile, in queste poche righe, sintetizzare un'analisi così complessa. Ciò che si è tentato di esporre è che la prova del nesso causale fra l'omissione compiuta dai sindaci ed il danno, costituisce un elemento centrale nella responsabilità *de qua* e che la prova fra l'inadempimento posto in essere dal sindaco e il fatto degli amministratori da cui è derivato il pregiudizio viene "posto" a carico del sindaco che deve fornire la dimostrazione che il positivo adempimento dei propri compiti non avrebbe eliminato le conseguenze dannose dell'evento, prova certo di non facile assolvimento. Per maggiori riferimenti a dottrina e giurisprudenza, L. BENATTI, *Commento art. 2407 cod. civ.*, in *Commentario breve al diritto delle società*, a cura di A. MAFFEI ALBERTI, 2007, pag.600 e segg.; U. MACRÌ, *La responsabilità dei sindaci nelle società di capitali*, in *Società*, 2013, pag.1241.

³⁹⁶ V. SALAFIA, *La responsabilità della società holding verso i soci di minoranza delle controllate*, in *Società*, 2004, pag.10; L. BENEDETTI, *La responsabilità "aggiuntiva" ex art. 2497, 2° co., cod. civ.*, Giuffrè-Milano, 2012, pag.117 e segg..

³⁹⁷ Parla di "concorrente necessario" al fatto lesivo, L. BENEDETTI, *La responsabilità "aggiuntiva" ex art. 2497, 2° co., cod. civ.*, Giuffrè-Milano, 2012, pag.118. In giurisprudenza, Trib. Milano, 3 aprile 2015, R.G. n.971/2015, in *giurisprudenzadelleimprese.it*.

Pertanto, poiché sussista il coinvolgimento degli amministratori della *holding* (ma l'“espressione” è valida anche per gli altri soggetti rientranti nella disposizione del secondo comma, prima parte, dell'art. 2497 cod. civ., come appresso esposto), occorre che venga provata la concreta incidenza eziologica dell'attività imputabile al compartecipe nell'abuso dell'attività di direzione e coordinamento perpetrata dalla *holding*.

Tuttavia, l'ampiezza dei poteri di rappresentanza, che l'art. 2384 cod. civ. attribuisce all'amministratore, rende probabilmente difficile individuare comportamenti concreti di quest'ultimo che hanno contribuito al fatto lesivo, ma che allo stesso tempo non rientrano nell'ambito dell'amministrazione societaria³⁹⁸.

Se nei rapporti “esterni” è difficile scindere l'agire della società da quello dell'amministratore, è nei rapporti “interni” che si giocherà un'altra “partita”³⁹⁹.

³⁹⁸ G. SBISÀ, *Commento all'art. 2497 cod. civ.. Commi 1 e 2*, in AA.VV. (a cura di G. SBISÀ), *Direzione e coordinamento di società. Artt. 2947-2947 septies cod. civ., Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI, L.A. BIANCHI, F. GHEZZI, M. NOTARI, 2012, pag.99 per il quale: «Mentre per quanto concerne la responsabilità della holding non è necessario fornire la prova della singola direttiva in violazione dei principi di corretta gestione, rispetto a chi ha preso parte al fatto lesivo, dal momento che si tratta di responsabilità per fatto proprio, occorre individuare l'autore della condotta che ha causato l'evento lesivo e accertare i requisiti soggettivi di imputabilità del danno. Ma tanto meno la direttiva è limpida e tanto più si avrà cura di non lasciare tracce documentali, attuando l'iniziativa – come del resto accade abitualmente – con «direttive “confidenziali” del capitale di comando, cui gli amministratori» delle società soggette a direzione unitaria «spontaneamente si adeguano». La prova diretta delle condizioni per imputare la responsabilità non si presenta quindi agevole per gli attori e si tratterà, per lo più, di valutare la concluzione di presunzioni gravi, precise e concordanti (art. 2729, comma primo, cod. civ.)».

³⁹⁹ Nei rapporti tra le *holding* e i suoi amministratori, quest'ultimi sono tenuti ai propri doveri *ex art.* 2392 cod. civ.. Così, la *holding*, condannata, *ex art.* 2497 cod. civ. avrà azione di regresso nei confronti dei propri amministratori. Cfr. R. RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Società*, 2004, pag.544.

Ciò detto, nella disposizione del secondo comma dell'art. 2497 cod. civ., rientrano altresì, ma è un punto controverso, gli amministratori⁴⁰⁰ e sindaci⁴⁰¹, della società eterodiretta che hanno poi prodotto il fatto lesivo, *rectius*, per non aver disapplicato le direttive pregiudizievoli; e il revisore legale o la società di revisione legale⁴⁰².

E ancora. Alla fattispecie di cui all'art. 2497, secondo comma, prima parte, cod. civ., è possibile ricondurre altresì i creditori “forti” della società madre⁴⁰³, per i quali il

⁴⁰⁰ V. SALAFIA, *La responsabilità della holding nei confronti dei soci di minoranza delle controllate*, in *Società*, 2003, 2 bis, pag.391, ritiene che una responsabilità della capogruppo potrebbe delinarsi solo in quanto si possa configurare una responsabilità degli amministratori, ed eventualmente anche dei sindaci, della società soggetta alla attività di direzione e coordinamento della società madre. Appare peraltro maggiormente condivisibile l'opinione contraria che prescinde dalla *mala gestio* degli amministratori della dominata, così, F. GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, in *Contratto e Impresa*, 2002, pag.1043. Peraltro, per A. VALZER, *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber Amicorum*, G.F. CAMPOBASSO, diretto da P. ABBADESSA e G.B. PORTALE, Utet-Torino, 2007, 3, pag.865, al contrario, sarebbe irragionevole imputargli la responsabilità quando il danno sia dipeso da fattori da lui non controllabili, come ad esempio quando le operazioni compensative previste non vengano poi effettuate o il piano di azione strategico del gruppo sulla base del quale erano state adottate e motivate le decisioni non venga poi volutamente o negligenzemente mantenuto o realizzato.

⁴⁰¹ Valgono qua le considerazioni esposte in nota n. 395.

⁴⁰² Così, l'art. 15 del d. lgs. n. 39/2010, rubricato: Responsabilità: «1. I revisori legali e le società di revisione legale rispondono in solido tra loro e con gli amministratori nei confronti della società che ha conferito l'incarico di revisione legale, dei suoi soci e dei terzi per i danni derivanti dall'inadempimento ai loro doveri. Nei rapporti interni tra i debitori solidali, essi sono responsabili nei limiti del contributo effettivo al danno cagionato. 2. Il responsabile della revisione ed i dipendenti che hanno collaborato all'attività di revisione contabile sono responsabili, in solido tra loro, e con la società di revisione legale, per i danni conseguenti da propri inadempimenti o da fatti illeciti nei confronti della società che ha conferito l'incarico e nei confronti dei terzi danneggiati. Essi sono responsabili entro i limiti del proprio contributo effettivo al danno cagionato. 3. L'azione di risarcimento nei confronti dei responsabili ai sensi del presente articolo si prescrive nel termine di cinque anni dalla data della relazione di revisione sul bilancio d'esercizio o consolidato emessa al termine dell'attività di revisione cui si riferisce l'azione di risarcimento».

⁴⁰³ Già in tempi remoti è stato affrontato il problema nel quale un creditore, sfruttando la propria posizione di forza nei confronti della società finanziata, si ingerisca nella gestione di quest'ultima. Così, R. PENNISI, *La responsabilità della banca nell'esercizio del controllo in forza di covenants finanziari*, in *RDS*, 2009, 3, pag.627, che richiama T. ASCARELLI, *Società di persone tra società; imprenditore occulto; amministratore indiretto; azionista sovrano*, in *Foro It.*, 1956, I, pag.413. Nell'attuale periodo economico, particolare interesse ha assunto la tutela del creditore bancario, che interviene con nuova finanza in soccorso di un'impresa in crisi con accordi, c.d. *covenants* finanziari, che attribuiscono alla banca, poteri, *lato sensu*, di direzione, al fine del recupero del credito. Più correttamente, la predisposizione di *covenants* si accompagna e diventa parte integrante di un contratto di finanziamento. Si definiscono in linea generale *covenants* quelle “protezioni” contrattuali che le banche impongono, per tenere sotto controllo le vicende patrimoniali delle imprese debentrici, al fine di poter esigere tempestivamente ed efficacemente l'immediato rimborso del prestito concesso; cfr. N. SALOMONE, *I covenants a tutela dei finanziamenti*, in *Impresa*, 2003, 10, pag.1618. L'Autore distingue tre tipi di *covenants*: quelli comunicativi, quelli finanziari e quelli che attengono alla sfera cauzionale. I primi

impongono obblighi di comunicazione di informazione sulla situazione della società debitrice; i secondi impongono limiti e vincoli al mantenimento di determinati valori della stessa società; gli ultimi consistono in clausole che impongono alla società debitrice di non concedere ad altri creditori garanzie o consente di concederle solo se analoghe garanzie vengono prima prestate alla banca con la quale il *covenant* è stato stipulato. Cfr. altresì G. GIANNELLI, *Covenants finanziari e finanziamento dell'impresa di gruppo in crisi*, in *RDS*, 2009, III, pag.609; A. VICARI, *I finanziamenti delle banche a fini ristrutturativi*, in *Giur. Comm.*, 2008, I, pag.503 e segg.; D.U. SANTOSUOSSO, *Covenants finanziari: rischio d'impresa e responsabilità gestionali*, in *RDS*, 2009, III, pag.639. Così, *ex contractu*, la banca potrebbe ingerirsi nella gestione dell'impresa sua debitrice, e nei processi decisionali di competenza dell'organo gestorio della società. In altre parole, i *covenants* finiscono per costituire, oltre che una forma di erogazione del credito, anche una forma convenzionale di disciplina dell'attività di impresa, poiché l'impresa che stipula i *covenants* si obbliga ad esercitare l'attività secondo determinati parametri condivisi con l'istituto di credito. L. BENEDETTI, *La responsabilità ex art. 2497 c.c. della banca e le soluzioni negoziali delle crisi di impresa*, in *RDS*, 2010, 2, pag.414 e segg., riconosce al tema un particolare interesse, dato che occorre far conciliare la normativa fallimentare, volta a incentivare gli "interventi" delle banche nelle soluzioni di crisi delle società, e la normativa sanzionatoria del diritto societario. È infatti interessante rilevare che il legislatore ha espressamente esentato da responsabilità penale e dall'azione revocatoria gli atti compiuti in esecuzione di accordi "protetti" di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'art. 180 bis l. fall.; di un concordato preventivo ovvero di un piano di risanamento attestato ai sensi dell'art. 67, comma terzo, lett. d) l. fall., ma non vi è analoga disciplina "protezionistica" in materia di responsabilità civile. Cfr. altresì V. ROPPO, *Crisi d'impresa: la banca risponde verso i creditori? (con postilla sugli sviluppi della responsabilità civile)*, in *Danno e responsabilità*, 1996; G. GIANNELLI, *Covenants finanziari e finanziamento dell'impresa di gruppo in crisi*, in *RDS*, 2009, III, pag.609 e segg.. Diversi paiono essere gli accordi, *rectius*, i comportamenti che possono determinare una intromissione eccessiva della banca nella gestione delle società. Cfr. M. DE POLI, *L'ingerenza dannosa della banca nell'attività della finanziata, tra "amministrazione di fatto" e "controllo" societario*, in *Fallimenti e società.it*, pag.4 e segg.; per un inquadramento dei *covenants* in un gruppo di imprese, si rinvia G. GIANNELLI, *Covenants finanziari e finanziamento dell'impresa di gruppo in crisi*, in *RDS*, 2009, III, pag.610 e segg.. In giurisprudenza, si ricorda Trib. Milano, 22 gennaio 2001, in *Fall.*, pag.1143, con nota di G.M. ZAMPARETTI, *La responsabilità di amministratori e capogruppo per "abuso di direzione unitaria"*. L'abbrivio di questa breve analisi, è data dalla fattispecie, in cui ho avuto la ventura, da fortunato spettatore, di imbartermi. La banca in un accordo per rinegoziare la linea di credito già concessa e nell'offrire nuova finanza alla società, obbligava la società finanziata a conformarsi a un *business plan* "condiviso" a priori con l'istituto di credito. La riflessione che si vuole condurre, seppur in tale sede, è volta a tentare di discernere e, così, correttamente sussumere, la responsabilità della banca, nell'art. 2497, comma primo, cod. civ., se l'istituto di credito esercita un'attività di direzione e coordinamento o, in alternativa, nell'art. 2497, comma secondo, cod. civ., se l'istituto di credito si è limitato a prendere parte al fatto lesivo o a trarre beneficio della condotta della *holding*. Ferma un'analisi che deve essere condotta caso per caso, la responsabilità della banca viene ricondotta nella fattispecie del primo comma dell'art. 2497 cod. civ. se dall'accordo l'istituto di credito si pone in una situazione di controllo, ovvero eserciti un'attività di direzione e coordinamento, e agisca nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui, violando i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, causando così un danno al valore ed alla redditività della partecipazione dei soci "esterni" e creditori della eterodiretta fallita. Così, l'istituto di credito svolge non solo un "monitoraggio" del proprio investimento, ma alla banca viene attribuito un potere di emanare direttive aventi ad oggetto la gestione dell'impresa del gruppo (*i.e.* nomina di amministratori di propria fiducia nel consiglio di amministrazione della società finanziata; divieto di compiere determinate operazioni di vendita di beni aziendali. Per maggiori esempi di operazioni di controllo, *resctius*, direzione e coordinamento da parte delle banche a seguito del *covenants* finanziari, si rinvia a U. PATRONI GRIFFI, *I covenants finanziari. Note introduttive*, in *RDS*, 2009, pag.603 e

segg., e M. DE POLI, *L'ingerenza dannosa della banca nell'attività della finanziata, tra "amministrazione di fatto" e "controllo" societario*, in *Fallimenti e società.it*, pag.4). Occorre così correttamente inquadrare la "portata" del *covenant*, ricordando che è estremamente improbabile, oltretutto non riconosciuto dalla dottrina (tra i molti: P. ABBADESSA, *Rapporto di dominio e autonomia privata nel diritto societario italiano*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1999, I, pag.545 e segg.; G. SCOGNAMIGLIO, "Gruppo" e "controllo": *tipologia dei gruppi di imprese*, in *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, Torino, 1996, pag.114 e segg.), immaginare che il *covenant* diventi lo strumento per realizzare un vero e proprio contratto di dominio (per M. DE POLI, *L'ingerenza dannosa della banca nell'attività della finanziata, tra "amministrazione di fatto" e "controllo" societario*, in *Fallimenti e società.it*, pag.10, questa contestazione è vera solo sul piano teorico, giacché è altamente improbabile che la banca creditrice si spinga così avanti da trovarsi a dirigere e coordinare l'impresa che ha finanziato. R. PENNISI, *La responsabilità della banca nell'esercizio del controllo in forza di covenants finanziari*, in *RDS*, 2009, 3, pag.628. Sul contratto di dominio si rinvia a quanto già esposto nel Cap II). Il *covenant*, quale parte di un contratto di finanziamento, può diventare, ma non necessariamente è, uno "strumento" per generare una forma di controllo da parte dell'istituto di credito. In altre parole, il *covenant* può costituire un vincolo contrattuale che potrebbe rientrare nella previsione dell'art. 2359, primo comma, n. 3, cod. civ.. E se la società è sotto l'influenza dominante della banca, si presume l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento ex art. 2497 *sexies* cod. civ. da parte dell'istituto di credito. Così, R. PENNISI, *La responsabilità della banca nell'esercizio del controllo in forza di covenants finanziari*, in *RDS*, 2009, 3, pag.629. Quindi, diversamente dal contratto di dominio, il *covenant* non ha ad oggetto l'attribuzione del potere di esercitare l'attività di direzione e coordinamento, ma determina una influenza dominante, *rectius*, un controllo che si produce come effetto dell'accordo. Sarà onere dell'istituto di credito convenuto in responsabilità escludere il proprio esercizio di una attività di direzione e coordinamento, offrendo idonea prova "contraria", per vedersi così sottrarre dall'addebito del primo comma, dell'art. 2497 cod. civ.. In breve, il *covenant*, può non avere ad oggetto l'attribuzione "esplicita" del potere di esercitare l'attività di direzione e coordinamento, bensì, dal *covenant* può derivare un'influenza dominante dell'istituto di credito sulla società, rendendo integrata la fattispecie di cui all'art. 2359, comma primo, n.3, cod. civ. e la presunzione, *iuris tantum*, dell'esercizio della direzione unitaria da parte della controllante. Ciò detto, ricondurre le fattispecie nel primo comma dell'art. 2497 cod. civ., ha l'indubbio "vantaggio", dal lato del fallimento, di determinare, a fronte dell'insinuazione al passivo dell'istituto di credito per la restituzione del finanziamento concesso, l'applicazione dell'art. 2497 *quinquies* cod. civ., che prevede la postergazione del rimborso dei crediti alla società che dirige, qualora il finanziamento sia stato erogato nelle condizioni di cui all'art. 2467, comma secondo, cod. civ., e cioè se vi sia un eccessivo squilibrio rispetto al patrimonio netto. Senonché, il legislatore al secondo comma dell'art. 2497 cod. civ. estende la responsabilità anche a chi abbia "comunque" preso parte al fatto lesivo ed a chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio, beninteso, nei limiti del vantaggio conseguito. Quindi l'istituto di credito potrebbe essere considerato responsabile anche ai sensi dell'art. 2497, secondo comma, cod. civ. avendo aderito, in vista dei prospettati vantaggi che si ripromette dall'operazione, alla richiesta di sostegno finanziario della società madre senza pretendere di assumere in essa un ruolo di controllo e indirizzo. Così, L. BENEDETTI, *La responsabilità ex art. 2497 c.c. della banca e le soluzioni negoziali delle crisi di impresa*, in *RDS*, 2010, 2, pag.435; V. CARIELLO, *Dal controllo congiunto all'attività congiunta di direzione e coordinamento*, in *Riv. Soc.*, 2007, pag.55, secondo cui, in ragione della forma, della portata, dell'incidenza assunta dal contributo fornito da un soggetto all'elaborazione dei processi decisionali concernenti l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento dipende la configurabilità nel caso concreto della responsabilità come semplice concorrente o come responsabile ai sensi del primo comma dell'art. 2497 cod. civ.. L'illecito della banca sarà concorrenziale all'abuso posto in essere dalla *holding*, del quale sarà pertanto necessario l'accertamento ai sensi dell'art. 2497 comma primo, cod. civ.. Così, qualora il *covenant* non venga ad integrare il presupposto per l'applicazione del primo comma dell'art. 2497 cod. civ., nei confronti

soddisfacimento delle loro ragioni è raggiunto con un sacrificio degli interessi dei creditori della controllata; ma anche i soci “esterni”⁴⁰⁴ e i soci di controllo. Questi ultimi, con una precisazione: «*ove non si siano limitati ad esercitare le proprie prerogative in assemblea, ma abbiano assunto iniziative extrassembleari, dando disposizioni agli amministratori*»⁴⁰⁵.

della banca è astrattamente possibile rimproverare che il finanziamento erogato alla società eterodiretta in crisi irreversibile, e successivamente dichiarata fallita ha arrecato un pregiudizio ai soci “esterni” e creditori della società fallita appartenente al gruppo. Si tratta di una responsabilità accessoria della banca per il contributo attuativo fornito alla violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale posti in essere dalla capogruppo. Quindi, come meglio affermato dalla dottrina (V. CARIELLO, *Direzione e coordinamento*, in *Società di capitali*, (a cura di) G. NICOLINI, A. STAGNO D’ALCONTRES, 2004, pag.1868), la responsabilità della banca deriverebbe dalla “trasmissione concentrica di responsabilità” e, così, il concorso all’illecito della società madre, discende da «*un apporto o contributo causale alla produzione del danno, in fase di elaborazione o attuazione dell’attività di direzione e coordinamento pregiudizievole*» così come definita ai sensi dell’art. 2497, comma secondo, prima parte, cod. civ., in chi «*abbia comunque preso parte al fatto illecito*». A conclusione di questo breve *excursus*, si precisa che la condotta dell’istituto di credito è compartecipe al fatto lesivo quando si limita a compiere atti occasionali che incidono sulle decisioni societarie della società eterodiretta, e così, singoli e specifici atti di “indirizzo” della *corporate governance* del gruppo non configurano né il controllo né la direzione unitaria, determinando, così, l’applicazione del secondo comma, dell’art. 2497 cod. civ.. Cfr. P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. Soc.*, 2007, pag.322, il quale sostiene che deve intendersi per attività di direzione e coordinamento l’esercizio di una pluralità sistematica e costante di atti idonei ad incidere sulle politiche gestionali del gruppo. Per M. DE POLI, *L’ingerenza dannosa della banca nell’attività della finanziata, tra “amministrazione di fatto” e “controllo” societario*, in *Fallimenti e società.it*, pag.15: «*sembra di poter concludere che la possibilità di esercitare vittoriosamente contro una banca un’azione ex art.2497 cod. civ., sia limitata a quelle rare ipotesi d’ingerenza non rientranti nelle ordinarie prassi del sistema bancario, generalmente improntate a cautela quanto alla contrattualizzazione dei poteri verso il debitore. Un’ingerenza, dunque, che sia tale da trasferire all’esterno della società il potere di determinare le scelte gestionali*». Si tratta, a mio avviso, ancora una volta di fare corretta applicazione del “principio di effettività” che connota la disciplina della responsabilità ex art. 2497 cod. civ. e, pertanto, non “abbandonarsi” all’equazione che vede nel controllo l’imputazione della responsabilità. Il confine tra l’imputazione dell’attività di direzione e coordinamento e la compartecipazione episodica nell’abuso di eterodirezione è sottile e sovrapponibile e, pertanto, occorre un’attenta analisi del caso concreto per discernere le fattispecie. Cfr. A. VALZER, *Abuso di eterodirezione e regimi di responsabilità. La recente giurisprudenza del Tribunale di Milano*, in *RDS*, 2016, 1, pag.49 e segg., per il quale, in detta eventualità, occorre provare la corretta incidenza eziologica dell’attività imputabile al compartecipe nell’attività di direzione abusiva esercitata dalla *holding*, fermo restando che il concorso può essere anche omissivo.

⁴⁰⁴ V. SALAFIA, *La responsabilità della holding nei confronti dei soci di minoranza delle controllate*, in *Società*, 2003, 2 bis, pag.390.

⁴⁰⁵ S. SILVESTRINI, *La legittimazione attiva e passiva nell’azione di responsabilità per scorretto esercizio*, in *Società*, 2013, pag.935. Cfr. altresì, A. PAVONE LA ROSA, *L’unico azionista tra “vecchia” e “nuova” disciplina*, in *Giur. Comm.*, 2005, I, pag.433; F. GUERRERA, *La responsabilità deliberativa nelle società di capitali*, Giappichelli-Torino, 2004, pag.122 e segg. e 381 e segg..

Così sommariamente esposto l'elenco dei soggetti che potrebbero essere coinvolti *ex art.* 2497, secondo comma, prima parte, cod. civ., l'analisi si concentrerà sugli amministratori della società eterodiretta⁴⁰⁶ e, così, se il curatore della società soggetta all'altrui direzione e coordinamento possa esercitare le azioni che derivino dall'art. 2497 cod. civ. nei confronti degli amministratori (e sindaci) della società eterodiretta.

