



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

DIPARTIMENTO DI DIRITTO PRIVATO E STORIA DEL DIRITTO

Corso di dottorato
Scienze giuridiche – Curriculum Diritto privato e processo

Tesi di dottorato di ricerca

Autonomia negoziale nei gruppi di società

Dott. ssa Ilaria Maspes

Tutor:

C.ma Prof.ssa Chiara Tenella Sillani

Coordinatore del dottorato:

C.ma Prof.ssa Maria Teresa Carinci

A.A. 2015/2016

INDICE

<i>Premessa</i>	1
-----------------------	---

CAPITOLO I

I GRUPPI DI SOCIETÀ: PROFILI INTRODUTTIVI

1. Il fenomeno dei gruppi di imprese.....	3
2. I gruppi nella dottrina e nella giurisprudenza prima della riforma	5
2.1 <i>Il gruppo di imprese nel Codice Civile del 1942</i>	5
2.2 <i>Gli elementi caratterizzanti il fenomeno del «gruppo di imprese». Le tesi della dottrina e l'interpretazione della giurisprudenza</i>	8
2.3. <i>L'interesse di gruppo e la teoria dei vantaggi compensativi</i>	14
3. I gruppi dopo la riforma delle società di capitali.....	20
3.1. <i>I gruppi nella legge delega e nella riforma: cenni all'attuale disciplina</i>	20
3.2. <i>Il criterio dei vantaggi compensativi dopo la riforma</i>	25

CAPITOLO II

L'ATTIVITÀ DI DIREZIONE E COORDINAMENTO

1. L'attività di direzione e coordinamento quale presupposto per l'applicazione della disciplina del gruppo	29
2. Gruppo di fatto o gruppo di diritto	32
2.1. <i>Gli orientamenti della dottrina</i>	32
2.2. <i>Critica alla tesi che identifica il rapporto di gruppo come rapporto negoziale da cui discende il diritto della capogruppo di emanare direttive vincolanti e il corrispondente dovere delle eterodirette di dare attuazione alle direttive lecite secondo il disposto di cui all'art. 2497 c.c.</i>	36
3. Ambito di applicazione della disciplina sulla «direzione e coordinamento di società».....	39
3.1. <i>Le modifiche apportate dal d. lgs. n. 37 del 14 febbraio 2004: l'abrogazione del secondo comma dell'art. 2497-sexies, c.c. e l'introduzione dell'art. 2497-septies, c.c.</i>	39
3.2. <i>L'art. 2497-sexies, c.c. e la presunzione di esercizio dell'attività di</i>	

<i>direzione e coordinamento</i>	41
3.3. <i>La distinzione fra le fattispecie individuate dall'art. 2497-sexies c.c. e quelle cui si riferisce l'art. 2497-septies c.c.</i>	44
3.4. <i>L'art. 2497-septies c.c.: le interpretazioni della dottrina</i>	46
3.5. <i>Considerazioni conclusive</i>	49

CAPITOLO III

CONTRATTI DIRETTI A COSTITUIRE E REGOLARE UN GRUPPO DI IMPRESE

1. Premessa.....	51
2. Il contratto di dominazione.....	52
2.1. <i>Il contratto di dominazione nell'ordinamento tedesco</i>	52
2.2. <i>Illiceità del contratto di dominazione nell'ordinamento italiano</i>	54
3. Il contratto di dominio debole	58
4. I regolamenti di gruppo.....	67

CAPITOLO IV

I CONTRATTI DI SERVIZI INFRAGRUPPO

1. Premessa.....	75
2. I principi contenuti nella disposizione dell'art. 2497, comma 1 c.c. come limiti inderogabili per l'esercizio legittimo dell'attività di direzione e coordinamento.....	77
2.1. <i>Il divieto di agire nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui</i>	78
2.2. <i>Il rispetto dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale</i>	81
3. Gli interessi tutelati.....	83
4. Le cause di esclusione della responsabilità.....	87
4.1. <i>La mancanza del danno alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento e l'integrale eliminazione del danno</i>	87
4.2. <i>Il meccanismo della compensazione: argomenti a supporto della necessità di un vantaggio congruo, proporzionato ed effettivo</i>	88
5. I contratti infragruppo e il problema dell'equilibrio economico delle prestazioni	95
6. L'azione di responsabilità ex art. 2497 c.c. e i limiti della tutela rimediale	99
7. La (possibile) invalidità dei contratti infragruppo conclusi in violazione dell'art. 2497 c.c.	107

<i>7.1. La nullità sopravvenuta dei contratti infragruppo in assenza di vantaggi compensativi</i>	113
<i>7.2. Nullità del contratto concluso dalla società e legittimazione attiva del socio</i>	122
8. Nullità, risarcimento e sistema.....	124
BIBLIOGRAFIA	127

PREMESSA

Il tema del ruolo e dei limiti dell'autonomia privata nella formazione e nella disciplina del gruppo è stato oggetto di studio e di dibattito già prima della riforma del diritto societario, quando la questione centrale era se fosse ammissibile nel nostro ordinamento il c.d. "contratto di dominazione" e, di conseguenza, se potesse configurarsi il c.d. "gruppo di diritto".

Benché l'opinione maggioritaria fosse di segno negativo, non sono mancate voci favorevoli all'ammissibilità di tale figura negoziale.

La questione è nuovamente tornata all'attenzione degli interpreti a seguito dell'introduzione dell'art. 2497-*septies* c.c., che fa espresso riferimento all'esercizio della direzione e coordinamento su altre società «sulla base di un contratto con le società medesime o di clausole dei loro statuti». In particolare, è stato osservato che se la legge ammette la legittimità della direzione unitaria «non si vede per quale ragione le parti non possano convenzionalmente renderla doverosa»⁽¹⁾; pertanto, parte della dottrina ammette la configurabilità di accordi costitutivi di gruppi di società, considerando astrattamente lecite e ammissibili tutte quelle forme di manifestazione dell'autonomia privata volte a «costituire o a "disciplinare" il gruppo *nel rispetto dei principi dettati dagli art. 2497 ss c.c.*»⁽²⁾.

Tuttavia, se da un lato non può negarsi che il legislatore abbia inteso lasciare ampio spazio ai privati nella gestione del gruppo, limitandosi a regolare le conseguenze in caso di violazione dei principi di corretta gestione imprenditoriale e societaria nell'attività di direzione e coordinamento, dall'altro rimane aperto il problema di stabilire se accordi diretti a subordinare le eterodirette alle direttive della capogruppo, pur nel rispetto dei limiti anzidetti, siano compatibili con le norme di diritto comune sulla gestione dell'impresa e sulle competenze e responsabilità degli amministratori.

⁽¹⁾ MONTALENTI, *Le operazioni con parti correlate tra efficienza gestionale nei gruppi e rischi di conflitti di interessi: quale disciplina?*, in Atti del convegno CNPDS, Courmayeur 25-26 settembre 2009, Milano, 2010, 141.

⁽²⁾ TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, 2010, 180.

Accanto alle questioni relative all'ammissibilità e alla cogenza di accordi negoziali diretti a costituire e/o regolare i rapporti fra le varie entità del gruppo, la pratica pone altresì il problema della disciplina dei contratti infragruppo e del loro rapporto con i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale. Ad esempio, non è infrequente che nell'ambito di un gruppo d'impresa i contratti di fornitura o di servizi vengano conclusi a condizioni particolari, più favorevoli a una delle società e meno per un'altra, solitamente prevedendo dei compensi per determinate prestazioni a prezzi significativamente difforni da quelli di mercato. In assenza di vantaggi compensativi diretti a temperare lo squilibrio, ci si chiede quale possa e/o debba essere la sorte di tali contratti, soprattutto nei casi in cui appare pacifico che la loro conclusione sia fonte di responsabilità ex art. 2497 c.c.

L'oggetto del presente studio è quindi sostanzialmente duplice: da una parte, si cercherà di valutare se lo strumento contrattuale possa essere validamente impiegato per la costituzione di un gruppo, con particolare riferimento a quell'orientamento favorevole alla configurazione dei c.d. "contratti di dominio debole" o "contratti di collegamento gerarchico"; dall'altra, verranno presi specificamente in considerazione i contratti di servizi infragruppo, nel tentativo di determinare se e come gli strumenti di diritto comune dei contratti possano essere impiegati laddove la conclusione di tali accordi integri una violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale.

CAPITOLO I

I GRUPPI DI SOCIETÀ: PROFILI INTRODUTTIVI

1. Il fenomeno dei gruppi di imprese – 2. I gruppi nella dottrina e nella giurisprudenza prima della riforma – 2.1. *Il gruppo di imprese nel Codice Civile del 1942* – 2.2. *Gli elementi caratterizzanti il fenomeno del «gruppo di imprese». Le tesi della dottrina e l'interpretazione della giurisprudenza* – 2.3. *L'interesse di gruppo e la teoria dei vantaggi compensativi* – 3. I gruppi dopo la riforma delle società di capitali – 3.1. *I gruppi nella legge delega e nella riforma: cenni all'attuale disciplina* – 3.2. *Il criterio dei vantaggi compensativi dopo la riforma.*

1. Il fenomeno dei gruppi di imprese

Il gruppo di società rappresenta la «forma di organizzazione più evoluta»⁽¹⁾ dell'impresa medio-grande del nostro tempo.

I gruppi si sono sviluppati nel corso del XX secolo e il loro impatto sull'organizzazione giuridica dell'attività economica è stato paragonato a quello che nel XIX secolo ha determinato l'avvento della società per azioni⁽²⁾. La grande differenza che sussiste tuttavia fra i due fenomeni - e che «è poi all'origine delle difficoltà che si incontrano nella sistemazione concettuale, e nella comprensione stessa, di questa nuova realtà dell'organizzazione imprenditoriale» - è data dal fatto che la società per azioni è stata una «creazione legislativa», mentre i gruppi di società sono «frutto della inventiva imprenditoriale»⁽³⁾.

I gruppi di società costituiscono quindi una creazione dell'autonomia privata e la legge è intervenuta solo successivamente per regolare e impedire gli effetti distorsivi di un fenomeno già consolidatosi nella realtà⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, 2010, 1.

⁽²⁾ GALGANO-SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società. Art. 2497-2497-septies*, in *Commentario Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna, 2014, 1 ss.; GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, Padova, 2003, 163; ID., *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, in *Contr. e Impr.*, 2002, 1015.

⁽³⁾ Così, GALGANO-SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società, cit.*, 2.

⁽⁴⁾ GALGANO-SBISÀ, *ult. op. cit.*, 3 ss., riferisce che nei sistemi di *common law*, con riferimento in particolare al diritto americano, la nascita dei gruppi viene tradizionalmente fatta risalire ad una legge del New Jersey del 1896 con la quale si ammise per la prima volta la possibilità - fino a quel momento esclusa - che una

Nel nostro ordinamento, prima della riforma del diritto societario del 2003, con la quale è stato inserito nel Titolo V del Libro V del Codice Civile il Capo IX dedicato alla “Direzione e coordinamento di società”⁽⁵⁾, non era presente alcuna disciplina organica del gruppo di società e il legislatore si era interessato al fenomeno solo in maniera frammentaria, con norme di settore volte a disciplinarne solo alcuni aspetti specifici.

Con la novella societaria, sono stati inseriti nel Codice Civile gli artt. 2497-2497-*sexies* (cui si è aggiunto, a seguito del d. lgs. n. 37 del 14 febbraio 2004, l’art. 2497-*septies*): benché sia evidente che questa disciplina abbia per oggetto i gruppi di società, tale espressione non è mai utilizzata, né viene fornita alcuna definizione del fenomeno.

La giustificazione della scelta legislativa è contenuta nella Relazione di accompagnamento alla riforma del diritto societario, in cui si precisa che si è ritenuto «non opportuno dare o richiamare una qualunque nozione di gruppo o di controllo, e per due ragioni: è chiaro da un lato che le innumerevoli nozioni 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»⁽⁶⁾.

In ogni caso, nel panorama attuale il gruppo di società si presenta - nella sua più frequente configurazione - come una struttura complessa costituita da una pluralità di società, al vertice delle quali si colloca la capogruppo.

società acquistasse azioni di un’altra società. Negli Stati Uniti, infatti, si è tentato nel XIX secolo di impedire la formazione dei gruppi di imprese introducendo il divieto per le società di acquistare partecipazioni in un’altra società: si v., ad esempio, EISENBERG, *Megasubsidiaries: The Effect of Corporate Structure on Corporate Control*, 84 *Harvard law Review*, 1577, 1590 (1971).

Nell’esperienza di *civil law*, invece, l’acquisto di partecipazioni in altre società fino al conseguimento del controllo è sempre stato possibile. Gli interventi legislativi in tema di gruppi sono stati emanati in una fase ormai avanzata della loro espansione. In particolare, in Europa la Germania è stato il primo paese a codificare nell’*Aktiengesetz* del 1965 un diritto speciale dei gruppi. Per uno studio della disciplina dei gruppi nell’ordinamento tedesco, si v. RONDINONE, *I gruppi di imprese fra diritto comune e diritto speciale*, Milano, 1999.

⁽⁵⁾ Capo aggiunto dall’art. 5, comma 1, D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, a decorrere dal 1 ° gennaio 2004.

⁽⁶⁾ Il testo della Relazione è pubblicato, fra gli altri, in *La riforma del diritto societario, Lavori preparatori. Testi e materiali*, a cura di Vietti-Auletta-Lo Cascio-Tombari-Zoppini, Milano, 2006, 257 e in *Giur. comm.*, suppl. al n. 4/03.

L'elemento caratterizzante il fenomeno dei gruppi – e che solleva al contempo complessi problemi giuridici - è costituito proprio dalla dicotomia fra unità e pluralità: il gruppo, sotto il profilo economico, è concepito secondo una logica imprenditoriale unitaria, mentre, sul piano giuridico, è composto da un insieme di soggetti distinti, ciascuno dei quali costituisce un autonomo centro di imputazione di diritti e doveri⁽⁷⁾.

Infatti, le diverse società di un gruppo, benché formalmente autonome e indipendenti l'una dall'altra, svolgono la loro attività come «componenti di un unitario centro di organizzazione economica imprenditoriale»⁽⁸⁾.

Di conseguenza, la struttura organizzativa del gruppo vede contrapporsi gli interessi imprenditoriali collettivi a quelli della singola società.

Da ciò deriva, da una parte, la necessità di stabilire i limiti entro i quali l'interesse delle singole società possa essere piegato alla logica economica d'insieme «individuando, in positivo, le regole nel rispetto delle quali una società può esercitare o essere soggetta ad un'attività di direzione e coordinamento»⁽⁹⁾; dall'altra parte, si pone l'esigenza di tutelare i soci di minoranza e i creditori delle società facenti parte del gruppo, i cui interessi potrebbero essere pregiudicati dalla politica imprenditoriale della *holding*.

2. I gruppi nella dottrina e nella giurisprudenza prima della riforma

2.1. Il gruppo di imprese nel Codice Civile del 1942

Il gruppo di società, al quale, prima della riforma del 2003, il legislatore non aveva dedicato alcuna disciplina organica, è sempre stato al centro di dibattiti⁽¹⁰⁾, poiché -

⁽⁷⁾ Cfr., SBISÀ, *Art. 2497. Responsabilità. Commento ai commi 1-2, c.c.*, in *Direzione e coordinamento di società, artt. 2947-2947-septies c.c.*, a cura di Sbisà, in *Commentario Marchetti-Bianchi-Ghezzi-Notari*, Milano, 2012, 5.

⁽⁸⁾ SBISÀ, *op. loc. cit.*

⁽⁹⁾ TOMBARI, *op. cit.*, 4.

⁽¹⁰⁾ Il dibattito sui gruppi di imprese si era già sviluppato negli anni '30. Per un'indicazione degli studiosi che in quegli anni avevano approfondito il tema, si v., ABBADESSA, *I gruppi di società nel diritto italiano*, in *I gruppi di società: ricerche per uno studio critico*, a cura di Pavone La Rosa, Bologna, 1982, 104, nt. 3, il quale sottolinea che «il silenzio del codice circa il fenomeno dei gruppi non è il risultato di un difetto di

come acutamente evidenziato più di un ventennio fa - «se la comunità giuridica italiana non ha saputo – né sa tuttavia – dire che cosa sia il gruppo come fenomeno, ha sempre saputo – e sa – quali problemi la realtà del gruppo genera e, quindi, ha sempre riconosciuto il gruppo come campo problematico» ⁽¹¹⁾.

In realtà, dell'importanza del fenomeno nella moderna economia, dei vantaggi ad esso connessi sul piano imprenditoriale, nonché dei profili critici ad esso correlati sul piano giuridico, era ben consapevole il legislatore del 1942⁽¹²⁾, il quale, nella Relazione al Codice Civile, osservava come «il raggruppamento di varie società intorno a una che le controlla è fenomeno che corrisponde tipicamente agli orientamenti della moderna economia organizzata. Si tratta, infatti, quasi sempre della manifestazione del crescente sviluppo di un nucleo produttivo iniziale che si integrando vita ad altre attività sussidiarie e collaterali alle quali, per ragioni di razionale organizzazione, meglio conviene una gestione autonoma. I rapporti fra le varie società del gruppo che in tal modo si forma rappresentano dunque, in definitiva, un vantaggio per la produzione, mentre pongono al riparo le nuove società, che sorgono attorno alla madre, da eventuali difficoltà finanziarie (...). Il pericolo insito in questi raggruppamenti di imprese non sta dunque nel loro funzionamento, ma può sorgere dalla formazione del capitale, con il quale le varie società che vi partecipano si presentano ai terzi...»⁽¹³⁾.

Ciononostante, nella versione originaria del Codice del 1942 non è stata introdotta alcuna disciplina specifica sui gruppi di società.

consapevolezza del problema (...), ma il risultato di una consapevole scelta in senso liberista [del legislatore]».

⁽¹¹⁾ SPADA, *Gruppi di società*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, II, 222. Per una riflessione critica sulle problematiche che le politiche di gruppo possono generare sotto il profilo della tutela dell'interesse dei soci di minoranza e, più in generale, con riferimento al funzionamento del mercato azionario, si v. DENOZZA, *Modalità di esercizio del controllo e corretto funzionamento del mercato*, in AA.VV., *I gruppi di società. Atti del convegno internazionale di studi, Venezia 16-17-18 novembre 1995*, vol. II, Milano, 1996, 1139 ss.

⁽¹²⁾ Ricorda, infatti, JAEGER., *Considerazioni parasistematiche sui controlli e sui gruppi*, in *Giur. comm.*, 1994, I, 476, come sia «un luogo comune che, in Italia, il fenomeno dei gruppi sia alquanto recente (...) In realtà, almeno a partire dagli anni trenta, un grande settore dell'economia italiana era organizzato in forma di gruppo. Si trattava del settore pubblico, composto da molte società di rilevanti dimensioni, poste sotto il controllo di un «Ente pubblico economico», il quale fungeva da *holding*».

⁽¹³⁾ *Relazione* del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice civile del 1942, Libro V - *Del Lavoro, Dei gruppi di società e delle partecipazioni*, § 963.

Il legislatore ha diretto la sua attenzione agli aspetti più problematici relativi alla formazione del capitale nei raggruppamenti di imprese: all'art. 2359 c.c. (all'epoca rubricato «Acquisto di azioni da parte di società controllate») ha individuato le situazioni di controllo societario, stabilendo un divieto per la società controllata di investire il proprio capitale in azioni della società controllante o di altre società dalla medesima controllate; all'art. 2360 c.c. ha introdotto il divieto assoluto di costituire o di aumentare il capitale mediante sottoscrizione reciproca di azioni anche per interposta persona. Tali disposizioni erano preordinate ad evitare il rischio di annacquamento del capitale sociale⁽¹⁴⁾, allo scopo di tutelare i creditori delle società: entrambe le disposizioni miravano, infatti, 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»⁽¹⁵⁾.

In tal modo, il fenomeno del gruppo appariva strettamente connesso al concetto di controllo che, con una formulazione considerata alquanto «imprecisa e insufficiente»⁽¹⁶⁾, veniva a configurarsi quando una società si trovava in possesso di «un numero di azioni tale da assicurarle la maggioranza dei voti nelle assemblee ordinarie», o nei casi in cui una società «in virtù di particolari vincoli contrattuali» si trovava ad essere «sotto l'influenza dominante di altra società»⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁴⁾ Si legge, infatti, nella *Relazione* al Codice civile, § 964, che la disposizione di cui all'art. 2359 c.c. «doveva limitarsi a proibire l'impiego del capitale delle società controllate nelle azioni della società che la controlla: doveva mirare cioè ad impedire che si verificasse nell'ambito del gruppo quell'incrocio di capitali, a cui si riferisce il secondo divieto, assoluto questo – posto a qualsiasi sottoscrizione reciproca di azioni, per il riflesso che con queste operazioni si possono moltiplicare all'infinito i capitali in un gioco di rifrazioni finanziarie inconsistenti come il castello di carte che ne è la risultante».

⁽¹⁵⁾ *Relazione* al Codice civile, «*Dei gruppi di società e delle partecipazioni?*», § 963.

⁽¹⁶⁾ JAEGER, *Considerazioni parasistematiche sui controlli e sui gruppi*, cit., 476.

⁽¹⁷⁾ L'art. 2359 c.c. ha subito una prima modifica sostanziale con la riforma del 1974, la quale ha previsto una nozione più articolata di controllo ed ha introdotto un obbligo di informazione contabile. Nel testo modificato, erano definite come società controllate: «1) le società in cui un'altra società, in virtù delle azioni o quote possedute, dispone della maggioranza richiesta per le deliberazioni dell'assemblea ordinaria; 2) le società che sono sotto l'influenza dominante di un'altra società in virtù delle azioni o quote da queste possedute o di particolari vincoli contrattuali con essa; 3) le società controllate da un'altra società mediante le azioni o quote possedute da società controllate da questa. Sono considerate società collegate le società

Si è evidenziato, infatti, che nell'originaria impostazione del codice il fenomeno del gruppo era considerato solo nel suo profilo statico, ossia soltanto con riferimento ai profili domenicali relativi al possesso di partecipazioni⁽¹⁸⁾.

2.2. Gli elementi caratterizzanti il fenomeno del «gruppo di imprese». Le tesi della dottrina e l'interpretazione della giurisprudenza

In mancanza di una disciplina specifica del gruppo di società e, soprattutto, di una norma che individuasse i presupposti in forza dei quali un insieme di società potesse considerarsi un gruppo, in dottrina si sono sviluppate due contrapposte posizioni.

Un orientamento considerava elemento necessario e sufficiente per la configurabilità del gruppo l'esistenza di un rapporto di controllo, così come delineato dall'art. 2359 c.c.⁽¹⁹⁾; secondo un altro indirizzo, ai fini della qualificazione giuridica del gruppo era

nelle quali si partecipa in misura superiore al decimo del loro capitale, ovvero in misura superiore al ventesimo se si tratta di società con azioni quotate in borsa». Infine, con il d.lgs. 9 aprile 1991, n. 127, in materia di consolidamento dei bilanci, è stato nuovamente riscritto il testo dell'art. 2359 c.c.: il testo così riformulato è - salvo che per la modifica introdotta con il d. lgs. 28 dicembre 2012, n. 310, che ha sostituito il termine "borsa" con l'espressione "mercati regolamentati" - quello tutt'ora in vigore.

⁽¹⁸⁾ RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Le Società*, 2004, 539, il quale rileva che «in quell'originaria impostazione del codice, il fenomeno del gruppo societario finisce per assumere rilievo quasi unicamente per i suoi aspetti più statici, ossia per i profili dominicali attinenti al possesso di partecipazioni in grado di controllare l'assemblea della società partecipata, ma senza toccare (se non indirettamente o in modo marginale) gli aspetti dinamici ed il profilo imprenditoriale vero e proprio del fenomeno di gruppo».

⁽¹⁹⁾ GALGANO, *Le società per azioni. Principi generali*, in *Il Codice Civile. Commentario* diretto da Schlesinger, Milano, 1996, 122 ss. Meno chiara la posizione di FERRI, *Concetto di controllo e di gruppo*, in *Scritti giuridici*, III, 2, Napoli, 1990, 1338 ss., il quale, dando atto della complessità del fenomeno, da una parte, individua nei concetti di «controllo» e di «gruppo» due «formule che esprimono due momenti diversi del fenomeno: il controllo, e cioè la posizione di potere nell'ambito delle singole organizzazioni che esso esprime, il momento strumentale. Il gruppo, e cioè il rapporto che ne consegue fra le organizzazioni stesse, il momento finale»; dall'altra parte, rileva che «non ogni posizione di controllo sfocia necessariamente in un fenomeno di gruppo». L'A. distingue fra controllo su base contrattuale cui «corrisponde necessariamente un fenomeno di gruppo ed è l'azione coordinata del gruppo che determina la creazione della posizione di controllo», dal controllo organico che «può invece determinarsi accidentalmente o anche volontariamente, ma non corrispondere necessariamente ad un fenomeno di gruppo». In questo secondo caso, è la realizzazione di un interesse ulteriore da conseguirsi con l'aggregazione, grazie proprio all'azione coordinata fra le varie società, che fa sì che dal controllo organico consegua la formazione di un gruppo.

invece necessario, anche in presenza di rapporti di controllo, accertare l'esistenza in concreto di un ulteriore requisito: la direzione unitaria⁽²⁰⁾.

Si è osservato, in particolare, che l'identificazione del gruppo non può coincidere con l'individuazione dei rapporti di controllo, poiché nel diritto positivo il concetto stesso di controllo non è omogeneo e il legislatore talvolta chiama «controllo ciò che controllo non è»⁽²¹⁾; di conseguenza, ricorrere a tale «categoria nell'indagine sulla genesi del gruppo è solo fonte di confusione, in quanto non è omogenea con la natura del fenomeno» ⁽²²⁾.

In ogni caso, pur escludendo che l'identificazione del gruppo potesse limitarsi all'individuazione di rapporti di controllo, si è riconosciuto come nell'assetto legislativo ante riforma la nozione di controllo costituisse «il parametro di base e spesso l'unico criterio per delimitare l'area all'interno della quale le singole imprese vengono considerate come componenti di una organizzazione economica unitaria»⁽²³⁾.

Di conseguenza, in tale contesto normativo, in cui – accanto alla nozione codicistica di controllo – proliferavano le fattispecie delineate dalle numerose leggi speciali, si è cercato di individuare un concetto di controllo unitario. Così, da una parte, si è riconosciuta valenza generale alla disposizione di cui all'art. 2359 c.c., sia in virtù della sua collocazione, sia in forza del suo richiamo contenuto in molte delle disposizioni

⁽²⁰⁾ SBISÀ, *Società controllate e società collegate*, in *Contr. e impr.*, 1997, 322; G. ROSSI, *Il fenomeno dei gruppi e il diritto societario: un nodo da risolvere*, in *Riv. soc.*, 1995, 1136 ss.; JAEGER, *I «gruppi» tra diritto interno e prospettive comunitarie*, in *Giur. comm.*, 1980, I, 921 ss.; PAVONE LA ROSA, *Le società controllate – I gruppi*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 2, II, Torino, 1991, 599 (e, *ivi*, ulteriori riferimenti alla dottrina precedente al d. lgs. 127/1991).

⁽²¹⁾ G. ROSSI, *Il fenomeno dei gruppi ed il diritto societario*, cit., 1137. Il legislatore utilizza la nozione di controllo in numerose leggi speciali, con riferimento a fattispecie che nulla hanno in comune con quella prevista dall'art. 2359 c.c., così da rendere impossibile l'identificazione di una nozione unitaria tale da ricomprendere tutte le ipotesi che nell'ordinamento vengono ricondotte al concetto di controllo. In proposito si v. anche P. MARCHETTI, *Sul controllo e sui poteri della controllante*, in AA.VV., *I gruppi di società. Atti del convegno internazionale di studi, Venezia 16-17-18 novembre 1995*, vol. II, Milano, 1996, 1548 ss. in cui si afferma che: «se “gruppo” vogliamo definire l'insieme dei soggetti unificati da quel “collante”, si profileranno, in corrispondenza a diverse nozioni di controllo, diverse estensioni del gruppo (...) Alla babele del controllo può dunque corrispondere la babele del gruppo».

⁽²²⁾ SBISÀ, *ult. op. cit.*, 322.

⁽²³⁾ SBISÀ, *ult. op. cit.*, 323.

che regolano il controllo nella legislazione speciale⁽²⁴⁾; dall'altra, si è individuato nella capacità della controllante di esercitare un'*influenza dominante* sull'attività della società controllata l'elemento caratterizzante ogni situazione di controllo⁽²⁵⁾.

Lo stesso art. 2359 c.c., nell'individuare le varie ipotesi in cui è ravvisabile una relazione di controllo fra società, contiene un riferimento (esplicito ai nn. 2 e 3 del comma 1 e implicito al n. 1 dello stesso comma) al potere della controllante di «esercitare un'influenza dominante» sulla controllata⁽²⁶⁾.

Più precisamente, secondo la classificazione operata dalla dottrina, l'art. 2359 c.c. distingue due ipotesi: il c.d. “controllo interno” e il “controllo esterno”.

Il controllo interno viene poi ulteriormente distinto - rispettivamente ai numeri 1 e 2 del primo comma dell'art. 2359 c.c. - in “controllo interno di diritto” e “controllo interno di fatto”.

Il controllo interno di diritto ricorre quando una società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria di un'altra società; il controllo interno di fatto si configura, invece, quando una società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria di un'altra società.

⁽²⁴⁾ In tal senso, P. MARCHETTI, *Note sulla nozione di controllo nella legislazione speciale*, in *Riv. soc.*, 1992, 15, in cui si afferma che «l'interprete deve pure prendere atto di una tendenza verso il consolidamento di una nozione base di controllo (quella dell'art. 2359) nozione aperta perché fondata su clausole generali ed articolata in molti testi in esemplificazioni». Con riferimento alla fattispecie di cui all'art. 2359 c.c., si è parlato di «figura generale» (così, JAEGER, *Considerazioni parasistematiche sui controlli e sui gruppi*, cit., 482) e «di disciplina a valenza tendenzialmente generale» (FERRO-LUZZI e MARCHETTI, *Riflessioni sul gruppo creditizio*, in *Giur. comm.*, 1994, I, 421).

⁽²⁵⁾ L'influenza dominante è individuata come elemento qualificante della fattispecie del controllo da LAMANDINI, *Il “controllo”. Nozioni e “tipi” nella legislazione economica*, Milano, 1995, 55 ss.; analogamente, G. SOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, Torino, 1996, 221, la quale sottolinea che «il «cuore» della nozione di controllo risiede, per il nostro art. 2359 c.c., nell'influenza dominante nella società, più precisamente nell'assemblea ordinaria e, attraverso quest'ultima... sugli amministratori. Al contempo, tuttavia, l'A. precisa che «il controllo è influenza – sia pure preponderante – sulla gestione, non partecipazione alla gestione né, tanto meno, sostituzione nella gestione (della società controllata)».

⁽²⁶⁾ MINERVINI, *La capogruppo e il «governo del gruppo»*, in AA.VV., *I gruppi di società. Atti del convegno internazionale di studi, Venezia 16-17-18 novembre 1995*, vol. II, Milano, 1996, 1568, secondo il quale «le fattispecie di controllo individuate nei commi 1 e 2 dell'art. 2359 c.c. ... si incentrano tutte sulla “influenza dominante”, diretta o indiretta, di una società su una o più altre». Infatti, benché non menzionata espressamente nella previsione di cui al n. 1 dell'art. 2359, comma 1, c.c., l'influenza dominante è da ritenersi implicita anche in tale fattispecie stante la possibilità per la capogruppo titolare della maggioranza dei voti di ottenere l'approvazione di qualsiasi delibera assembleare.

A differenza del controllo interno, basato sulla partecipazione al capitale di una società in un'altra, il controllo esterno si fonda su rapporti di natura contrattuale in forza dei quali una società si trova «sotto influenza dominante di un'altra società» (art. 2359, comma 1, n. 3, c.c.) ⁽²⁷⁾.

In sintesi, connotato essenziale del controllo è dato dalla capacità da parte della controllante di esercitare un'influenza dominante sulla controllata, ossia di influire sui suoi processi decisionali⁽²⁸⁾.

La differenza fra le diverse fattispecie di cui all'art. 2359 c.c. è data dal fatto che, nel caso di controllo interno di diritto, l'esercizio dell'influenza dominante sulle controllate è implicitamente presunto proprio in virtù della maggioranza dei voti posseduti dalla controllante⁽²⁹⁾, mentre nelle altre due ipotesi (controllo interno di fatto e controllo esterno) l'influenza dominante deve essere provata e costituisce il presupposto sulla base del quale fondare l'esistenza di un rapporto di controllo.

⁽²⁷⁾ Per un'analisi della fattispecie, si v.: RIMINI, *Il controllo contrattuale*, Milano, 2002, ove l'A. sostiene che «tra i particolari vincoli contrattuali potranno essere ricompresi anche i contratti aventi ad oggetto palese ed immediato il trasferimento dei poteri direttivi di una impresa», poiché «non paiono esservi saldi appigli di natura letterale, sistematica o teleologica per sostenere che nella definizione di cui all'art. 2359, primo comma, n. 3, c.c., l'influenza dominante non è il nucleo centrale del contratto...». Di conseguenza, «il fenomeno della eterodeterminazione delle scelte gestionali di una impresa non può seriamente essere ritenuto *tout court* illegittimo»: ferma restando l'inammissibilità nel nostro ordinamento dei contratti di dominio c.d. «forti», in forza dei quali il governo di una impresa viene alienato ad un soggetto esterno, l'A. ritiene ammissibili «contratti di dominio c.d. deboli» con cui vengono trasferiti solo alcuni dei poteri gestionali nel limite del rispetto dell'interesse delle singole imprese assoggettate (p. 45 ss.); ID., *Il controllo contrattuale: spunti per una riflessione*, in AA.VV., *I gruppi di società. Atti del convegno internazionale di studi, Venezia 16-17-18 novembre 1995*, vol. III, Milano, 1996, 1903 ss. e i contributi dottrinali *ivi* richiamati. Per un approfondimento su alcuni dei contratti d'impresa più diffusi da cui possono derivare situazioni di influenza dominante, si v. CLARIZIA, *I contratti per il finanziamento dell'impresa. Mutuo di scopo, leasing, factoring*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Buonocore, II, 4, Torino, 2002; per un'interpretazione restrittiva dell'art. 2359, comma 1, n. 3, si v. SPOLIDORO, *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust*, in *Riv. soc.*, 1995, 481 ss., secondo il quale «non [è] sufficiente, perché sussista il controllo [contrattuale], l'esistenza di un'anche totale dipendenza economica di una società da un'altra», ma occorre «un vero condizionamento dell'autonomia della volontà della società dipendente, *non genericamente nella gestione, ma nella decisione su se comprare partecipazioni nella società dominante e come votare nelle sue assemblee*.(...) Vincoli contrattuali tali da attribuire il controllo in questo senso saranno allora in primo luogo i contratti di dominio o, in genere, i contratti di impresa noti all'ordinamento tedesco, ma sostanzialmente estranei alla nostra tradizione. (...) i contratti di sindacato che danno ad un solo socio la capacità di dominare gli organi sociali... certi contratti di finanziamento o di ristrutturazione del debito o in situazioni prodromiche all'acquisizione di consistenti pacchetti azionari», con cui si attribuisce ad una società il potere di nominare la maggioranza dei consiglieri di amministrazione.

⁽²⁸⁾ Cfr. TOMBARI, *Il gruppo di società*, cit., 53.

⁽²⁹⁾ LAMANDINI, *Il controllo*, cit., 52, afferma che l'ipotesi di cui al n. 1 dell'art. 2359 c.c. detti una «presunzione assoluta» di controllo. Non concorde SPOLIDORO, *op. cit.*, 480, nt. 62.

Come accennato, accanto a coloro che ravvisavano nel fenomeno del gruppo e nel rapporto di controllo intercorrente fra due o più società una corrispondenza biunivoca, altra parte della dottrina non riteneva il controllo sufficiente a configurare un gruppo, richiedendosi all'uopo la sussistenza di un altro elemento, ossia la direzione unitaria intesa quale "attività di coordinamento e indirizzo" facente capo alla controllante.

A sostegno di tale tesi si è rilevato che nel primo caso in cui in Italia venne introdotta una disciplina speciale per il gruppo di imprese (art. 3, ult. co., d.l. 26/1979, conv. in l. 95/1979) si è fatto espresso riferimento alla «ipotesi di una direzione unitaria». Tale nozione è stata poi ripresa dal legislatore in leggi successive⁽³⁰⁾ ed è tutt'ora utilizzata nella disposizione di cui all'art. 90 d.lgs. 270/1999 sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza.

In mancanza di una definizione legislativa, l'individuazione del concetto di direzione unitaria è stata demandata all'attività degli interpreti.

In sintesi, la direzione unitaria è stata identificata con l'attività di coordinamento, pianificazione e indirizzo esercitata dalla controllante sulle controllate e finalizzata al conseguimento di un interesse collettivo: l'interesse di gruppo⁽³¹⁾.

La giurisprudenza, nel noto caso Caltagirone⁽³²⁾, ha individuato nella «direzione economica unitaria e [nell']autonomia formale delle imprese partecipanti al gruppo» gli elementi caratterizzanti del fenomeno.

⁽³⁰⁾ Per una rassegna delle norme che fanno riferimento alla nozione di direzione unitaria, si v. RONDINONE, *I gruppi di imprese*, cit., 234 e SBISÀ, *Art. 2497. Responsabilità*, cit., 20.

⁽³¹⁾ Cfr. G. SOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, cit., 237; PAVONE LA ROSA, *La responsabilità da controllo nei gruppi di società*, in *Riv. soc.*, 1984, 409 ss. Si v. altresì, la posizione di TOMBARI, *Il gruppo di società*, cit., 57, il quale afferma che la direzione unitaria di fatto coincide con l'influenza dominante che l'esistenza di un rapporto di controllo presuppone, in quanto «il «generico» potere di determinare l'attività di una società ricomprende in sé, come possibile manifestazione, quello di dirigere tale attività e coordinarla, in base ad una politica unitaria, con quelle delle altre società, sulle quali si ha un medesimo potere di influenza dominante».

⁽³²⁾ Cass., 26 febbraio 1990, n. 1439, in *Foro it.*, 1990, I, c. 1174; in *Giur. comm.*, 1991, II, 366, con nota di Rondinone; in *Giur. it.*, 1990, I, 1, 713, con nota di Weigmann. 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 alcune questioni giuridiche particolarmente controverse in dottrina e, segnatamente, se l'attività svolta da una *holding* (non mista)

In tale occasione, la Suprema Corte ha distinto la «direzione unitaria [attraverso la quale] si consegue il risultato di imprimere unità di indirizzo e di azione alle diverse imprese aggregate» dal semplice controllo, il quale costituisce solo «una situazione *potenziale* di esercizio di influenza dominante»⁽³³⁾.

Tale secondo orientamento è stato recepito dal legislatore. La locuzione «direzione e coordinamento», dapprima utilizzata in alcune leggi settoriali⁽³⁴⁾, è divenuta il cardine delle disposizioni in materia di gruppi introdotte con la riforma.

A livello concettuale, le espressioni «direzione e coordinamento» e «direzione unitaria» non differiscono fra loro, ma la prima specifica semplicemente le modalità con cui la seconda viene esercitata.

Da una disamina delle disposizioni normative che utilizzano l'una o l'altra espressione si è rilevato, infatti, che i due termini «direzione unitaria e attività di direzione e coordinamento, non hanno due diversi referenti, ma rinviano al medesimo contesto situazionale, visto nel suo aspetto ontologico, o, invece, nel suo aspetto dinamico»⁽³⁵⁾.