In apertura, occorre dare conto di chi ritiene non sanzionabile il comportamento degli amministratori della controllata in esecuzione della direttiva della società madre⁴⁰⁷.

La dottrina ritiene questi soggetti "passivi" dell'abusiva attività di direzione e coordinamento, non rientranti, pertanto, nel novero di coloro che hanno "preso parte al fatto lesivo".

A sostegno, della loro posizione "passiva", richiamano l'art. 2497 *ter*, che impone agli amministratori di indicare analiticamente nelle proprie motivazioni le ragioni e gli interessi che hanno inciso sulle loro decisioni⁴⁰⁸.

Non solo, la predetta dottrina, ritiene che la posizione degli amministratori della dominata, in considerazione della particolare posizione assunta dalla società eterodiretta, il cui interesse sociale potrebbe non essere necessariamente ispirato e uniformato all'esclusivo interesse sociale e imprenditoriale della società stessa, si trovano in una posizione giuridica

⁴⁰⁶ Qui si interseca, ma non può che essere semplicemente menzionato, in questa sede, la responsabilità degli amministratori colpiti da revoca per gravi irregolarità nella gestione. Responsabilità che può costituire presupposto per l'esercizio della corrispondente azione da parte della curatela nel successivo fallimento.

⁴⁰⁷ G. SCOGNAMIGLIO, *Poteri doveri e responsabilità degli amministratori nei gruppi di società dopo la riforma del 2003*, in AA.VV., *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, (a cura di) G. SCOGNAMIGLIO, Giuffrè-Milano, 2003, pag.199 secondo la quale l'art. 2497 *ter* imporrebbe «un obbligo di trasparenza piuttosto che un dovere di disattendere direttive non immediatamente coerenti con l'obiettivo della massima valorizzazione della società controllata». In senso conforme, M. ROSSI, *Responsabilità e organizzazione dell'esercizio dell'impresa di gruppo*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2007, I, pag.645 per il quale: «dalla ricostruzione proposta discende anche che non è ravvisabile una concorrente responsabilità degli amministratori della controllata per i danni che i soci esterni e i creditori subiscano per effetto degli esiti dell'attività di direzione e coordinamento». Ma anche G. MINERVINI, *Cronache della grande impresa*, in *Giur. Comm.*, 2004, pag.889 e segg., che rileva come la soggezione dell'organo amministrativo della controllata, cessi allorché le direttive della *holding* violino i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale «sotto pena di rispondere in solido quali compartecipi del fatto lesivo (art. 2497, comma primo, cod. civ.)». E A. DE NICOLA, *Commento art. 2380 bis*, in AA.VV. (a cura di F. GHEZZI), *Amministratori. Artt. 2380-2356 cod. civ., Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI, L.A. BIANCHI, F. GHEZZI, M. NOTARI, 2005, pag.97.

⁴⁰⁸ M. ROSSI, *Responsabilità e organizzazione dell'esercizio dell'impresa di gruppo*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2007, I, pag.649.

che non gli consente di sindacare quale sia la migliore politica per la gestione della società soggetta all'altrui attività di direzione e coordinamento e, così, individuare l'interesse imprenditoriale che eccede quello della singola società.

Quindi, non possono svolgere un controllo "di merito" in relazione alle istruzioni relative alla direzione di gruppo. Da qui, l'esenzione delle loro responsabilità⁴⁰⁹.

Ma questa interpretazione non è unanimemente condivisa da altra dottrina⁴¹⁰.

Sebbene "indotto" dalla società madre, l'amministratore della società controllata sarà responsabile per i danni cagionati dalla sua gestione "illecita", secondo le normali regole della responsabilità degli amministratori di società monade, che rimangono comunque applicabili al gruppo di società, seppur con i dovuti adattamenti.

Così come l'amministratore di una qualsiasi società è responsabile in presenza di una gestione in violazione delle norme poste dalla legge o dall'atto costitutivo se tale gestione causa danno; allo stesso modo, l'amministratore di una società "dominata", formalmente libero dalla direzione imposta dalla controllante, incorre nella medesima responsabilità qualora, pur potendo, non impedisce l'attuazione di direttive unitarie "di gruppo" che determinano danni alla società da lui amministrata.

Infatti, sebbene suggerimenti, istruzioni o "imposizioni" vengano date alla società madre, l'amministratore della controllata è formalmente libero di accettarli o meno. Sicché se li accetta, opera come se quelle scelte fossero sue, assumendosene, pertanto, la piena responsabilità. Dunque, in questa prospettiva, gli amministratori della società eterodiretta non potranno invocare quale esimente la sottomissione alla direttiva impartita dalla controllante.

Quindi gli amministratori della controllata non possono essere esonerati dalla responsabilità conseguente ai fatti di gestione, adducendo di aver eseguito le direttive della società

⁴⁰⁹ L. BENEDETTI, *La responsabilità "aggiuntiva" ex art. 2497, 2° co., cod. civ.*, Giuffrè-Milano, 2012, pag.76 e segg..

⁴¹⁰ F. BONELLI, *Gli amministratori di S.p.A. (dopo la riforma delle società)*, Giuffrè-Milano, 2004, pag.8 e segg.; G. GUIZZI, *Eterodirezione dell'attività sociale e responsabilità gestorie nelle società di capitali alla luce della riforma: cumulo di azioni e possibili interferenze*, in *Dir. e Gius.*, 2008, pag.226 e segg.; V. CARIELLO, *Direzione e coordinamento*, in *Società di capitali*, (a cura di) G. NICOLINI, A. STAGNO D'ALCONTRES, 2004, pag.1871.

capogruppo. Essi rimangono responsabili nei confronti dei soci e dei creditori delle società che amministrano⁴¹¹.

A me pare, tuttavia, che questa interpretazione, “rivista dal lato dell’amministratore”, sia rigorosa e severa. Alla “formale” posizione di libertà ed indipendenza degli amministratori delle società eterodirette di fronte alle società controllanti, non corrisponde una altrettanto libera ed indipendente posizione “sostanziale”; ben potendo gli amministratori di una società eterodiretta “ribelli”, al loro disappunto e mancato adeguamento alle direttive della società madre, essere sollevati dall’incarico.

Il fondamento del sopraesposto filone, tale per cui gli amministratori della eterodiretta non possono sottrarsi alle proprie responsabilità, è da rinvenire nell’art. 2380 *bis*, cod. civ., in virtù del quale la gestione spetta in via esclusiva agli amministratori, e nell’art. 2364, cod. civ., n. 5, in virtù del quale, in nessun caso, gli amministratori possono esonerarsi da responsabilità, sostenendo di essere stati autorizzati dall’assemblea o di averne semplicemente eseguito le direttive⁴¹².

Ciò detto, appare altresì confermato dalle disposizioni degli artt. 2497 *bis* e *ter* cod. civ., che esaltano il dovere degli amministratori di agire nell’interesse della propria società e, solo ove sia compatibile, in quelli del gruppo⁴¹³.

⁴¹¹ Il principio per cui in nessun caso gli amministratori della eterodiretta sono esonerati da responsabilità adducendo a loro discolta di aver dato seguito a direttive dell’assemblea dei soci ma valide anche per la *holding*, era già affermato da consolidata giurisprudenza: Cass. 21 maggio 1988, n. 3544, in *Giur. Comm.*, 1989, II, pag.203; Cass. 28 marzo 1996, n. 2850, in *Società*, 1996, pag.1397.

⁴¹² L’art. 2380 *bis* cod. civ. è lapidario nello stabilire che «*La gestione dell’impresa si svolge nel rispetto della disposizione di cui all’articolo 2086, secondo comma, e spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l’attuazione dell’oggetto sociale*». *Ex multis*, P. MORANDI, *Commento art. 2380 bis cod. civ.*, in *Commentario breve al diritto delle società*, (a cura di) A. MAFFEI ALBERTI, 2007, pag.477: «*L’art. 2380 bis fa da pendant all’art. 2364, primo comma, cod. civ., n. 5), che, nel riscrivere gli amministratori di competenza dell’organo assembleare nelle società prive del consiglio di sorveglianza, esclude qualsiasi interferenza da parte di detto organo nell’esercizio delle funzioni direttive oltre le ipotesi legislativamente indicate, potendo essere statutariamente demandata all’assemblea solo l’autorizzazione al compimento di determinate operazioni da parte degli amministratori, “ferma in ogni caso la responsabilità di questi per gli atti compiuti”*». E poco oltre: «*gli amministratori non possono affidare a terzi, di propria iniziativa, la gestione delle società, con conseguente abdicazione alla loro funzione direttiva, stante il carattere esclusivo ed inderogabile che la connota*». Cfr. F. BONELLI, *Gli amministratori di S.p.A. (dopo la riforma delle società)*, Giuffrè-Milano, 2004, pag.8 e segg..

⁴¹³ G. GUIZZI, *Eterodirezione dell’attività sociale e responsabilità gestorie nelle società di capitali alla luce della riforma: cumulo di azioni e possibili interferenze*, in *Dir. e Gius.*, 2008, pag.453.

In tale prospettiva occorre valutare la possibile coesistenza tra la responsabilità risarcitoria degli amministratori della società eterodiretta *ex art. 2497*, comma secondo, cod. civ., e la responsabilità degli stessi ai sensi degli artt. 2392 e 2394 cod. civ..

L'applicazione del secondo comma dell'art. 2497 cod. civ. all'amministratore della società controllata potrebbe quindi determinare, in capo a quest'ultimo, un cumolo di responsabilità che mal si concilia con l'assunto secondo cui gli amministratori (ed i sindaci) della società eterodiretta non possono essere chiamati a rispondere due volte per lo stesso danno⁴¹⁴.

È opportuno qui (e ciò conferma che la disciplina dei gruppi di imprese non è contenuta in via esclusiva nelle disposizioni degli artt. 2497 cod. civ. e segg., ma altresì in alcune norme dettate per le società monadi, che hanno "riflessi" sul gruppo di società⁴¹⁵) osservare che l'imputazione della responsabilità *ex art. 2497* cod. civ., quale norma transtipica, prescinde, nella sua applicazione, dalla forma giuridica assunta dagli enti coinvolti nell'organizzazione di gruppo. È così possibile ritenere che la responsabilità per concorso all'inadempimento possa essere imputata anche agli amministratori di una "società a responsabilità limitata" eterodiretta, danneggiata dall'attività di eterodirezione abusiva e, ciò, sebbene l'art. 2476 cod. civ. nella sua "nuova formulazione" non contenga la legittimazione dei creditori a sollevare la responsabilità dell'amministratore (come previsto nel previgente art. 2487 cod. civ.). Il creditore, *rectius*, il curatore della società eterodiretta sottoposta a procedura concorsuale, per il tramite dell'art. 2497, comma secondo, prima parte, cod. civ., potrà agire nei confronti dei suddetti amministratori⁴¹⁶.

La mancata previsione nel testo dell'art. 2476 cod. civ. dell'azione dei creditori e il mancato rinvio agli artt. 2394 e 2394 *bis* cod. civ., come avveniva nel previgente art. 2487 cod. civ., hanno fatto sorgere il quesito dell'ammissibilità o meno, in linea generale, per le società a responsabilità limitata, di tale azione⁴¹⁷. A tale "lacuna" legislativa, *in breviter*, la dottrina e

⁴¹⁴ Cfr. R. RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Società*, 2004, pag.544.

⁴¹⁵ Per ulteriori riferimenti, cfr. nota n. 35.

⁴¹⁶ R. RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Società*, 2004, pag.544.

⁴¹⁷ Gli strumenti a tutela dei creditori, previsti per le s.r.l., non colmano la lacuna dell'art. 2476 cod. civ.. Non la legittimazione surrogatoria all'esercizio dell'azione sociale, che può essere esercitata solo in caso d'inerzia della società *ex art. 2900* cod. civ. e l'esito positivo dell'azione va a beneficio del patrimonio sociale e non del creditore procedente. Inoltre, i diritti dei creditori possono essere pregiudicati dalla rinuncia o dalla transazione delle azioni di responsabilità da parte della società. E ancora, l'azione dei creditori sociali non coincide con quella prevista dall'art. 2476, sesto comma, cod. civ., che postula l'esistenza di danni diretti sofferti dai creditori e non di un danno riflesso. Non l'azione prevista dall'art. 2486, comma secondo, cod. civ., applicabile a tutte le società di capitali, che contempla la legittimazione dei creditori ad esperire l'azione di responsabilità

la giurisprudenza prevalenti propendono per l'ammissibilità anche per le s.r.l., di un'azione, dei creditori sociali, di responsabilità nei confronti degli amministratori. Così la lacuna viene colmata in via interpretativa, mediante l'applicazione analogica dell'art. 2394 cod. civ., per ingiustificata disparità di trattamento tra creditori di società s.r.l. e s.p.a..

Pertanto, il mancato richiamo dell'art. 2394 cod. civ. nel contesto delle s.r.l. va, quindi, ritenuto un vuoto normativo, superabile in via di applicazione analogica⁴¹⁸.

In ogni caso la posizione degli amministratori della controllata resta problematica, giacché potrebbe essere chiamata a rispondere, *ex art.* 2393 cod. civ., verso la società controllata, *ex art.* 2395 cod. civ., verso il socio della controllata, *ex art.* 2497, secondo comma, cod. civ., verso i creditori e soci "esterni" della controllata⁴¹⁹.

Le difficoltà dell'analisi diventano esponenziali qualora la società eterodiretta sia stata dichiarata fallita.

Probabilmente, la soluzione più coerente alla compartecipazione all'abuso di eterodirezione è da rinvenire nel "principio di specialità"⁴²⁰, che porta quindi all'applicazione esclusiva

per fare valere i danni arrecati dagli amministratori per atti od omissioni compiuti in violazione dell'obbligo di conservare l'integrità del patrimonio sociale, esclusivamente dopo il verificarsi di una causa di scioglimento della società. Cfr. anche per ampi riferimenti di dottrina e giurisprudenza, C. MARCHETTI, *La responsabilità degli amministratori nelle società di capitali*, Giappichelli-Torino, 2015; M. LUPOI, *Le azioni di responsabilità esercitate dal curatore fallimentare. La legittimazione del curatore e la natura dell'azione*, in *Le azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali*, a cura di L. BALESTRA, Giuffrè-Milano, 2016, pag.358 e segg.; M. AIELLO, *La responsabilità degli amministratori e dei soci delle s.r.l.*, 2013.

⁴¹⁸ Cfr. *Appunti in tema di responsabilità degli amministratori di s.p.a. e di s.r.l.. Gli orientamenti della Sezione VIII Civile del Tribunale di Milano*, a cura di A. DAL MORO e A. MAMBRIANI, in *Il Caso.it*. In dottrina, *ex multis*, S. AMBROSINI, *La responsabilità degli amministratori nella nuova s.r.l.*, in *Società*, 2004, pag.1604; M. RESCIGNO, *Rapporti e interferenze tra norma societaria e fallimentare*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. JORIO, e coordinato da M. FABIANI, Bologna, 2007, II, pag.2125. *Contra*, C. ANGELICI, *Note sulla responsabilità degli amministratori di società a responsabilità limitata*, in *Riv. Soc.*, 2007, pag.1236; G.M. ZAMPARETTI, *Commento artt. 2394-2394 bis*, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da G. COTTINO, G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI, I, Bologna, 2004, pag.828. In giurisprudenza, Cass. 21 luglio 2010, n. 17121; Trib. Milano, 18 gennaio 2011; Trib. Napoli, 11 gennaio 2011; Trib. Roma, 23 febbraio 2009; Trib. Pescara, 15 novembre 2006. *Contra* Trib. Torino, 8 giugno 2011.

⁴¹⁹ Cfr. R. RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Società*, 2004, pag.544 per il quale: «*problemi che derivano già dalla sottolineata circostanza che qui si tratta del risarcimento di un danno provocato, in primo luogo, al patrimonio della società e, solo di riflesso, a quello personale del socio: ragion per cui possono trovarsi a coesistere le pretese risarcitorie della società (o di chi abbia titolo per farne valere i diritti) per i danni diretti, e dei singoli soci per quelli riflessi*».

⁴²⁰ Così, A. VALZER, *Le responsabilità da direzione e coordinamento di società*, Giappichelli-Torino, 2011, pag.170 e segg.; G. GUIZZI, *Gestione dell'impresa e interferenze di interessi. Trasparenze ponderazione e imparzialità nell'amministrazione delle s.p.a.*, Giuffrè-Milano, 2014, pag.181.

dell'art. 2497, comma secondo, cod. civ.. E ciò, poiché, la disposizione che prevede il risarcimento diretto al socio, del “danno riflesso”, e non alla società direttamente danneggiata, è da considerare un'eccezione ai principi posti dalla fattispecie risarcitoria del “danno diretto” *ex art. 2395 cod. civ.*

Ma questa conclusione, per la società eterodiretta *in bonis*, appare inconferente, qualora la società dominata sia stata dichiarata fallita «*potendosi risolvere in una ingiustificata limitazione del grado di tutela della massa dei creditori e ciò sulla base di una pluralità di ragioni*»⁴²¹.

L'Autore, sulla base: (i) dei diversi presupposti dell'azione di responsabilità, (ii) del diverso regime probatorio e (iii) della diversa ampiezza del danno risarcibile, e, (iiii) a mio avviso, delle diverse condizioni di ammissibilità dell'azione data dalla mancata soddisfazione della società soggetta all'attività di direzione e coordinamento *in bonis*, *ex art. 2497*, terzo comma, cod. civ.; ritiene preferibile riconoscere al curatore fallimentare, in astratto, la legittimazione ad esercitare contro gli amministratori e sindaci (per una condotta omissiva derivante dal mancato esercizio dei controlli loro spettanti), sia l'azione sociale *ex artt. 2392 e 2394 cod. civ.*, sia l'azione *ex art. 2497*, comma, quarto e secondo, cod. civ..

Ne discende che il curatore, con la sua esclusiva legittimazione ad agire, cumula le diverse azioni in un'unica azione⁴²², con la quale può invocare varie tipologie di responsabilità, con presupposti giuridici e fattoriali differenti, sempre nei limiti in cui l'evento dannoso è legato causalmente al fatto dannoso.

2.1. SEGUE. LA RESPONSABILITÀ DI CHI HA CONSAPEVOLMENTE TRATTO BENEFICIO

Qualche breve considerazione merita anche la seconda parte del secondo comma dell'art. 2497 cod. civ.. Tra i soggetti responsabili ai sensi del secondo comma dell'art. 2497 cod. civ. vi rientra «*chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio*».

⁴²¹ G. D'ATTORRE, *Le azioni di responsabilità da direzione e coordinamento nel fallimento della “eterodiretta”*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2015, II, pag.82.

⁴²² In realtà, è rimessa alla discrezionalità del curatore, la scelta di quale azione esercitare, e ciò, in considerazione dei presupposti per il loro accoglimento. «*È rimessa alla discrezionalità del curatore la decisione di esercitare tutte le azioni oppure due, oppure una sola di esse, sulla base di una valutazione della sussistenza in concreto dei presupposti per il loro accoglimento, fermo restando, che le azioni restano tra loro distinte e che dovrà applicarsi la specifica disciplina prevista per ciascuna di esse*», G. D'ATTORRE, *Le azioni di responsabilità da direzione e coordinamento nel fallimento della “eterodiretta”*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2015, II, pag.83.

Con questa disposizione si allude a quanti, pur a conoscenza della condotta illecita, ma estranei alla realizzazione della stessa, ne abbiano tratto vantaggio a scapito della società eterodiretta⁴²³. Si tratta così, di soggetti che non hanno commesso alcun illecito, né, tantomeno, hanno cooperato al compimento dell'illecito altrui⁴²⁴, ma sono i beneficiari dell'operazione di eterodirezione abusiva esercitata dalla *holding*⁴²⁵.

Così, per tale via, la cerchia dei possibili beneficiari del fatto lesivo è ampissima, poiché gli abusi della *holding* possono essere compiuti in favore di chiunque⁴²⁶.

La disposizione *de qua* parrebbe, così, riferita ai creditori della *holding* che abbiano sollecitato i suoi amministratori a perseguire una determinata politica di gruppo nella consapevolezza di trarne vantaggio anche a scapito dei soci e dei creditori delle controllate⁴²⁷.

Ma a tale titolo potranno essere chiamati altresì a rispondere le altre società del gruppo, a favore delle quali, ad esempio, siano state trasferite riserve destinate alla controllata danneggiata⁴²⁸. Difatti non è ipotesi rara che la capogruppo investa risorse sottraendole ad altre società del gruppo in una delle società da lei dominate, con la conseguenza che le altre società eterodirette potrebbero subire un pregiudizio.

In tale fattispecie, come appresso meglio esposto, occorre provare una “volontà” in capo alla società “terza”. Ciò implica che si dovrà dimostrare la consapevolezza dei suoi amministratori in merito alla politica del gruppo che ha generato un arricchimento alla

⁴²³ P. DAL SOGLIO, *Commento artt. 2497-2497 septies cod. civ.*, in *Il nuovo diritto delle società*, (a cura di) A. MAFFEI ALBERTI, 2005, III, pag.2234 osserva come l'azione *ex art. 2497*, comma secondo, cod. civ. fornisca una valida alternativa alle azioni risarcitorie e di accertamento di simulazione.

⁴²⁴ In ciò distinguendosi nettamente dalla fattispecie di responsabilità di chi ha direttamente provocato o preso parte al fatto lesivo.

⁴²⁵ A. VALZER, *Le responsabilità da direzione e coordinamento di società*, Giappichelli-Torino, 2011, pag.185.

⁴²⁶ Lo fa notare G. SBISÀ, *Commento all'art. 2497 cod. civ. Commi 1 e 2*, in AA.VV. (a cura di G. SBISÀ), *Direzione e coordinamento di società. Artt. 2947-2947 septies cod. civ., Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI, L.A. BIANCHI, F. GHEZZI, M. NOTARI, 2012, pag.105; L. ENRIQUES, *Gruppi di società e gruppi di interesse*, in AA.VV., *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private, quaderni di giurisprudenza commerciale* (a cura di) P. BENAZZO, S. PATRIARCA, G. PRESTI, Giuffrè-Milano, 2003, pag.246. Secondo A. BADINI CONFALONIERI, R. VENTURA, *Commento art. 2497 cod. civ.*, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da G. COTTINO, G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI, Bologna, 2004, III, pag.2170 più concretamente la norma apre la via alle azioni contro i soci di minoranza della *holding*.

⁴²⁷ V. SALAFIA, *La responsabilità della società holding verso i soci di minoranza delle controllate*, in *Società*, 2004, pag.5 e segg..

⁴²⁸ F. GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, in *Contratto e Impresa*, 2002, pag.1043.

società, a fronte di un pregiudizio alla società eterodiretta. Prova che non appare di facile allegazione, giacché le direttive della *holding*, spesso, vengono impartite attraverso canali “di fatto”, quali riunioni informali con gli amministratori.

Poiché *ex art.* 2497, comma secondo, ultima parte, cod. civ., il soggetto avvantaggiato non partecipa alla produzione del fatto lesivo, ma si limita a trarre vantaggio dalle scelte gestorie effettuate dalla capogruppo, è da condividere l’opinione che tale obbligazione non abbia natura risarcitoria, bensì indennitaria⁴²⁹.