2.3. *L'interesse di gruppo e la teoria dei vantaggi compensativi*

Accanto all'individuazione dei presupposti in forza dei quali considerare un insieme di società fra loro collegate un «gruppo di società» si è posto altresì il problema del

potesse essere qualificata come impresa commerciale e, come tale, assoggettabile a fallimento e se potesse configurarsi una *holding* costituita da una persona fisica o da una società di fatto. Ad entrambe le questioni la Corte ha dato risposta affermativa, statuendo 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 incrementare sul piano economico i profitti (in tal caso l'impresa è comune a più imprenditori, ossia le società che l'esercitano direttamente e 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». Si è inoltre riconosciuto che «se la funzione imprenditoriale di capogruppo, quale holding pura operativa o quale ausiliaria, è svolta congiuntamente da due o più individui, fra loro può sorgere una società di fatto».

⁽³³⁾ Cass., 26 febbraio 1990, n. 1439, in *Giur. comm.*, 1991, II, 380,

⁽³⁴⁾ Essa è stata 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: SBISÀ, *Art. 2497. Responsabilità*, cit., 22-23.

⁽³⁵⁾ SBISÀ, *ult. op. cit.*, 22.

significato da attribuire, sul piano giuridico, alle singole operazioni effettuate nell'ambito di un gruppo e quello relativo alla legittimità delle stesse, in considerazione del potenziale conflitto fra gli interessi delle varie società o, più precisamente, del conflitto fra gli interessi del capitale di comando e i soci esterni delle singole società appartenenti al gruppo⁽³⁶⁾.

Si discute se sia configurabile un "interesse di gruppo", inteso quale interesse comune e corrispondente alla logica aziendale di gruppo, che si differenzerebbe, quindi, sia dall'interesse delle singole società appartenenti al gruppo, sia dall'interesse particolare della *holding*⁽³⁷⁾. Al riguardo, se è un dato incontestato che il gruppo sia caratterizzato dalla scissione derivante, da un lato, dall'unità sul piano economico fra più imprese e, dall'altro, dalla separazione e indipendenza sul piano giuridico delle singole società che lo compongono, si condividono le perplessità sollevate da parte della dottrina sulla configurabilità di un interesse di gruppo sovraordinato a quello della singole

⁽³⁶⁾ Parte della dottrina ha superato il problema riconoscendo nel fenomeno dei gruppi l'esistenza di un'unica impresa di gruppo: cfr., GALGANO-SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, cit., 26 ss. In particolare, si muove dalla premessa che nell'ambito del gruppo, l'oggetto sociale della capogruppo si identificherebbe nell'esercizio mediato ed indiretto delle attività svolte dalle società da essa controllate (tale teoria è stata sviluppata in numerosi scritti di Galgano, tra i quali si ricordano: *Qual è l'oggetto della società holding*, in *Contr. e impr.*, 1986, 327 ss; *L'oggetto della holding è dunque l'esercizio mediato e indiretto dell'impresa di gruppo*, *ivi*, 1990, 401 ss.). A tale tesi ha prestato adesione la Suprema Corte con la nota sentenza Caltagirone, (cfr., *supra*, nt. 32) in cui si è affermato che «la nozione economica che individua nel gruppo sostanzialmente un'unica impresa articolata su più soggetti, può trovare una corrispondente qualificazione giuridica...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». Da ciò ne consegue che nell'ambito dei rapporti di gruppo la società che agisce in ausilio di un'altra società del gruppo, non realizza un interesse altrui, ma un proprio interesse «mediato e indiretto». In sintesi «i due discorsi – quello sull'interesse e quello sull'oggetto sociale – si coordinano fra loro: se attraverso la controllante la controllata soddisfa, in modo mediato e indiretto, un proprio interesse, ciò è perché attraverso la controllata essa svolge, sempre in modo mediato e indiretto, una propria attività economica»: GALGANO-SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, cit., 247.

⁽³⁷⁾ In tal senso, MONTALENTI, *Interesse sociale, interesse di gruppo e gestione dell'impresa nei gruppi di società*, in AA. VV., *La riforma del diritto societario dieci anni dopo: per i quarant'anni di Giurisprudenza commerciale. Atti del convegno, Milano, 13-14 giugno 2014*, in *Quad. giur. comm.*, Milano, 2015, 176. La distinzione fra «interesse di gruppo» e interesse della controllante o delle altre società del gruppo è stata sostenuta anche da GALGANO, *Qual è l'oggetto della holding?*, cit., 327; ID., *Il punto della giurisprudenza in materia di gruppi di società*, *ivi*, 1991, 897 ss. Sembra condividere tale posizione anche, ABRIANI, *Gruppi di società e criterio dei vantaggi compensativi nella riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2002, I, 619.

società, perché così si finirebbe per conferire al gruppo «un'entificazione giuridica che esso non possiede» ⁽³⁸⁾.

Di interesse di gruppo si può, quindi, solo parlare *impropriamente* in virtù della logica imprenditoriale unitaria sottesa alle operazioni concepite nell'ambito di un gruppo. Tuttavia, poiché l'attività del gruppo non è altro che la proiezione operativa del disegno imprenditoriale della capogruppo, che, anziché operare come monade sul mercato, si avvale di società satellite poste sotto la sua direzione unitaria, ad essere perseguito, in ultima analisi, è l'interesse di quest'ultima.

In ogni caso, non può negarsi che la logica di gruppo influenzi i rapporti intercorrenti fra le eterodirette e la capogruppo e di tale circostanza si dovrà necessariamente tener conto nel valutare le singole operazioni che vengono poste in essere fra le stesse.

A ciò ha sempre dedicato attenzione la giurisprudenza, la quale, già sul finire degli anni sessanta del secolo scorso, ha ritenuto che la remissione di debiti da parte della *holding* a favore della controllata non costituisca un atto di liberalità e, di conseguenza, non fosse soggetta all'imposta di registro prevista dall'art. 44 r.d. 30 dicembre 1923, n. 3269, poiché giustificata dall'interesse della stessa controllante di ridurre le passività delle controllate⁽³⁹⁾. Parimenti, non sono stati considerati atti di liberalità, in

⁽³⁸⁾ In tal senso, COTTINO, *Divagazioni in tema di conflitto di interesse nei gruppi*, in AA.VV., *I gruppi di società. Atti del convegno internazionale di studi, Venezia 16-17-18 novembre 1995*, vol. II, Milano, 1996, 1080, il quale rileva che l'interesse perseguito dalle società facente parte del gruppo, siano esse eterodirette o controllanti, «è innanzitutto quello proprio di qualsiasi impresa atomisticamente considerata: competitività sul mercato, conservazione del patrimonio e della consistenza aziendale, produzione di utili». Contrario alla configurazione di un «interesse di gruppo», quale interesse autonomo e sovraordinato rispetto all'interesse delle singole società del gruppo e della stessa *holding*, è anche BONELLI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società*, in *Giur. comm.*, 1992, I, 220, in cui si richiama la sentenza della Cass., 8 maggio, 1991, 5123, in *Società*, 1991, 1349 ove si afferma che «il gruppo di imprese non costituisce un soggetto giuridico o, comunque, un centro di interessi autonomo rispetto alle società collegate», ciò porta di conseguenza ad escludere «l'esistenza di un interesse di gruppo». Per una critica sulla possibilità di configurare un interesse di gruppo prevalente su quello delle singole società appartenenti ad esso si v. altresì, D'ALESSANDRO, *Il diritto delle società da i «battelli del Reno» alle «navi vichinghe»*, in *Foro it.*, 1988, 48 ss. In tal senso si è recentemente espresso anche il Tribunale di Milano nella sentenza resa in data 10 novembre 2014, *Garutti e altri c. Smurfit Kappa Holdings Italia S.p.A.*, reperibile su www.giurisprudenzadelleimprese.it, nella quale si richiama «l'orientamento giurisprudenziale e dottrinale ormai consolidato [che] esclude, infatti, la sussistenza di un "superiore interesse di gruppo" tale da legittimare indiscriminatamente il sacrificio degli interessi di cui è portatrice ciascuna delle singole società che lo compongono».

⁽³⁹⁾ Cass., 20 marzo 1968, n. 2215, in *Riv. leg. Fisc.*, 1969, 263. Si v. GALGANO-SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, cit., 27, ove l'A. indica anche successive pronunce conformi (si v. nt. 52).

quanto giustificati da un interesse, seppur mediato e indiretto, della capogruppo, la prestazione di garanzie a favore di società del gruppo e la rinuncia da parte della *holding* a crediti vantati nei confronti delle società controllate⁽⁴⁰⁾.

Per quanto concerne il problema del conflitto fra gli interessi delle singole società e l'«interesse del gruppo», la giurisprudenza ha ritenuto legittime quelle operazioni volte a perseguire interessi extrasociali, purché tali atti non si traducessero in un mero pregiudizio per la singola società⁽⁴¹⁾.

Si è infatti rilevato che, nell'ambito del gruppo, l'interesse sociale – inteso come interesse autonomo facente capo alle singole società del gruppo – è «a sovranità limitata»⁽⁴²⁾, in quanto viene «astretto nei binari delle linee direttrici in cui si articolano e si esprimono le direttive di gruppo»⁽⁴³⁾.

In particolare, perché potesse sindacarsi la legittimità dell'operazione concepita nell'ottica di gruppo, la giurisprudenza ha ritenuto necessaria la sussistenza di un conflitto d'interessi effettivo e non meramente potenziale.

La Suprema Corte ha affermato, infatti, che «non esistono ostacoli di carattere giuridico a che le decisioni adottate a livello dell'organo gestorio del gruppo vengano poi attuate» dalle singole società, sempre che gli interessi della singola società non contrastino «con quello del gruppo, fermo restando però che, perché scatti la tutela degli interessi che alle singole società fan capo, è necessaria non solo la potenzialità del conflitto d'interessi, ma l'effettività del conflitto idoneo a causare danno alla società»⁽⁴⁴⁾.

Considerato che il gruppo permette alla singola società di godere dei benefici che derivano dall'organizzazione d'insieme, si è preso atto della necessità di valutare il conflitto di interessi nelle operazioni infragruppo non in un'ottica atomistica, con riferimento al singolo atto posto in essere, ma considerando complessivamente

⁽⁴⁰⁾ Ne riferisce SBISÀ, *Art. 2497. Responsabilità*, cit., 7 (nt. nn. 6 e 7).

⁽⁴¹⁾ Si v., Trib. Milano, 2 ottobre 1986, in *Società*, 1987, 301; Trib. Napoli, 2 febbraio 1994, in *Foro it.*, 1995, I, 1, c. 1676; App. Milano, 21 gennaio 1994, in *Società*, 1994, 929 (riportate da Sbisà, *ult. op. cit.*, 8, nt. 10).

⁽⁴²⁾ L'espressione è di MIGNOLI, *Interesse di gruppo e società a sovranità limitata*, in *Contr. e impr.*, 1986, 729.

⁽⁴³⁾ MONTALENTI, *Interesse sociale, interesse di gruppo e gestione dell'impresa nei gruppi di società*, cit., 175.

⁽⁴⁴⁾ Cass., 13 febbraio 1992, n. 1759, in *Giur. comm.*, 1993, II, 503 e, nello stesso senso, pochi anni prima, la già citata sentenza Caltagirone.

l'attività del gruppo e i vantaggi derivanti dall'appartenenza allo stesso, al fine di verificare se, e in quale modo, possa realizzarsi un bilanciamento fra vantaggi e sacrifici⁽⁴⁵⁾.

La teoria dei vantaggi compensativi - peraltro non da tutti condivisa⁽⁴⁶⁾ - è stata oggetto di un acceso dibattito in dottrina (e lo è tutt'ora, anche alla luce della riforma, su cui *infra* § 3.2). Infatti, il criterio in forza del quale procedere a una valutazione delle operazioni poste in essere nell'ambito di un gruppo è stato variamente inteso dagli interpreti⁽⁴⁷⁾ e di tali diverse interpretazioni si ha riscontro nell'applicazione pratica che ne ha fatto la giurisprudenza⁽⁴⁸⁾.

Secondo parte della dottrina, perché potesse operare la compensazione, i vantaggi dovevano essere attuali, specificamente individuati e, in senso rigidamente quantitativo, proporzionali al sacrificio subito dalla società⁽⁴⁹⁾.

Al fine di legittimare politiche di gruppo senza pregiudicare gli interessi delle singole società, sono state prospettate diverse soluzioni: dalla necessità, ai fini dell'operatività della compensazione, della corresponsione di un indennizzo a favore della società danneggiata (indennizzo che deve «essere o già acquisito dalla controllata o programmato in modo giuridicamente vincolante per la controllante e fungere da

⁽⁴⁵⁾ Nel diritto tedesco, il criterio della compensazione in forza del quale sono considerate legittime, a certe condizioni, operazioni infragruppo contrarie all'interesse delle singole controllate, è stato espressamente previsto per i gruppi di fatto dai §§ 311 e ss. dell'AktG del 1965. Per un'analisi della soluzione legislativa del diritto tedesco, si v.: RONDINONE, voce *Società (gruppi di)*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione commerciale, Aggiornamento*, Torino, 2009, 639 ss.; FORUM EUROPEUM SUL DIRITTO DEI GRUPPI DI SOCIETÀ, *Un diritto dei gruppi di società per l'Europa*, in *Riv. soc.*, 2001, 382.

⁽⁴⁶⁾ In senso critico si è espresso in particolare ENRIQUES, *Il conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni*, Milano, 2000, 156 ss.; ID., *Vaghezza e furore. Ancora sul conflitto di interessi nei gruppi di società in vista dell'attuazione della delega per la riforma del diritto societario*, in Associazione Disiano Preite, *Verso un nuovo diritto societario*, Bologna, 2002, 247 ss.

⁽⁴⁷⁾ Per una sintesi delle varie elaborazioni dottrinali della teoria dei vantaggi compensativi, si v.: S. ROSSI, *Relazione introduttiva ad una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi*, in *Giur. comm.*, 2002, I, 614-615.

⁽⁴⁸⁾ Si v. le varie decisioni ricordate da MONTALENTI, *Conflitto di interesse nei gruppi*, cit., 730 ss.; ID., *Operazioni infragruppo e vantaggi compensativi: l'evoluzione giurisprudenziale*, in *Giur. it.*, 1999, 2319.

⁽⁴⁹⁾ DENOZZA, «Rules vs. Standards» nella disciplina dei gruppi: l'inefficienza delle compensazioni virtuali, in *Giur. comm.*, 2000, I, 329 ss.; SACCHI, *Conclusioni a "Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi"*, in *Giur. comm.*, 2002, I, 634 ss.

elemento essenziale del contenuto della deliberazione...»⁽⁵⁰⁾), all'obbligo di un'equa redistribuzione del *surplus* prodotto dalle operazioni di gruppo⁽⁵¹⁾.

Altra parte della dottrina, invece, ha escluso la necessità di un ristoro immediato e ha ritenuto sufficienti, al fine di poter riconoscere la validità di operazioni di per sé pregiudizievoli per la singola società del gruppo, la sussistenza di vantaggi compensativi anche solo fondatamente prevedibili da valutarsi in termini di razionalità e coerenza della singola operazione, secondo un procedimento di carattere economico-funzionale e non rigidamente quantitativo, fondato sugli elementi noti al momento in cui l'operazione infragruppo viene decisa⁽⁵²⁾.

Tali prospettazioni teoriche sono state recepite dalla giurisprudenza la quale ha dovuto affrontare, sul piano concreto, i problemi derivanti dal rapporto fra la logica economica del gruppo e l'interesse delle singole società.

Si è giunti così a riconoscere che la singola società del gruppo «per il fatto di essere inserita in un'aggregazione più vasta creata per esigenze obiettive di coordinamento e di razionalizzazione dell'attività imprenditoriale, viene non di rado a conseguire vantaggi che la compensano dei pregiudizi eventualmente subiti per effetto di altre operazioni»⁽⁵³⁾.

Sulla scorta di tale criterio, nel decennio precedente la riforma della disciplina della società di capitali, la giurisprudenza di legittimità ha ammesso la validità di alcune operazioni, quali, ad esempio, l'assunzione di obbligazioni da parte di una società a favore di un'altra società del gruppo o a favore della stessa holding⁽⁵⁴⁾. Più in generale, sono stati ritenuti legittimi, nell'ottica del gruppo, tutti quegli atti che,

⁽⁵⁰⁾ SPADA, *L'amministrazione delle società per azioni tra interesse sociale e interesse di gruppo*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, I, 240 ss.

⁽⁵¹⁾ PREITE, *Il conflitto di interessi del socio tra codice e disciplina del mercato immobiliare*, in *Riv. soc.*, 1988, 361 e 422; G. SCOGNAMIGLIO, *Prospettive di tutela dei soci esterni nei gruppi di società*, *ivi*, 1995, 420 ss.

⁽⁵²⁾ Questa è la tesi di Montalenti: fra i numerosi contributi dell'Autore, si v., *Conflitto di interesse nei gruppi e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 1995, I, 710 ss.

⁽⁵³⁾ Cass, 11 marzo 1996, n. 2001, in *Foro it.*, 1996, I, c. 1222.

⁽⁵⁴⁾ Cass., 5 dicembre 1998, n. 12325, in *Foro it.*, 2000, I, 2936

seppur formalmente a titolo gratuito, risultino «preordinat[i] al soddisfacimento di un ben preciso interesse economico, sia pur mediato e indiretto»⁽⁵⁵⁾.

Bisogna, tuttavia, sottolineare che la stessa giurisprudenza ha diversamente interpretato e dato applicazione al criterio dei vantaggi compensativi: talora si è ritenuto compensato il pregiudizio procurato alla società controllata sulla base dei vantaggi genericamente derivanti dall'appartenenza al gruppo, altre volte si è proceduto ad un esame più analitico dei benefici e degli svantaggi derivanti dalle operazioni poste in essere nell'ambito del gruppo⁽⁵⁶⁾.

Da ultimo, a pochi anni dalla riforma del diritto societario, una delle corti di merito che maggiormente ha contribuito all'evoluzione della giurisprudenza in tema di gruppi di società (cioè il tribunale di Milano), ha condiviso la tesi di quella parte della dottrina secondo la quale i vantaggi compensativi devono essere valutati nel quadro generale della politica di gruppo, rilevando a tal fine anche benefici non immediati, ma ragionevolmente certi.

In particolare, il tribunale di Milano ha sostenuto che il criterio fondato sulla compensazione fra vantaggi e svantaggi, alla luce del quale deve essere rivisto il tema del conflitto di interesse nei gruppi di società, «deve fondarsi sull'idea che la compatibilità con l'interesse sociale dell'interesse di gruppo deve valutarsi in termini di razionalità e coerenza di una singola scelta, ancorché pregiudizievole per la società che la pone in essere, rispetto ad una politica economica generale di gruppo di medio e lungo termine, da cui ragionevolmente può derivare un vantaggio alla singola società, anche su piani economici differenti, anche in tempi diversi rispetto al momento dell'operazione e anche secondo un parametro non rigidamente proporzionale, né necessariamente quantitativo»⁽⁵⁷⁾.

Sui temi e sui toni di questo dibattito si è giunti alla legge delega sulla riforma del diritto societario.

⁽⁵⁵⁾ Cass., 15 dicembre 1998, n. 1325, in *Giur. it.*, 1999, 2317. Si v. anche, Cass., 21 gennaio 1999, n. 521, in *Corr. Giur.*, 1999, 1529.

⁽⁵⁶⁾ Lo rileva S. ROSSI, *Relazione introduttiva ad una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi*, cit., 614.

⁽⁵⁷⁾ Trib. Milano, sez. II, 22 gennaio 2001, in *Fall.*, 2001, 1152-1153.

3. I gruppi dopo la riforma delle società di capitali

3.1. I gruppi nella legge delega e nella riforma: cenni all'attuale disciplina

La l. 3 ottobre 2001, n. 366, contenente la delega al Governo per la riforma del diritto societario, ha previsto tra i principi generali della riforma quello di «disciplinare i gruppi di società secondo principi di trasparenza e di contemperamento degli interessi coinvolti» (art. 2, lett. h) e, al successivo art. 10, ha stabilito che «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 contemperi 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; 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».