Dunque, il fatto che l’art. 2497, comma secondo, ultima parte, cod. civ., contenga quale elemento costitutivo della propria fattispecie l’“arricchimento”, costituisce un elemento che consente di ricondurre l’obbligo indennitario *de qua*, nell’ambito della clausola generale dell’art. 2041 cod. civ.⁴³⁰.

Tuttavia, la sovrapposibilità tra le due norme non è integrale.

In primo luogo, l’obbligazione indennitaria viene a sorgere, *ex art.* 2497, secondo comma, ultima parte, cod. civ., a favore di un soggetto, creditore o socio esterno al controllo, depauperato indirettamente dalla condotta lesiva. Come ampiamente esposto nel corso del terzo capitolo, il danno subito dal socio o dal creditore è un danno indiretto, riflesso del danno subito dal patrimonio della società eterodiretta. Diversamente, nell’art. 2041 cod. civ. l’indennizzo è riversato direttamente a favore del soggetto danneggiato.

⁴²⁹ G. GUIZZI, *Partecipazioni qualificate e gruppi di società*, in AA.VV., *Diritto delle società. Manuale Breve*, Giuffrè-Milano, 2005, pag.256 e segg.; L. PANZANI, *L’azione di responsabilità ed il coinvolgimento del gruppo di imprese dopo la riforma*, in *Società*, 2002, pag.1487; A. BADINI CONFALONIERI, R. VENTURA, *Commento art. 2497 cod. civ.*, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da G. COTTINO, G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI, Bologna, 2004, III, pag.2170.

⁴³⁰ C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Cedam-Padova, 2006, 2ª ed., pag.156; L. BENEDETTI, *La responsabilità “aggiuntiva” ex art. 2497, 2° co., cod. civ.*, Giuffrè-Milano, 2012, pagg.212-213; L. BENEDETTI, *La legittimazione attiva e passiva all’azione risarcitoria ex art. 2497, primo comma, cod. civ.: conferme giurisprudenziali e spunti di riflessione*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2015, II, pag.362 e segg.; A. BADINI CONFALONIERI, R. VENTURA, *Commento art. 2497 cod. civ.*, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da G. COTTINO, G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI, Bologna, 2004, III, pag.2166. L’art. 2041 cod. civ. viene considerato il paradigma normativo generale in materia di responsabilità intermediaria ed è, pertanto, espressione del principio per cui ogni qualvolta uno spostamento patrimoniale produca una locupletazione ingiusta a spese altrui, l’ordinamento interviene con un’azione restitutoria mirata al riequilibrio delle posizioni patrimoniali. Da qui, dando particolare rilievo alla circostanza per la quale la norma limita l’obbligo solidale del convenuto “al vantaggio conseguito” la “riconduzione” nell’ambito del principio dell’ingiustificato arricchimento *ex art.* 2401 cod. civ.. Pertanto, in senso contrario, A. VALZER, *Le responsabilità da direzione e coordinamento di società*, Giappichelli-Torino, 2011, pag.184, il quale ricostruisce la fattispecie in esame attraverso un collegamento alla disciplina della scissione di società ed in particolare con il terzo comma dell’art. 2506 *bis*, cod. civ..

In secondo luogo, l'obbligazione indennitaria si distingue rispetto alla clausola generale di cui all'art. 2041 cod. civ. in quanto i fatti che possono legittimare un soggetto ad esperire l'azione di arricchimento senza causa sono atipici e dunque non espressamente disciplinati dal legislatore. Diversamente, la responsabilità *ex art. 2497*, secondo comma, ultima parte, cod. civ., presuppone la responsabilità di chi, società o ente, nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui, in violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale, ha arrecato un pregiudizio ai creditori e soci "esterni" della società eterodiretta.

In terzo luogo, e questo appare essere l'elemento di maggior rilievo della differenziazione, l'azione ai sensi dell'art. 2497, secondo comma, ultima parte, cod. civ., è subordinata ad un avvantaggiamento "consapevole", assente nella disposizione dell'art. 2041 cod. civ.⁴³¹. È dunque indicato un elemento soggettivo che invece non compare nell'ambito dell'art. 2041 cod. civ..

Così, per ottenere la condanna di chi ha beneficiato dell'azione lesiva della dominata è necessario che l'approfittamento sia stato consapevole, e soprattutto, che chi agisce deve dar prova del fatto che la provenienza del vantaggio da tale atto pregiudizievole fosse nota al soggetto che ne ha tratto beneficio.

Sul modo di intendere questo requisito non vi è uniformità di vedute.

Vi è chi⁴³² richiede la prova di un accordo fraudolento con i responsabili dell'attività abusiva di direzione e coordinamento. Ma a me pare che tale via costituisca un'ingiustificata limitazione dell'ambito di operatività della norma.

Vi è chi⁴³³ ritiene sufficiente la conoscenza dell'altrui esercizio abusivo dell'attività di direzione e coordinamento e, così, rendersi conto sia del pregiudizio subito dalla società eterodiretta, sia del fatto che l'operazione costituisce violazione dei principi di corretta gestione societaria⁴³⁴.

⁴³¹ G. GUIZZI, *Partecipazioni qualificate e gruppi di società*, in AA.VV., *Diritto delle società. Manuale Breve*, Giuffrè-Milano, 2008, pag.351.

⁴³² I. FAVA, *I gruppi di società e la responsabilità da direzione unitaria*, in *Società*, 2003, pag.1191.

⁴³³ P. DAL SOGLIO, *Commento artt. 2497-2497 septies*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. MAFFEI ALBERTI, 2005, III, pag.2335; A. PATTI, *Commento agli artt. 2497-2497 sexies*, in AA.VV. (a cura di G. LO CASCIO), *La riforma del diritto societario. Gruppi, trasformazione, fusione e scissione, scioglimento e liquidazione, società estere*, 2003, pag.245 il quale intende l'avverbio come: «*preordinata volontà o, quanto meno, con piena contezza del danno arrecato dall'illecito esercizio della direzione unitaria*».

⁴³⁴ G. SBISÀ, *Commento all'art. 2497 cod. civ.. Commi 1 e 2*, in AA.VV. (a cura di G. SBISÀ), *Direzione e coordinamento di società. Artt. 2947-2947 septies cod. civ., Commentario alla riforma delle società*, diretto da

Vi è infine una posizione definita “intermedia” che ritiene necessaria anche la conoscenza del vantaggio conseguito quale conseguenza della eterodirezione abusiva⁴³⁵.

Ad ogni modo, l’onere della prova è posto a carico dell’attore, mentre compete al terzo convenuto limitare il risarcimento nell’ambito del vantaggio conseguito⁴³⁶.

3. IL TERZO COMMA DELL’ART. 2497 COD. CIV. E IL PROBLEMA DELLA LEGITTIMAZIONE PASSIVA DELLA SOCIETÀ ETERODIRETTA

L’analisi condotta nel Capitolo III ha fatto emergere, in primo luogo, che l’art. 2497, comma terzo, cod. civ., in caso di fallimento della società eterodiretta, potrebbe condurre a far ritenere sussistente una legittimazione del curatore ad esercitare anche l’azione di responsabilità per abuso di direzione e coordinamento eventualmente spettante alla società eterodiretta stessa. Da questa premessa, è successivamente seguita l’analisi dei problemi di coordinamento tra l’esercizio dell’azione di responsabilità da parte della società controllata e la contemporanea azione del socio creditore di quest’ultima, nonché di come questi problemi si “calano” nel fallimento della “eterodiretta”⁴³⁷.

Ma il terzo comma dell’art. 2497 cod. civ., disposizione ritenuta tra le più controverse del Capo IX⁴³⁸, ha sollevato ulteriori problemi interpretativi⁴³⁹.

Ai sensi dell’art. 2497, terzo comma, cod. civ., il socio e il creditore della società eterodiretta, danneggiati dal comportamento della società o dell’ente che abbia esercitato illegittimamente attività di direzione e coordinamento, non possano agire nei confronti della

P. MARCHETTI, L.A. BIANCHI, F. GHEZZI, M. NOTARI, 2012, pag.105; M. BUSSOLETTI, E. LA MARCA, *Gruppi e responsabilità da direzione unitaria*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2010, I, pag.131.

⁴³⁵ G. GUIZZI, *Partecipazioni qualificate e gruppi di società*, in AA.VV., *Diritto delle società. Manuale Breve*, Giuffrè-Milano, 2005, pag.256.

⁴³⁶ Cfr. A. VALZER, *Le responsabilità da direzione e coordinamento di società*, Giappichelli-Torino, 2011, pag.191.

⁴³⁷ Sia consentito rinviare a quanto già esposto al Cap. III, par. 5 e segg..

⁴³⁸ Definita “singolarmente oscura” da G. SCOGNAMIGLIO, *I gruppi e la riforma del diritto societario: prime riflessioni*, in *Riv. Dir. Impr.*, 2003, pag.592.

⁴³⁹ Fondamentale è l’analisi condotta da G. SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, in AA.VV. (a cura di P. ABBADESSA e G.B. PORTALE), *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum G.F. CAMPOBASSO*, Utet-Torino, 2007, III, pag.947 e segg.. Sulle difficoltà interpretative della norma, cfr. altresì, G. GUIZZI, *Eterodirezione dell’attività sociale responsabilità per mala gestio nel nuovo diritto dei gruppi*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2003, I, pag.454 e segg.; M. MAGGIOLO, *L’azione di danno contro società o ente capogruppo (art. 2497, 3, c.c.)*, in *Giur. Comm.*, 2006, I, pag.176 e segg..

holding se non hanno “chiesto” soddisfazione alla società eterodiretta. Così, la preventiva escussione della società dominata parrebbe costituire una condizione dell’azione dei soci “esterni” e dei creditori della eterodiretta⁴⁴⁰.

I problemi interpretativi che discendono dal terzo comma, dell’art. 2497 cod. civ. possono essere riassunti nel seguente quesito: la mancata soddisfazione della società eterodiretta costituisce uno dei presupposti delle azioni di responsabilità *ex art.* 2497 cod. civ.?

Il problema interpretativo è se la responsabilità della *holding* abbia carattere sussidiario rispetto a quella della società eterodiretta e, così, se nei confronti della società eterodiretta è configurabile una legittimazione passiva della società dominata⁴⁴¹.

Poiché l’analisi della responsabilità della capogruppo viene qui condotta sotto la lente del fallimento della eterodiretta, il predetto quesito appare superato.

Il fallimento della società eterodiretta determina, *in re ipsa*, l’integrazione del presupposto sostanziale previsto dal terzo comma dell’art. 2497 cod. civ. (la mancata soddisfazione dei creditori e dei soci “esterni”), legittimando così il curatore ad agire nei confronti della capogruppo⁴⁴².

⁴⁴⁰ P. DAL SOGLIO, *Commento art. 2497 cod. civ.*, in *Commentario breve al diritto delle società*, (a cura di) A. MAFFEI ALBERTI, 2007, pag.1143.

⁴⁴¹ Per una critica approfondita sui limiti di formulazione dell’articolo in esame, cfr. R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. Comm.*, 2003, pag.661 e segg.. In dottrina, si vedano pur con varietà di posizioni, G. SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, in AA.VV. (a cura di P. ABBADESSA e G.B. PORTALE), *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum G.F. CAMPOBASSO*, Utet-Torino, 2007, III, pag.953; F. GALGANO e G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società. Artt. 2497-2497 septies cod. civ.*, in *Commentario al Codice Civile A. SCIALOJA, G. BRANCA*, (a cura di) F. GALGANO, Zanichelli-Bologna, 2014, pag.206; M. MAGGILO, *L’azione di danno contro società o ente capogruppo (art. 2497, 3, c.c.)*, in *Giur. Comm.*, 2006, I, pag.191; N. RONDINONE, *Società (gruppi di)*, in *Digesto, Disc. Priv. Sez. Comm.*, 2009, pag.952; U. TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, Giuffrè-Milano, 2010, pag.48; A. VALZER, *Le responsabilità da direzione e coordinamento di società*, Giappichelli-Torino, 2011, pag.35.

⁴⁴² G. SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, in AA.VV. (a cura di P. ABBADESSA e G.B. PORTALE), *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum G.F. CAMPOBASSO*, Utet-Torino, 2007, III, pag.939; F. FIMMANÒ, *Commento all’art. 2497 cod. civ. Commi 3 e 4*, in AA.VV. (a cura di G. SBISÀ), *Direzione e coordinamento di società. Artt. 2947-2947 septies cod. civ.*, *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI, L.A. BIANCHI, F. GHEZZI, M. NOTARI, 2012, pag.114; P. DAL SOGLIO, *Commento art. 2497 cod. civ.*, in *Commentario breve al diritto delle società*, (a cura di) A. MAFFEI ALBERTI, 2007, pag.1143.

Ma anche, nella diversa ipotesi della società eterodiretta *in bonis*, la dottrina⁴⁴³, pur riconoscendo una diversa “operatività” alla disposizione per i creditori rispetto ai soci, e la giurisprudenza⁴⁴⁴, giungono ad escludere ogni rilevanza alla questione della legittimazione passiva della società eterodiretta⁴⁴⁵.

Ciò nonostante pare opportuno valutare il riconoscimento della legittimazione passiva della società eterodiretta, perché ciò ha un riflesso “fallimentare” come appresso verrà esposto.

Il diverso filone interpretativo che riconosce la legittimazione passiva delle società eterodirette si basa su una lettura della norma rigidamente ancorata al dato testuale. Da qui, si ritiene⁴⁴⁶ che tale interpretazione possa condurre a ritenere che la responsabilità della società madre abbia carattere sussidiario della società eterodiretta.

Parrebbe ravvisarsi, dunque, un onere, *rectius*, un obbligo, del socio e del creditore di rivolgere, in prima battuta, nei confronti della società soggetta a direzione e coordinamento

⁴⁴³ G. SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, in AA.VV. (a cura di P. ABBADESSA e G.B. PORTALE), *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum G.F. CAMPOBASSO*, Utet-Torino, 2007, III, pag.947 e segg.; P. DAL SOGLIO, *Una ventata d'aria fresca per le cause di responsabilità promosse contro la capogruppo*, in *Giur. Comm.*, 2018, pag.838 e segg.; V. CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Riv. Soc.*, 2003, pag.1255.

⁴⁴⁴ Da ultimo Cass. Civ., 5 dicembre 2017, n. 29139, pag.833, con nota di P. DAL SOGLIO, *Una ventata d'aria fresca per le cause di responsabilità promosse contro la capogruppo*, in *Giur. Comm.*, 2018, pag.1920, con nota di F. RIGANTI, *Responsabilità della capogruppo e beneficium excussionis*, in *Giur. It.*, 2018. Cfr. altresì Cass. 12 giugno 2015, n. 12254, in *Il societario.it*, 8 febbraio 2016, con nota di E. MUGNAI, P. CELLINI, *Responsabilità della capogruppo per l'insolvenza delle società eterodirette*.

⁴⁴⁵ Così, A.R. ADIUTORI, *Questioni in tema di art. 2497 c.c.*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2017, I, pag.671, la quale aggiunge: «non può, infatti, configurarsi alcuna obbligazione risarcitoria in capo alla società eterodiretta». Nel senso di escludere la posizione giuridica passiva della eterodiretta ex art. 2497, comma terzo, cod. civ. in termini di solidarietà, si veda G. SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, in AA.VV. (a cura di P. ABBADESSA e G.B. PORTALE), *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum G.F. CAMPOBASSO*, Utet-Torino, 2007, III, pag.961; P. ABBADESSA, *La responsabilità della società capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2008, I, pag.286; M. MAUGERI, *Partecipazione sociale e attività d'impresa*, Giuffrè-Milano, 2010, pag.375; V. CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Riv. Soc.*, 2003, pag.1255.

⁴⁴⁶ In dottrina, per la responsabilità solidale della società eterodiretta, F. GALGANO, *Le nuove società di capitali e cooperative*, in F. GALGANO, R. GHENGINI, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e dir. pubbl. econ.*, diretto da F. GALGANO, Padova, 2006, pag.328; G. SBISÀ, *Commento all'art. 2497 cod. civ. Commi 1 e 2*, in AA.VV. (a cura di G. SBISÀ), *Direzione e coordinamento di società. Artt. 2947-2947 septies cod. civ.*, *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI, L.A. BIANCHI, F. GHEZZI, M. NOTARI, 2012, pag.104.

le proprie pretese. Di contro, corrisponderebbe un beneficio di preventiva escussione riconosciuto *ex lege* a favore della *holding*⁴⁴⁷.

La norma è stata così interpretata come un obbligo di preventiva escussione della società diretta e coordinata, nei termini previsti dall'art. 2268 cod. civ.⁴⁴⁸, distinguendo poi tra chi⁴⁴⁹ ne ritiene l'operatività in sede di cognizione, e chi⁴⁵⁰, invece, in fase esecutiva.

Questa interpretazione nello "scaricare" il peso del risarcimento sulla società eterodiretta, porta ad una serie di contraddizioni "interne" allo stesso art. 2497 cod. civ..

Non solo, ridetermina l'allocazione della responsabilità all'interno del gruppo. Per tale via, la responsabilità della *holding* diviene sussidiaria della preventiva responsabilità della eterodiretta⁴⁵¹, ma determina altresì un aggravio del patrimonio della società eterodiretta, che non solo subisce il danno derivante dal "cattivo" esercizio della direzione e coordinamento della capogruppo, ma si trova a pagare di "tasca propria" i danneggiati, soci e creditori⁴⁵².

⁴⁴⁷ La base di tale filone interpretativo è da rinvenire nella "estraneità" della società madre dal rapporto che lega i creditori e i soci lesi, *ex art.* 2497 cod. civ., alla società eterodiretta; G. SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, in AA.VV. (a cura di P. ABBADESSA e G.B. PORTALE), *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum G.F. CAMPOBASSO*, Utet-Torino, 2007, III, pag.954; F. RIGANTI, *Responsabilità della capogruppo e beneficium excussionis*, in *Giur. It.*, 2018, pag.1923.

⁴⁴⁸ Così, R. RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Società*, 2004, pag.543; V. CARIELLO, *Primi appunti sulla c.d. responsabilità da attività di direzione e coordinamento di società*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2003, pag.336.

⁴⁴⁹ G. GUIZZI, *Partecipazioni qualificate e gruppi di società*, in AA.VV., *Diritto delle società. Manuale Breve*, Giuffré-Milano, 2008, pag.331 e segg.

⁴⁵⁰ M.R. COVELLI, *Direzione e coordinamento di società*, in *Codice commentato delle nuove società* (a cura di) G. BONFANTE, D. CORAPI, G. MARZIALE, R. RORDORF, V. SALAFIA, Ipoa-Milano, 2004, pag.3184, per il quale «*Né la messa in mora né la preventiva escussione della società controllata costituiscono condizioni dell'azione o di proponibilità della domanda volta a far valere la responsabilità dell'ente capogruppo per violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale nell'attività di direzione e coordinamento*».

⁴⁵¹ F. RIGANTI, *Responsabilità della capogruppo e beneficium excussionis*, in *Giur. It.*, 2018, pag.1923, rileva come la teoria sopraesposta porti a «*“immunizzare” (o quantomeno offrire una rigorosa protezione al) il soggetto che, di fatto, ha arrecato il danno di cui si richiede il risarcimento*». Cfr. altresì M. ROSSI, *Responsabilità e organizzazione dell'esercizio dell'impresa di gruppo*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2007, I, pag.617 e segg..

⁴⁵² Sul punto, R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. Comm.*, 2003, pag.667; G. GUIZZI, *La responsabilità della controllante per non corretto esercizio del potere di direzione e coordinamento*, in AA.VV. (a cura di G. SCOGNAMIGLIO), *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, Milano, 2003, pag.205 e segg.; G. GUIZZI, *Eterodirezione*

Inoltre, anche nella prospettiva dei soggetti esercenti l'azione, appare difficilmente sostenibile il riconoscimento della legittimazione passiva della società eterodiretta⁴⁵³. Quanto ai creditori, pare privo di senso condizionare l'esercizio dell'attività contro la capogruppo alla preventiva richiesta, escussione, nei confronti della società eterodiretta. Se il creditore fosse soddisfatto dalla sua società debitrice, non potrebbe lamentare alcun danno nei confronti della capogruppo.

Quanto ai soci della dominata, il riconoscimento di una legittimazione negativa in capo alla società eterodiretta avrebbe un effetto "moltiplicatore" del danno da essi subito. Essi non solo subirebbero "indirettamente" il danno derivante dal recepimento della direttiva dannosa (come abbiamo visto, il socio agisce per il pregiudizio arrecato al valore e redditività della partecipazione sociale, quale, riflesso del danno cagionato al patrimonio della società eterodiretta), ma subirebbero l'ulteriore riduzione del patrimonio della società per effetto del risarcimento riconosciuto ai soci che, nel frattempo, hanno spiegato l'azione *ex art.* 2497 cod. civ.⁴⁵⁴.

Quindi, appare "paradossale" ritenere la società eterodiretta, danneggiata dall'attività delle capogruppo, responsabile del danno patito in via riflessa dai suoi soci e creditori.

E così, appare non condivisibile il sopraesposto filone interpretativo, che vede nel terzo comma dell'art. 2497 cod. civ. il fondamento per ritenere la società eterodiretta responsabile del danno patito in via riflessa dai suoi soci e creditori.

dell'attività sociale responsabilità per mala gestio nel nuovo diritto dei gruppi, in *Riv. Dir. Comm.*, 2003, I, pag.439; I. FAVA, *I gruppi di società e la responsabilità da direzione unitaria*, in *Società*, 2003, pag.1197 e segg..

⁴⁵³ Cfr. P. DAL SOGLIO, *Una ventata d'aria fresca per le cause di responsabilità promosse contro la capogruppo*, in *Giur. Comm.*, 2018, pag.838 e segg.; E. MARCHISIO, *Brevi note sulla disposizione, "singolarmente oscura" dell'art. 2497, comma 3, c.c.*, in *Giur. Comm.*, 2019, II, pag.346.

⁴⁵⁴ Parla di esito paradossale, A. JORIO, *I Gruppi*, in AA.VV., *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, (a cura di) S. AMBROSINI, Torino, 2003, pag.201. Il problema era già stato rilevato da G. GUIZZI, *La responsabilità della controllante per non corretto esercizio del potere di direzione e coordinamento*, in AA.VV. (a cura di) G. SCOGNAMIGLIO), *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, Milano, 2003, pag.205 e segg.; G. GUIZZI, *Eterodirezione dell'attività sociale responsabilità per mala gestio nel nuovo diritto dei gruppi*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2003, I, pag.453. In giurisprudenza, Trib. Milano, 17 giugno 2011, in *Società*, 2012, pag.258, con nota di H. SIMONETTI, *Natura e condizioni dell'azione di responsabilità nei confronti della capogruppo*, per la quale la norma deve essere interpretata in modo tale da ritenere che i soci della controllata non abbiano azione verso la società eterodiretta e quest'ultima non sia in alcun modo loro debitrice.

Per tale via, la ipotizzata responsabilità risarcitoria, in via solidale con la capogruppo della società eterodiretta, ha quale immediata conseguenza applicativa «*il risarcimento del diritto del socio di essere ammesso al passivo del fallimento della società eterodiretta*»⁴⁵⁵ per il pregiudizio subito alla redditività ed al valore della partecipazione sociale.