In attuazione della delega, con il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 il legislatore ha introdotto nell'ordinamento italiano una disciplina del gruppo di imprese «dotata di una qualche organicità»⁽⁵⁸⁾, inserendo nel Titolo V del Libro V del Codice Civile, il Capo IX dedicato alla direzione e coordinamento di società.

Tale capo consta di sette articoli (dall'art. 2497 all'art. 2497-*septies*) ⁽⁵⁹⁾ con cui, in conformità alle indicazioni della legge delega, sono state regolate le principali

⁽⁵⁸⁾ In tal senso, TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, cit., 5.

⁽⁵⁹⁾ In realtà, l'art. 2497-*septies*, c.c. è stato introdotto successivamente con l'art. 5 comma 1 del d.lgs. 6 febbraio 2004, n. 37. Originariamente la previsione della suddetta norma era contenuta nell'art. 2497-

questioni connesse al fenomeno dei gruppi di società: tutela dei soci di minoranza e dei creditori, trasparenza pubblicitaria e obblighi informativi.

La novella pone al centro del sistema una norma sulla responsabilità: l'art. 2497 c.c., con cui si apre il nuovo capo IX intitolato *Direzione e coordinamento di società*, disciplina la responsabilità della capogruppo nei confronti dei soci di minoranza e dei creditori delle eterodirette quando, nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, vengono violati «i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale».

Nella Relazione di accompagnamento alla riforma del diritto societario si afferma, infatti, che «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»⁽⁶⁰⁾.

Agli articoli seguenti⁽⁶¹⁾, il legislatore ha regolato: le forme di pubblicità dell'appartenenza al gruppo (art. 2497-bis, c.c.); l'obbligo di motivazione delle decisioni adottate sotto l'influenza di chi esercita la direzione unitaria (art. 2497-ter, c.c.); le ipotesi in cui è ammesso un diritto di recesso del socio esterno della società soggetta all'attività di direzione e coordinamento (art. 2497-quater, c.c.); la disciplina applicabile ai finanziamenti infragruppo (art. 2497-quinquies, c.c.) e, infine, l'ambito di applicazione delle disposizioni in materia di direzione e coordinamento (artt. 2497-sexies e septies, c.c.)⁽⁶²⁾.

sexies, c.c., 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*, c.c. e il suo contenuto è stato trasposto nel nuovo art. 2497-septies, c.c., ora rubricato «Coordinamento di società».

⁽⁶⁰⁾ Il testo della Relazione è pubblicato in AA. VV., *La riforma del diritto societario, Lavori preparatori. Testi e materiali*, cit., 257.

⁽⁶¹⁾ 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 al riguardo, tentarne una selezione bibliografica.

⁽⁶²⁾ Oltre a tali disposizioni, nel codice civile e nelle leggi speciali sono presenti una serie di norme, alcune delle quali introdotte dallo stesso legislatore delegato, che integrano la disciplina del «gruppo di società» prevista nel capo IX: si rinvia a SBISÀ, *Art. 2497. Responsabilità*, cit., 12 ss. e in TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, cit., 6 ss.

L'art. 2497-*bis*⁽⁶³⁾ prevede per le eterodirette l'obbligo di indicare, negli atti e nella corrispondenza, la società alla cui direzione sono sottoposte, nonché di iscriversi in un'apposita sezione del registro delle imprese, in cui devono essere iscritte anche le società o gli enti che esercitano attività di direzione e coordinamento. È, inoltre, prescritta un'informazione di tipo "contabile": gli amministratori della società dipendente devono esporre, in una apposita sezione della nota integrativa, un prospetto riepilogativo dei dati essenziali dell'ultimo bilancio della società controllante ed indicare nella relazione sulla gestione i rapporti intercorsi con il soggetto che esercita l'attività di direzione e coordinamento e gli effetti che tale attività ha prodotto sull'esercizio dell'impresa.

La norma risponde a quelle esigenze di trasparenza e di pubblicità dell'appartenenza al gruppo⁽⁶⁴⁾, espressamente richiamate nella legge delega per la riforma, la cui *ratio* è tutelare i soci e i terzi informandoli della particolare condizione giuridica in cui si trova ad operare la società⁽⁶⁵⁾; il mancato rispetto di tali obblighi informativi rende gli amministratori responsabili dei danni subiti dai soci e dai terzi derivanti dalla mancata conoscenza della situazione di soggezione (art. 2497-*bis*, comma 3, c.c.).

⁽⁶³⁾ Si v., CARIELLO, *La pubblicità del gruppo (art. 2497 bis, c.c.): la trasparenza dell'attività di direzione e coordinamento tra staticità e dinamismo*, in *Riv. dir. soc.*, 2009, 466 ss., e gli altri riferimenti dottrinali ivi richiamati.

⁽⁶⁴⁾ L'opinione maggioritaria è che si tratti di una forma di pubblicità notizia. L'iscrizione non avrebbe alcuna efficacia costitutiva del gruppo e non sarebbe indice di per sé dell'inizio o della cessazione dell'attività di direzione e coordinamento. In tal senso: GALGANO-SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, cit., 221; TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, cit., 29; CARIELLO, *Commento agli artt. 2497-2497-septies*, in *Società di capitali*, a cura di Niccolini-Stagno d'Alcontres Napoli, 2004, 1878. La norma, peraltro, non prevede alcun termine entro il quale procedere agli adempimenti pubblicitari richiesti. In ogni caso, dalla previsione contenuta nel terzo comma dell'articolo, si ricava «che dovrebbe essere interesse degli amministratori – al fine di evitare la responsabilità “da affidamento” (...)– eseguire l'iscrizione “entro un congruo termine”... probabilmente quantificabile in 30 giorni per analogia con le altre disposizioni che così prevedono»: TOMBARI, *ult. op. cit.*, 30. Analogamente: IRACE, *Commento all'art. 2497-bis*, in AA. VV., *La Riforma Delle Società*, a cura di Sandulli-Santoro, III, Torino, 2003, 324 ss.

⁽⁶⁵⁾ È stato correttamente osservato da SCIUTO, *Direzione e coordinamento di società*, in *La riforma delle società di capitali e cooperative*, a cura di Starola, Milano, 2003, 310, che «la tutela degli investitori (in questa locuzione potendosi promiscuamente intendere tanto i soci quanto i creditori della controllata, attuali e potenziali) si attua non solo in via risarcitoria e quindi successiva, ma anche attraverso la predisposizione di un apparato informativo in grado di consentire loro di valutare le condizioni di rischio del proprio investimento, e quindi in via preventiva».

Alle medesime esigenze di trasparenza risponde l'art. 2497-ter⁽⁶⁶⁾, che impone un dovere di analitica motivazione delle decisioni assunte dalla società eterodiretta se influenzate dalle direttive della capogruppo. La previsione è strumentale a permettere una verifica (necessariamente *ex post*) sul rispetto dei «principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale» nell'esercizio dell'attività di direzione unitaria, permettendo, in particolare, di «valutare se l'apparente diseconomicità di un atto, isolatamente considerato, trova giustificazione nel quadro generale dei costi e benefici derivanti dall'integrazione di un gruppo oppure no»⁽⁶⁷⁾. Tale disposizione è quindi strumentalmente connessa a quella dell'art. 2497 c.c., proprio perché permette di verificare in che modo l'attività di direzione e coordinamento influenzi le scelte gestorie delle società dipendenti e, quindi, di valutare la legittimità dell'agire della capogruppo.

All'art. 2497-quater, c.c. sono previste specifiche ipotesi di recesso a favore dei soci esterni delle eterodirette⁽⁶⁸⁾. Tale facoltà può essere esercitata innanzitutto se cambia lo scopo della controllante o se questa muta il suo oggetto alterando «in modo sensibile e diretto le condizioni economiche e patrimoniali della società soggetta a direzione e coordinamento» (lett. a)⁽⁶⁹⁾. Il recesso può essere esercitato anche «all'inizio ed alla cessazione dell'attività di direzione e coordinamento» (salvo si tratti di una società con azioni quotate in mercati regolamentati), quando – cambiando le condizioni di esercizio dell'impresa – ne deriva un'alterazione del profilo di rischio (lett. c)⁽⁷⁰⁾.

⁽⁶⁶⁾ Si v., fra gli altri, G. SCOGNAMIGLIO, *Motivazione delle decisioni e governo del gruppo*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, 757.

⁽⁶⁷⁾ Così è espressamente previsto nella Relazione di accompagnamento alla riforma del diritto societario.

⁽⁶⁸⁾ Tali cause di recesso si aggiungono a quelle specificatamente previste per i singoli tipi societari, quali, ad esempio, quelle previste dagli artt. 2437 e 2437-quinques per la s.p.a. e quelle all'art. 2473 c.c. per la s.r.l. Sul tema si v. PENNISI, *La disciplina delle società soggette a direzione unitaria e recesso nei gruppi*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da Abbadessa e Portale, 3, Torino, 2007, 934 ss.

⁽⁶⁹⁾ Per un approfondimento, si v., SANTOSUOSSO, *Gruppi di società basati sull'attività di direzione e coordinamento e diritto di recesso nelle ipotesi di trasformazione con mutamento dello scopo sociale e di modifica dell'oggetto sociale della capogruppo (art. 2497-quater, primo co., lett. a, c.c.)*, studio n. 132-2009/I.

⁽⁷⁰⁾ Si segnala al riguardo una recente pronuncia del Tribunale di Milano nella quale si è interpretato il concetto di "alterazione" di cui all'art. 2497 quater lett. c) come «una modifica in senso deteriore delle condizioni di rischio di investimento». Conseguentemente, ai fini del recesso, un'alterazione delle condizioni di rischio rileverebbe solo e in quanto si verifici un'alterazione *in peius*, la cui prova spetta,

Queste due ipotesi di recesso discendono dal riconoscimento che l'attività di direzione e coordinamento, di per sé legittima, è comunque potenzialmente idonea ad alterare il rischio di impresa delle società appartenenti al gruppo e, quindi, a mutare il profilo di rischio dell'investimento accettato dal socio entrando in società. Infine, il recesso è possibile quando a favore del socio sia stata pronunciata una sentenza di condanna esecutiva della capogruppo ai sensi dell'art. 2497 (lett. b). In questo caso si precisa che il recesso può essere esercitato solo per l'intera partecipazione, dal che si evince che nelle altre due ipotesi sia, invece, ammissibile anche un recesso parziale.

L'art. 2497-*quinques*, c.c. estende ai finanziamenti effettuati a favore di società del gruppo da chi esercita attività di direzione e coordinamento⁽⁷¹⁾ o da «altri soggetti ad essa sottoposti» la disciplina di cui all'art. 2467 c.c., ossia la normativa sul finanziamento soci nella società a responsabilità limitata⁽⁷²⁾.

Sulla base del rinvio operato dalla norma, il rimborso dei finanziamenti «in qualsiasi forma effettuati, che sono stati concessi in un momento in cui, anche in considerazione del tipo di attività esercitata dalla società, risulta un eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto oppure in una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento» è postergato rispetto alla soddisfazione degli altri creditori.

Scopo della norma è quindi quello di evitare che il rischio di impresa venga esternalizzato a danno dei creditori sociali esterni al gruppo⁽⁷³⁾.

ovviamente, al socio che sostiene di aver maturato il relativo diritto. Tale prova può essere fornita sulla base «di un giudizio anche di carattere “prognostico”, che sappia valorizzare adeguatamente concreti indici presuntivi, ma che, tuttavia, non può ridursi ad ipotesi “pessimistiche”, non suffragate da dati oggettivi e non controvertibili» (Trib. Milano, 21.07.2015, sent. n. 8902, reperibile su www.giurisprudenzadelleimprese.it).

⁽⁷¹⁾ Il fatto che nella disposizione sia utilizzato il pronome indeterminativo *chi* e non la più specifica espressione «società o enti che esercitano attività di direzione e coordinamento» ha sollevato la questione se possa assumere rilevanza ai fini dell'art. 2497-*quinques*, c.c. il prestito effettuato dal socio di controllo persona fisica, si v.: IRACE, *Commento all'art. 2497-quinques*, in AA. VV., *La Riforma Delle Società*, cit., 341.

⁽⁷²⁾ Sul tema, PORTALE, *I “finanziamenti” dei soci nelle società di capitali*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2003, I, 663 ss.

⁽⁷³⁾ L'art. 2497-*quinques* c.c. (così come l'art. 2467 c.c.) è volto a disincentivare modalità di finanziamento tali da creare situazioni di «sottocapitalizzazione nominale», che si verificano quando «l'impresa sociale è dotata di mezzi necessari al suo esercizio, ma questo si realizza – non attraverso l'apporto di mezzi propri (= conferimenti imputati a capitale: “capitale proprio” o “capitale di rischio”), che anzi è effettuato

Quanto agli articoli 2497-*sexies* e *septies* c.c., che delimitano l'ambito di applicazione della disciplina in materia di direzione e coordinamento, si rinvia al commento che verrà svolto in prosieguo⁽⁷⁴⁾.

In conclusione, valutando complessivamente la nuova disciplina del gruppo, è stato osservato come la stessa, benché pensata innanzitutto per risolvere i problemi di tutela dei soci e dei creditori della società figlia⁽⁷⁵⁾, contenga proposizioni normative dirette a disciplinare il gruppo come forma di organizzazione dell'impresa⁽⁷⁶⁾.

Tale lettura, tesa ad evidenziare il profilo organizzativo delle norme dettate in materia di gruppi, è volta ad individuare in positivo le regole di *governance* del gruppo (aspetto sicuramente di maggior rilievo per il mercato rispetto ad un approccio esclusivamente rimediale e attento ai soli aspetti patologici del fenomeno della direzione unitaria⁽⁷⁷⁾), nella consapevolezza che il gruppo presenta una struttura ed esigenze particolari rispetto ad un soggetto che agisce nel mercato singolarmente.

3.2. Il criterio dei vantaggi compensativi dopo la riforma

Pur senza poter procedere ad un'analisi dettagliata delle disposizioni del nuovo capo IX e delle numerose questioni interpretative che sono sorte al riguardo, ciò che interessa approfondire in questa sede è la previsione contenuta nell'art. 2497, comma 1, c.c. con la quale è stato riconosciuto a livello legislativo il criterio dei vantaggi

in misura del tutto inadeguata – ma con la concessione *diretta* o *indiretta* di prestiti (capitale di credito) da parte dei soci» (PORTALE, *op. cit.*, 666).

⁽⁷⁴⁾ Si v., *infra*, Cap. II, § 3.

⁽⁷⁵⁾ Ciò è confermato dalla stessa Relazione di accompagnamento alla riforma ove è esplicitata la scelta del legislatore di porre al centro della disciplina la tutela dei soci e dei creditori (v. *supra* § 3.1.).

⁽⁷⁶⁾ TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, cit., 8; ID., *Riforma del diritto societario e gruppo di imprese*, cit., 62 ss.; ID., *Il gruppo di società*, cit., 83 ss., ove ulteriori riferimenti bibliografici. Sembrano condividere tale lettura anche, VALZER, *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da Abbadessa e Portale, 3, Torino, 2007, 866 ss.; G. SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, *ivi*, 962 (nt. 16).

⁽⁷⁷⁾ LIBONATI, *Prefazione*, in AA. VV. *Diritto delle società* (Manuale breve), Milano, 2008, XXI, il quale osserva che nella riforma «il fenomeno del gruppo viene ancora affrontato in via non unitaria e in una visione incompleta, attenta al suo momento patologico, di poca importanza sul mercato, piuttosto che alla sua evoluzione fisiologica...».

compensativi⁽⁷⁸⁾, elaborato dalla dottrina e fatto proprio dalla giurisprudenza già nel periodo antecedente alla riforma⁽⁷⁹⁾.

La disposizione è di particolare interesse ai fini di questo studio poiché, come si vedrà, sulla scorta di tale criterio la giurisprudenza ha riconosciuto la legittimità di alcuni contratti conclusi fra società appartenenti ad un medesimo gruppo proprio in quanto giustificati dall'interesse di gruppo o dai vantaggi che dall'appartenenza al gruppo derivano alle singole eterodirette.

Infatti, l'art. 2497 c.c., comma 1, ultima parte, stabilisce che è esclusa la responsabilità della capogruppo «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».

Nonostante l'intervento legislativo permangono le incertezze circa le modalità concrete con cui opera la compensazione, in quanto la nozione di «risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento» presenta «contorni alquanto vaghi: soprattutto perché non ne sono definiti i limiti temporali»⁽⁸⁰⁾.

L'ambiguità della formula utilizzata dal legislatore è foriera di numerosi dubbi interpretativi: *in primis*, all'indomani dell'entrata in vigore della riforma si è posto il problema se il sistema delineato dai nuovi art. 2497 c.c. e seguenti ponga come limite invalicabile all'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento il rispetto dell'interesse della singola società del gruppo, ovvero legittimi l'assunzione di decisioni e direttive pregiudizievoli per la controllata medesima. A favore di questa seconda opzione si è espressa una parte della dottrina secondo la quale

⁽⁷⁸⁾ Sul recepimento di tale teoria nella riforma, si v., *ex multis*, BADINI CONFALONIERI, *Commento all'art. 2497*, in *Il nuovo diritto societario. Commentario* Cottino-Bonfante-Cagnasso-Montalenti, III, Bologna, 2004, 2158; TOMBARI, *La nuova disciplina dei gruppi di società*, in AA. VV., *Il nuovo diritto societario tra società aperte e società private*, a cura di Benazzo-Patriarca-Presti, Milano, 2003, 245; CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Riv. soc.*, 2003, 1248.

⁽⁷⁹⁾ Per una sintesi del dibattito sorto intorno al tema, si v. *supra* § 2.3.

⁽⁸⁰⁾ A pochi mesi dall'entrata in vigore della riforma, queste sono le considerazioni di Rordorf sulla formulazione della previsione con cui si conclude il primo comma dell'art. 2497 c.c.: si v., RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, cit., 534. Si v. anche CARIELLO, *ult. op. cit.*, 1248, il quale propone diverse interpretazioni possibili della locuzione «risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento». Un giudizio negativo sulla riforma societaria in materia di gruppi di imprese e, in particolare, sulla scelta di riconoscere sul piano legislativo la teoria dei vantaggi compensativi, oltretutto in termini tali da ingenerare notevoli incertezze applicative, è stato espresso da RONDINONE, voce *Società (gruppi di)*, cit., 638 ss., spec. 645 ss.

un'interpretazione letterale dell'espressione utilizzata dal legislatore «alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento» porterebbe alla conclusione che «l'eventuale risultato positivo dell'attività di direzione del gruppo, considerata nel suo complesso, e dunque la redditività del gruppo nel suo insieme, varrebbero ad elidere la rilevanza giuridica del danno patito dalla singola società»⁽⁸¹⁾.

In ogni caso, la tesi prevalente – che appare da condividere – è nel senso che i risultati dell'attività di direzione e coordinamento debbano essere valutati con riferimento alla *singola società* del gruppo.

Ciò premesso, in dottrina continuano a contrapporsi la tesi più rigorosa di chi ritiene necessaria una rigida proporzionalità fra pregiudizio prodotto dalla singola operazione infragruppo e vantaggio conseguito⁽⁸²⁾, e quella più elastica, secondo cui non è richiesto di «confrontare singole operazioni pregiudizievoli con altre vantaggiose, quanto di valutare complessivamente e unitariamente le implicazioni che per la società sono derivate dalla sottoposizione all'attività di direzione e coordinamento: non una sorta di analitica compensazione tra partite attive e passive, bensì una valutazione globale, quindi sintetica, della complessiva attività»⁽⁸³⁾.

La previsione dell'art. 2497 c.c. lascia aperto un ulteriore problema, che aveva già diviso la dottrina: se rilevino esclusivamente solo i vantaggi attuali o se si debba tener conto anche dei vantaggi futuri.

In questo secondo senso depone l'art. 2634, c. 3, c.c., il quale, al fine di escludere l'ingiustizia del profitto della società collegata e del gruppo e, quindi, il reato di infedeltà patrimoniale, considera non solo i vantaggi conseguiti, ma anche quelli «fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo». Per parte della dottrina, invece, la diversa formulazione letterale delle due norme è indice del fatto che il legislatore abbia inteso differenziare le modalità di attuazione

⁽⁸¹⁾ In tal senso, G. SCOGNAMIGLIO, *Poteri e doveri degli amministratori nei gruppi di società dopo la riforma del 2003*, in *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, a cura di Scognamiglio, Milano, 2003, 197 ss.;

⁽⁸²⁾ Per tutti, SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 673.

⁽⁸³⁾ In questo senso, ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2006, 197.

del criterio dei vantaggi compensativi in sede penale e civile, rilevando in questo secondo caso solo i vantaggi conseguiti, ossia i vantaggi che, secondo un giudizio compiuto al momento dell'atto dannoso, sono già pervenuti alla società dall'appartenenza al gruppo.

In questo modo, potrebbe accadere che un atto penalmente irrilevante sia fonte di responsabilità sul piano civilistico, ma ciò sarebbe giustificato dal carattere di rimedio estremo proprio della repressione penale⁽⁸⁴⁾.

Altra parte della dottrina, ancora, in virtù dell'espressione «alla luce del risultato complessivo» contenuta nell'art. 2497 c.c., ritiene rilevanti i «vantaggi compensativi attuali o anche solo fondatamente prevedibili», purché la prevedibilità si fondi su «una valutazione prognostica ancorata a “canoni predittivi riconducibili a regole (aziendali economiche finanziarie)” e non sulla base di meri apprezzamenti soggettivi (...) in uno spazio temporale variabile in ragione dell'operazione posta in essere in attuazione della direttiva di gruppo»⁽⁸⁵⁾.

Il dibattito su come debba essere applicato in concreto il criterio dei vantaggi compensativi non trova conforto nella giurisprudenza, che, allo stato, non pare avere assunto significative prese di posizione sul punto.

⁽⁸⁴⁾ SACCHI, *op. cit.*, 674; TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese, cit.*, 43.

⁽⁸⁵⁾ MONTALENTI, *L'attività di direzione e coordinamento: dottrina, prassi, giurisprudenza*, in *Giur. comm.*, 2016, 116.

CAPITOLO II

L'ATTIVITÀ DI DIREZIONE E COORDINAMENTO

1. L'attività di direzione e coordinamento quale presupposto per l'applicazione della disciplina del gruppo - 2. Gruppo di fatto o gruppo di diritto - 2.1. *Gli orientamenti della dottrina* - 2.2. *Critica alla tesi che identifica il rapporto di gruppo come rapporto negoziale da cui discende il diritto della capogruppo di emanare direttive vincolanti e il corrispondente dovere delle eterodirette di dare attuazione alle direttive lecite secondo il disposto di cui all'art. 2497 c.c.* - 3. Ambito di applicazione della disciplina sulla «direzione e coordinamento di società» - 3.1. *Le modifiche apportate dal d. lgs. n. 37 del 14 febbraio 2004: l'abrogazione del secondo comma dell'art. 2497-sexies, c.c. e l'introduzione dell'art. 2497-septies, c.c.* - 3.2. *L'art. 2497-sexies, c.c. e la presunzione di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento* - 3.3. *La distinzione fra le fattispecie individuate dall'art. 2497-sexies c.c. e quelle cui si riferisce l'art. 2497-septies c.c.* - 3.4. *L'art. 2497-septies c.c.: le interpretazioni della dottrina* - 3.5. *Considerazioni conclusive*

1. L'attività di direzione e coordinamento quale presupposto per l'applicazione della disciplina del gruppo

Ciò che emerge in prima lettura dalle norme del nuovo Capo IX del Titolo V, Libro V del Codice Civile è che il legislatore non utilizza mai l'espressione «gruppo» (anche se il riferimento al «gruppo» è espressamente previsto nella legge delega), né fornisce alcuna definizione del fenomeno⁽¹⁾.

Le ragioni di tale scelta sono esplicitate nella Relazione di accompagnamento alla riforma, ove si precisa che si è ritenuto «non opportuno dare o richiamare una qualunque nozione di gruppo o di controllo, e per due ragioni: è chiaro da un lato che le innumerevoli definizioni di gruppo esistenti nella normativa di ogni livello sono funzionali a problemi specifici; ed è altrettanto chiaro che qualunque nuova

⁽¹⁾ Cfr., SBISÀ, *Art. 2497. Responsabilità. Commento ai commi 1-2, c.c.*, in *Direzione e coordinamento di società, artt. 2947-2947-septies c.c.*, a cura di Sbisà, in *Commentario* Marchetti-Bianchi-Ghezzi-Notari, Milano, 2012, 11, il quale rileva che nella disciplina dei gruppi il legislatore, ha utilizzato una tecnica normativa diversa da quella usuale: ispirandosi alle tecniche di common law, il legislatore «anziché partire dal disegno dell'architettura del gruppo...è partito dalla soluzione del problema di fondo e cioè dai rimedi...»

nozione si sarebbe dimostrata inadeguata all'incessante evoluzione della realtà sociale, economica e giuridica»⁽²⁾.

Sebbene il legislatore non abbia fornito una nozione di “gruppo di imprese”, con la riforma il tratto caratterizzante del fenomeno viene identificato nella «direzione unitaria», ossia nell'esercizio da parte della capogruppo di un'attività di indirizzo delle decisioni gestorie delle società eterodirette⁽³⁾.

Infatti, l'art. 2497 c.c., che sanziona l'attività di eterodirezione se esercitata in «violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale», può essere letta - oltre che come norma sulla responsabilità - come regola affermativa della legittimità dell'attività di direzione e coordinamento.

In tal modo il gruppo di società viene definitivamente a distinguersi dal mero rapporto di controllo, la sussistenza del quale può far semplicemente presumere l'esercizio di un'attività di direzione e coordinamento da parte della controllante, come espressamente previsto dall'art. 2497-*sexies*, c.c.⁽⁴⁾.

Il controllo si fonda, infatti, sull'influenza dominante che la controllante può avere a livello di assemblea attraverso l'esercizio del voto; tuttavia, tra i poteri di cui possono godere i soci in virtù di una situazione di controllo, non rientra quello di ingerirsi nelle scelte di gestione della società controllata⁽⁵⁾. Anzi, il legislatore, con la riforma, ha rafforzato l'autonomia e la responsabilità degli

(2) Il testo della Relazione è pubblicato, fra gli altri, in AA. VV., *La riforma del diritto societario, Lavori preparatori. Testi e materiali*, a cura di Vietti-Auletta-Lo Cascio-Tombari-Zoppini, Milano, 2006, 257 e in *Giur. comm.*, suppl. al n.4/03.

(3) In tal senso, CALLEGARI, *I gruppi di società*, in *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009*, *Commentario* diretto da Cottino-Bonfante-Cagnasso-Montalenti, Bologna, 2009, 1055.

(4) Si è, infatti, affermato che «la direzione è, dunque, nozione più ampia del controllo, che della prima è il genere prossimo. Se è vero cioè che dalla presenza del controllo può inferirsi la sussistenza della direzione unitaria, è anche vero però che, trattandosi di presunzione *juris tantum*, può essere fornita la prova contraria, la quale non può che consistere, appunto nella dimostrazione che, *pur* in presenza del controllo, non sussistono tuttavia *ulteriori elementi*, tali da poter affermare l'esistenza *anche* della direzione unitaria»: MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. soc.*, 2007, 320-321.

(5) Il rapporto e le differenze fra situazione di mero controllo e sussistenza di un'attività di direzione e coordinamento sono ben evidenziate da SBISÀ, *Art. 2497. Responsabilità*, cit., 19; TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, 2010, 23 ss.

amministratori per gli atti di gestione (cfr. artt. 2364, comma 1, n. 5, c.c. e art. 2380-*bis*, c.c.)⁽⁶⁾.

Si è quindi scelto di distinguere tra la figura del controllo e la fattispecie riferibile al gruppo⁽⁷⁾: rimasta immutata la disciplina del primo (art. 2359 c.c.), il fenomeno del gruppo è stato costruito intorno alla sussistenza di un requisito ulteriore e di natura fattuale come l'«attività di direzione e coordinamento». In sostanza, anche se l'ordinamento presume *iuris tantum* che l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento sia ricollegato a una situazione di controllo, tale attività «pur presupponendoli, non si esaurisce nei singoli atti di esercizio dei diritti sociali inerenti alle diverse partecipazioni di controllo: non si risolve quindi nella mera gestione delle partecipazioni stesse, bensì esprime (come è del resto caratteristico dell'attività rispetto ai singoli atti di cui si compone) un valore ulteriore rispetto ad essi»⁽⁸⁾.

Tuttavia, se l'applicazione degli artt. 2497 ss. c.c. è condizionata all'esercizio effettivo di una «attività di direzione e coordinamento», il legislatore non ha indicato in cosa consista effettivamente tale attività⁽⁹⁾.

Numerosi in dottrina sono stati i tentativi di definire il concetto⁽¹⁰⁾: si discute, in particolare, se il riferimento al «coordinamento» si risolva in una meraendiadi, in quanto elemento già ricompreso nel concetto di «direzione», o se individui un ulteriore tratto caratterizzante del fenomeno⁽¹¹⁾.

⁽⁶⁾ SBISÀ, *op. loc. cit.*

⁽⁷⁾ Per un'approfondita analisi tra il rapporto di controllo e il fenomeno del gruppo, nel dibattito sorto anteriormente alla riforma si v. RONDINONE, *I gruppi di imprese fra diritto comune e diritto speciale*, Milano, 1999, 122 ss. Si v. anche *supra* 2.2.

⁽⁸⁾ In questi termini, G. SOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, Torino, 1996, 39.

⁽⁹⁾ La nozione di «attività di direzione e coordinamento» non è nuova, si ritrova, infatti, negli artt. 61, comma 4, T.U.B. e 12, comma 2, T.U.F.

⁽¹⁰⁾ Sul punto, si rinvia a TOMBARI, *op. cit.*, 24 e ai riferimenti dottrinali *ivi* indicati e RONDINONE, voce *Società (gruppi di)*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione commerciale, Aggiornamento*, Torino, 2009, 606 (nt. 67).

⁽¹¹⁾ Nel primo senso: BADINI CONFALONIERI, *Commento all'art. 2497*, in *Il nuovo diritto societario. Commentario* Cottino-Bonfante-Cagnasso-Montalenti, III, Bologna, 2004, 2157; DAL SOGLIO, *Commento all'art. 2497*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, III, Padova, 2005, 2306 e *ivi* ulteriori riferimenti dottrinali; VALZER, *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da Abbadessa e Portale, 3, Torino, 2007, 839 (nt. 11); SALAFIA, *La responsabilità della holding nei confronti dei soci di minoranza delle controllate*, in *Le società*, 2003, 391, il quale rileva che il «coordinamento delle imprese di gruppo» non ha costituito in

In ogni caso, come sottolineato dalla giurisprudenza, il nucleo del dibattito ruota attorno al *discrimen* fra i singoli atti in cui si esplica il potere di controllo e l'attività di direzione e coordinamento. In una recente decisione del Tribunale delle Imprese di Milano si afferma infatti 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»⁽¹²⁾.

2. Gruppi di fatto o gruppi di diritto

2.1. Gli orientamenti della dottrina

Nel regolamentare il gruppo di società il legislatore si è ispirato a un principio di effettività: la disciplina sui gruppi si applica a chi esercita attività di direzione e coordinamento «a prescindere dalla fonte del potere (partecipazione sociale,

passato «oggetto di particolare esame da parte della dottrina; tuttavia, la relativa attività non ha le sue proprie connotazioni, trattandosi di una modalità della direzione unitaria, consistente nel collegare la direzione di tutte le imprese del gruppo, in maniera da armonizzare i fini e le singole operazioni, con l'effetto che già in quest'opera di collegamento e armonizzazione, si può riscontrare la manifestazione concreta della direzione unitaria». MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari*, cit., 321 ss. 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».

⁽¹²⁾ Trib. Milano, 10 novembre 2014, in www.giurisprudenzadelleimprese.it

contratto, *interlocking directorates*, ecc.), in forza del quale tale attività viene esercitata e della valutazione (legittimità/illegittimità) del fatto medesimo»⁽¹³⁾.

La riforma ha posto «a base della disciplina il “fatto” dell’esercizio di attività di direzione e coordinamento di società da parte di un diverso soggetto, sia esso una società o un ente», sul presupposto «che l’esercizio di una tale attività sia del tutto naturale e fisiologico da parte di chi è in condizioni di farlo e che non implica, né richiede, il riconoscimento o l’attribuzione di particolari poteri»⁽¹⁴⁾.

Ciò premesso, se l’attività di direzione e coordinamento si manifesta nell’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»⁽¹⁵⁾, si è posto il problema di definire il rapporto che sulla base di tale attività viene a crearsi fra le società appartenenti al gruppo.

La questione che è sorta è se e in che termini le direttive e gli atti di indirizzo della controllante siano o meno vincolanti per le società eterodirette e il ruolo che nei rapporti infragruppo devono rivestire gli amministratori delle società coordinate e dirette.

Al riguardo è stato sostenuto, in un recente scritto, che l’attività di direzione e coordinamento possa in concreto essere esercitata «solo se e in quanto gli amministratori della società controllata si adeguano alle direttive della controllante; e che... ciò non può intendersi come uno specifico dovere dei primi, trovando invece le proprie ragioni in quello generale di tener conto nella propria attività gestoria del contesto imprenditoriale in cui si colloca e opera la società da essi amministrata»⁽¹⁶⁾.

⁽¹³⁾ TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, cit., 18.

⁽¹⁴⁾ Relazione al d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6.

⁽¹⁵⁾ In tal senso, MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari*, cit., 321; ID., *L’attività di direzione e coordinamento: dottrina, prassi, giurisprudenza*, in *Giur. comm.* 2016, 113.

⁽¹⁶⁾ ANGELICI, *Noterelle quasi metodologiche in materia di gruppi di società*, in *Riv. dir. comm.*, 2013, I, 377.

Tale tesi si pone in linea di continuità con quell'orientamento dottrinale che inquadra la relazione di gruppo come rapporto di mero fatto⁽¹⁷⁾, fondato sul vincolo fiduciario sussistente fra il capitale di comando e gli amministratori, che si manifesta con «direttive confidenziali» cui gli amministratori spontaneamente si adeguano «essendo il primo che, con il proprio voto determinante, ne provoca la nomina e può, in ogni momento, provocarne la revoca»⁽¹⁸⁾.

Si è rilevato, infatti, che «nessuna norma autorizza la capogruppo a chiedere agli amministratori delle società controllate il compimento di atti di gestione, che non siano da essi condivisi. Nessuna norma prevede deroghe alla responsabilità degli amministratori delle società controllate per essersi adeguati alle direttive della controllante(...)»; gli amministratori «hanno il dovere di perseguire prioritariamente l'interesse della specifica società cui sono preposti e sono quindi tenuti a rifiutarsi di dare attuazione a richieste e/o direttive che non siano conformi all'interesse della società da loro amministrata»⁽¹⁹⁾.

L'esercizio stesso dell'attività di direzione e coordinamento è una facoltà della società o dell'ente nelle condizioni di esercitarla e non un obbligo.

Sul versante opposto, si colloca quella dottrina che individua nel rapporto intercorrente fra la capogruppo e le eterodirette un vincolo di natura negoziale⁽²⁰⁾. Secondo tale tesi, di là dai casi in cui i rapporti vengono espressamente disciplinati sulla base di regolamenti di gruppo⁽²¹⁾, che sono stati definiti come «la forma negoziale codificata del rapporto giuridico di gruppo», il vincolo giuridico fra le società del gruppo sorge per fatti concludenti: l'esecuzione delle direttive, nonché

(17) GALGANO-SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società. Art. 2497-2497-septies*, in *Commentario Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna, 2014, 240 ss.; GALGANO, *Il regolamento di gruppo nei gruppi bancari*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2005, I, 86 ss.; SBISÀ, *Art. 2497. Responsabilità*, cit., 33.

(18) GALGANO-SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, cit., 242.

(19) SBISÀ, *Art. 2497. Responsabilità*, cit., 30-31. Di tale avviso anche: RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Le Società*, 2004, 541; SANTAGATA, *Autonomia privata e formazione dei gruppi nelle società di capitali*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da Abbadessa e Portale, 3, Torino, 2007, 810 ss. e 816; BUSSOLETTI – LA MARCA, *Gruppi e responsabilità da direzione unitaria*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, I, 89.

(20) MONTALENTI, *L'attività di direzione e coordinamento: dottrina, prassi, giurisprudenza*, cit., 113; ID., *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, cit., 328. Questa soluzione è sostenuta da una parte significativa della dottrina: si v., per tutti, TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, cit., 103 e i riferimenti alla letteratura giuridica *ivi* indicati (in particolare, nt. 35).

(21) Si v., *infra*, Cap. III, § 4.

la soggezione spontanea e resa pubblica della controllata alla controllante, laddove da questa condivisa, ancorché implicitamente, costituiscono una forma di «adesione negoziale al rapporto di gruppo»⁽²²⁾, dal quale «sorge un dovere di (esercizio di una corretta) direzione ed un correlativo obbligo di osservanza delle (purché legittime) direttive»⁽²³⁾.

Ciò comporta inevitabilmente il venir meno della «piena e incondizionata “autonomia gestionale (e giuridica)” della società diretta e coordinata»⁽²⁴⁾.

In sintesi, l'orientamento in esame riconosce alla capogruppo il potere giuridico di imporre alle controllate le proprie direttive, giustificando tale assunto sulla base del fatto che con la riforma il legislatore ha riconosciuto la piena legittimità dell'attività di direzione e coordinamento e del fatto che l'attuazione delle direttive costituirebbe una forma di adesione negoziale, per fatti concludenti, al rapporto di gruppo.

(22) Le espressioni fra virgolette sono di MONTALENTI, *L'attività di direzione e coordinamento: dottrina, prassi, giurisprudenza*, cit., 114.

(23) MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, cit., 328; in senso analogo anche: G. SCOGNAMIGLIO, *Poteri e doveri degli amministratori nei gruppi di società dopo la riforma del 2003*, in *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, a cura di Scognamiglio, Milano, 2003, 189 ss.; MAUGERI, *Partecipazione sociale e attività di impresa*, Milano, 2010, 343 ss.; GUIZZI, *Gestione dell'impresa e interferenze di interessi*, Milano, 2014, 103 ss.; CALLEGARI, *op. cit.*, 1067; VALZER, *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, cit., 866; TOMBARI, *Poteri e doveri dell'organo amministrativo di una s.p.a. «di gruppo» tra disciplina legale e autonomia privata (appunti in tema di corporate governance e gruppi di società)*, in *Riv. soc.*, 2009, 125 ss. e, più recentemente, ID., *Diritto dei gruppi di imprese*, cit., 108, in cui l'A. sostiene che: «la stessa previsione di cui all'art. 2380-bis, c.c. (in forza della quale «la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale»), sebbene spesso invocata a supporto di una presunta autonomia gestionale delle società sottoposte ad altrui direzione e coordinamento, è stata in verità pensata con esclusivo riferimento ad una s.p.a. “indipendente” (ossia non appartenente ad un gruppo)...».

(24) TOMBARI, *Poteri e doveri dell'organo amministrativo di una s.p.a. «di gruppo» tra disciplina legale e autonomia privata (appunti in tema di corporate governance e gruppi di società)*, cit., 129.

2.2. *Critica alla tesi che identifica il rapporto di gruppo come rapporto negoziale da cui discende il diritto della capogruppo di emanare direttive vincolanti e il corrispondente dovere delle eterodirette di dare attuazione alle direttive lecite secondo il disposto di cui all'art. 2497 c.c.*

La tesi da ultimo illustrata non convince: la soggezione spontanea della controllata alla controllante mediante l'attuazione delle direttive da quest'ultima imposte non può assurgere a fonte del rapporto obbligatorio che, per fatti concludenti, sorgerebbe fra capogruppo ed eterodiretta⁽²⁵⁾, ma costituisce la modalità con cui, in concreto, si manifesta all'esterno l'esercizio dell'attività di direzione unitaria da parte della capogruppo.