Ma è una “strada” che non appare percorribile. È da ritenere, probabilmente, non condivisibile l’affermazione di un necessario *step* preliminare, costituito dalla preventiva escussione del patrimonio della società eterodiretta, giacché l’eventuale ammissione al passivo del socio, che non pare consentita nel nostro ordinamento concorsuale non potendo il socio essere qualificato quale “creditore” della società da esso partecipata, ciò, in quanto si tramuterebbe in un grave pregiudizio per i creditori della società eterodiretta⁴⁵⁶.

E ancora, l’Autore giunge alla medesima conclusione, l’esclusione della legittimazione del socio ad insinuarsi al passivo della società eterodiretta, anche qualora venga attribuito al terzo comma, secondo un’altra interpretazione⁴⁵⁷, la funzione «*essenzialmente (le modalità) di distribuzione fra i soci di valori che ad essi sono oggettivamente attribuibili*», parentesi aggiunte. Anche per tale via, non si può arrivare a “stravolgere” i principi di diritto concorsuale, che vedono i soci di una società, nel nostro caso, eterodiretta, soddisfarsi solo dopo sull’eventuale residuo attivo della distribuzione del patrimonio fallimentare ai creditori concorrenti⁴⁵⁸.

Così opinando, si conferma l’esclusione della legittimazione passiva della dominata e, così, risulta assorbito ogni problema interpretativo che la disposizione *de qua* fa emergere per la società eterodiretta “*in bonis*”⁴⁵⁹.

⁴⁵⁵ Così G. D’ATTORRE, *Le azioni di responsabilità da direzione e coordinamento nel fallimento della “eterodiretta”*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2015, II, pag.76.

⁴⁵⁶ Così G. D’ATTORRE, *Le azioni di responsabilità da direzione e coordinamento nel fallimento della “eterodiretta”*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2015, II, pag.66.

⁴⁵⁷ C. ANGELICI, *Notarelle (quasi) metodologiche in materia di gruppi di società*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2013, II, pag.887 e segg..

⁴⁵⁸ G. D’ATTORRE, *Le azioni di responsabilità da direzione e coordinamento nel fallimento della “eterodiretta”*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2015, II, pag.76.

⁴⁵⁹ Dimostrata l’insussistenza di un problema interpretativo della disposizione *de qua* in ipotesi di fallimento della società eterodiretta, esula dai limiti del presente studio la trattazione del controverso contenuto dell’art. 2497, comma terzo, cod. civ., per le ipotesi che esulano dal fallimento della eterodiretta, sopra accennate. Si rinvia per gli opportuni approfondimenti alla letteratura dapprima richiamata. Ciononostante, *in breviter*, si dà conto del riconoscimento da parte della dottrina di una funzione “precettiva”, *rectius*, “organizzativa” della norma, per la quale la soddisfazione della pretesa risarcitoria *ex art. 2497*, comma terzo, cod. civ., non è

4. LA LEGITTIMAZIONE PASSIVA DELLA *HOLDING* PERSONA FISICA

La riflessione che segue ha ad oggetto l'ipotesi in cui la persona fisica eserciti l'attività di direzione e coordinamento senza avvalersi di una società o ente capogruppo⁴⁶⁰. In altri termini, la possibilità di qualificare la persona fisica come *holding* implica lo svolgimento di un'attività che eccede gli estremi della mera partecipazione al fatto lesivo altrui prevista dall'art. 2497, secondo comma, prima parte, cod. civ..

Di seguito si tenterà di indagare il corretto ambito di applicazione, sotto il profilo della legittimazione passiva, della *holding* individuale.

La persona fisica, in questo caso, è il *dominus* dell'attività di direzione e coordinamento, sicché la sua responsabilità non può trovare, *rectius*, non potrebbe trovare esclusivo titolo nel contributo causale "accessorio", ossia nella mera partecipazione all'illecito altrui⁴⁶¹.

Invero, con maggiore precisione, la dottrina ha evidenziato come la persona fisica possa assumere una scala crescente di influenze nelle vicende del gruppo.

La persona fisica potrebbe esercitare singoli e sporadici atti che tuttavia non integrano la direzione e coordinamento del primo comma dell'art. 2497 cod. civ.; potrebbe limitarsi ad amministrare e ad esercitare i diritti che derivano dalla propria partecipazione; ma potrebbe altresì, ed è in questa situazione che si pone la questione dell'applicabilità del comma primo dell'art. 2497 cod. civ., esercitare un penetrante potere di direzione e coordinamento⁴⁶².

operazione della società eterodiretta, ma una operazione della capogruppo che si avvale della prima quale mero *adiectus solutionis causa*.

⁴⁶⁰ Il problema della persona fisica holding si pone quando la persona fisica partecipa ad una pluralità di società che "controlla", esercitando, dunque, la direzione e il coordinamento senza avvalersi di una società capogruppo. Cfr. C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Cedam-Padova, 2006, 2^a ed., pag.201; L. BENEDETTI, *La responsabilità "aggiuntiva" ex art. 2497, 2° co., cod. civ.*, Giuffrè-Milano, 2012, pagg.212-213; L. BENEDETTI, *La legittimazione attiva e passiva all'azione risarcitoria ex art. 2497, primo comma, cod. civ.: conferme giurisprudenziali e spunti di riflessione*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2015, II, pag.362, nota n. 5.

⁴⁶¹ L. BENEDETTI, *La responsabilità "aggiuntiva" ex art. 2497, 2° co., cod. civ.*, Giuffrè-Milano, 2012, pagg.212-213; L. BENEDETTI, *La legittimazione attiva e passiva all'azione risarcitoria ex art. 2497, primo comma, cod. civ.: conferme giurisprudenziali e spunti di riflessione*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2015, II, pag.362 e segg..

⁴⁶² Cfr. A.R. ADIUTORI, *Insolvenza e responsabilità nel gruppo*, Giuffrè-Milano, 2013, pag.43; G. GUIZZI, *La responsabilità della controllante per non corretto esercizio del potere di direzione e coordinamento*, in AA.VV. (a cura di G. SCOGNAMIGLIO), *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, Milano, 2003, pag.209 e segg..

In apertura del capitolo si è detto che dalla lettura dell'art. 2497 cod. civ. emerge che l'attività di direzione e coordinamento possa essere imputata esclusivamente ad una doppia categoria di soggetti, ovvero, a società o enti, non a persone fisiche⁴⁶³. Ma, come meglio verrà illustrato appresso, l'applicabilità dell'art. 2497, comma primo, cod. civ., alla *holding* persona fisica non può essere esclusa sulla base del solo disposto letterale ed appare difficilmente giustificabile ove la si valuti tenendo in considerazione le esigenze di tutela sottese alla norma in esame.

L'abbrivio dell'analisi è fornito dal legislatore riformatore che nella versione definitiva dell'art. 2497, comma primo, cod. civ., espunge il pronome "chi" utilizzato nella formulazione originaria della disposizione per sostituirlo con le espressioni "le società e gli enti"⁴⁶⁴.

Nella versione iniziale l'uso del pronome indefinito lasciava aperte le possibilità interpretative della disposizione e, così, pareva individuare, fra i possibili legittimati passivi, anche le persone fisiche.

⁴⁶³ V. CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Riv. Soc.*, 2003, pag.1247; S. SILVESTRINI, *La legittimazione attiva e passiva nell'azione di responsabilità per scorretto esercizio*, in *Società*, 2013, pag.934.

⁴⁶⁴ Cfr. schema di decreto legislativo recante la Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366, approvato dal Consiglio dei Ministri nella seduta del 30 settembre 2002, in *Riv. Soc.*, 2002, pag.1422. Cfr. I. FAVA, *I gruppi di società e la responsabilità da direzione unitaria*, in *Società*, 2003, pag.1197, la quale ricorda l'iniziale formulazione della norma che ricomprendeva appunto la persona fisica e che accoglieva un consolidato orientamento giurisprudenziale 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. Così la nota Cass. SS.UU. 26 febbraio 1990, n.1439, in *ex multis Fall.*, 1990, pag.495, nonché, per ulteriori riferimenti e approfondimenti, cfr. nota n.21; Cass. 9 agosto 2002, n. 12113, in *Giur. Comm.*, 2004, II, 15, con nota di S. GIOVANNINI: «*In ipotesi di holding di tipo personale, cioè di persona fisica che sia a capo di più società di capitali in veste di titolare di quote o partecipazioni azionarie e svolga professionalmente, con stabile organizzazione, l'indirizzo, il controllo e il coordinamento delle società medesime (non limitandosi così al mero esercizio dei poteri inerenti alla qualità di socio), la configurabilità di un'autonoma impresa, come tale assoggettabile a fallimento, postula che la suddetta attività, sia essa di sola gestione del gruppo (cosiddetta holding pura), ovvero anche di natura ausiliaria o finanziaria (cosiddetta holding operativa), si espliciti in atti, anche negoziali, posti in essere in nome proprio, quindi fonte di responsabilità diretta del loro autore, e presenti altresì obiettiva attitudine a perseguire utili risultati economici, per il gruppo e per le sue componenti, causalmente ricollegabili all'attività medesima*». A. PENTA, *La fallibilità dell'holder persona fisica*, in *Fall.*, 2009, 2, pag.169.

La definitiva formulazione della norma⁴⁶⁵, invece, pare escludere la persona fisica dal novero dei soggetti chiamati a rispondere per l'esercizio non corretto dell'attività di direzione e coordinamento⁴⁶⁶.

La predetta affermazione, per cui il dato testuale dispone l'esenzione della persona fisica dalla responsabilità *ex art. 2497 cod. civ.*, deve essere valutata *cum grano salis*⁴⁶⁷.

⁴⁶⁵ Le ragioni di "opportunità politica", che originano da una nota della presidenza del Consiglio dei Ministri, hanno determinato la sostituzione del pronome "chi" dall'*incipit* dell'art. 2497 cod. civ.. Ragioni che sono ricordate da P. DAL SOGLIO, *Commento artt. 2497-2497 septies cod. civ.*, in *Il nuovo diritto delle società*, (a cura di) A. MAFFEI ALBERTI, 2005, III, pag.2329, nota n.115; L. BENEDETTI, *La responsabilità "aggiuntiva" ex art. 2497, 2° co., cod. civ.*, Giuffrè-Milano, 2012, pag.190, nota n.4..

⁴⁶⁶ La circostanza che l'attività di direzione unitaria possa essere esercitata non solo da società, ma anche da persone fisiche, è stata ampiamente dibattuta in passato. Il problema, oggetto di numerose decisioni giurisprudenziali, fra cui la nota sentenza Caltagirone, Cass. SS.UU. 26 febbraio 1990, n.1439, in *ex multis Fall.*, 1990, pag.495, nonché, per ulteriori riferimenti e approfondimenti, cfr. nota n.21 è ormai risolto, in senso favorevole a riconoscere la qualifica di capogruppo anche a soggetti diversi da società o enti purché esercitino in concreto un'attività di direzione e coordinamento. Più recentemente, Cass. 9 agosto 2002, n. 12113, secondo la quale, per potersi parlare di *holding* personale, occorrerebbe poter attribuire in via principale ad una persona fisica la responsabilità per l'attività di direzione e coordinamento contemplate all'art. 2497, comma primo, cod. civ. e non semplicemente una responsabilità che promana da essa, quale appunto quella stabilita dal secondo comma. Ma anche parte della giurisprudenza di merito anteriore aveva riconosciuto l'ammissibilità della figura della *holding* individuale. Cfr., tra le altre, Trib. Roma, 3 luglio 1982, in *Foro It.*, 1982, I, pag.2898 e segg.; Trib. Roma, 15 marzo 1980, in *Giur. Comm.*, 1980, II, pag.958. Più di recente, sempre per l'ammissibilità della c.d. *holding* individuale, cfr. Cass. 29 novembre 2006, n. 25275, in *Redazione Giuffrè (De Jure)*, «questa Corte ha più volte statuito che è configurabile una c.d. "holding" di tipo personale allorquando una persona fisica, che sia a capo di più società di capitali in veste di titolare di quote o partecipazioni azionarie, 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 tal fine è necessario che la suddetta attività, sia essa di sola gestione del gruppo (cosiddetta *holding* pura) ovvero pure di natura ausiliaria o finanziaria (cosiddetta *holding* operativa), si esplichi in atti, anche negoziali posti in essere in nome proprio (e, quindi fonte di responsabilità diretta del loro autore), e presenti altresì obiettiva attitudine a proseguire utili, risultati economici, per il gruppo e le sue componenti, causalmente ricollegabili all'attività medesima».

⁴⁶⁷ Critico sulla esenzione delle persone fisiche dalla responsabilità *ex art. 2497 cod. civ.*, F. GUERRERA, "Compiti" e responsabilità del socio di controllo, in *RDS*, 2009, I, pag.518; e R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. Comm.*, 2003, pag.661, il quale mette in evidenza l'esigenza di evitare l'abbassamento della tutela delle minoranze e dei creditori e ricorda inoltre come anche prima della riforma, sulla base dell'interpretazione dell'art. 90, d. lgs. 8 luglio 1999, n. 270 sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, fosse configurabile una responsabilità anche della *holding* persona fisica. La scelta del legislatore di non considerare il socio persona fisica quale soggetto passivo dell'azione di cui al comma primo dell'art. 2497 cod. civ. è definita non "razionalmente spiegabile" da G. GUIZZI, *La responsabilità della controllante per non corretto esercizio del potere di direzione e coordinamento*, in AA.VV. (a cura di G. SCOGNAMIGLIO), *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, Milano, 2003, pag.209.

È indubbio che il cambiamento della lettera dell'articolo non esclude *tout court* la responsabilità delle persone fisiche⁴⁶⁸.

Ai sensi del secondo comma, dell'art. 2497 cod. civ., sono responsabili, con i soggetti di cui al primo comma, coloro i quali abbiano preso parte al fatto lesivo e quanti ne abbiano consapevolmente tratto beneficio. Grazie a tale previsione è così possibile estendere la responsabilità, di cui all'art. 2497, primo comma, cod. civ., ad una molteplicità di soggetti, e non per forza, come discutibilmente richiede il primo comma, persone giuridiche⁴⁶⁹. Tuttavia, la sussistenza della responsabilità dell'*holder* nel secondo comma, non è esente da alcuni rilievi critici.

La solidarietà, ai sensi del secondo comma dell'art.2497 cod. civ., richiede ontologicamente la preesistente responsabilità di un altro soggetto⁴⁷⁰, società o ente, che esercita attività di

⁴⁶⁸ Che la persona fisica possa esercitare attività di direzione di più imprese è riconosciuto dalla dottrina, così, L. BENEDETTI, *La legittimazione attiva e passiva all'azione risarcitoria ex art. 2497, primo comma, cod. civ.: conferme giurisprudenziali e spunti di riflessione*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2015, II, pag.365 e segg.; G. SBISÀ, *Commento all'art. 2497 cod. civ.. Commi 1 e 2*, in AA.VV. (a cura di G. SBISÀ), *Direzione e coordinamento di società. Artt. 2947-2947 septies cod. civ., Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI, L.A. BIANCHI, F. GHEZZI, M. NOTARI, 2012, pag.70 e segg.; M. PRESTIPINO, *La responsabilità risarcitoria della persona fisica capogruppo*, in *Giur. Comm.*, 2011, I, pag.180 e segg.. Ma non è altrettanto pacifica la questione interpretativa che viene a porsi con riguardo al regime di responsabilità applicabile.

⁴⁶⁹ R. RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Società*, 2004, pag.544, per il quale «è probabile che il legislatore, nel dettare tale norma (n.d.r. art. 2497, secondo comma, cod. civ.), abbia avuto di mira soprattutto quelle situazioni di dominio societario di fatto che gli interessati tentano di mascherare attraverso appositi schemi societari. [...] Non è affatto da escludere che, per tale via, si possa in molti casi recuperare anche la responsabilità della cosiddetta holding personale (o meglio della persona fisica che eventualmente dirige il gruppo) esclusa invece dall'area della responsabilità principale tracciata dal primo comma». R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. Comm.*, 2003, pag.661; V. CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Riv. Soc.*, 2003, pag.1249, nota n.55; F. GALGANO, *Direzione e coordinamento di società. Artt.2497-2497 septies cod. civ.*, in *Commentario al Codice Civile A. SCIALOJA, G. BRANCA*, (a cura di) F. GALGANO, Zanichelli-Bologna, 2005, pag.59; A. NIUTTA, *La novella del Codice Civile in materia societaria: luci ed ombre nella nuova disciplina sui gruppi di società*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2003, I, pag.391. Partendo dal medesimo presupposto (inapplicabilità dell'art. 2497, primo comma, cod. civ.), ritiene invece che nell'ipotesi della persona fisica *holding* debba essere esperita un'azione di diritto comune, basata sull'art. 2043 cod. civ., L. GUGLIELMUCCI, *La responsabilità ed attività di direzione e coordinamento*, in *Dir. Fall.*, 2005, pag.41.

⁴⁷⁰ In giurisprudenza si registra anche l'opinione nel senso della scindibilità dell'azione: una diretta contro la *holding* e l'altra diretta contro i suoi amministratori. Sul punto si veda Trib. Lecce, 06 giugno 2017, in *Leggi d'Italia.it*, Massima redazionale, 2017: «Le società facenti parte di un medesimo gruppo sono titolari di una piena e perfetta autonomia giuridica e patrimoniale, di talché non possono imputarsi alla capogruppo atti che siano direttamente riferibili alle società partecipate, sebbene da essa voluti e coordinati. Nei gruppi, pertanto, ad un'unica impresa sotto il profilo economico, corrispondono più imprese sotto il profilo giuridico, ferma

direzione e coordinamento abusiva, ai sensi del primo comma dell'art. 2497 cod. civ.⁴⁷¹. Il secondo comma dell'art. 2497 cod. civ., per poter operare, presuppone «*che vi sia già a monte una società o un ente responsabile a cui va ad aggiungersi, in via sussidiaria, la responsabilità solidale dell'obbligato*»⁴⁷².

Ne discende che, laddove non fosse possibile imputare ad alcuno la responsabilità *ex art.* 2497, comma primo, cod. civ., viene meno il presupposto primo della fattispecie di responsabilità da concorso prevista dall'art. 2497, comma secondo, cod. civ.⁴⁷³.

Peraltro, riconducendo la responsabilità della *holding* persona fisica, al secondo comma, dell'art. 2497 cod. civ., ultima parte, si creerebbe per l'*holder* un privilegio, in quanto la stessa sarebbe obbligata solo nei limiti del vantaggio conseguito⁴⁷⁴.

Quindi, il coinvolgimento ai sensi del secondo comma dell'art. 2497 cod. civ., presuppone logicamente l'imputazione ad altro soggetto della titolarità dell'attività di direzione e coordinamento ed altresì che venga provata l'incidenza eziologica dell'attività imputabile al

restando la distinta soggettività e la formale indipendenza giuridica delle varie società»; e Trib. Firenze, 12 giugno 2017, con nota di F. RIGANTI, Appunti in tema di amministratori, responsabilità e quantificazione del danno, in Giurisprudenza italiana, 2018, 1, pag.133-134: «L'art. 2497 cod. civ. non individua alcun rapporto di principalità e/o dipendenza tra l'obbligazione risarcitoria che grava sulla holding e l'omogenea obbligazione che grava (solidalmente) sul suo organo amministrativo, ma colloca, per così dire, sullo stesso piano i due coobbligati vincolandoli ad un'unica, identica, prestazione risarcitoria. Ne consegue che l'azione di responsabilità nei confronti della holding e l'azione di responsabilità contro il suo organo amministrativo che, con le proprie scelte gestionali, abbia determinato il compimento di atti che contrastano con l'interesse della controllata, danno luogo a cause scindibili, conseguentemente essendo rimessa al danneggiato la decisione se agire cumulativamente contro tutti i responsabili o se, in alternativa, agire contro la holding suddetta o contro il suo organo amministrativo».

⁴⁷¹ Per più ampi approfondimenti sulla mancata applicazione alla *holding* persona fisica, del secondo comma dell'art. 2497 cod. civ., si rinvia a L. BENEDETTI, *La responsabilità "aggiuntiva" ex art. 2497, 2° co., cod. civ.*, Giuffrè-Milano, 2012, pag.210 e segg.. *Contra* R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. Comm.*, 2003, pag.661, che espressamente riconosce l'applicabilità del secondo comma dell'art. 2497 cod. civ. alla persona fisica *holding*.

⁴⁷² Così, S. GIOVANNINI, *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, Giuffrè-Milano, 2007, pag.190.

⁴⁷³ Cfr. A. BADINI CONFALONIERI, R. VENTURA, *Commento art. 2497 cod. civ.*, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da G. COTTINO, G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI, Bologna, 2004, III, pag.2167; L. BENEDETTI, *La legittimazione attiva e passiva all'azione risarcitoria ex art. 2497, primo comma, cod. civ.: conferme giurisprudenziali e spunti di riflessione*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2015, II, pag.367; S. GIOVANNINI, *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, Giuffrè-Milano, 2007, pag.187 e segg..

⁴⁷⁴ L. BENEDETTI, *La legittimazione attiva e passiva all'azione risarcitoria ex art. 2497, primo comma, cod. civ.: conferme giurisprudenziali e spunti di riflessione*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2015, II, pag.370.

compartecipe “*holding*” persona fisica diversa dall’abuso di eterodirezione imputabile ad altro soggetto.

Dall’altro lato, la mancata sussunzione della *holding* persona fisica nel primo comma dell’art. 2497 cod. civ., e la riconduzione della responsabilità della stessa nel secondo comma dell’art. 2497 cod. civ., appare di dubbia legittimità costituzionale.

Difatti, non sono ravvisabili ragioni di opportunità giuridica, né supporti normativi, che possono giustificare questa diversità di trattamento fra i creditori e soci “esterni” di una società soggetta a direzione e coordinamento esercitata da una *holding* persona fisica, rispetto ai creditori e soci “esterni” di una società soggetta a direzione e coordinamento esercitata da una *holding* “società o ente”⁴⁷⁵.

Non solo. La norma appare di dubbia legittimità costituzionale anche dal “lato positivo”, poiché va a creare una ingiustificata disparità di trattamento tra persona fisica e giuridica, alla quale è costituzionalmente riconosciuta uguale capacità di esercitare attività d’impresa. Quindi, la riconduzione nel secondo comma dell’art. 2497 cod. civ. della responsabilità della *holding* persona fisica è di dubbia legittimità, non solo in considerazione alla differente tutela che verrebbe riconosciuta ai soci e creditori esterni, ma anche per l’irragionevole trattamento dal “lato attivo”⁴⁷⁶.

⁴⁷⁵ A. BADINI CONFALONIERI, R. VENTURA, *Commento art. 2497 cod. civ.*, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da G. COTTINO, G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI, Bologna, 2004, III, pagg.2166-2167; R. WEIGMANN, nota a sentenza Cass. 13 marzo 2003, n. 3724, in *Giur. It.*, 2004, 1, pag.564; L. BENEDETTI, *La legittimazione attiva e passiva all’azione risarcitoria ex art. 2497, primo comma, cod. civ.: conferme giurisprudenziali e spunti di riflessione*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2015, II, pag.376; G. SCOGNAMIGLIO, “*Clausole generali*” principi di diritto e disciplina nei gruppi di società, in *Riv. Dir. Priv.*, 2011, pag.545 e segg., in particolare pag.547.

⁴⁷⁶ Così, attraverso un’interpretazione adeguatrice, cioè conforme ai principi costituzionali degli artt. 3 e 24, comma 1 Cost.. Il Tribunale di Milano ha affermato che «*non c’è ragione per cui i soci ed i creditori della società diretta possano chiedere alla società o ente dirigente, ai suoi amministratori, al socio di controllo, ai propri amministratori ecc. (art. 2497, comma secondo, cod. civ.) di essere risarciti per il pregiudizio arrecato alla redditività od al valore della partecipazione o per la lesione all’integrità del suo patrimonio solo quando pregiudizio o lesione siano causati dall’esercizio illecito di attività di direzione e coordinamento da parte di una società o ente e non quando la stessa attività – che in sé ha natura di fatto ed è espressione di un potere di fatto – sia illecitamente esercitata da una persona fisica, almeno quando essa la eserciti professionalmente, stabilmente e con adeguato impiego di mezzi*». Trib. Milano, 20 dicembre 2013, Sez. spec. in materia di imprese, Sez. B, ma anche: Trib. Venezia, 2 ottobre 2012, e Trib. Roma, 21 novembre 2011, in www.dirittobancario.it, in *Il Caso.it*, 2012, per il quale: «*Non vi sono ragioni per escludere che la responsabilità di cui all’art. 2497 cod. civ., 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*

Ma quali elementi possono giustificare “in positivo” l’applicabilità dell’art. 2497, comma primo, cod. civ., all’*holder* persona fisica?

La responsabilità della *holding* persona fisica potrebbe essere ricondotta nel primo comma dell’art. 2497 cod. civ., ricomprendendola nel novero degli “enti”, «*intendendo questo sostantivo in senso ampio siccome dalla legge non ulteriormente qualificato ed essendo indubbiamente anche la persona fisica un ente (=soggetto) giuridico, in quanto dotato di capacità giuridica*», così il Tribunale di Milano nel noto caso Ligresti⁴⁷⁷.

Tuttavia tale criterio appare inconferente alla luce dell’interpretazione autentica che dell’art. 2497, primo comma, cod. civ., fornisce l’art. 19, comma sesto, d.l. 1 luglio 2009 n. 78, convertito con modificazioni dalla l. n. 102 del 3 agosto 2009, c.d. decreto “Salva Alitalia”, ove si dispone che la disposizione «*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*». Con l’interpretazione autentica richiamata, la responsabilità per illegittimo esercizio dell’attività di direzione e coordinamento è limitata agli “enti collettivi”, con esclusione degli “enti individuali”, cioè le persone fisiche. Peraltro, il riferimento all’“ente” richiamato dalla predetta sentenza, deve essere correttamente inquadrato⁴⁷⁸.

Da qui, la limitazione come sopra esposta che, l’interpretazione autentica esposta dall’art. 19, comma sesto, d.l. n. 78/2009, che indica per “enti”, esclusivamente gli “enti collettivi”, riguarda esclusivamente l’ipotesi che ad esercitare l’azione siano i creditori e i soci della società eterodiretta e non la società stessa. Che peraltro, come già esposto⁴⁷⁹, e come

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».

⁴⁷⁷ Cfr. L. BENEDETTI, *La legittimazione attiva e passiva all’azione risarcitoria ex art. 2497, primo comma, cod. civ.: conferme giurisprudenziali e spunti di riflessione*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2015, II, pag.376; G. SCOGNAMIGLIO, “*Clausole generali*” principi di diritto e disciplina nei gruppi di società, in *Riv. Dir. Priv.*, 2011, pag.547; R. WEIGMANN, nota a sentenza Cass. 13 marzo 2003, n. 3724, in *Giur. It.*, 2004, 1, pag.562.

⁴⁷⁸ Il caso affrontato dal Tribunale ambrosiano riguardava l’esercizio dell’azione di responsabilità ex art. 2497, comma primo, cod. civ., e, in particolare, la responsabilità diretta delle persone fisiche esercenti attività di direzione e coordinamento. Ma nel caso concreto, ad agire in responsabilità verso i componenti della famiglia Ligresti in qualità di capogruppo non sono stati i soci o i creditori della società eterodiretta, bensì le società eterodirette stesse. riferimento è a quanto esposto nel Cap. III, par. 5.

⁴⁷⁹ Il riferimento è a quanto esposto nel Cap. III, par. 5.

affermato dal Tribunale di Milano⁴⁸⁰, pare essere legittimata ad agire per i danni provocati al suo patrimonio secondo i principi generali di cui agli artt. 1218, 1223 e 2043 cod. civ..

Se tale criterio, appare superato, non appare altrettanto “debole” una interpretazione “sistemica” della norma. Difatti, sono diverse le disposizioni normative che riconoscono la configurabilità della *holding* persona fisica.

Nel T.U.F. sono previste importanti norme che, facendo riferimento al “soggetto” che esercita attività di direzione e coordinamento ovvero al “soggetto” che controlla la *holding* che esercita l’attività di direzione e coordinamento, includono la persona fisica tra gli “enti” che quell’attività esercitano⁴⁸¹. Ma anche in tema di editoria, ove la disciplina prevede che il capitale di una società editoriale possa essere detenuto a sua volta da una società di capitali solo a condizione che la partecipazione di controllo della controllante sia intestata a persone fisiche o a società direttamente controllate da persone fisiche⁴⁸².

La riconduzione della responsabilità della capogruppo personale, al primo comma, dell’art. 2497 cod. civ., è possibile, oltre al fondamentale criterio “costituzionale”, anche attraverso l’esclusione di una interpretazione letterale e restrittiva della posizione del “soggetto controllante” e, così, colmare con l’estensione analogica la lacuna della relativa disciplina⁴⁸³. Per chiarire. Al fine di legittimare l’applicazione dell’art. 2497, comma primo, cod. civ., alla *holding* persona fisica per il tramite di una applicazione analogica, occorre verificare che

⁴⁸⁰ Per ampi riferimenti, cfr. quanto già esposto in nota n. 301.

⁴⁸¹ Si ricorda gli artt.12, comma 3 e 150, comma primo, TUF (d. lgs. 24 febbraio 1998, n.58).

⁴⁸² Così, art. 1 l. n. 416 del 1981, come modificato dall’art. 2 l. n. 62 del 2001.

⁴⁸³ L’estensione analogica del primo comma dell’art. 2497 cod. civ. alla capogruppo persona fisica è affermata da: M. PRESTIPINO, *La responsabilità risarcitoria della persona fisica capogruppo*, in *Giur. Comm.*, 2011, I, pag.113 e segg.; A. VALZER, *Le responsabilità da direzione e coordinamento di società*, Giappichelli-Torino, 2011, pag.226 e segg.; L. BENEDETTI, *La responsabilità “aggiuntiva” ex art. 2497, 2° co., cod. civ.*, Giuffrè-Milano, 2012, pag.189 e segg.; F. GUERRERA, “*Compiti*” e *responsabilità del socio di controllo*, in *RDS*, 2009, I, pag.520. Negano l’applicabilità del comma primo dell’art. 2497 cod. civ. alla persona fisica, tra gli altri: G. SBISÀ, *Commento all’art. 2497 cod. civ.. Commi 1 e 2*, in AA.VV. (a cura di G. SBISÀ), *Direzione e coordinamento di società. Artt. 2947-2947 septies cod. civ., Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI, L.A. BIANCHI, F. GHEZZI, M. NOTARI, 2012, pag.70; P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. Soc.*, 2007, pagg.322-323; N. RONDINONE, *Società (gruppi di)*, in *Digesto, Disc. Priv. Sez. Comm.*, 2009, pag.603; S. SILVESTRINI, *La legittimazione attiva e passiva nell’azione di responsabilità per scorretto esercizio*, in *Società*, 2013, pag.934; A.R. ADIUTORI, *Insolvenza e responsabilità nel gruppo*, Giuffrè-Milano, 2013, pag.42.

non ricorra il limite contemplato dall'art. 14 delle disp. prel. cod. civ.⁴⁸⁴ e, così, di stabilire e individuare, l'eccezionalità della norma in esame.

Come detto, l'art. 2497 cod. civ. costituisce una norma "eccezionale" nel prevedere il risarcimento del danno "riflesso" in favore del socio "esterno" al controllo e, così, una deroga ai «*principi posti dal regime vincolistico del patrimonio sociale ed espressi, sul piano della fattispecie risarcitoria, del requisito del "danno diretto" ex art. 2395 cod. civ.*»⁴⁸⁵.

Così determinata, seppur in breve, la ragione giustificatrice della norma e la non "eccezionalità" della stessa si può giustificare l'estensione analogica e l'applicazione del medesimo trattamento alla *holding* persona fisica⁴⁸⁶.

Bensì, come detto, appare fondamentale per l'inclusione della persona fisica tra i soggetti legittimati passivi *ex art. 2497*, comma primo, cod. civ., un'interpretazione costituzionalmente orientata dalla disciplina⁴⁸⁷, *ut supra* già esposta⁴⁸⁸.

⁴⁸⁴ Art. 14 disp. prel. cod. civ., rubricato: Applicazione delle leggi penali ed eccezionali: «*Le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati*». La ratio ispiratrice della norma e dell'intera disciplina del Capo IX, è la tutela degli interessi dei soci esterni e dei creditori della società eterodiretta, posti a repentaglio dalle condotte "illecite" del processo decisionale organizzato. L'eccezionalità della disciplina è rappresentata dalla legittimazione attiva ad agire, che è posta direttamente a capo dei creditori e soci "esterni".

⁴⁸⁵ L. BENEDETTI, *La legittimazione attiva e passiva all'azione risarcitoria ex art. 2497, primo comma, cod. civ.: conferme giurisprudenziali e spunti di riflessione*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2015, II, pag.380; V. PINTO, *La responsabilità degli amministratori per danno indiretto agli azionisti*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum G.F. CAMPOBASSO*, Torino, 2007, pag.926 e segg.; F. GUERRERA, *La responsabilità deliberativa nelle società di capitali*, Giappichelli-Torino, 2004, pag.145; G. SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, Torino, 1996, pag.947. Per completezza, l'"eccezionalità" della disciplina si estende anche alla previsione dei c.d. vantaggi compensativi, che esulano dalla cornice dell'analisi. Ma per spunti sul tema, cfr. R. PENNISI, *La disciplina delle società soggette a direzione unitaria ed il recesso nei gruppi*, in P. ABBADESSA, G.B. PORTALE (diretto da), *Il Nuovo diritto delle Società. Liber amicorum G.F. CAMPOBASSO*, Torino, 2007, III, pag.913.

⁴⁸⁶ Cfr. F. GUERRERA, "Compiti" e responsabilità del socio di controllo, in *RDS*, 2009, I, pag.520. In giurisprudenza, *ex multis*, Trib. Vicenza, Sez. I, 23 novembre 2006, in *Fall.*, 2007, 3, pag.353: «È configurabile una "holding" di tipo personale, costituente impresa commerciale suscettibile di fallimento, per essere fonte di responsabilità diretta dell'imprenditore, quando si sia in presenza di una persona fisica che agisca in nome proprio, per il perseguimento di un risultato economico, ottenuto attraverso l'attività svolta, professionalmente, con l'organizzazione e il coordinamento dei fattori produttivi, relativi al proprio gruppo di imprese».

⁴⁸⁷ A. VALZER, *Abuso di eterodirezione e regimi di responsabilità. La recente giurisprudenza del Tribunale di Milano*, in *RDS*, 2016, 1, pag.365.

⁴⁸⁸ Cfr. nota n. 476.

Da ultimo, a conferma di quanto sin qui esposto, anche la giurisprudenza ha riconosciuto la responsabilità in capo alla *holding* persona fisica ai sensi dell'art. 2497, comma primo, l. fall., per lo svolgimento di attività di direzione e coordinamento in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale.

Così, *ex multis*, anche per la Corte d'Appello di Napoli: «ricorre l'ipotesi della cd. *holding* di tipo personale quando la persona fisica ha svolto attività di direzione, coordinamento e finanziamento, con stabile organizzazione, nei confronti di un'impresa o di un gruppo di imprese e sia, pertanto, configurabile un'autonoma impresa assoggettabile al fallimento»⁴⁸⁹.

A mio avviso e, concludendo, maggiori indicazioni sul punto parrebbero oggi potersi ravvisare nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, emanato il 14 febbraio 2019.

Nell'art. 2, comma primo, lett. h), C.C.I.I., il gruppo di imprese viene definito come: «l'insieme delle società, delle imprese e degli enti, escluso lo Stato, che, ai sensi degli articoli 2497 e 2545 septies del Codice Civile, sono sottoposti alla direzione e coordinamento di una società, di un ente o di una persona fisica [...]»⁴⁹⁰.

Emerge che, anche ai fini concorsuali, il legislatore riformatore mutua la definizione di gruppo dell'art. 2497 cod. civ. e, così, è alla ricostruzione che dottrina e giurisprudenza hanno dato all'espressione “direzione e coordinamento” di società che bisogna fare nuovamente riferimento.

⁴⁸⁹ C. Appello di Napoli, Sez. I bis, 24 gennaio 2012, in *Il fallimentarista.it*. La configurabilità della *holding* è stata elaborata dalla nota “sentenza Caltagirone”, Cass. SS.UU. 26 febbraio 1990, n.1439, in *ex multis Fall.*, 1990, pag.495, nonché, per ulteriori riferimenti e approfondimenti, cfr. nota n.21, poi confermata dalle successive decisioni delle Corti di legittimità; Cass. 13 marzo 2003, n. 3724, in *Fall.*, 2004, pag.155; Cass. 25 luglio 2016, n. 15346, in *Il societario.it*, 6 settembre 2016, e di merito, Trib. Padova, 2 novembre 2001, in *Società*, 2002, pag.583; Trib. Vicenza, 23 novembre 2006, in *Il Caso.it*, Trib. Napoli, 8 gennaio 2007, in *Fall.*, 2007, 4, pag.407, con nota di F. FIMMANÒ, *Dal socio tiranno al dominus abusivo*, in *Fall.*, 2007. Più recentemente Cass. 6 marzo 2017, n. 5520, in *Il societario.it*, 2017, ha statuito che «è configurabile una “holding” di tipo personale allorquando una persona fisica, che sia a capo di più società di capitali in veste di titolare di quote o partecipazioni azionarie, 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 tal fine è necessario che la suddetta attività, di sola gestione del gruppo (cosiddetta “holding” pura), ovvero anche di natura ausiliaria o finanziaria (cosiddetta “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, obiettiva attitudine a perseguire utili risultati economici, per il gruppo e le sue componenti, causalmente ricollegabili all'attività medesima».

⁴⁹⁰ Per G. SCOGNAMIGLIO, *I gruppi di impresa nel CCII: fra unità e pluralità*, in *Società*, 2019, pag.417, la “definizione non è ineccepibile” e va letta come «se recitasse che il gruppo è l'insieme costituito dalle società o imprese sottoposte a direzione e coordinamento e del soggetto (società, ente o persona fisica) che esercita la relativa attività».

A me pare, non solo che il legislatore sia chiaro nel ricomprendere nella definizione di gruppo la fattispecie *holding* persona fisica, ma, anche che, nulla vieti l'estensione della definizione di gruppo contenuta nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza a fattispecie "*in bonis*", sebbene l'*incipit* dell'art. 2 del C.C.I.I. riferisca le definizioni contenute nella norma «*ai (soli) fini del presente Codice*», enfasi tra parentesi aggiunta. Ma questa non è altro che la tecnica, ormai entrata nell'uso comune, che il legislatore nazionale ha mutuato dal legislatore europeo, tale per cui «*le definizioni utili ai fini della corretta comprensione della disciplina*» sono contenute nel medesimo decreto che introduce la nuova normativa⁴⁹¹.

5. RIFLESSIONI CONCLUSIVE: UN BREVE CONFRONTO CON LA RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE⁴⁹²

Un problema che in *obiter* coinvolge l'analisi della responsabilità per attività di direzione e coordinamento abusiva è l'utilizzo da parte dell'interprete della fattispecie de qua, come regolata dal legislatore all'art. 2497 cod. civ. per imputare alla holding, oltretutto una responsabilità risarcitoria, anche una responsabilità patrimoniale.

Il sistema delle responsabilità, di chi nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui svolge attività di direzione e coordinamento di società, risulta strutturato su due modelli alternativi: *i)* responsabilità patrimoniale da eterogestione abusiva, volta al superamento della personalità giuridica e, così, a chiamare la controllante a rispondere direttamente dei debiti assunti dalla controllata; *ii)* la responsabilità risarcitoria e conseguentemente, che delle obbligazioni sociali risponde solo la controllata con il suo patrimonio.

Si rileva da subito come la previsione di cui all'art. 2497 c.c. non lascia dubbi sulla costruzione della responsabilità *ivi* prevista in termini di responsabilità risarcitoria⁴⁹³.

⁴⁹¹ G. SCOGNAMIGLIO, *I gruppi di impresa nel CCII: fra unità e pluralità*, in *Società*, 2019, pag.416.

⁴⁹² Il tema è troppo vasto ed importante per essere esaustivamente affrontato in questa sede. Verranno conseguentemente ripercorsi, per brevi cenni, i soli problemi che ha suscitato la materia *de qua* in ipotesi di fallimento della eterodiretta.

⁴⁹³ M. MIOLA, *Riflessioni su responsabilità per eterodirezione dell'impresa e procedure concorsuali*, in *Rivista Orizzonti del diritto commerciale*, 2015, pag.10 e segg.; A.R. ADIUTORI, *Insolvenza e responsabilità nel gruppo*, Giuffrè-Milano, 2013, pag.28 e segg.. Osserva L. PANZANI, *I fenomeni del dominus abusivo e della eterodirezione dell'impresa societaria*, in *Fall.*, 2009, 9, pag.1058, che la responsabilità di cui all'art. 2497 cod. civ. è sempre risarcitoria, «*a cui dunque non consegue l'assoggettamento a fallimento. Va anzi aggiunto che [...] la circostanza che alla sua regolamentazione non sia stato accompagnato alcun intervento in sede*

L'appartenenza di una società al gruppo non comporta una deroga al principio per cui, l'abuso dell'attività di direzione e coordinamento è fonte solo di responsabilità risarcitoria della dominante e non di responsabilità patrimoniale per le obbligazioni contratte dalle società eterodirette⁴⁹⁴. Pertanto, l'insolvenza della dominata non si estende, fatta salva l'applicazione dell'art. 147 l. fall., alla società madre, la quale risponderà se ne ricorrono i presupposti, dell'obbligazione risarcitoria conseguente all'esperimento vittorioso delle azioni di cui all'art. 2497 cod. civ..

L'insolvenza della *holding* non deriva automaticamente dalla insolvenza della società eterodiretta, ma la società madre sarà insolvente per gli «*atti compiuti in nome proprio e per le obbligazioni risarcitorie accertate giudizialmente ex art. 2497 cod. civ. che la stessa non sia, eventualmente, in grado di fronteggiare*»⁴⁹⁵.

Ciò detto, partendo dalla premessa che sia in dottrina che in giurisprudenza, la società madre, in ossequio al principio di separazione delle masse attive e passive, continua a rappresentare una distinta massa patrimoniale rispetto alle altre società del gruppo (e, conseguentemente, con riguardo ad una società facente parte di un gruppo, l'accertamento dello stato di insolvenza deve essere operato considerando solo la situazione economica della stessa, in quanto ciascuna delle società del gruppo conserva la propria personalità giuridica e risponde solo dei propri debiti⁴⁹⁶), le “tecniche” di reazione all'abuso della personalità giuridica,

concorsuale esclude che possa parlarsi di assoggettamento della capogruppo al fallimento per il solo fatto dell'esercizio della direzione unitaria». In altri termini, il legislatore della riforma, nell'art. 2497 cod. civ., conferma la scelta già operata nell'art. 90 del d. lgs. 8 luglio 1999 n. 270, optando per una tutela degli interessi pregiudicati dal fenomeno dei gruppi «*fondata sullo strumento della responsabilità civile, piuttosto che sulle diverse tecniche storicamente proposte di superamento della personalità giuridica*»; cfr. G. SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, in AA.VV. (a cura di P. ABBADESSA e G.B. PORTALE), *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum G.F. CAMPOBASSO*, Utet-Torino, 2007, III, pag.950. Nello stesso senso G.B. FERRI, *Manuale di diritto commerciale* (a cura di C. ANGELICI e G.B. FERRI), XIII ed., Torino, 2010, pagg.609 e 610; M. PRESTIPINO, *Brevi osservazioni sulla fallibilità della holding individuale*, in nota a Trib. Ancona, 10 agosto 2009, App. Ancona, 5 marzo 2010, in *Giur. Comm.*, 2011, II, pag.656, il quale critica le sentenze che esprimono l'opposta opinione; M. MAGGIOLO, *Responsabilità solidale e regressi nei gruppi di società*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2006, I, pag.566.

⁴⁹⁴ Cfr. M. MIOLA, *Riflessioni su responsabilità per eterodirezione dell'impresa e procedure concorsuali*, in *Rivista Orizzonti del diritto commerciale*, 2015, pag.11 e segg..

⁴⁹⁵ Così A.R. ADIUTORI, *Insolvenza e responsabilità nel gruppo*, Giuffrè-Milano, 2013, pag.31. L'Autore richiama il contrario avviso espresso dal Trib. Ancona, 10 aprile 2009 e App. Ancona, 5 marzo 2010, per le quali la società madre risponde altresì dall'insolvenza della società eterodiretta.

⁴⁹⁶ Cfr. Cass. 21 aprile 2011, 9260, in *Fall.*, 2011, pag.1163 e segg. con commento di L. SALVATO, *Accertamento dell'insolvenza di società di capitali facente parte di un "gruppo"*; Cass. 18 novembre 2010,

seppur con le dovute semplificazioni stante l'ampio respiro del tema, possono essere ricondotte, a due diverse impostazioni: (i) attribuendo la qualità di imprenditore commerciale all'*holder*-persona fisica, al fine di poterne dichiarare il separato fallimento individuale e creare il presupposto per il suo coinvolgimento patrimoniale "indiretto" mediante l'esperimento dell'azione risarcitoria da parte del curatore *ex art.* 2497, quarto comma, cod. civ.⁴⁹⁷. (ii) la responsabilità patrimoniale in estensione disciplinata dall'art. 147 l. fall., alla quale vengono ricondotte le teorie del fallimento della supersocietà di fatto, ossia della società di fatto tra una o più persone fisiche, ovvero società di persone, e una o più società di capitali, costituite al solo scopo di interporre tra sé e i terzi lo schermo della responsabilità limitata

Partendo dalla prima "tecnica", l'ipotizzata insolvenza della capogruppo deriva dal riconoscimento della qualifica di imprenditore commerciale alla *holding*, questione che riveste particolare rilievo quando tale posizione è assunta dalla persona fisica⁴⁹⁸.