È stato giustamente rilevato che «la riconoscibilità dell'«attività di direzione e coordinamento» non consegue di per sé ad un'analisi dei comportamenti della società controllante, bensì di quelli della controllata ai cui amministratori, infatti, compete dare pubblicità a tale situazione e inoltre rendere trasparenti i propri comportamenti «influenzati» da quelle «direttive»⁽²⁶⁾».

In sintesi, l'attività di direzione e coordinamento esiste e acquisisce rilevanza sul piano giuridico in quanto le controllate si conformano alle direttive della controllante. L'affermare che dal fatto che si dia attuazione alle direttive della *holding* consegua il dovere giuridico di attuare tali direttive sembra implicare un salto logico che non trova fondamento né a livello teorico, né sul piano pratico.

Se si parte dal presupposto che per aversi direzione unitaria debba sussistere un *quid pluris* rispetto a una mera relazione di controllo fra società; che questo *quid pluris* consista nell'esercizio in concreto dell'attività di direzione e coordinamento; che non configuri un'ipotesi di direzione e coordinamento il compimento di un singolo atto, ma sia necessaria un'«attività», ossia una pluralità di atti

⁽²⁵⁾ In un recente scritto, riconfermando la tesi da tempo sostenuta, MONTALENTI, *L'attività di direzione e coordinamento: dottrina, prassi, giurisprudenza*, cit., 114, afferma che: «L'indicazione della società che esercita la direzione unitaria, non contestata dalla controllante, è adesione negoziale al rapporto di gruppo. L'esecuzione delle direttive, anche per *facta concludentia*, è costituzione *re vel verbis* del rapporto giuridico di gruppo. L'emanazione di direttive, circolari, istruzioni è espressione della proposta contrattuale di formazione del rapporto di gruppo: l'accettazione o espressa o attraverso atti esecutivi è ipostatizzazione di un rapporto giuridico bilaterale».

⁽²⁶⁾ ANGELICI, *Notarelle (quasi) metodologiche in materia di gruppi di società*, cit., 384.

teleologicamente indirizzati ad uno scopo, in che momento si realizzerebbe quell'adesione *re vel verbis* al rapporto giuridico di gruppo?

Inoltre, qualificare in termini di «diritto» l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, stante la sua legittimazione sul piano legislativo, cui far corrispondere una «obbligazione» (o più genericamente un dovere) di adeguarsi alle direttive di chi quell'attività svolge, porterebbe a configurare in capo alla controllata «un obbligo giuridico» privo del suo principale significato, ossia «la possibilità di pretendere in quanto tale un intervento coattivo per il suo adempimento ovvero la previsione di rimedi per il suo inadempimento». Allo stato, infatti, «sembra difficilmente pensabile ... un'azione della società controllante volta ad ottenere la condanna della controllata al suo adempimento ovvero al risarcimento dei danni (quelli, in ipotesi, dalla prima subiti) per effetto del suo inadempimento; ancora più difficile (e a maggior ragione da escludere) che nell'ipotesi di tali azioni non sia decisiva la difesa con cui la società controllata e i suoi amministratori adducono di aver con tale «inadempimento» perseguito i propri e singolari interessi»⁽²⁷⁾.

A sostegno di tale interpretazione deve osservarsi che laddove il legislatore ha inteso riconoscere alla capogruppo un potere-dovere di impartire alle eterodirette delle direttive vincolanti, ciò è stato espressamente previsto: ad esempio, all'art. 61, comma 4, T.U.B. (d.lgs. 1.9.1993, n. 385), viene riconosciuto alla capogruppo nell'esercizio dell'attività di direzione e di coordinamento, il potere di emanare, in esecuzione «delle istruzioni impartite dalla Banca d'Italia nell'interesse della stabilità del gruppo», direttive vincolanti per le componenti del gruppo⁽²⁸⁾.

Trattandosi di una disciplina speciale è pacifico che tali disposizioni non siano suscettibili di applicazione generale.

Per tali motivi, sembra più aderente alla realtà la tesi di chi ravvisa nel vincolo fiduciario fra capitale di comando e organo di amministrazione la ragione principale della soggezione delle eterodirette alle direttive della capogruppo. La

⁽²⁷⁾ ANGELICI, *ult. op. cit.*, 382.

⁽²⁸⁾ Si v. anche gli artt. 12, comma 2, T.U.F. (d.lgs. 1.9.1993, n. 385), per i gruppi con a capo una SIM, una SGR o una società finanziaria e 87, comma 3, Codice delle assicurazioni private (d.lgs. 7.9.2005, n. 209).

funzione c.d. “di filtro” che l’organo amministrativo delle controllate è portato a svolgere deriva proprio dal fatto che, da una parte, la permanenza in carica dell’organo amministrativo delle eterodirette dipende dai soci di controllo e che, dall’altra parte, gli amministratori delle controllate sono pienamente responsabili delle decisioni assunte, non esistendo nel nostro ordinamento – a differenza di quello tedesco – alcuna norma che escluda la responsabilità degli amministratori per essersi uniformati alle direttive della controllante⁽²⁹⁾. Nel dare attuazione alle direttive della *holding* gli amministratori devono, quindi, tenere primariamente in considerazione gli interessi della propria società, ancorché valutati nel contesto imprenditoriale di gruppo nella quale la stessa è inserita⁽³⁰⁾. Infatti, una cosa è affermare che «rientra nei doveri degli amministratori delle società coordinate e dirette tener conto dell’interesse di gruppo e di tutte le informazioni e valutazioni provenienti dalla capogruppo», altra cosa è dire, invece, che gli amministratori delle eterodirette siano esautorati dai «poteri di gestione e che non debbano valutare autonomamente l’interesse delle società da essi gestite»⁽³¹⁾.

Per tali ragioni, appare maggiormente condivisibile la tesi di quella dottrina che riconduce la direzione unitaria ad una mera situazione di fatto, dalla quale «può nascere una responsabilità di chi ha impartito le direttive», ma «mai un vincolo per gli amministratori cui le direttive sono rivolte»⁽³²⁾.

In ogni caso, ciò non porta ad escludere la possibilità che i rapporti infragruppo vengano regolati in via negoziale. Se è riconosciuta la legittimità dell’attività di direzione e coordinamento esercitata nel rispetto dei principi di corretta gestione

(29) SANTAGATA, *Autonomia privata e formazione dei gruppi nelle società di capitali*, cit., 810.

(30) In tal senso anche RONDINONE, voce *Società (gruppi di)*, cit., 599, il quale nega radicalmente che «la nuova disciplina abbia riconosciuto al soggetto esercente l’attività di direzione e coordinamento un Weisungsrecht...» in quanto «in primis, una rivoluzione sistematica di tale portata avrebbe dovuto trovare una chiara espressione nella normativa (come è ad esempio nel caso del menzionato art. 61, 4° co., t.u.l.b.c.); in secundis, avrebbe dovuto essere accompagnata da specifiche forme di tutela dei soci esterni e dei creditori delle affiliate ...».

(31) Sbisà, *Art. 2497. Responsabilità*, cit., 32, il quale puntualizza che escludere che sussista un obbligo giuridico in capo agli amministratori delle eterodirette di dare attuazione alle direttive impartite dalla capogruppo «non significa che gli stessi siano liberi di non tener conto delle indicazioni della società di vertice, «anzi, in casi particolari, il mancato rispetto delle indicazioni della capogruppo (può) persino determinare una loro responsabilità, qualora la diversa soluzione adottata sia risultata dannosa per la società da loro amministrata».

(32) GALGANO-GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell’economia*, diretto da Galgano, XXIX, 1, Padova, 2004, 175.

societaria e imprenditoriale, non si vede per quale ragione le parti non possano regolarla contrattualmente: ciò, del resto, sembra confermato dall'art. 2497-*septies* c.c.

Si pone, quindi, il problema di stabilire i limiti entro i quali siano ammissibili nel nostro ordinamento negozi volti a definire e regolare i rapporti infragruppo⁽³³⁾.

3. Ambito di applicazione della disciplina sulla «direzione e coordinamento di società»

3.1. Le modifiche apportate dal d. lgs. n. 37 del 14 febbraio 2004: l'abrogazione del secondo comma dell'art. 2497-sexies, c.c. e l'introduzione dell'art. 2497-septies, c.c.

L'attività di direzione e coordinamento, quale presupposto per l'applicazione della disciplina di cui agli articoli 2497 c.c. e seguenti, rileva come situazione di fatto, il cui esercizio deve essere accertato in concreto.

Si è già detto che, con la riforma, il legislatore ha chiaramente distinto l'attività di direzione e coordinamento, quale presupposto necessario per l'esistenza di un gruppo di società, dal mero rapporto di controllo, dal quale può semplicemente presumersi l'esercizio di una direzione unitaria da parte della controllante⁽³⁴⁾.

Poiché l'esercizio in concreto dell'attività di direzione e coordinamento è di per sé di difficile accertamento da parte dei soggetti estranei alla struttura organizzativa della società, ossia i soci esterni e i creditori, il legislatore ha introdotto un sistema di presunzioni.

L'art. 2497-*sexies*, c.c. dispone che «ai fini di quanto previsto dal presente capo, si presume salvo prova contraria che l'attività di direzione e coordinamento di

⁽³³⁾ Si v., *infra*, cap. 3.

⁽³⁴⁾ Interessante è la tesi di CARIELLO, *Commento agli artt. 2497-2497-septies*, in *Società di capitali*, a cura di Niccolini-Stagno d'Alcontres Napoli, 2004, 1894 ss. il quale afferma che il controllo, inteso «quale esplicazione di un potere di influenza qualificata» accomuni «tanto le società controllate ai sensi dell'art. 2359 c.c., quanto le società dirette e coordinate». Di conseguenza, pensare «che si possa fare a meno del controllo in sede di riscontro dell'esistenza o meno di una situazione di attività di direzione e coordinamento è, dunque, un'illusione». Ciò che emerge – secondo l'Autore – da quanto previsto dall'art. 2497-*sexies*, c.c. è che, per l'esistenza di un gruppo, possa sì mancare una situazione di controllo come tipizzata dall'art. 2359 c.c., ma che dall'esistenza di una situazione di controllo -intesa quale soggezione di una società ad un'altra che esercita un'influenza qualificata - non si possa prescindere.

società sia esercitata dalla società o ente tenuto al consolidamento dei loro bilanci o che comunque le controlla ai sensi dell'art. 2359».

Come è noto, nella sua originaria formulazione l'art. 2497-*sexies*, c.c.⁽³⁵⁾ prevedeva anche un secondo comma che estendeva la disciplina del nuovo capo IX alle ipotesi in cui la direzione e coordinamento venisse esercitata sulla base di un contratto o di una clausola statutaria. Parte della dottrina aveva così ravvisato in questa norma il riconoscimento legislativo della legittimità dei contratti di dominazione⁽³⁶⁾.

Con il d. lgs. n. 37 del 14 febbraio 2004, l'ultimo comma dell'art. 2497-*sexies* c.c. è stato eliminato e la disposizione è stata trasposta nel nuovo art. 2497-*septies* c.c., rubricato «direzione e coordinamento di società», il quale prevede che «le disposizioni del presente capo si applicano altresì alla società o all'ente che, fuori dalle ipotesi di cui all'art. 2497-*sexies*, esercita attività di direzione e coordinamento sulla base di un contratto con le società medesime o di clausole dei loro statuti».

L'intervento legislativo ha, da una parte, corretto un difetto sistematico dell'art. 2497-*sexies* c.c. il cui secondo comma, a differenza del primo e del tenore letterale della stessa rubrica dell'articolo, non prevedeva alcuna presunzione⁽³⁷⁾; dall'altra parte, ha nettamente distinto l'ipotesi in cui la disciplina sui gruppi si applica in virtù di un fatto – l'esercizio in concreto dell'attività di direzione e coordinamento – la cui sussistenza può presumersi in base a determinate circostanze (art. 2497-*sexies*, c.c.), da quelle in cui la direzione e coordinamento viene esercitata sulla

(35) L'art. 2497-*sexies* c.c. nel testo originariamente introdotto con la riforma del diritto societario era del seguente tenore: «1. 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. 2. 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».

(36) Si v., ad esempio, GIORGIANNI, *La responsabilità nei gruppi*, in *Scritti in Onore di Vincenzo Buonocore*, III, 2, Milano, 2005, 2757 e 2765; SPADA, *Classi e tipi di società dopo la riforma organica (guardando alla nuova società a responsabilità limitata)*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 501; SCHIANO DI PEPE, *Il diritto di recesso nei gruppi*, in *Le società*, 2003, II, 1207; DE BIASI, *Sull'attività di direzione e coordinamento di società*, *ivi*, 947; ROSOTTO-CRESTA, *Direzione e coordinamento di gruppo nella riforma societaria: prime riflessioni*, in *Corr. Giur.*, 2003, 825; JORIO, *I gruppi*, in *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina* a cura di Ambrosini, Torino, 2003, 197 ss.

(37) Cfr. CARIELLO, *Commento agli artt. 2497-2497-septies*, *cit.*, 1897.

base di un contratto o di clausole statutarie (art. 2497-*septies*, c.c.). Il diverso ambito di applicazione delle due norme è sottolineato dall'inciso dell'art. 2497-*septies*, c.c. che prevede espressamente che la norma trova applicazione «fuori dalle ipotesi di cui all'art. 2497-*sexies*, c.c.» e dalla stessa relazione al d.lgs. 6 febbraio 2004, n. 37 in cui si specifica che «è parso opportuno, al fine di evitare equivoci interpretativi, separare la disciplina del controllo c.d. “verticale”, prevista dall'art. 2497-*sexies*, c.c., da quella del controllo c.d. “paritetico od orizzontale”»⁽³⁸⁾.

Ciò premesso, occorre analizzare più specificamente le due disposizioni al fine di meglio circoscrivere le ipotesi cui ciascuna si riferisce e il rapporto intercorrente fra le stesse. Infatti, se si confronta la disposizione dell'art. 2497-*sexies* c.c. con quella contenuta nel successivo art. 2497-*septies*, c.c. emerge «una certa continuità tra le due previsioni che, interessando ambiti contigui, devono applicarsi in modo coerente, così da configurare un sistema unitario (e non in sé contraddittorio) di presunzioni e prove»⁽³⁹⁾.

3.2. L'art. 2497-*sexies*, c.c. e la presunzione di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento

Come anticipato, l'art. 2497-*sexies* c.c. introduce la presunzione *iuris tantum* che l'attività di direzione e coordinamento di società sia svolta dalla società o ente tenuto al consolidamento dei loro bilanci o che comunque le controlla ai sensi dell'art. 2359 c.c..

Partendo dal rinvio effettuato dalla norma all'art. 2359 c.c., si è affermato che l'art. 2497-*sexies* c.c. si risolve in una «presunzione nella presunzione» poiché - almeno nella parte in cui si riferisce alle ipotesi di controllo interno di diritto - l'art. 2359 c.c. dà luogo a sua volta a una presunzione di esercizio di un'influenza dominante, peraltro suscettibile anch'essa di esser superata dalla prova contraria⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁸⁾ Relazione, n. 35, in *Riv. soc.*, 2004, 985.

⁽³⁹⁾ NIUTTA, *Sulla presunzione di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento di cui agli artt. 2497-*sexies* e 2497-*septies* c.c.: brevi considerazioni di sistema*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 984.

⁽⁴⁰⁾ Tali rilievi sono di NIUTTA, *La novella del codice civile in materia societaria: luci ed ombre della nuova disciplina sui gruppi di società*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, 575 ss.

Nelle altre ipotesi (controllo interno di fatto e controllo esterno), per poter fruire della presunzione di cui all'art. 2497-*sexies* c.c. l'attore deve in ogni caso fornire la prova dell'esercizio di un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria da parte del convenuto.

Sono stati quindi sollevati dubbi sull'utilità di tale presunzione poiché, in questi casi, l'attore dovrebbe provare che attraverso la partecipazione o attraverso particolari vincoli contrattuali viene esercitata un'influenza dominante, fornendo così la prova dell'esercizio effettivo del potere di direzione che dal controllo si dovrebbe presumere⁽⁴¹⁾.

Al riguardo, si è correttamente obiettato che in tal modo si confondono due concetti distinti: quello di influenza dominante in assemblea e quello di direzione unitaria, che il legislatore con la riforma ha inteso chiaramente differenziare⁽⁴²⁾.

Lo scopo della previsione di cui all'art. 2497-*sexies* c.c. risiede proprio nell'alleggerire l'onere probatorio di chi agisce in giudizio: provata la sussistenza di una relazione di controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c., si desume l'esercizio della direzione unitaria da parte della controllante.

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 una prova siffatta, 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.

⁽⁴¹⁾ GUIZZI, *Partecipazioni qualificate e gruppi di società*, in Aa. Vv., *Diritto delle società di capitali. Manuale breve*, Milano, 2003, 246; COVELLI, *Direzione e coordinamento di società*, in *Codice commentato delle società* a cura di Bonfante-Corapi-Marziale-Rordorf-Salafia, Milano, 2007, 1408. Dello stesso avviso sembrerebbe anche MIGLIORE, *Commento all'art. 2497-*sexies**, in *Codice Civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di Perlingieri, V*; Napoli, 2010, 2319-2320. A prescindere da questi rilievi specifici, sono state mostrate alcune perplessità sulla previsione di cui all'art. 2497-*sexies*, c.c. in quanto oggetto della presunzione non sarebbe un fatto della realtà ben definito che rende possibile «una esatta individuazione del contenuto della prova da dare per superare la disposta presunzione», ma un dato variabile poiché «non vi è nella realtà socio-economica un modello unico di “direzione unitaria”» (in tal senso, PAVONE LA ROSA, *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*, *Riv. soc.*, 2003, 773-774).

⁽⁴²⁾ Sottolinea la necessità di distinguere i due concetti in relazione all'art. 2497-*sexies*, c.c., CARIELLO, *Commento agli artt. 2497-2497-septies*, cit., 1897.

Per tale ragione, non è condivisibile la tesi sostenuta in dottrina⁽⁴³⁾, secondo la quale il richiamo operato dall'art. 2497-*sexies* c.c. sia da riferire esclusivamente all'ipotesi di cui all'art. 2359, c. 1, n. 1 (controllo interno di diritto): tale interpretazione restrittiva contrasta, oltre che con il dato testuale della norma, anche con la *ratio* della stessa⁽⁴⁴⁾.

L'art. 2497-*sexies* c.c. estende, inoltre, la presunzione di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento alla società o ente tenuto alla redazione del bilancio consolidato.

L'art. 26 del d.lgs. 128/1991, ai fini della disciplina del bilancio consolidato, considera imprese controllate quelle «indicate nei numeri 1 e 2 del primo comma dell'art. 2359 c.c.» e, al secondo comma, specifica che sono in ogni caso considerate controllate «(a) le imprese su cui un'altra ha il diritto, in virtù di un contratto o di una clausola statutaria, di esercitare un'influenza dominante, quando la legge applicabile consenta tali contratti o clausole» e quelle «(b) in cui un'altra, in base ad accordi con altri soci, controlla da sola la maggioranza dei diritti di voto».

È evidente che, nonostante una parziale sovrapposizione, non vi è coincidenza fra le fattispecie rientranti nell'area del consolidamento e quelle ricomprese nell'area del controllo.

Innanzitutto, l'art. 26 del d.lgs. 128/1991 rinvia alle sole ipotesi previste ai nn. 1 e 2 dell'articolo 2359 c.c., ossia alle ipotesi di controllo interno.

Il riferimento contenuto nell'art. 2497-*sexies* c.c. all'art. 2359 c.c. ha quindi l'effetto di estendere la presunzione anche alle ipotesi di controllo derivante da particolari vincoli contrattuali, fattispecie estranea alla disciplina del bilancio consolidato⁽⁴⁵⁾.

⁽⁴³⁾ GUIZZI, *Partecipazioni qualificate e gruppi di società*, cit., 246.