Poiché la previsione che l'attività di direzione e coordinamento, nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui, in violazione dei principi di corretta gestione societaria, determina una responsabilità risarcitoria *ex art.* 2497, comma primo, cod. civ. e non l'automatica estensione dell'insolvenza all'*holder*⁴⁹⁹, occorre, per poter dichiarare il

n.23344, in *Società*, 2011, pag.101 e segg., e in *Fall.*, 2011, pag.565 e segg., con nota di F. SIGNORELLI, *Società di fatto, holding e fallimento*. Sul punto anche F. GUERRERA, *Note critiche sulla c.d. supersocietà*, in *Dir. Fall.*, 2015, II, pag.63 che individua proprio nella disciplina dell'eterodirezione abusiva, *rectius*, nella responsabilità risarcitoria *ex art.* 2497 cod. civ., la strada maestra da seguire per dare una risposta al problema dell'abuso della personalità giuridica, «*senza scardinare il principio d'imputazione "formale" degli atti d'impresa e senza compromettere la funzionalità complessiva del sistema societario*».

⁴⁹⁷ N. RONDINONE, *Tecniche di coinvolgimento di domini e holders nel fallimento delle imprese eterodirette e "superamento" della spendita del nome*, in *Riv. Soc.*, 2015, pag.1076; P. CELLINI, *L'holding persona fisica: responsabilità e fallibilità*, in *Il societario.it*, 11 luglio 2016, pag.12; F. FIMMANÒ, *Supersocietà di fatto ed estensione di fallimento alle società eterodirette*, in *Il Caso.it*, 1 giugno 2016, pag.8 e segg..

⁴⁹⁸ F. FIMMANÒ, *Il fallimento ascendente della supersocietà di fatto in liquidazione per subordinazione della società dominante*, in *Fall.*, 2016, in nota a Trib. Santa Maria Capua Vetere, 8 luglio 2008, in *Fall.*, 2009, pag.95, ritiene che «*l'estensione del fallimento dovrà necessariamente passare attraverso il fallimento delle società (di fatto e occulta) e solo come effetto di quest'ultimo potrà essere estesa, in direzione discendente, ai soci illimitatamente responsabili non falliti, anche non persone fisiche*».

⁴⁹⁹ F. FIMMANÒ, *Il fallimento ascendente della supersocietà di fatto in liquidazione per subordinazione della società dominante*, in *Fall.*, 2016, pag.1194, che rileva come la responsabilità dell'*holder* per abuso di eterodirezione sulla dominata insolvente possa generare a sua volta l'autonoma, non l'estensione automatica dell'insolvenza all'*holder*.

fallimento dell'*holder*, accertare i requisiti *ex art.* 1 e 5 l. fall., e così, che l'*holder* abbia la “qualifica” di imprenditore commerciale e che sia insolvente⁵⁰⁰.

Rimane, infatti, ferma la natura risarcitoria e non patrimoniale della responsabilità di cui al comma primo dell'*art.* 2497 cod. civ..

L'insolvenza della dominante, persona fisica, non sarà collegata alle obbligazioni assunte dalle controllate, ma alle obbligazioni assunte in nome proprio dalla *holding* e all'obbligazione risarcitoria, a cui dovesse essere condannata, *ex art.* 2497 cod. civ.. Ciò detto, si possono considerare piani di indagine diversi, quello della *holding* personale e quello dell'applicabilità del comma primo dell'*art.* 2497 cod. civ..

Così, il fallimento della *holding* persona fisica “transita” necessariamente dalla dimostrazione del carattere imprenditoriale dell'attività svolta dall'*holder*, oltreché primariamente dall'accertamento dell'obbligazione risarcitoria per l'illegittimità dell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento *ex art.* 2497 cod. civ.. E affinché, l'*holder* possa essere considerato un imprenditore occorre: *i)* l'esercizio di un'attività di gestione della società di cui detiene la partecipazione, ovvero un'attività di finanziamento, *et similia*, nel caso di *holding* operativa; *ii)* il perseguimento di un risultato economico; *iii)* lo svolgimento di tale attività per il tramite di un'organizzazione imprenditoriale autonoma, distinta da quella della società controllata; *iiii)* che l'attività sia svolta in maniera professionale, quindi non in modo occasionale; *iiiiii)* e in nome proprio, con spendita del nome⁵⁰¹, e ciò, affinché l'attività e la conseguente responsabilità possano essergli direttamente impartite.

⁵⁰⁰ Per F. GUERRERA, *Note critiche sulla c.d. supersocietà*, in *Dir. Fall.*, 2015, II, pag.71, «*proprio nella disciplina dell'eterodirezione abusiva (n.d.r. si rinviene) la strada maestra da seguire per dare una risposta efficace, ma equilibrata e legittima, al problema dell'abuso della personalità giuridica senza scardinare il principio di imputazione “formale” degli atti d'impresa e senza compromettere le funzionalità complessive del sistema societario*».

⁵⁰¹ Nella c.d. “sentenza Caltagirone” si afferma che la *holding* potrà essere chiamata a rispondere, con l'intero suo patrimonio, ai sensi dell'articolo 2740 cod. civ., soltanto delle obbligazioni che ha direttamente contratto spendendo il proprio nome, non anche di quelle assunte dalle e in nome delle imprese dirette e coordinate. Al riguardo, Trib. Milano, 4 febbraio 2016, in *Fall.*, 2016, 6, pag.745, ha ritenuto che «*ai fini della sussistenza del presupposto soggettivo per la dichiarazione di fallimento del titolare di una holding unipersonale (c.d. holder), è necessario che il medesimo, ancorché persona fisica, eserciti una attività imprenditoriale in nome proprio e, quindi, un'attività, anche negoziale, con spendita del nome, nella quale l'holder si avvalga organizzativamente e finanziariamente di vari soggetti imprenditoriali, svolga questa attività con economicità e con perseguimento dell'utile, volto quest'ultimo sia all'incremento del valore delle proprie partecipazioni nelle società, sia all'incremento della capitalizzazione del gruppo, nonché del patrimonio personale, ed*

Il requisito che presenta maggiori aspetti problematici è l'accertamento in capo all'*holder* del requisito degli atti «posti in essere dalla capogruppo in nome proprio»⁵⁰². Da qui, l'emersione di una “tendenza” della giurisprudenza a svalutare il suddetto requisito ai fini dell'acquisizione della qualità di imprenditore. Ma la corretta ricostruzione dei sopraesposti requisiti e, così, l'imputabilità della qualità di imprenditore commerciale assoggettabile a fallimento, esula dal campo d'indagine della presente trattazione.

Ciò nonostante, le brevi considerazioni sopra esposte, consentono di poter dire che per il tramite dell'azione *ex art.* 2497 cod. civ., il fallimento della eterodiretta diviene creditore della *holding* persona fisica, beninteso, nella misura in cui l'incapienza della società sia causalmente riconducibile all'attività direttiva dell'*holder*⁵⁰³ e, poiché la *holding* persona fisica è, *rectius*, potrebbe essere, un imprenditore commerciale, quest'ultima, qualora non adempia alla menzionata responsabilità potrà essere sottoposta a procedura concorsuale, determinatasi per effetto della responsabilità *ex art.* 2497 cod. civ..

Senonché, il problema della responsabilità patrimoniale della *holding* persona fisica è spesso affrontato nella diversa prospettiva, dapprima solo accennata, dell'attività di direzione e

eserciti questa attività con professionalità e organizzazione imprenditoriale, avvalendosi stabilmente di una struttura composta eventualmente anche di personale dipendente [...]» .

⁵⁰² Cass., 26 febbraio 1990, n. 1439, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, pag.713, con nota di R. WEIGMANN; in *Dir. fall.*, 1990, II, pag.1005, con nota di U.I. STRAMIGNONI, *Il fallimento della società collaterale*; in *Fallimento*, 1990, pag.495, con nota di F. LAMANNA, *La holding quale impresa commerciale (anche individuale) e il dogma della personalità giuridica*; in *Società*, 1990, pag.598, con nota di G. SCHIANODIPEPE, *L'imprenditore holding*; in *Giur. comm.*, 1991, II, pag.366, con nota di N. RONDINONE, *Esercizio della direzione unitaria ed acquisto della qualità d'imprenditore commerciale*; in *Riv. dir. impr.*, 1991, pag.316, con nota di A. JORIO; in *Riv. dir. comm.*, 1991, II, pag.515, con note di B. LIBONATI, *Partecipazione in società ed esercizio di attività economica informa d'impresa*, *Riv. dir. impr.*, pag.552; in *Riv. dir. impr.*, II, pag.564 di L. SAMBUCCI, *L'attività mediata dell'impresa holding: l'art.2361 c.c.*

⁵⁰³ Cfr. G. D'ATTORRE, *Le azioni di responsabilità da direzione e coordinamento nel fallimento della "eterodiretta"*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2015, II, pag.69; F. FIMMANÒ, *Responsabilità da direzione e coordinamento ed insolvenza della società abusata*, in *Temi del nuovo diritto fallimentare*, (a cura di) G. PALMIERI, Torino, 2009, pag.126. L'Autore parla di «responsabilità per i debiti ammessi al passivo della società eterodiretta». Ma un'eventuale qualificazione del danno risarcibile da parte della capogruppo in un ammontare pari alla differenza tra attivo e passivo fallimentare potrebbe essere giustificata solo nell'ipotesi in cui si provi che l'abuso di direzione e coordinamento abbia determinato, quale unica causa determinante, il dissesto della società eterodiretta. La giurisprudenza formatasi nelle azioni di responsabilità *ex art.* 146 l. fall. nei confronti degli amministratori, ammette la possibilità di quantificare il danno nella differenza tra attivo e passivo fallimentare quando il curatore dimostra che il dissesto sia stato cagionato da una sistematica attività depauperativa da parte degli amministratori, cfr. Cass. 17 settembre 1997, n. 9252, in *Dir. Fall.*, 1998, II, pag.878.

coordinamento svolta da più persone fisiche, compartecipi nello svolgimento dell'attività di direzione e coordinamento abusiva, per il tramite di diverse società.

La *holding* personale viene in rilievo, anche ai fini dell'assoggettabilità a fallimento, non solo come *holding* persona fisica, ma anche come soggetto partecipante ad un gruppo di imprese che ha esercitato attività di direzione e coordinamento⁵⁰⁴.

Il tema, peraltro assai controverso, richiederebbe un approfondimento che esula dai limiti del presente studio perché, come esposto, il piano su cui opera l'art. 2497 cod. civ. (e l'analisi condotta) è diverso da quello della responsabilità patrimoniale.

Ciò nonostante, in tale prospettiva, possiamo dire che, la responsabilità della persona fisica deriva dal riconoscimento dell'insolvenza della dominante, a cui l'*holder* partecipa in qualità di socio⁵⁰⁵.

Pertanto, l'estensione del fallimento della società eterodiretta alla persona fisica socia di una *holding*, presuppone il fallimento della *holding* stessa e da questa, per il tramite dell'art. 147, l'estensione del fallimento ai soci, palesi o occulti.

In tal senso la Cassazione⁵⁰⁶, ha stabilito, accogliendo un orientamento della dottrina⁵⁰⁷, che l'art. 147 l. fall. non consente di arrivare "in via ascendente" dalla società di capitali fallita alla società di fatto *holding*, ma richiede la previa dichiarazione di insolvenza della società di persone, anche di fatto, per produrre poi "in via discendente" il fallimento in estensione della società di capitali.

⁵⁰⁴ P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in Riv. Soc., 2007, pag.323; U. TOMBARI, *La partecipazione di società di capitali in società di persone come nuovo "modello di organizzazione d'impresa"*, in Riv. Soc., 2006, pag.203.

⁵⁰⁵ Come efficacemente è stato detto «l'utilizzo strumentale di una o più società di capitali al fine di una diversificazione e delimitazione degli investimenti e della responsabilità di chi le dirige e le governa, anche con un sistema di direzione coordinato, di per sé non trasmoda in un abuso, posto che proprio tale schema organizzativo è immanente al paradigma delle diverse responsabilità limitate, né tale utilizzo strumentale può portare alla conseguenza della perdita del beneficio della responsabilità limitata per il solo fatto di aver operato nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui, violando i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società dominate e pertanto nell'interesse contrario a quello di dette società [...] (n.d.r. occorre) che la società di fatto esprima una sua autonoma e affatto propria insolvenza», così F. FIMMANÒ, *Il fallimento ascendente della supersocietà di fatto in liquidazione per subordinazione della società dominante*, in Fall., 2016, pag.1191.

⁵⁰⁶ Cfr. Cass. 13 luglio 2016, n. 12120, in *Il fallimento* 2016, pag.1186.

⁵⁰⁷ F. FIMMANÒ, *Il fallimento ascendente della supersocietà di fatto in liquidazione per subordinazione della società dominante*, in Fall., 2016, pag.1189; F. FIMMANÒ, *Supersocietà di fatto ed estensione di fallimento alle società eterodirette*, in *Il Caso.it*, 1 giugno 2016.

Ciò detto⁵⁰⁸, in caso di insolvenza della dominata, e fatta salva la disciplina di cui all'art. 147 l. fall. (ovvero per i “tipi” di società previsti), l'art. 2497 cod. civ. non parrebbe consentire in alcun modo di assoggettare a fallimento la dominante, vuoi persona fisica, vuoi società di fatto, per le obbligazioni della dominata.

La capogruppo non risponderà delle obbligazioni della società eterodiretta, ma risponderà, se ne ricorrono i presupposti dell'obbligazione risarcitoria conseguente all'esperimento vittorioso delle azioni di cui all'art. 2497 cod. civ..

Così, concludendo, la responsabilità del “*dominus*” ex art. 2497 cod. civ. per abuso di eterodirezione sulla dominata insolvente può generare a sua volta l'insolvenza della capogruppo, a condizione che ricorrano i requisiti previsti dagli art. 1 e 5 l. fall. e, quindi, il “*dominus*” non «sarà automaticamente e necessariamente insolvente e fallibile, come accade col sistema dell'estensione per il socio illimitatamente responsabile nelle ipotesi contemplate dall'art. 147 l. fall., trattandosi di responsabilità comunque risarcitoria»⁵⁰⁹.

* * *

Concludo il presente lavoro con un saluto: “*Benvenuta Sophie*”.

⁵⁰⁸ Il tema del superamento della personalità giuridica è un problema “antico”, così lo definisce G. SCOGNAMIGLIO, *Gruppi di imprese e procedure concorsuali*, Giur. Comm., 2008, II, pag.1106. L'approfondimento esula dai limiti del presente studio incentrato sulla responsabilità ex art. 2497 cod. civ.. Comunque, nell'esposizione, a mio giudizio, sono stati proposti i principali strumenti per affrontare i problemi che sono legati alla questione del superamento della personalità giuridica. Per maggiori approfondimenti si rinvia, oltre alla dottrina e giurisprudenza già richiamata nel corso della trattazione anche, C. ANGELICI, *Le società per azioni, Principi e problemi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, di M. CIAN, L. MENGONI, P. SCHLESINGER, 2012, pag.166 e segg..

⁵⁰⁹ Cfr. F. FIMMANÒ, *Il fallimento ascendente della supersocietà di fatto in liquidazione per subordinazione della società dominante*, in *Fall.*, 2016, pag.1194.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Diritto fallimentare*, coordinato da A. MAFFEI ALBERTI, Monduzzi, 2004
- AA.VV., *La riforma del diritto societario, Lavori preparatori. Testi e materiali*, (a cura di) F. AULETTA, G. LO CASCIO, M. VIETTI, U. TOMBARI, A. ZOPPINI, Giuffrè-Milano, 2006
- P. ABBADESSA, *I gruppi di società nel diritto italiano*, in *I gruppi di società: ricerche per uno studio critico*, a cura di A. PAVONE LA ROSA, Il Mulino-Bologna, 1982
- P. ABBADESSA, *La responsabilità della società capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2008, I, pag.279 e segg.
- P. ABBADESSA, *Rapporto di dominio e autonomia privata nel diritto societario italiano*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1999, I, pag.545 e segg.
- L. ABETE, *Il ceto creditorio e la dimensione istituzionale della s.r.l.: riflessi sull'azione dei creditori sociali e sulla legittimazione del curatore*, in *Fall.*, 2013, pag.348 e segg.
- N. ABRIANI e L. PANZANI, *Crisi e insolvenza nei gruppi di società*, in O. CAGNASSO, L. PANZANI (a cura di), *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, Torino, 2016, II, pag.2996 e segg.
- N. ABRIANI e L. PANZANI, *Crisi ed insolvenza nei gruppi di società*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di O. CAGNASSO, M. IRRERA, 2015
- N. ABRIANI, *Doveri e responsabilità degli amministratori e dei sindaci*, in *Italia Oggi*, 2, del 23 gennaio 2019
- N. ABRIANI, *Le azioni di responsabilità alla luce del codice della crisi*, in *Italia Oggi, La riforma del fallimento*, n. 2, 23 gennaio 2019
- N. ABRIANI, *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi. Gruppi di società e vantaggi compensativi nella riforma del diritto societario*, in *Giur. Comm.*, 2002, I, pag.616 segg.
- A.R. ADIUTORI, *Insolvenza e responsabilità nel gruppo*, Giuffrè-Milano, 2013
- A.R. ADIUTORI, *Questioni in tema di art. 2497 c.c.*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2017, I, pag.647 e segg.
- M. AIELLO, *La responsabilità degli amministratori e dei soci delle s.r.l.*, 2013
- R. ALESSI, *L'azione di responsabilità nei gruppi di società*, in AA.VV., *Società, Il dizionario della riforma*, in *Italia Oggi*, n. 16, Milano, 2003
- G. ALPA, *La responsabilità per la direzione e il coordinamento di società. Note esegetiche sull'art. 2497 c.c.*, in *La nuova giurisprudenza civile*, 2004, II, pag.659 e segg.
- G. ALPA, *La responsabilità per la direzione e il coordinamento di società. Note esegetiche sull'art. 2497 c.c.*, in *Vita Not.*, 2005, pag.3 e segg.
- S. AMBROSINI, *La responsabilità degli amministratori nella nuova s.r.l.*, in *Società*, 2004, pag.293 e segg.
- C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Cedam-Padova, 2006, 2ª ed.
- C. ANGELICI, *Le società per azioni, Principi e problemi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, di M. CIAN, L. MENGONI, P. SCHLESINGER, 2012
- C. ANGELICI, *Notarelle (quasi) metodologiche in materia di gruppi di società*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2013, II, pag.377 e segg.
- C. ANGELICI, *Note sulla responsabilità degli amministratori di società a responsabilità limitata*, in *Riv. Soc.*, 2007, pag.1217 e segg.
- C. ANGELICI, *Sulle lacune nel diritto delle società*, in *Società*, 2015, 11, pag.1251 e segg.
- Appunti in tema di responsabilità degli amministratori di s.p.a. e di s.r.l. Gli orientamenti della Sezione VIII Civile del Tribunale di Milano*, a cura di A. DAL MORO e A. MAMBRIANI, in *Il Caso.it*
- M. ARATO, *Regolazione della crisi e dell'insolvenza dei gruppi di imprese*, in *Il Caso.it*, 10 aprile 2018
- T. ASCARELLI, *Società di persone tra società; imprenditore occulto; amministratore indiretto; azionista sovrano*, in *Foro It.*, 1956, I, pag.413 e segg.
- A. AUDINO, *Commento art. 2395 cod. civ.*, in *Commentario breve al diritto delle società*, (a cura di) A. MAFFEI ALBERTI, 2007, pag.547 e segg.
- A. BADINI CONFALONIERI, R. VENTURA, *Commento art. 2497 cod. civ.*, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da G. COTTINO, G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI, Bologna, 2004, III, pag.2164 e segg.
- L. BALESTRA, *Crisi dell'impresa e abusiva concessione del credito*, in *Giur. Comm.*, 2013, I, pag.109 e segg.
- A. BARTALENA, *Le azioni di responsabilità nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Fall.*, 2019, pag.298 e segg.

- A. BASSI, *La disciplina dei gruppi*, in *La riforma del diritto societario*, (a cura di) A. BASSI, V. BUONOCORE, S. PESCATORE, Torino, 2003, pag.202 e segg.
- S. BASTIANON, *Le azioni di responsabilità contro gli amministratori al tempo del Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Il fallimentarista.it*, 24 aprile 2019
- L. BENATTI, *Commento art. 2407 cod. civ.*, in *Commentario breve al diritto delle società*, a cura di A. MAFFEI ALBERTI, 2007, pag. 600 e segg.
- L. BENEDETTI, *La disciplina dei gruppi d'impresa e il piano unitario di risanamento*, in *Italia Oggi*, n. 2, 23 gennaio 2019, pag.150 e segg.
- L. BENEDETTI, *La legittimazione attiva e passiva all'azione risarcitoria ex art. 2497, primo comma, cod. civ.: conferme giurisprudenziali e spunti di riflessione*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2015, II, pag.362 e segg.
- L. BENEDETTI, *La responsabilità "aggiuntiva" ex art. 2497, 2° co., cod. civ.*, Giuffrè-Milano, 2012
- L. BENEDETTI, *La responsabilità ex art. 2497 c.c. della banca e le soluzioni negoziali delle crisi di impresa*, in *RDS*, 2010, 2, pag.414 e segg.
- R. BERNABAI, *Profili processuali delle azioni di responsabilità*, in *Società*, 2005, pag.215 e segg.
- L.A. BIANCHI, *Problemi in materia di disciplina dell'attività di direzione e coordinamento*, in *Riv. Soc.*, 2013, pag.420 e segg.
- F. BONELLI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società*, in *Giur. Comm.*, 1992, I, pag.219 e segg.
- F. BONELLI, *Gli amministratori di S.p.A. (dopo la riforma delle società)*, Giuffrè-Milano, 2004
- F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. COLOMBO e G.B. PORTALE, Utet-Torino, 1991, IV, pag.419 e segg.
- F. BONELLI, *Responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, in *Giur. Comm.*, 2004, suppl. al n. 3, pag.620 e segg.
- S. BONFATTI, P.F. CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, II ed., Cedam-Padova, 2007
- S. BONFATTI, P.F. CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, IV ed., Cedam-Padova, 2011
- A. BORGIOLI, *Direzione unitaria e responsabilità*, in *Riv. Soc.*, 1982, pag.13 e segg.
- A. BORGIOLI, *L'amministrazione delegata*, Firenze, 1982
- P. BOSTICCO, *Operazioni infragruppo ed estraneità all'oggetto sociale alla luce del nuovo diritto societario*, in *Fall.*, 2003, pag.1194 e segg.
- M. BUSSOLETTI, E. LA MARCA, *Gruppi e responsabilità da direzione unitaria*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2010, I, pag.66 e segg.
- M. BUSSOLETTI, *Il danno da attività di direzione e coordinamento*, Relazione al convegno "Diritto e prassi della valutazione d'azienda; aspetti critici", Università L. Bocconi, Milano, 9-10 giugno 2014
- M. BUSSOLETTI, *Le nuove norme del Codice civile in tema di processo societario*, in *Giur. Comm.*, 2004, I, pag.292 e segg.
- M. BUSSOLETTI, *Sulla "irresponsabilità" da direzione unitaria abusiva e su altre questioni aperte in tema di responsabilità ex art. 2497 c.c.*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2013, I, pag.395 e segg.
- C. BUTTÀ, *Una metodologia per l'approccio economico-aziendale allo studio dei gruppi di imprese*, in *I gruppi di società*, a cura di A. PAVONE LA ROSA, 1982, pag.29 e segg.
- M. CALLEGARI, *I gruppi di società*, in AA.VV., *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009*, Commentario diretto da G. COTTINO, G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI, Zanichelli-Bologna, 2009
- G.F. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale, II, Diritto delle società*, Utet-Torino, 2006
- G.F. CAMPOBASSO, *La riforma delle società di capitali e delle cooperative*, Utet-Torino, 2003
- A. CAPRAIO, *Attività di direzione e coordinamento di società: la responsabilità dell'ente pubblico*, in *Società*, 2008, 5, pag.557 e segg.
- C. CARANO, *Responsabilità per direzione e coordinamento di società*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2004, II, pag.429 e segg.
- V. CARIELLO, *Brevi note critiche sul privilegio dell'esonero dello Stato dall'applicazione dell'art. 2497, comma 1°, cod. civ. (Art. 19, comma 6°, d.l. n. 78/2009)*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2010, I, pag.343 e segg.
- V. CARIELLO, *Dal controllo congiunto all'attività congiunta di direzione e coordinamento*, in *Riv. Soc.*, 2007, pag.51 e segg.
- V. CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Riv. Soc.*, 2003, pag.1229 e segg.

- V. CARIELLO, *Direzione e coordinamento*, in *Società di capitali*, (a cura di) G. NICOLINI, A. STAGNO D'ALCONTRES, 2004, pag.1858 e segg.
- V. CARIELLO, *Primi appunti sulla c.d. responsabilità da attività di direzione e coordinamento di società*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2003, pag.331 e segg.
- M. CARLIZZI, *La direzione unitaria e le società partecipate dagli enti pubblici*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2010, I, pag.1177 e segg.
- A. CASTAGNOLA, R. SACCHI, *La nuova disciplina della amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, Torino, 2000
- P. CELLINI, *L'holding persona fisica: responsabilità e fallibilità*, in *Il societario.it*, 11 luglio 2016
- Circolare Assonime, *Rapporto sull'attuazione della riforma della legge fallimentare e sulle sue più recenti modifiche*, Roma, aprile 2012, in www.assonime.it
- Circolare Assonime n. 44/2006, *Direzione e coordinamento di società. Profili di organizzazione responsabilità del fenomeno del gruppo*, in *Riv. Soc.*, 2006, pag.1100
- E. CODAZZI, *Bancarotta fraudolenta e vantaggi compensativi: alcune riflessioni sul concetto di distrazione nei gruppi*, in *Giur. Comm.*, 2008, pag.765 e segg.
- E. CODAZZI, *Vantaggi compensativi e infedeltà patrimoniale (dalla compensazione "virtuale" alla compensazione "reale"): alcune riflessioni alla luce della riforma del diritto societario*, in *Giur. Comm.*, 2004, pag.600 e segg.
- M. CORDOPATRI, *La business judgment rule in Italia e il privilegio amministrativo: recenti correttivi negli USA e in Europa*, in *Giur. Comm.*, 2010, II, pag.129 e segg.
- M.R. COVELLI, *Direzione e coordinamento di società*, in *Codice commentato delle nuove società* (a cura di) G. BONFANTE, D. CORAPI, G. MARZIALE, R. RORDORF, V. SALAFIA, Ipsoa-Milano, 2004
- D'ALESSANDRO, *La provincia del diritto societario inderogabile (ri)determinata. Ovvero: esiste ancora il diritto societario?*, in *Riv. Soc.*, 2003, pag.34 e segg.
- G. D'ATTORRE, *I concordati di gruppo nel codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Fall.*, 2019, pag.277 e segg.
- G. D'ATTORRE, *Le azioni di responsabilità da direzione e coordinamento nel fallimento della "eterodiretta"*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2015, II, pag.59 e segg.
- A. DACCÒ, *I gruppi di società*, in M. CIAN (a cura di), *Diritto Commerciale*, II, Giappichelli, 2014
- P. DAL SOGLIO, *Commento art. 2359 cod. civ.*, in *Commentario breve al diritto delle società*, (a cura di) A. MAFFEI ALBERTI, 2007, pag.367 e segg.
- P. DAL SOGLIO, *Commento art. 2497 cod. civ.*, in *Commentario breve al diritto delle società*, (a cura di) A. MAFFEI ALBERTI, 2007, pag.1137 e segg.
- P. DAL SOGLIO, *Commento artt. 2497-2497 septies cod. civ.*, in *Il nuovo diritto delle società*, (a cura di) A. MAFFEI ALBERTI, 2005, III, pag.2302 e segg.
- P. DAL SOGLIO, *Una ventata d'aria fresca per le cause di responsabilità promosse contro la capogruppo*, in *Giur. Comm.*, 2018, II, pag.838 e segg.
- P. DE BIASI, *Sull'attività di direzione e coordinamento*, in *Società* 2003, pag.946 e segg.
- A. DE NICOLA, *Commento art. 2380 bis*, in AA.VV. (a cura di F. GHEZZI), *Amministratori. Artt. 2380-2356 cod. civ.*, *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI, L.A. BIANCHI, F. GHEZZI, M. NOTARI, 2005, pag.79 e segg.
- M. DE POLI, *L'ingerenza dannosa della banca nell'attività della finanziata, tra "amministrazione di fatto" e "controllo" societario*, in *Fallimenti e società.it*
- F. DENOZZA, *Rules vs. Standards nella disciplina dei gruppi: l'inefficienza delle compensazioni "virtuali"*, in *Giur. Comm.* 2000, I, pag.327 e segg.
- A. DI MAJO, *I gruppi di imprese nel fallimento*, in *Trattato delle procedure concorsuali* (diretto da L. GHIA, C. PICCININI, F. SEVERINI), Utet-Torino, I, 2010
- A. DI MAJO, *I gruppi di imprese nelle procedure concorsuali*, 2005, pag.19, nota 12.
- A. DI MAJO, *I gruppi di imprese tra insolvenza e diritto societario*, Giappichelli, 2012
- A. DI MAJO, *La responsabilità per l'attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, in *Giur. Comm.*, 2009, I, pag.537 e segg.
- F. DI SABATO, *Diritto delle società*, Giuffré-Milano, 2011
- F. DIMUNDO, *Il Codice della Crisi rimodella le azioni di responsabilità del curatore*, in *Italia Oggi, La riforma del fallimento*, n. 2, 23 gennaio 2019

- F. DIMUNDO, *Le azioni di responsabilità esperibili dagli organi delle procedure concorsuali: il regime attuale e la nuova disciplina introdotta dal codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Il Caso.it*
- L. ENRIQUES, *Gruppi di società e gruppi di interesse*, in AA.VV., *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private, quaderni di giurisprudenza commerciale* (a cura di) P. BENAZZO, S. PATRIARCA, G. PRESTI, Giuffrè-Milano, 2003
- C. ESPOSITO, *La "categoria" dell'abuso nella personalità giuridica dopo la riforma del diritto delle società di capitali*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2006, pag.53 e segg.
- M. FABIANI, *Fondamento e azione per la responsabilità degli amministratori di s.p.a. verso i creditori sociali nella crisi dell'impresa*, in *Riv. Soc.* 2015, pag.272 e segg.
- L. FARANGA, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di crisi, la fase prodromica di commissariamento giudiziale (c.d. fase di osservazione)*, Giuffrè-Milano, 2005
- A. FAROLFI, *La crisi dei gruppi alla luce del nuovo Codice della Crisi e dell'insolvenza*, in *Il Fallimentarista.it*, 22 maggio 2019
- I. FAVA, *I gruppi di società e la responsabilità da direzione unitaria*, in *Società*, 2003, pag.1191 e segg.
- G. FERRI Jr, *Il sistema e le regole del patrimonio netto*, in *RDS*, 2010, I, pag.26 e segg.
- C. FERRI, *La legittimazione del curatore fallimentare: poteri e limiti*, in *Fall.*, 2007, pag.1031 e segg.
- G.B. FERRI, *Manuale di diritto commerciale* (a cura di C. ANGELICI e G.B. FERRI), XIII ed., Torino, 2010
- P. FERRO LUZZI, in AA.VV., *La riforma del diritto societario, Lavori preparatori. Testi e materiali*, (a cura di) F. AULETTA, G. LO CASCIO, M. VIETTI, U. TOMBARI, A. ZOPPINI, Giuffrè-Milano, 2006, pag.2297 e segg.
- P. FERRO LUZZI, *Riflessioni sui gruppi (non creditizio)*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2001, I, pag.13 e segg.
- M. FERRO, *La legge fallimentare. Commentario teorico pratico*, III ed., Cedam-Padova
- F. FIMMANÒ, *Abuso di direzione e coordinamento e tutela dei creditori delle società abusate*, in *Riv. Not.*, 2012, pag.267 e segg.
- F. FIMMANÒ, *Commento all'art. 2497 cod. civ.. Commi 3 e 4*, in AA.VV. (a cura di G. SBISÀ), *Direzione e coordinamento di società. Artt. 2947-2947 septies cod. civ.*, *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI, L.A. BIANCHI, F. GHEZZI, M. NOTARI, 2012, pag.114 e segg.
- F. FIMMANÒ, *Dal socio tiranno al dominus abusivo*, in *Fall.*, 2007, pag.419 e segg.
- F. FIMMANÒ, *Il fallimento ascendente della supersocietà di fatto in liquidazione per subordinazione della società dominante*, in *Fall.*, 2016, pag.1189 e segg.
- F. FIMMANÒ, *L'allocazione efficiente dell'impresa in crisi mediante trasformazione dei creditori in soci*, in *Riv. Soc.*, 2010, pag.79 e segg.
- F. FIMMANÒ, *La responsabilità da abuso del dominio dell'ente pubblico in caso di insolvenza della società controllata*, in *Dir. Fall.*, 2010, I, pag.724 e segg.
- F. FIMMANÒ, *Le società in house, tra giurisdizione, responsabilità ed insolvenza*, in *Il Caso.it*, 8 aprile 2014
- F. FIMMANÒ, *Responsabilità da direzione e coordinamento ed insolvenza della società abusata*, in *Temi del nuovo diritto fallimentare*, (a cura di) G. PALMIERI, Torino, 2009
- F. FIMMANÒ, *Supersocietà di fatto ed estensione di fallimento alle società eterodirette*, in *Il Caso.it*, 1 giugno 2016
- M. GABOARDI, *Spunti sulla legge delega per la riforma organica delle procedure concorsuali: profili processuali*, in *Riv. Soc.*, 2018, pag.137 e segg.
- F. GALGANO e G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società. Artt. 2497-2497 septies cod. civ.*, in *Commentario al Codice Civile A. SCIALOJA, G. BRANCA*, (a cura di) F. GALGANO, Zanichelli-Bologna, 2014
- F. GALGANO, *Direzione e coordinamento di società. Artt.2497-2497 septies cod. civ.*, in *Commentario al Codice Civile A. SCIALOJA, G. BRANCA*, (a cura di) F. GALGANO, Zanichelli-Bologna, 2005
- F. GALGANO, *I gruppi di società*, in *I grandi temi. Le società*, a cura di F. GALGANO, Utet-Torino, 2001
- F. GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, in *Contratto e Impresa*, 2002, pag.1015 e segg.
- F. GALGANO, *Le nuove società di capitali e cooperative*, in F. GALGANO, R. GHENGINI, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e dir. pubbl. econ.*, diretto da F. GALGANO, Padova, 2006
- A. GAMBINO, *I gruppi in Italia alla luce del progetto di IX direttiva*, in *Giur. Comm.* 1987, I, pag.5 e segg.
- A. GAMBINO, *Il finanziamento dell'impresa sociale nella riforma*, in *Riv. Not.*, 2002, I, pag.279 e segg.
- A. GAMBINO, *Spunti di riflessione sulla riforma: l'autonomia societaria e la risposta legislativa all'esigenza di finanziamento dell'impresa*, in *Giur. Comm.* 2002, I, pag.641 e segg.

- A. GAMBINO, *Su taluni problemi in tema di gruppi*, in *Giur. Comm.*, 2012, I, pag.5 e segg.
- G. GIANNELLI, *Covenants finanziari e finanziamento dell'impresa di gruppo in crisi*, in *RDS*, 2009, III, pag.609 e segg.
- F. GIORGIANNI, *La responsabilità nei gruppi*, in *Libertà e responsabilità nel nuovo diritto societario*, a cura di A. NIGRO, Milano, 2006, pag.117 e segg.
- S. GIOVANNINI, *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, Giuffrè-Milano, 2007
- A. GOMMELLINI, *Il fallimento delle società*, in F. VASSALLI, F.P. LUISO e E. GABRIELLI (a cura di), *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, I, Torino
- F. GUERRERA, *"Compiti" e responsabilità del socio di controllo*, in *RDS*, 2009, I, pag.506 e segg.
- F. GUERRERA, *Gruppi di società, operazioni straordinarie procedure concorsuali*, in *Dir. Fall.*, 2005, I, pag.16 e segg.
- F. GUERRERA, *Il fallimento delle società nella riforma. Prime osservazioni*, Relazione svolta al convegno di Messina del 26 novembre 2005 su "La riforma del diritto fallimentare", in www.fallimentonline.it
- F. GUERRERA, *La responsabilità deliberativa nelle società di capitali*, Giappichelli-Torino, 2004
- F. GUERRERA, *Note critiche sulla c.d. supersocietà*, in *Dir. Fall.*, 2015, II, pag.63 e segg.
- L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Giappichelli, 2008
- L. GUGLIELMUCCI, *La responsabilità ed attività di direzione e coordinamento*, in *Dir. Fall.*, 2005, pag.38 e segg.
- G. GUIZZI, *Eterodirezione dell'attività sociale e responsabilità gestorie nelle società di capitali alla luce della riforma: cumulo di azioni e possibili interferenze*, in *Dir. e Gius.*, 2008, pag.226 e segg.
- G. GUIZZI, *Eterodirezione dell'attività sociale responsabilità per mala gestio nel nuovo diritto dei gruppi*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2003, I, pag.439 e segg.
- G. GUIZZI, *Gestione dell'impresa e interferenze di interessi. Trasparenze ponderazione e imparzialità nell'amministrazione delle s.p.a.*, Giuffrè-Milano, 2014
- G. GUIZZI, *La responsabilità della controllante per non corretto esercizio del potere di direzione e coordinamento*, in AA.VV. (a cura di G. SCOGNAMIGLIO), *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, Milano, 2003, pag.205 e segg.
- G. GUIZZI, *Partecipazioni qualificate e gruppi di società*, in AA.VV., *Diritto delle società. Manuale Breve*, Giuffrè-Milano, 2005, pag.249 e segg.
- G. GUIZZI, *Partecipazioni qualificate e gruppi di società*, in AA.VV., *Diritto delle società. Manuale Breve*, Giuffrè-Milano, 2008, pag.331 e segg.
- C. IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv. Soc.*, 2005, pag.1 e segg.
- A. IRACE, *Commento art. 2497 cod. civ.*, in *La riforma del diritto delle società*, (a cura di) M. SANDULLI e V. SANTORO, Torino, 2003, III, pag.318 e segg.
- N. IRTI, *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2014, pag.987 e segg.
- N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2015, pag.11 e segg.
- P.G. JAEGER, *"Direzione unitaria" di gruppo e responsabilità degli amministratori (Ancora sull'art.3 ult. cpv. della legge sull'amministrazione straordinaria)*, in *Riv. Soc.*, 1985, pag.812 e segg.
- P.G. JAEGER, *La responsabilità degli amministratori e dei sindaci nelle procedure concorsuali: una valutazione critica*, in *Giur. Comm.*, 1988, I, pag.548 e segg.
- P.G. JAEGER, *La responsabilità solidale degli amministratori della capogruppo nella legge sull'amministrazione straordinaria*, in *Giur. Comm.*, 1981, I, pag.407 e segg.
- A. JORIO, *I Gruppi*, in AA.VV., *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, (a cura di) S. AMBROSINI, Torino, 2003, pag.201 e segg.
- A. JORIO, *La determinazione del danno risarcibile nelle azioni di responsabilità*, in *Giur. Comm.*, 2011, I, pag.149 e segg.
- E. LA MARCA, *Il danno alla partecipazione azionaria*, Giuffrè-Milano, 2012
- F. LAMANNA, *La "crisi" nel gruppo di imprese: breve report sull'attuale stato dell'arte*, in *Il fallimentarista.it*, 31 luglio 2012
- M. LIBERTINI, G. SCOGNAMIGLIO, *Illecito del terzo e legittimazione del socio all'azione risarcitoria*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2002, pag.405 e segg.
- B. LIBONATI, *Holding e investment trust*, Giuffrè-Milano, 1959

- B. LIBONATI, *Il Gruppo insolvente*, Nardini-Firenze, 1981
- B. LIBONATI, *Responsabilità del e nel gruppo (Responsabilità della capogruppo, degli amministratori, delle varie società)*, in P. BALZARINI, G. CARCANO, G. MUCCIARELLI (a cura di), *I gruppi di società. Atti del convegno internazionale di studi*. Venezia 16-17-18 novembre 1995, II, Milano, 1996, pag.1489 e segg.
- G. LO CASCIO, *I principi della legge delega della riforma fallimentare*, in *Fall.*, 2005, pag.985 e segg.
- M. LUPOI, *Le azioni di responsabilità esercitate dal curatore fallimentare. La legittimazione del curatore e la natura dell'azione*, in *Le azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali*, a cura di L. BALESTRA, Giuffré-Milano, 2016, pag.358 e segg.
- L. MACCHIARULO, *I presupposti di fallibilità di una holding società di fatto*, in *Dir. Fall.*, 2014, II, pag.375 e segg.
- U. MACRÌ, *La responsabilità dei sindaci nelle società di capitali*, in *Società*, 2013, pag.1241 e segg.
- M. MAGGIOLO, *L'azione di danno contro società o ente capogruppo (art. 2497, 3, c.c.)*, in *Giur. Comm.*, 2006, I, pag.176 e segg.
- M. MAGGIOLO, *Responsabilità solidale e regressi nei gruppi di società*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2006, I, pag.566 e segg.
- C. MAMBRIANI, *Alcune questioni in tema di responsabilità da abuso di direzione e coordinamento nella interpretazione giurisprudenziale*, Relazione al Convegno «La riforma del diritto societario nella "giurisprudenza delle imprese"» svoltosi a Milano il 26 novembre 2015
- C. MARCHETTI, *La responsabilità degli amministratori nelle società di capitali*, Giappichelli-Torino, 2015
- E. MARCHISIO, *Brevi note sulla disposizione, "singolarmente oscura" dell'art. 2497, comma 3, c.c.*, in *Giur. Comm.*, 2019, II, pag.346 e segg.
- M. MAUGERI, *Interesse sociale, interesse dei soci e interesse di gruppo*, in *Giur. Comm.* 2012, I, pag.66 e segg.
- M. MAUGERI, *Partecipazione sociale e attività d'impresa*, Giuffré-Milano, 2008
- M. MAUGERI, *Partecipazione sociale e attività d'impresa*, Giuffré-Milano, 2010
- G. MINERVINI, *Cronache della grande impresa*, in *Giur. Comm.*, 2004, pag.889 e segg.
- G. MINERVINI, *Gli interessi degli amministratori di s.p.a.*, in *Giur. Comm.*, 2006, I, pag.157 e segg.
- M. MIOLA, *Attività di direzione e coordinamento e crisi di impresa nei gruppi di società*, in AA.VV., *Società, banche e crisi di impresa. Liber Amicorum*, P. ABBADESSA, Utet-Torino, 2014
- M. MIOLA, *Riflessioni su responsabilità per eterodirezione dell'impresa e procedure concorsuali*, in *Rivista Orizzonti del diritto commerciale*, 2015
- P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. Soc.*, 2007, pag.317 e segg.
- P. MONTALENTI, *Impresa, società di capitali, mercati finanziari*, Giappichelli-Torino, 2017, pag.221 e segg.
- P. MONTALENTI, *La riforma del diritto societario: prime valutazioni e prospettive*, in *Società*, 2005, pag.16 e segg.
- P. MONTALENTI, *L'attività di direzione e coordinamento: dottrina, prassi, giurisprudenza*, in *Giur. Comm.*, 2016, II, pag.111 e segg.
- P. MONTALENTI, *Le diverse forme giuridiche dei soggetti economici al Convegno dell'Osservatorio del Diritto Societario, tenutosi a Milano, il 19 gennaio 2012*, in AA.VV., *Le diverse forme giuridiche dei soggetti economici in Italia dopo la crisi: i risultati di una ricerca*, Il Sole24ore, 2012, pag.53 e segg.
- P. MONTALENTI, *Le società a partecipazione pubblica: spunti di riflessione*, in *Nuovo Dir. Soc.*, 2010, pag.10 e segg.
- P. MONTALENTI, *Osservazioni alla bozza di decreto legislativo sulla riforma delle società di capitali*, in *Riv. Soc.*, 2002, pag.1550 e segg.
- P. MONTALENTI, *Società per azioni corporate governance e mercati finanziari*, Giuffré-Milano, 2011
- S. MONTI, *La crisi e l'insolvenza dei e nei gruppi di imprese*, in S. SANZO e D. BURRONI (a cura di), *Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Zanichelli-Bologna, 2019, pag.305 e segg.
- P. MORANDI, *Commento art. 2380 bis cod. civ.*, in *Commentario breve al diritto delle società*, (a cura di) A. MAFFEI ALBERTI, 2007, pag.477 e segg.
- A. NEGRI CLEMENTI e F.M. FEDERICI, *La natura della responsabilità della capogruppo e la tutela del socio di minoranza*, in *Società*, 2013, pag.519 e segg.
- A. NIGRO, D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Il Mulino-Bologna, 2009

- A. NIGRO, D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Il Mulino-Bologna, 2017
- A. NIGRO, *I soggetti delle procedure concorsuali*, in *Trattato diritto fallimentare*, diretto da F. VASSALLI, F.P. LUISO e E. GABRIELLI, I, 2013
- A. NIGRO, *La responsabilità degli amministratori nel fallimento delle società*, in *RDS*, 2008, pag.761
- A. NIGRO, *Tutela demolitoria e tutela risarcitoria nel nuovo diritto societario*, in *Riv. Soc.*, 2004, pag.881 e segg.
- A. NIUTTA, *La novella del Codice Civile in materia societaria: luci ed ombre nella nuova disciplina sui gruppi di società*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2003, I, pag.373 e segg.
- A. NIUTTA, *La nuova disciplina delle società controllate: aspetti normativi dell'organizzazione del gruppo di società*, in *Riv. Soc.*, 2003, pag.780 segg.
- A. NIUTTA, *Sulla presunzione di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento di cui agli artt. 2497 sexies e 2497 septies cod. civ.: brevi considerazioni di sistema*, in *Giur. Comm.*, 2004, I, pag.983 segg.
- G. OPPO, *Spunti problematici sulla riforma delle società per azioni*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2003, II, pag.479 e segg.
- I. PAGNI, *Le azioni di massa e la sostituzione del curatore ai creditori*, in *Fall.*, 2007, pag.1037 e segg.
- V. PALLADINO, *Crisi del gruppo*, in *il Fallimentarista.it*, 12 gennaio 2016
- L. PANZANI, *I fenomeni del dominus abusivo e della eterodirezione dell'impresa societaria*, in *Fall.*, 2009, 9, pag.1055 e segg.
- L. PANZANI, *L'azione di responsabilità ed il coinvolgimento del gruppo di imprese dopo la riforma*, in *Società*, 2002, pag.1477 e segg.
- L. PANZANI, *La disciplina della crisi di gruppo tra proposte di riforma e modelli internazionali*, in *Fall.*, 2016, pag.1153 e segg.
- F. PAOLUCCI, *Imprese in Crisi (amministrazione straordinaria)*, in *Digesto, Disc. Priv. Sez. Comm.*, VII, Torino, 1992
- U. PATRONI GRIFFI, *I covenants finanziari. Note introduttive*, in *RDS*, 2009, pag.603 e segg.
- A. PATTI, *"Direzione e coordinamento di società"*; *brevi spunti sulla responsabilità della capogruppo*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2003, II, pag.357 e segg.
- A. PATTI, *Commento agli artt. 2497-2497 sexies*, in AA.VV. (a cura di G. LO CASCIO), *La riforma del diritto societario. Gruppi, trasformazione, fusione e scissione, scioglimento e liquidazione, società estere*, 2003, pag.239 e segg.
- A. PAVONE LA ROSA, *L'unico azionista tra "vecchia" e "nuova" disciplina*, in *Giur. Comm.*, 2005, I, pag.427 e segg.
- A. PAVONE LA ROSA, *La responsabilità "da controllo" nei gruppi di società*, in *Riv. Soc.*, 1984, pag.401 e segg.
- A. PAVONE LA ROSA, *La responsabilità degli amministratori della controllante nella crisi del gruppo societario*, in *Riv. Soc.*, 2002, pag.793 e segg.
- R. PENNISI, *La disciplina delle società soggette a direzione unitaria ed il recesso nei gruppi*, in P. ABBADESSA, G.B. PORTALE (diretto da), *Il Nuovo diritto delle Società. Liber amicorum G.F. CAMPOBASSO*, Torino, 2007, III, pag.887 e segg.
- R. PENNISI, *La legittimazione della società diretta all'azione di responsabilità per abuso di attività di direzione e coordinamento*, in M. CAMPOBASSO, V. CARIELLO, V. DI CATALDO, F. GUERRERA, A. SCIARRONE ALIBRANDI (diretto da), *Società, banche e crisi d'impresa. Liber amicorum P. ABBADESSA*, Torino, 2014, II, pag.1631 e segg.
- R. PENNISI, *La legittimazione della società diretta all'azione di responsabilità per abuso di attività di direzione e coordinamento*, in *RDS*, 2014, pag.195 e segg.
- R. PENNISI, *La responsabilità della banca nell'esercizio del controllo in forza di covenants finanziari*, in *RDS*, 2009, 3, pag.627 e segg.
- A. PENTA, *La fallibilità dell'holder persona fisica*, in *Fall.*, 2009, 2, pag.72 e segg.
- S. PESCATORE, *Intervento al convegno, La miniriforma della legge fallimentare. Giornata di studio LUISS, Roma, del 19 marzo 2002*, in *Riv. Dir. Impr.*, 2002, pag.437 e segg.
- V. PINTO, *La responsabilità degli amministratori per danno indiretto agli azionisti*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum G.F. CAMPOBASSO*, Torino, 2007, pag.921 e segg.