⁽⁴⁴⁾ In tal senso NIUTTA, *Sulla presunzione di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento*, cit., 985. Di tale avviso anche, PICCIAU, *Commento all'art. 2497-*sexies**, in *Direzione e coordinamento di società*, artt. 2947-2947-*septies* c.c., a cura di Sbisà, in *Commentario* Marchetti-Bianchi-Ghezzi-Notari, Milano, 2012, 359.

⁽⁴⁵⁾ Sui motivi dell'esclusione dell'ipotesi di cui all'art. 2359, c. 1, n. 3 c.c. dall'area del consolidamento e sulla distinzione fra tale fattispecie e quella di cui all'art. 26, c. 2, lett. a), d. lgs. 127/1991, si v. SBISÀ, *Commento all'art. 2359*, in Fre-Sbisà, *Società per azioni*, in *Commentario* Scialoja-Branca, 1, Bologna-Roma, 1997, 475 ss.

In secondo luogo, il rinvio *tout court* all'art. 2359 c.c. comporta che la presunzione di esercizio di direzione e coordinamento operi anche quando, pur in presenza di una situazione di controllo interno, non sussista l'obbligo di consolidamento⁽⁴⁶⁾.

3.3. La distinzione fra le fattispecie individuate dall'art. 2497-sexies c.c. e quelle cui si riferisce l'art. 2497-septies c.c.

La disposizione di cui all'art. 2497-sexies c.c. deve poi essere coordinata con quella del successivo art. 2497-septies c.c., riferito a quelle ipotesi in cui l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento si realizza «sulla base di un contratto con le società medesime o di clausole dei loro statuti».

La principale questione sorta intorno a tale previsione è se con essa il legislatore abbia voluto dare cittadinanza nel nostro ordinamento al “contratto di dominazione”.

Il tema verrà affrontato più specificamente nel prossimo capitolo; ciò che occorre sin d'ora premettere è che, benché non siano mancate opinioni favorevoli alla recezione nel nostro ordinamento di tale figura contrattuale⁽⁴⁷⁾, la tesi prevalente esclude, anche alla luce della riforma organica del diritto societario, che il contratto di dominio in quanto tale possa trovare riconoscimento nel nostro ordinamento giuridico.

Condividendosi l'interpretazione che nega che la disposizione faccia riferimento alla figura negoziale del contratto di dominio, si pone il problema di individuare in positivo le fattispecie alle quali l'art. 2497-septies c.c. si riferisce.

Il testo dell'art. 2497-septies, c.c. stabilisce espressamente che la norma trova applicazione «fuori dalle ipotesi di cui all'art. 2497-sexies» e quest'ultimo articolo - ai fini della applicazione della disciplina in materia di direzione e coordinamento - dà rilievo a:

- a. i «particolari vincoli contrattuali» in forza dei quali una società può esercitare un'influenza dominante su un'altra *ex* art. 2359, comma 1, n. 3; e

⁽⁴⁶⁾ Cfr. artt. 27 e 28 del d.lgs. 127/1991, relativi rispettivamente ai casi di esonero dall'obbligo di redazione del bilancio consolidato e alle ipotesi di esclusione dal consolidamento.

⁽⁴⁷⁾ Si v., *supra* nt. 36.

- b. i contratti (o le clausole statutarie) in virtù dei quali un'impresa ha il diritto di esercitare su un'altra un'influenza dominante «quando la legge applicabile consenta tali contratti o clausole» *ex art. 26, comma 2, lett. a)*, d. lgs. 127/1991 – ipotesi anch'essa oggetto di rinvio ai sensi dell'art. 2497-*sexies*, c.c.

Per quanto concerne i primi, la norma fa riferimento a quei rapporti negoziali da cui può dipendere l'attività o la sopravvivenza di una società (es. i contratti bancari, di fornitura, di somministrazione) e che pertanto, in virtù del loro contenuto, determinano una situazione di dipendenza di una società da un'altra. In virtù di tali vincoli può accadere che soggetti estranei alla compagine sociale si trovino di fatto ad esercitare un'influenza dominante nell'assemblea sociale, determinando così il sorgere di una situazione di c.d. «controllo contrattuale»⁽⁴⁸⁾. Diversa è l'ipotesi di cui all'art. 26, c. 2, lett. a), d. lgs. 127/1991. In questo caso, l'influenza dominante costituisce l'effetto tipico del contratto - «che ha specificatamente per oggetto il rapporto di dominazione»⁽⁴⁹⁾ - e non un semplice effetto indiretto derivante da legami commerciali che generano una situazione di dipendenza economica.

Questa disposizione è stata introdotta al fine di ricomprendere nell'area del consolidamento anche le società legate da contratti di dominio, che, sebbene non possano ritenersi validi nel nostro ordinamento, sono ammessi in altri. Nella Relazione ministeriale si precisa, infatti, che «benché il diritto italiano non consenta i contratti di dominazione», si è ritenuto «di dover prevedere l'ipotesi in

⁽⁴⁸⁾ Si rinvia, per tutti, a RIMINI, *Il controllo contrattuale*, Milano, 2002, il quale sostiene che «tra i particolari vincoli contrattuali potranno essere ricompresi anche i contratti aventi ad oggetto palese ed immediato il trasferimento dei poteri direttivi di una impresa» (p. 49). Per un'interpretazione restrittiva dell'art. 2359, comma 1, n. 3, si v. SPOLIDORO, *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust*, in *Riv. soc.*, 1995, 481 ss.

⁽⁴⁹⁾ SBISÀ, *Art. 2497. Responsabilità*, 37. *Contra*, SPOLIDORO, *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust*, cit., 486, il quale rileva come «non si riesce a cogliere un'autentica differenza fra le “società che sono sotto l'influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa” e le “società su cui un'altra ha il diritto, in virtù di un contratto o di una clausola statutaria, di esercitare un'influenza dominante, quando la legge applicabile consenta tali contratti o clausole”». Si è affermato al riguardo che nel primo caso l'influenza dominante è un effetto del contratto, mentre nel secondo caso ne sarebbe l'oggetto. Ma questa formula, apparentemente suggestiva, in realtà si limita ad un profilo descrittivo, che dà per presupposto il tema da dimostrare, e cioè la differenza di significato fra le due definizioni...».

considerazione dell'eventualità che il diritto applicabile ai rapporti con un'impresa figlia estera consenta la stipulazione di tale contratto»⁽⁵⁰⁾.

Proprio in considerazione del rinvio operato dall'art. 2497-*sexies*, c.c. ai contratti che comportano l'insorgere di un vincolo di dipendenza economica (art. 2359, comma 1, n. 3, c.c.) e alle forme negoziali da cui deriva un rapporto di dominio (art. 26, comma 2, lett. a), d. lgs. 127/1991), l'art. 2497-*septies*, c.c., stante la clausola di esclusione in esso prevista, dovrebbe far riferimento a fattispecie negoziali diverse da quelle riconducibili all'articolo precedente.

3.4. L'art. 2497-*septies* c.c.: le interpretazioni della dottrina

Nei primi commenti alla riforma, alcuni studiosi⁽⁵¹⁾ avevano individuato nell'art. 2497-*sexies*, comma 2, c.c. il riconoscimento legislativo della validità dei contratti di dominazione.

In antitesi a tale proposta interpretativa, altra dottrina⁽⁵²⁾ ha sostenuto che la fattispecie descritta in tale disposizione si riferisca ai gruppi orizzontali o paritetici⁽⁵³⁾, la cui costituzione per contratto è espressamente prevista, in materia di cooperative, dall'art. 2545-*septies*, c.c.

Quest'ultima tesi trova significative conferme.

Come già anticipato, con il d. lgs. 6 febbraio 2004, n. 37, l'art. 2497 comma 2 c.c., è stato abrogato e il suo contenuto è stato traslato nel nuovo art. 2497-*septies*, c.c.

La Relazione di accompagnamento precisa che «è parso opportuno, al fine di evitare equivoci interpretativi, separare la disciplina del controllo c.d. “verticale”, prevista dall'art. 2497-*sexies*, c.c., da quella del controllo c.d. “paritetico od orizzontale”»⁽⁵⁴⁾.

⁽⁵⁰⁾ *Relazione ministeriale*, sub art. 26, in *Riv. soc.* 1991, 1283. Sulla legge applicabile nei rapporti infragruppo aventi carattere di transnazionalità, si v. le riflessioni di TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, cit., 85 ss.

⁽⁵¹⁾ *Supra* nt. 36.

⁽⁵²⁾ GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, in *Contr. impr.*, 2002, 1036, che include tra le fonti del potere di direzione unitaria «la clausola statutaria di più società o il contratto fra esse stipulato che dia vita ad una loro direzione unitaria, secondo il modello del cosiddetto gruppo orizzontale o paritetico, cui fa specifico riferimento l'art. 2497 *sexies*, comma 2°...»

⁽⁵³⁾ Per un approfondimento sui gruppi paritetici, si v. SANTAGATA, *Il gruppo paritetico*, Torino, 2001.

⁽⁵⁴⁾ Relazione, n. 35, in *Riv. soc.* 2004, 985.

In linea di continuità con tale interpretazione, è opinione largamente condivisa in dottrina che la previsione dell'art. 2497-*septies*, c.c. sia volta ad estendere la disciplina in materia di direzione e coordinamento al gruppo paritetico⁽⁵⁵⁾.

Si è affermato che con tale intervento «il legislatore storico, dunque, non solo ha ripudiato la legittimazione dei contratti di dominio, ma ha escluso la riferibilità dell'art. 2497-*septies* ai gruppi verticali, attribuendo a questa norma la sola funzione di estendere la disciplina generale dell'attività di direzione e coordinamento alla creazione contrattuale del gruppo paritetico, espressamente ammessa, in materia di cooperative, dall'art. 2545-*septies* c.c.»⁽⁵⁶⁾.

Oltre che sull'argomento storico, tale tesi interpretativa viene giustificata anche sulla base di alcuni indici testuali e, in particolare, «a) il riferimento, nella rubrica, al «coordinamento fra società»; b) l'inciso «fuori dalle ipotesi [di controllo] di cui all'art. 2497-*sexies*» aggiunto nella stesura rivisitata; nonché, soprattutto, c) la circostanza che la disposizione discorreva e parla di esercizio di attività di direzione «sulla base di un contratto», non di «diritto» di un'impresa di esercitare ... un'influenza dominante «in virtù di un contratto»: diritto, quest'ultimo, cui invece il legislatore fa esplicito riferimento ove prevede, sia pur con limitati effetti (delimitazione dell'area di consolidamento), il contratto di dominazione»⁽⁵⁷⁾.

In un recente studio si è criticato questo inquadramento⁽⁵⁸⁾, sostenendosi che i «contratti alla fonte dell'attività di direzione e coordinamento (...) non possono essere che i contratti che riguardano i gruppi gerarchici». Tale conclusione è fondata sul fatto che la disciplina in materia di direzione e coordinamento sarebbe

⁽⁵⁵⁾ È la tesi sostenuta da SANTAGATA, *Autonomia privata e formazione dei gruppi nelle società di capitali*, cit., 805 ss. In tal senso anche, SBISÀ, *Art. 2497. Responsabilità*, cit., 38; CARIELLO, *op. cit.*, 1899. Sul punto, si v. anche la posizione di IRACE, *Direzione e coordinamento di società*, in *La riforma delle società. Aggiornamento commentato* a cura di Sandulli-Sassoro-Sassani, Torino, 2004, 125, secondo la quale l'art. 2497-*septies*, c.c. si riferisce a contratti o clausole statutarie istitutive di un gruppo paritetico, ma, al contempo, l'A. riconosce che «la norma indirettamente legittima ... contratti di collegamento gerarchico», sicché «la sua presenza permette una lettura del nuovo art. 2497-*sexies* che li comprende quali strumenti legittimi di formazione di un gruppo gerarchico e quindi del determinarsi di una situazione di controllo». Condivisibile la critica verso tale interpretazione mossa da VALZER, *Il potere di direzione e coordinamento di società*, cit., 875, nt. 87.

⁽⁵⁶⁾ SBISÀ, *op. loc. ult. cit.*

⁽⁵⁷⁾ In tal senso argomenta SANTAGATA, *ult. op. cit.*, 808-809.

⁽⁵⁸⁾ Il riferimento è a VALZER, *op. cit.*, 833 ss. il quale precisa come la Relazione costituisca sempre un'ipotesi interpretativa, non preclusiva di altre letture, si v. p. 874 e, in particolare, nt. 86.

incompatibile con il modello organizzativo del gruppo paritetico basato sulla concertazione e non sull'eterodirezione. In tale struttura organizzativa non sarebbe individuabile *la società o l'ente* che dirige e coordina e, all'opposto, «se una delle società del gruppo orizzontale assurgesse di fatto ad un ruolo di supremazia sulle altre, il gruppo, da paritetico, diventerebbe gerarchico»⁽⁵⁹⁾.

Alla luce di ciò, si afferma che con l'articolo 2497-*septies*, c.c. il legislatore abbia inteso riconoscere la possibilità che con atti di autonomia privata siano regolamentati i rapporti di gruppo. In particolare, secondo tale ricostruzione interpretativa, «un contratto di coordinamento gerarchico (o di collegamento gerarchico) *ex* 2497-*septies*» può essere «il punto di arrivo, nell'ottica dell'organizzazione del gruppo, dell'evoluzione di un precedente rapporto di controllo; oppure può assurgere a momento genetico del gruppo, costituendo sostanzialmente la piattaforma generatrice, prima che regolatrice, dei poteri della direzione unitaria in assenza di una precedente fonte di controllo»⁽⁶⁰⁾.

Ciò premesso, è necessario anticipare sin da ora⁽⁶¹⁾ che si esclude che la norma in esame abbia conferito cittadinanza nel nostro ordinamento a quei contratti – ammessi in altri ordinamenti – con cui viene ceduto il potere di gestione di una società⁽⁶²⁾, in quanto «l'indisponibilità dell'interesse imprenditoriale delle società del gruppo...si profila come limite inderogabile all'autonomia privata e, al

⁽⁵⁹⁾ VALZER, *op. cit.*, 872. Per una valutazione critica della posizione di Valzer, si v. SANTAGATA, *op. cit.*, 807, nn. tt. 19 e 23 e 821, nt. 54, nonché SBISÀ, *op. ult. cit.*, 39, nt. 103 ove si sottolinea come l'art. 2497-*septies*, c.c. faccia riferimento proprio all'ipotesi del gruppo orizzontale in cui una delle società svolge una direzione unitaria. Ciò è possibile proprio perché «l'art. 2545-*septies* prevede che «il contratto» possa attribuire la «direzione del gruppo» ad una cooperativa (comma 1, n. 2), l'art. 2497-*septies* stabilisce che in tal caso si applica la disciplina prevista in generale per chi esercita la direzione unitaria».

⁽⁶⁰⁾ VALZER, *op. cit.*, 876. Sul tema si v., anche TOMBARI, *Il gruppo di società*, Torino, 1997, 282, il quale riteneva ammissibile il «contratto di collegamento gerarchico» già sotto il vigore del precedente ordinamento societario.

⁽⁶¹⁾ Sul tema si v. più diffusamente *infra* cap. 3.

⁽⁶²⁾ Cfr. VALZER, *op. cit.*, 845, il quale specifica che gli «equivoci interpretativi» cui la Relazione al d.lgs. 37/2004 si riferisce, sarebbero «in verità, le contrarie prese di posizione di alcuni dei primi commentatori dell'art. 2497-*sexies*, comma 2°», richiamando in nota (n. 25) le posizioni di quegli interpreti che avevano ravvisato in tale disposizione normativa il riconoscimento legislativo dei contratti di dominazione.

contempo, indirizza il contenuto della pattuizione verso la previsione di forme di integrazione rispettose della *causa societatis* delle controllate»⁽⁶³⁾.

3.5. Considerazioni conclusive

Alla luce di quanto sinora illustrato, possono trarsi le seguenti conclusioni. Dal carattere relativo della presunzione di cui all'art. 2497-*sexies*, c.c. discendono due corollari: a) l'influenza dominante che una società può esercitare nell'assemblea di un'altra, in virtù di un rapporto di controllo organico ovvero di una situazione di dipendenza economica, non è sufficiente a determinare la sussistenza di un'attività di direzione e coordinamento esercitata dalla controllante; b) il gruppo può sussistere anche in assenza di una situazione di controllo societario o contrattuale.

Quest'ultimo assunto è confermato anche dall'art. 2497-*septies* c.c., il quale fa riferimento a fattispecie estranee a quelle cui si riferisce l'art. 2497-*sexies* c.c.: in questo senso depongono sia la clausola di esclusione contenuta nella norma, sia la Relazione di accompagnamento al d.lgs. 27/2004.

Ciò che emerge ulteriormente dal tenore letterale delle due disposizioni è che il legislatore ha inteso distinguere le ipotesi in cui l'attività di direzione unitaria - la cui sussistenza si presume in virtù di un rapporto di tipo gerarchico intercorrente fra più società, indipendentemente dalla circostanza se si tratti di una relazione di controllo organico o semplicemente contrattuale - viene esercitata *di fatto* fra le stesse, da quelle in cui la direzione unitaria viene esercitata sulla base di un *atto di autonomia negoziale*, sia esso un contratto o una clausola statutaria. Non è però chiaro quale possa essere il contenuto di tali accordi negoziali stante l'assunto - che si condivide - che nel nostro ordinamento non sono ammessi contratti di dominazione.

Ciò che talora sfugge e che, in alcuni casi, ha portato a interpretazioni fuorvianti, è che l'art. 2497-*septies* c.c. non deve essere letto come una norma volta a legittimare nel nostro ordinamento determinate figure contrattuali, ma come una

⁽⁶³⁾ VALZER, *op. cit.*, 885.

norma che, congiuntamente all'art. 2497-*sexies* c.c., definisce l'ambito di applicazione della disciplina in materia di direzione e coordinamento⁽⁶⁴⁾.

La disposizione in esame, quindi, ha semplicemente lo scopo di estendere la disciplina del capo IX anche a quelle ipotesi in cui la direzione unitaria viene esercitata sulla base di un atto negoziale⁽⁶⁵⁾ che conferisce ad una società – indipendentemente dal fatto che essa rivesta o meno una posizione di controllo – il potere di direzione e coordinamento, senza che, tuttavia, da tale norma possano trarsi conclusioni circa l'ammissibilità di contratti o clausole con i quali si possa disporre di tale potere.

⁽⁶⁴⁾ Di tale avviso MUCCIARELLI, *Art. 2497-septies. Coordinamento fra società*, in *Direzione e coordinamento di società, artt. 2947-2947-septies c.c.*, a cura di Sbisà, in *Commentario* Marchetti-Bianchi-Ghezzi-Notari, Milano, 2012, 397.

⁽⁶⁵⁾ Al riguardo, in dottrina si è affermato che l'articolo in esame pone, a differenza dell'art. 2497-*sexies* c.c., una presunzione assoluta, «nel senso che in presenza di legami negoziali aventi ad oggetto l'esercizio della «direzione e coordinamento» non pare ammessa la prova contraria circa la sussistenza di questo presupposto»: BADINI CONFALONIERI, *Commento all'art. 2497-septies*, in *Il nuovo diritto societario. Commentario* Cottino-Bonfante-Cagnasso-Montalenti, III, Bologna, 2004, 2218. Non concorde DAL SOGLIO, *Commento all'art. 2497 septies*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, III, Padova, 2005, 2434, il quale ritiene che con «la separazione della disposizione in commento dal testo – e soprattutto dalla rubrica dell'art. 2497-*sexies* c.c. – non ha più senso parlare di presunzione assoluta; si è in presenza di una valutazione legale tipica», anche se l'A. non chiarisce in cosa si differenzino i due concetti.