- V. PINTO, *La tutela risarcitoria dell'azionista fra "danno diretto" e "danno riflesso"*, Pisa, 2012
- P. PISCITELLO, *La responsabilità degli amministratori di società di capitali tra discrezionalità del giudice e business judgment rule*, in *Riv. Soc.*, 2012, pag.1167 e segg.
- S. POLI, *Ammissibilità e tecniche di proposizione del "concordato di gruppo" dopo l'intervento della Suprema Corte*, in *Fall.*, 2016, pag.148 e segg.
- G.B. PORTALE, *Osservazioni sullo schema di decreto delegato (approvato dal governo in data 20-30.9.2002) in tema di riforma delle società di capitali*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2002, pag.717 e segg.
- G.B. PORTALE, *Riforma delle società di capitali e limiti di effettività del diritto nazionale*, in *Società*, 2 bis, 2003, pag.261 e segg.
- M. PRESTIPINO, *La responsabilità risarcitoria della persona fisica capogruppo*, in *Giur. Comm.*, 2011, I, pag.105 e segg.
- N. RASCIO, *La legittimazione attiva alle azioni risarcitorie del curatore nel fallimento*, in *Giur. Comm.*, 2013, I, pag.146 e segg.
- Relazione del Ministero Guardasigilli Grandi al Codice Civile del 1942, "Dei gruppi di società e delle partecipazioni"*, in www.consiglionazionaleforense.it
- Relazione di accompagnamento alla Riforma del diritto societario*, in AA.VV., *La riforma del diritto societario, Lavori preparatori. Testi e materiali*, a cura di F. AULETTA, G. LO CASCIO, U. TOMBARI, M. VIETTI, A. ZOPPINI, Giuffrè-Milano, 2006 e in *Giur. Comm.*, suppl. al n. 4/03, e in *Riv. Soc.*, 2003, pag.155 e segg.
- Report, *I gruppi di imprese in Italia – 2015*, in www.istat.it
- M. RESCIGNO, *Eterogestione e responsabilità nella riforma societaria fra aperture ed incertezze: una prima riflessione*, in *Società*, 2003, pag.331 e segg.
- M. RESCIGNO, *Rapporti e interferenze tra norma societaria e fallimentare*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. JORIO, e coordinato da M. FABIANI, Bologna, 2007, II, pag.2120 e segg.
- F. RIGANTI, *Responsabilità della capogruppo e beneficium excussionis*, in *Giur. It.*, 2018, pag.1222 e segg.
- N. RONDINONE, *Esercizio della direzione unitaria ed acquisto della qualità di imprenditore commerciale*, in *Giur. Comm.*, 1991, II, pag.397 e segg.
- N. RONDINONE, *I gruppi di imprese fra diritto comune e diritto speciale*, Giuffrè-Milano, 1999
- N. RONDINONE, *Società (gruppi di)*, in *Digesto, Disc. Priv. Sez. Comm.*, 2009, pag.614 e segg.
- N. RONDINONE, *Tecniche di coinvolgimento di domini e holders nel fallimento delle imprese eterodirette e "superamento" della spendita del nome*, in *Riv. Soc.*, 2015, pag.1045 e segg.
- V. ROPPO, *Crisi d'impresa: la banca risponde verso i creditori? (con postilla sugli sviluppi della responsabilità civile)*, in *Danno e responsabilità*, 1996, pag.535 e segg.
- R. RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Società*, 2004, pag.538 e segg.
- M. ROSSI, *I molti problemi "aperti" della disciplina dei gruppi: considerazioni a margine di una recente ordinanza*, in *Società*, 2014, pag.571 e segg.
- M. ROSSI, *Responsabilità e organizzazione dell'esercizio dell'impresa di gruppo*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2007, I, pag.613 e segg.
- L. ROVELLI, *La responsabilità della capogruppo*, in *Fall.*, 2000, pag.1098 e segg.
- R. SACCHI, *Tutela reale e tutela obbligatoria della minoranza*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber Amicorum, G.F. CAMPOBASSO*, a cura di P. ABBADESSA e G.B. PORTALE, Torino, 2006, 3, pag.133 e segg.
- R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. Comm.*, 2003, pag.661 e segg.
- R. SACCHI, *La tutela delle minoranze tra tutela indennitaria e rimedi demolitori*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2016, I, pag.231 e segg.
- V. SALAFIA, *La responsabilità della holding nei confronti dei soci di minoranza delle controllate*, in *Società*, 2003, 2 bis, pag.390 e segg.
- V. SALAFIA, *La responsabilità della società holding verso i soci di minoranza delle controllate*, in *Società*, 2004, pag.5 e segg.
- D.U. SANTOSUOSSO, *Covenants finanziari: rischio d'impresa e responsabilità gestionali*, in *RDS*, 2009, III, pag.639 e segg.
- D.U. SANTOSUOSSO, *La riforma del diritto societario, autonomia privata e norme imperative nei DD.LGS. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Giuffrè-Milano, 2003

- G. SBISÀ, *Commento all'art. 2497 cod. civ.. Commi 1 e 2*, in AA.VV. (a cura di G. SBISÀ), *Direzione e coordinamento di società. Artt. 2947-2947 septies cod. civ., Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI, L.A. BIANCHI, F. GHEZZI, M. NOTARI, 2012, pag.2 e segg.
- G. SBISÀ, *Responsabilità della capogruppo e vantaggi compensativi*, in *Contratto e Impresa*, 2003, pag.601 e segg.
- G. SBISÀ, *Sui poteri della capogruppo nell'attività di direzione e coordinamento*, in *Contratto e Impresa*, 2011, pag.369 e segg.
- G. SBISÀ, *Sulla natura della responsabilità da direzione e coordinamento*, in *Contratto e Impresa.*, 2009, pag.815 e segg.
- G. SCOGNAMIGLIO, *"Clausole generali" principi di diritto e disciplina nei gruppi di società*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2011, pag.517 e segg.
- G. SCOGNAMIGLIO, *"Gruppo" e "controllo": tipologia dei gruppi di imprese*, in *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, Torino, 1996
- G. SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, Torino, 1996
- G. SCOGNAMIGLIO, *Commento art. 2497 cod. civ.*, in *Delle società – Dell'azienda – Della concorrenza*, III, (a cura di) D.U. SANTOSUOSSO, Artt. 2452-2510, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. GABRIELLI, Utet-Milano, 2015
- G. SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, in AA.VV. (a cura di P. ABBADESSA e G.B. PORTALE), *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum G.F. CAMPOBASSO*, Utet-Torino, 2007, III, pag.947 e segg.
- G. SCOGNAMIGLIO, *Gruppi di imprese e procedure concorsuali*, *Giur. Comm.* 2008, II, pag.1091 e segg.
- G. SCOGNAMIGLIO, *I gruppi di impresa nel CCII: fra unità e pluralità*, in *Società*, 2019, pag.416 e segg.
- G. SCOGNAMIGLIO, *I gruppi di società (Cap.XIII)*, in *Diritto commerciale*, a cura di V. ALLEGRI, Monduzzi-Bologna, 2010
- G. SCOGNAMIGLIO, *I gruppi e la riforma del diritto societario: prime riflessioni*, in *Riv. Dir. Impr.*, 2003, pag.592 e segg.
- G. SCOGNAMIGLIO, *Motivazione delle decisioni e governo del gruppo*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2009, I, pag.757 e segg.
- G. SCOGNAMIGLIO, *Poteri doveri e responsabilità degli amministratori nei gruppi di società dopo la riforma del 2003*, in AA.VV., *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, (a cura di) G. SCOGNAMIGLIO, Giuffré-Milano, 2003
- S. SERAFINI, *Responsabilità degli amministratori e interessi protetti*, Giuffré-Milano, 2013
- S. SILVESTRINI, *La legittimazione attiva e passiva nell'azione di responsabilità per scorretto esercizio*, in *Società*, 2013, pag.931 e segg.
- P. SIMONETTI, *Commento all'art. 2497 cod. civ.*, in *Codice commentato delle Società* (a cura di) G. BONFANTE, D. CORAPI, L. DE ANGELIS, V. NAPOLEONI, R. RORDORF, V. SALAFIA, Ipsoa-Milano, 2011, 1829 e segg.
- M. SPIOTTA, *Luci e ombre sul fallimento della società e dei soci*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze normative a cinque anni dalla riforma*, diretto da A. JORIO, M. FABIANI, Zanichelli, 2010, pag.835 e segg.
- L. STANGHELLINI, *Le crisi d'impresa fra diritto ed economia, Le procedure di insolvenza*, il Mulino, 2007
- L. STANGHELLINI, *Proprietà e controllo dell'impresa in crisi*, in *Riv. Soc.*, 2004, pag.1041 e segg.
- T. TOMASI, *Commento artt. 2393-2393 bis, cod. civ.*, in *Commentario breve al diritto delle società*, (a cura di) A. MAFFEI ALBERTI, 2007, pag.533 e segg.
- U. TOMBARI, *Crisi di impresa e doveri di "corretta gestione societaria e imprenditoriale" della società capogruppo. Prime considerazioni*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2011, I, pag.631 e segg.
- U. TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, Giuffrè-Milano, 2010
- U. TOMBARI, *Disciplina del gruppo di imprese e riflessi sulle procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2004, pag.1164 e segg.
- U. TOMBARI, *La nuova disciplina dei gruppi di società*, in AA.VV., *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, a cura di P. BENAZZO, S. PATRIARCA, G. PRESTI, Giuffré-Milano, 2003, pag.237 segg.
- U. TOMBARI, *La partecipazione di società di capitali in società di persone come nuovo "modello di organizzazione d'impresa"*, in *Riv. Soc.*, 2006, pag.203 e segg.

- U. TOMBARI, *Poteri e doveri dell'organo amministrativo di una s.p.a. "di gruppo" tra disciplina legale e autonomia privata*, in *Riv. Soc.*, 2009, pag.122 e segg.
- U. TOMBARI, *Riforma del diritto societario e gruppo di imprese*, in *Giur. Comm.*, 2004, I, pag.61 e segg.
- A. VALZER, *Abuso di eterodirezione e regimi di responsabilità. La recente giurisprudenza del Tribunale di Milano*, in *RDS*, 2016, 1, pag.23 e segg.
- A. VALZER, *Commento all'art. 2497 c.c.*, in *Codice Civile e norme complementari* (a cura di P. ABBADESSA, G.B. PORTALE), Giuffrè-Milano, 2016, pag.3008 e segg.
- A. VALZER, *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber Amicorum, G.F. CAMPOBASSO*, diretto da P. ABBADESSA e G.B. PORTALE, Utet-Torino, 2007, 3, pag.833 e segg.
- A. VALZER, *Le responsabilità da direzione e coordinamento di società*, Giappichelli-Torino, 2011
- D. VATTERMOLI, *Concorso e autonomia privata nel concordato preventivo di gruppo*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2012, I, pag.378 e segg.
- D. VATTERMOLI, *Gruppi insolventi e consolidamento patrimoniale (Substantive Consolidation)*, in *RDS*, 2010, I, pag.584 e segg.
- T. VENTRELLA, *L'azione di responsabilità da direzione e coordinamento di società*, in *Giur. Comm.*, 2016, pag.297 e segg.
- A. VICARI, *I finanziamenti delle banche a fini ristrutturativi*, in *Giur. Comm.*, 2008, I, pag.478 e segg.
- R. WEIGMANN, *I Gruppi di società*, in *La riforma del diritto societario*, Atti del convegno di studio svoltosi a Courmayeur, 27/28 settembre 2002, Giuffrè-Milano, 2003
- G.M. ZAMPARETTI, *Commento artt. 2394-2394 bis*, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da G. COTTINO, G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI, I, Bologna, 2004, pag.828 e segg.
- A. ZOPPINI, U. TOMBARI, *Intestazione fiduciaria e nuova disciplina dei gruppi di società*, in *Contratto e Impresa*, 2004, pag.1104 e segg.

ELENCO DELLA GIURISPRUDENZA

- Cass. 30 ottobre 2018, n. 24103, in *Dejure.it*
- Cass. 31 luglio 2017, n. 19014, in *Società*, 2017, pag.1386
- Cass. 15 luglio 2016 n. 14518, in *Giust. Civ. Mass.*, 2016
- Cass. 13 ottobre 2015, n. 20559 in *Dir. Fall.*, 2015, II, pag.639
- Cass. 18 novembre 2010, n.23344, in *Società*, 2011, pag.101 e segg., e in *Fall.*, 2011, pag.565 e segg., con nota di F. SIGNORELLI, *Società di fatto, holding e fallimento*
- Cass. 14 ottobre 2010, n. 21250, in *Foro It.* 2012, I, pag.247
- Cass. 12 agosto 2009, n. 18231, in *Danno e resp.*, 2010, pag.241, con nota di C. DI PALMA, e 2010, pag.465, con nota di D. GIANTI
- Cass. 17 aprile 2007, n. 9143, in *Fall.*, 2008, 5, pag.559, con nota di C. BLATTI, *La revocabilità dei pagamenti infragruppo e l'autonomia delle società controllate*
- Cass. 24 agosto 2004, n. 16707, in *Giur. Comm.*, 2005, pag.246, con nota di F. SOLINAS, *Responsabilità degli amministratori, operazioni infragruppo e vantaggi compensativi*
- Cass. 23 marzo 2004, n. 5718, in *Giust. Civ. Mass.*, 2004 e in *Riv. Not.*, 2004, pag.1571, con nota di M. CHIRILLI, *La responsabilità degli amministratori di s.p.a. tra obblighi a contenuto specifico e obblighi a contenuto generico*
- Cass. 28 aprile 1997, n. 3652, in *Giur. It.*, 1998, pag.287, in *Riv. Not.*, 1998, pag.1027 e in *Foro It.*, 1998, I, pag.3247
- Cass. 16 luglio 1992 n. 8656, in *Dir. Fall.*, 1993, II, pag.381 e in *Fall.*, 1993, pag.247
- Cass. 7 luglio 1992, n. 8271, in *Fall.*, 1993, pag.33
- Cass. 9 maggio 1992, n. 5525, in *Fall.*, 1992, pag.47
- Cass. 14 aprile 1992, n. 4550, in *Fall.*, 1992, pag.811
- Cass. 13 febbraio 1992, n. 1759, in *Dir. Fall.*, 1992, II, pag.685
- Cass. 08 maggio 1991, n. 5123, in *Giust. Civ.*, 1992, I, pag.2509, in *Foro It.*, 1992, I, pag.817, e in *Giust. Civ. Mass.*, 1991, fasc. 5
- Cass. 25 settembre 1990, n. 9704, in *Fall.*, 1991, pag.265
- Cass. 2 luglio 1990, n. 6769, in *Fall.*, 1991, pag.47
- Cass. 27 giugno 1990, n. 6548, in *Dir. Fall.*, 1990, pag.1349
- Cass. SS.UU. 26 febbraio 1990, n. 1439, reperibile, tra le altre, in *Foro It.*, 1990, I, pag.1174, in *Giust. Civ.*, 1990, I, pag.2394, con nota di V. SANTARSIERE, in *Giur. It.*, 1990, I, pag.713, con nota di R. WEIGMANN, in *Fall.*, 1990, pag.495, con nota di F. LAMANNA, in *Giur. Comm.*, 1991, II, pag.366, con nota di N. RONDINONE
- Cass. 8 febbraio 1989, n. 795, in *Dir. Fall.*, 1989, II pag. 575 e in *Fall.*, 1989, pag.609
- Cass. 13 giugno 1986, n. 3945, in *Giust. civ. Mass.*, 1986, fasc. 6
- Trib. Milano, 15 settembre 2016, in *Massima redazionale*, 2016
- Trib. Alessandria, 31 marzo 2016, in *il Fallimentarista.it*
- Trib. Milano, 18 dicembre 2015, n.14493/2015, R.G. n.26874/2011, reperibile in *giurisprudenzadelleimprese.it*
- Trib. Milano, 3 aprile 2015, R.G. n.971/2015, in *giurisprudenzadelleimprese.it*
- Trib. Catania, 26 febbraio 2015 in *Società*, 2016, 1, pag.73, con nota di G. BEI, *Controllo esterno e responsabilità da direzione e coordinamento*

Trib. Milano, 10 novembre 2014, in *Società*, 2015, pag.1377, con nota di G.M. ZAMPARETTI, *Tesoreria di gruppo, presunzioni da consolidamento e articolazione plurisoggettiva della direzione e coordinamento*

Trib. Mantova, 16 ottobre 2014, in *Società*, 2015, pag.1405, con nota di D. CORAPI, *La prova dell'esercizio di attività di direzione e coordinamento di società*

Trib. Roma, 18 aprile 2013 in *il Fallimentarista.it*

Trib. Torino, 21 dicembre 2012, R.G. n.10501/2010, Carrozzeria Bertone S.p.A. e Cortese Ermelinda Bertone e altri, in *giurisprudenzadelleimprese.it*

Trib. Roma, 25 luglio 2012, in *Fall.*, 2013, pag.748, con nota di C. TRENTINI

Trib. Milano, 17 giugno 2011, in *Società*, 2012, pag.258, con nota di H. SIMONETTI, *Natura e condizioni dell'azione di responsabilità nei confronti della capogruppo*

Trib. Milano, 27 febbraio 2012, in *Giur. It.*, 2012, pag.2585, con nota di O. CAGNASSO, *Persona giuridica amministratore di fatto di società di capitali?*, in *RDS*, 2012, pag.734, e in *Giurisprudenza delle imprese.it*

Trib. Milano, 17 febbraio 2012, n. 2085, in *Società*, 2012, pag.577 e in *Corr. Giur.*, 2012, pag.1479 nota di L. BENEDETTI, *La responsabilità da esercizio di direzione e coordinamento "istituzionalizzato" tramite il voto in assemblea*

Trib. Milano, 2 febbraio 2012, *Giur. It.* 2012, pag.1604 e segg., con nota di R. WEIGMANN

Trib. Milano, 24 agosto 2011, in *Società*, 2012, pag.493, con nota di S. CASSANI, *Responsabilità degli amministratori ex art. 2392 c.c. e onere della prova*

Trib. Palermo, 15 giugno 2011, in *Foro It.*, 2011, 11, 1, pag.3184

Trib. Roma, 7 marzo 2011, in *il Fallimentarista.it*

Trib. Palermo 3 giugno 2010, in *Foro It.*, 2011, I, pag.931

Trib. Pescara, 2 febbraio 2009, in *Giur. Merito*, 2010, pag.2740 e in *Foro It.*, 2009, 10, 1, pag.2829 con nota di A.M. PERRINO, *Il gruppo di società tra fatto e contratto*

Trib. Pescara, 16 gennaio 2009, in *Società*, 2010, pag.683, con nota di V. ZANELLI, *Contratto di franchising ed abuso di direzione e coordinamento contrattuale*

Trib. Milano, 23 aprile 2008, in *Società*, 2009, pag.78 e segg., con nota di D. FICO, *La responsabilità per esercizio abusivo dell'attività di direzione e coordinamento*

Trib. Biella, 12 marzo 2007, in *Giur. Comm.*, 2010, II, pag.287 e segg.

Trib. Biella, 17 novembre 2006, in *Il Caso.it*, 2008

Trib. Milano, 22 gennaio 2001, in *Fall.*, pag.1143, con nota di G.M. ZAMPARETTI, *La responsabilità di amministratori e capogruppo per "abuso di direzione unitaria"*

Trib. Ivrea, 21 febbraio 1995, in *Fall.*, 1995, n. 9, pag.969 e segg., con nota di M. FABIANI, *Riunione di procedimenti nei gruppi di imprese*

Trib. Alba, 25 gennaio 1995, in *Società*, 1995, pag.1073, con nota di G. SCHIANO DI PEPE, *Società capogruppo e responsabilità degli amministratori*

Trib. Roma, 25 giugno 1993, in *Giur. Comm.*, 1994, II, pag.100, con nota di M. RICOLFI

Trib. Orvieto, 4 novembre 1987, in *Giur. It.*, 1988, I, 2, pag.501, e in *Giur. Comm.* 1989, II, pag.804

Trib. Torino, 9 febbraio 1988, in *Fall.*, 1988, pag.987 e in *Giur. It.*, 1988, I, 2, pag.308

Trib. Roma, 3 luglio 1982, in *Foro It.*, 1982, I, pag.2898

App. Roma 5 marzo 2013, in *il Fallimentarista.it*

App. Milano 10 marzo 1995, in *Società*, 1995, pag.1437, con nota di M. TERENGHI, *Danni «riflessi» ad azionisti della controllata per fatto della controllante*