CAPITOLO III

CONTRATTI DIRETTI A COSTITUIRE E REGOLARE UN GRUPPO DI IMPRESE

1. Premessa - 2. Il contratto di dominazione – 2.1. *Il contratto di dominazione nell'ordinamento tedesco* - 2.2. *Illiceità del contratto di dominazione nell'ordinamento italiano* –
3. Il contratto di dominio debole – 4. I regolamenti di gruppo

1. Premessa

Nel capitolo precedente sono stati delineati i presupposti e la natura della direzione unitaria, precisandosi come in virtù delle norme di diritto comune societario il legame intercorrente fra la capogruppo e le eterodirette sia riconducibile ad un rapporto di fatto fondato sul vincolo fiduciario che lega l'organo di gestione della società diretta e coordinata alla società di vertice, ma da cui non sorge alcun obbligo di dare attuazione alle direttive della capogruppo. Si è in particolare rilevato come all'autonomia privata sia stato lasciato ampio spazio nell'organizzazione del gruppo, ma che allo stato non sembrano ammissibili nel nostro ordinamento, stante il principio inderogabile di esclusiva responsabilità degli amministratori per la gestione dell'impresa sociale, i contratti che hanno per oggetto l'“alienazione” del governo societario, come il c.d. “contratto di dominazione” previsto nell'ordinamento tedesco.

Proprio esaminando la disciplina del contratto di dominazione contenuta nella legge azionaria tedesca si possono individuare le ragioni alla base dell'incompatibilità di una siffatta figura contrattuale con i principi del nostro diritto societario.

In tale ottica, ci si può peraltro chiedere se le figure negoziali elaborate⁽¹⁾ – quali il c.d. contratto di dominio debole – almeno *de iure condito* possano ritenersi ammissibili nel nostro ordinamento.

(¹) Si v., in particolare, le tesi di MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, *Riv. soc.*, 2007, 329-330; TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, 2010, 181ss.

Più in generale, in relazione alla previsione dell'art. 2497-*septies* c.c., si individueranno i limiti che allo stato sono posti dall'ordinamento societario alla possibilità di costituire o regolare in via negoziale un gruppo di imprese.

2. Il contratto di dominazione

2.1. Il contratto di dominazione nell'ordinamento tedesco

Il contratto di dominazione (*Beherrschungsvertrag*), espressamente disciplinato ai §§ 291 ss. della legge azionaria tedesca (*Aktiengesetz*), comporta l'«alienazione del governo della società» dipendente⁽²⁾ a favore della capogruppo.

In virtù di tale negozio la capogruppo acquisisce il diritto di impartire alle eterodirette direttive gestionali vincolanti (§ 308 Abs. 1 Satz 1 AktG), anche pregiudizievoli per le stesse società (§ 308 Abs. 1 Satz 2 AktG), senza la necessità di alcun vantaggio compensativo del danno così arrecato.

Nello specifico, attraverso tale accordo contrattuale: (i) la capogruppo acquisisce il diritto di impartire ordini e direttive agli amministratori della società sottoposta; (ii) gli amministratori della eterodiretta sono obbligati a dare esecuzione alle direttive, ancorché in contrasto con l'interesse sociale della società da essi amministrata; (iii) gli stessi sono esentati da responsabilità per i danni che possono derivare alla società dall'attuazione delle direttive.

Per effetto del contratto, 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.

Per la validità del contratto di dominio è richiesta la forma scritta e la sua approvazione da parte di una maggioranza qualificata dell'assemblea delle società

⁽²⁾ L'espressione è di SPADA, *L'alienazione del governo della società per azioni*, in AA.VV., *I gruppi di società. Atti del convegno internazionale di studi, Venezia 16-17-18 novembre 1995*, vol. III, Milano, 1996, 2179 ss.

interessate. L'efficacia dello stesso è subordinata alla sua iscrizione nel registro delle imprese⁽³⁾.

Inoltre, a tutela della eterodiretta, dei soci di minoranza e dei creditori sociali, la legge prevede delle garanzie specifiche.

Innanzitutto, la società dominante è tenuta a garantire la conservazione del patrimonio della dominata: essa ha, infatti, l'obbligo di ripianare eventuali perdite di esercizio della società dominata (§ 302 AktG).

In questo modo viene garantita una tutela indiretta dei creditori della società dipendente i quali hanno la certezza, almeno fintantoché l'impresa dominante risulti solvibile, che la dominata disponga dei mezzi per soddisfare le proprie obbligazioni e che, di conseguenza, non possa fallire proprio in virtù della copertura obbligatoria delle perdite. Per tale ragione si è affermato che in forza di un contratto di dominazione l'impresa dominante e quella dominata formano «un'unica unità di rischio»⁽⁴⁾.

Per quanto riguarda i soci esterni, a loro favore è prevista la corresponsione da parte dall'impresa dominante di un dividendo (§ 304 AktG) ovvero, in alternativa, gli stessi possono chiedere un indennizzo sotto forma di azioni dell'impresa dominante⁽⁵⁾ o in denaro (§ 305 AktG). La legge individua i criteri in forza dei quali quantificare il dividendo o l'indennizzo da corrispondersi agli azionisti di minoranza e, su richiesta degli interessati, tale determinazione può essere sottoposta al controllo dell'autorità giudiziaria.

Spesso al contratto di dominio si accompagna un “contratto di storno degli utili” (*Gewinnabfuhrungsvertrag*)⁽⁶⁾, in forza del quale la società dipendente è obbligata a cedere la totalità dei suoi utili alla dominante. Quando il contratto di dominio e

⁽³⁾ Per una più dettagliata analisi di tale figura contrattuale si v., fra i contributi in lingua italiana, LUTTER-ZOLLNER, *Diritto delle imprese collegate in Germania*, in AA.VV., *I gruppi di società. Atti del convegno internazionale di studi, Venezia 16-17-18 novembre 1995*, vol. I, Milano, 1996, 245. Per una trattazione aggiornata, si v. EMMERICH-HABERSACK, *Aktien-und GmbH-Konzernrecht, Kommentar*, 8ª ed., München, 2016, 193 e EMMERICH-HABERSACK, *Konzernrecht*, 10ª ed., München, 2013.

⁽⁴⁾ LUTTER-ZOLLNER, *Diritto delle imprese collegate in Germania, cit.*, 254.

⁽⁵⁾ Si ricorda infatti che le disposizioni in materia di gruppo contenute nell'Aktiengesetz del 1965 (§§ 15-22 e §§ 291-328) si riferiscono esclusivamente alle società costituite in forma di società per azioni.

⁽⁶⁾ Ciò accade in quanto la legge tributaria tedesca prevede dei vantaggi fiscali in caso di stipulazione congiunta dei due contratti, si v.: LUTTER, *Il gruppo di imprese (Konzern) nel diritto tedesco e nel futuro diritto europeo*, in *Riv. soc.*, 1974, 9.

quello di cessione degli utili sono conclusi congiuntamente si realizza il c.d. “contratto di riduzione ad organo” (*Organschaftsvertrag*). In questo caso, la società dominata non dispone più di alcun utile di bilancio e, di conseguenza, i dividendi dei soci di minoranza vengono distribuiti dalla dominante.

2.2. *Illiceità del contratto di dominazione nell'ordinamento italiano*

Il tema dell'ammissibilità nel nostro ordinamento di contratti o di clausole statutarie di dominazione, in forza dei quali una società si impegna ad agire secondo le direttive e le istruzioni impartite da un'altra è stato già prima della riforma oggetto di dibattito in dottrina⁽⁷⁾; esso potrebbe apparentemente considerarsi superato, in quanto pare sostanzialmente pacifica la tesi che un siffatto contratto (e, analogamente, una clausola statutaria che presenti il medesimo contenuto) stravolgerebbe i principi fondamentali del diritto societario comune. Principi che, in assenza di una espressa previsione legislativa, non possono essere derogati in materia di gruppi.

La questione dell'ammissibilità di tale figura negoziale, secondo il modello delineato nell'ordinamento tedesco, era già stata prospettata a seguito del d.lgs. 9 aprile 1991, n. 127, emanato in attuazione della VII direttiva CEE (83/349 del 13 giugno 1983) in materia di conti consolidati delle società di capitali, nella quale si è ritenuto che «per stabilire le condizioni di consolidamento, si dovesse tener conto non solo del caso in cui il potere di controllo sia fondato su una maggioranza dei diritti di voto ma altresì del caso in cui tale potere sia fondato su eventuali accordi, se ammessi»⁽⁸⁾.

In ragione di tale previsione l'art. 26, comma 2, lett. (a), d.lgs. 9 aprile 1991, n. 127, stabilisce che sono considerate controllate anche «le imprese su cui un'altra ha il diritto, in virtù di un contratto o di una clausola statutaria, di esercitare un'influenza dominante, quando la legge applicabile consenta tali contratti o clausole».

(7) Sul dibattito prima della riforma si v., SBISÀ, *Commento all'art. 2359*, in Frè-Sbisà, *Società per azioni*, *Commentario* Scialoja-Branca, I, Bologna-Roma, 1997, 475.

(8) Secondo considerando della VII direttiva CEE (83/349 del 13 giugno 1983).

Nel commento ufficiale della norma si precisa che «il diritto italiano non consent[e] contratti di dominazione» e che tale disposizione è stata inserita «in considerazione dell'eventualità che il diritto applicabile ai rapporti con un'impresa figlia estera consenta la stipulazione di tale contratto»⁽⁹⁾.

In virtù di tale precisazione e, soprattutto, in mancanza di un'espressa previsione legislativa, il contratto di dominio è stato considerato incompatibile con il nostro ordinamento: decisivo era il confronto con la disciplina contenuta nella legge azionaria tedesca in forza della quale «in vigenza del contratto, gli organi sociali [perdono] ogni funzione, mentre i creditori della società dominata sono garantiti dalle responsabilità per le perdite di quest'ultima posta a carico della società dominante (§§ 302-3030 AktG), e per gli azionisti esterni il contratto assicura un adeguato conguaglio o l'alternativa di un altrettanto adeguato indennizzo (§§ 304, 305 e 306 AktG)»⁽¹⁰⁾.

Non sono mancati, tuttavia, argomenti inclini a riconoscere la configurabilità di tale contratto nel nostro ordinamento.

In considerazione del fatto che attraverso l'esercizio della direzione unitaria il gruppo può conseguire risultati ulteriori rispetto a quelli conseguibili dalle singole imprese, è stato sostenuto come anche il contratto di dominio possa avere «una sua ragion d'essere socio-economica e una sua utilità economica»⁽¹¹⁾. Altra parte della dottrina ne ha limitato l'ammissibilità ad ipotesi circoscritte, come «in caso di controllo totalitario, giacché, secondo l'opinione preferibile allo stato attuale del diritto degli enti, improntato ad accentuato contrattualismo, il socio unico non risente del limite del conflitto di interessi», ovvero nel caso in cui «tutti i soci aderiscano al patto di dominio rinunciando al “proprio” interesse sociale (*ad instar* di quanto si ritiene possibile rispetto all'art. 2373 c.c.)»⁽¹²⁾.

⁽⁹⁾ Relazione ministeriale al d.lgs. 9 aprile 1991, n. 127, *sub* art. 26, che si può trovare in *Riv. soc.*, 1991, 1270 ss.

⁽¹⁰⁾ G. ROSSI, *Il fenomeno dei gruppi e il diritto societario: un nodo da risolvere*, in *Riv. soc.*, 1995, 1140.

⁽¹¹⁾ FERRI, *Concetto di controllo e di gruppo*, in *Disciplina giuridica del gruppo di imprese*, Milano, 1982, 77 ss.

⁽¹²⁾ LAMANDINI, *Il “controllo”. Nozioni e “tipi” nella legislazione economica*, Milano, 1995, 170, nt. 55, secondo il quale non può richiamarsi a sostegno dell'invalidità del contratto di dominazione l'inciso «quando la legge applicabile consenta tali contratti o clausole» contenuto nell'art. 26, comma 2, lett. a) del decreto 127/1999 (p. 159, nt. 22). Cfr. anche TONELLO, *Il contratto di dominio nei gruppi di società: e se ne ritentassimo l'esame di meritevolezza?*, in *Contr. e impr.*, 1995, 1078; SPADA, *L'alienazione del governo della società per azioni*, cit., 2186, il quale, da una parte, sostiene l'ammissibilità del “contratto di alienazione

In ogni caso, l'opinione prevalente ne ha sempre escluso l'ammissibilità⁽¹³⁾ per due ordini di ragioni: in primo luogo, l'alienazione del potere di gestione di una società si pone in contrasto con i principi fondamentali del diritto societario italiano; in secondo luogo, la disciplina tedesca - che prevede una serie di garanzie specifiche a tutela dei soci e dei creditori della società eterodiretta - «non può ritenersi surrogata da meri accordi contrattuali, frutto di scelte discrezionali e privi di controllo e di efficacia esterni»⁽¹⁴⁾.

La questione dell'ammissibilità del contratto di dominazione nel nostro ordinamento è nuovamente tornata all'attenzione degli interpreti a seguito della riforma del diritto societario, con la quale è stato introdotto l'art. 2497-*sexies*, c.c., il cui secondo comma (ora trasposto nell'art. 2497-*septies*, c.c.) fa espresso riferimento all'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento su altre società «sulla base di un contratto con le società medesime o di clausole dei loro statuti».

Benché alcuni fra i primi commentatori della riforma abbiano ravvisato in questa disposizione il riconoscimento legislativo della legittimità dei contratti di

del governo societario" alla presenza di una molteplicità di condizioni, fra le quali l'autorizzazione alla stipulazione prevista già nell'atto costitutivo; dall'altra, tuttavia, sottolinea come vi siano dubbi circa la legittimità di un siffatto contratto, in quanto «in Italia [i contratti di impresa] se si fanno (...) non si dicono; perché ...non si sa bene se sia legittimo farli e, conseguentemente, si è reticenti a mettere nero su bianco che non si è padroni in casa propria»; STOLFI, *Le società multinazionali nel diritto comunitario*, Milano, 1984, 303 ss.

(¹³) Sull'inammissibilità dei contratti di dominio nel panorama *ante* riforma si vedano, *ex multis*: ABBADESSA, *Rapporto di dominio e autonomia privata nel diritto societario italiano*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1999, I, 545, il quale, confermando le conclusioni cui era prevenuto quasi un ventennio prima (cfr. ABBADESSA, *I gruppi di società nel diritto italiano*, in *I gruppi di società: ricerche per uno studio critico*, a cura di Pavone La Rosa, Bologna, 1982, 105 e 111) sostiene la nullità di tali contratti in quanto contrastanti con «due principi inderogabili del diritto societario italiano: 1) una società non può vincolarsi ad agire in difformità del suo interesse particolare; 2) gli organi della società non possono in nessun caso abdicare all'autonomia di giudizio che loro compete circa la condotta degli affari sociali»; GALGANO, *I gruppi di società*, in *Le società a cura di Galgano*, Torino, 2001, 32; SANTAGATA, *Il gruppo paritetico*, Torino, 2001, 13 ss.; SBISÀ, *Società controllate e società collegate*, in *Contr e impr.*, 1997, 342; SCOGNAMIGLIO G., *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, Torino, 1996, 114 ss.; CAMPOBASSO, *Controllo societario e poteri della capogruppo nei gruppi e nei gruppi bancari*, in AA.VV., *I gruppi di società. Atti del convegno internazionale di studi, Venezia 16-17-18 novembre 1995*, vol. II, Milano, 1996, 798.

(¹⁴) SBISÀ, *Art. 2497. Responsabilità. Commento ai commi 1-2, c.c.*, in *Direzione e coordinamento di società, artt. 2947-2947-septies c.c.*, a cura di Sbisà, in *Commentario Marchetti-Bianchi-Ghezzi-Notari*, Milano, 2012, 37.

dominazione⁽¹⁵⁾, non sembra che il dato testuale porti necessariamente a tale conclusione.

In sede di riforma, infatti, il legislatore ha disciplinato il gruppo come situazione di fatto, riconoscendo la legittimità dell'attività di direzione e coordinamento e prevedendo una disciplina specifica che trova applicazione solo laddove l'attività di direzione unitaria sia *effettivamente* esercitata.

L'art. 2497-*septies* c.c., facendo riferimento all'attività di direzione e coordinamento esercitata sulla base di contratti o di clausole statutarie, non riconosce implicitamente la legittimità di atti negoziali con i quali si istituisca un sistema accentrato in cui la capogruppo acquista il diritto di impartire direttive vincolanti per le controllate, 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.

La norma, quindi, da una parte svincola l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento dall'esistenza di un rapporto di controllo fra le società - la cui sussistenza è solo alla base della presunzione di un suo esercizio (arg. *ex*. art. 2497-*sexies*, c.c.) - 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 esecuzione.

Ne consegue che, a prescindere dalla legittimità di un accordo in forza del quale una società si sottopone alla direzione unitaria di un'altra, nel momento in cui a tale contratto è data esecuzione, *di fatto* l'attività di direzione e coordinamento viene esercitata e, quindi, in virtù dell'art. 2497-*septies*, c.c. trova applicazione la disciplina codicistica in materia di gruppi.

⁽¹⁵⁾ Si v., ad esempio, GIORGIANNI, *La responsabilità nei gruppi*, in *Scritti in Onore di Vincenzo Buonocore*, III, 2, Milano, 2005, 2757 e 2765; SPADA, *Classi e tipi di società dopo la riforma organica (guardando alla nuova società a responsabilità limitata)*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 501; SCHIANO DI PEPE, *Il diritto di recesso nei gruppi*, in *Le Società*, 2003, 1207; DE BIASI, *Sull'attività di direzione e coordinamento di società*, *ivi*, 947; ROSOTTO-CRESTA, *Direzione e coordinamento di gruppo nella riforma societaria: prime riflessioni*, in *Corr. Giur.*, 2003, 825; JORIO, *I gruppi*, in *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina* a cura di Ambrosini, Torino, 2003, 197 ss.

Al riguardo è stato sostenuto che l'art. 2497-*septies* c.c. ponga una presunzione assoluta «nel senso che in presenza di legami negoziali aventi ad oggetto l'esercizio della “direzione e coordinamento” non pare ammessa la prova contraria circa la sussistenza di questo presupposto»⁽¹⁶⁾. Tale conclusione non convince: la norma, disponendo che la disciplina si applica a chi «*esercita* attività di direzione e coordinamento sulla base di un contratto», enfatizza il momento esecutivo e, di conseguenza, non sembra escludere la possibilità di provare che all'accordo non sia mai stata data esecuzione⁽¹⁷⁾.

In ogni caso, se anche alla luce delle norme introdotte in sede di riforma non sembra possa ritenersi valido secondo il diritto italiano il contratto di dominazione⁽¹⁸⁾, non è escluso che una società italiana, parte di un gruppo internazionale, possa validamente concludere un tale contratto, laddove – come dispone espressamente l'art. 26, comma 2, lett. (a), d.lgs. 9 aprile 1991, n. 127 - la legge applicabile ai rapporti contrattuali fra la capogruppo e le eterodirette lo consenta⁽¹⁹⁾.

3. Il contratto di dominio debole

Il riconoscimento legislativo della liceità della direzione unitaria e la previsione contenuta nell'art. 2497-*septies*, c.c. hanno indotto parte della dottrina a suffragare la tesi della validità nel nostro ordinamento del c.d. “*contratto di dominio debole*”⁽²⁰⁾

⁽¹⁶⁾ BADINI CONFALONIERI, *Commento all'art. 2497-septies, Il nuovo diritto societario. Commentario Cottino-Bonfante-Cagnasso-Montalenti*, III, Bologna, 2004, 2218. Si v. anche DAL SOGLIO, *Commento all'art. 2497 c.c.*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, III, Padova, 2005, 2434, il quale preferisce parlare di «valutazione legale tipica», ma che in sostanza coincide con il concetto di presunzione assoluta.

⁽¹⁷⁾ Sembra propendere per tale soluzione anche VENTORUZZO, *Responsabilità da direzione e coordinamento e vantaggi compensativi futuri*, in *Riv. soc.*, 2016, 373, nt. 22.

⁽¹⁸⁾ Contratto che, invece, è espressamente previsto non solo nel diritto tedesco, ma anche in quello portoghese, per il quale si v. ANTUNES, *Os grupos de Sociedades*, Coimbra, 1993, 490 ss.

⁽¹⁹⁾ Sulla legge applicabile ai contratti di dominio nell'ambito europeo e in relazione al Regolamento Roma I, si v., RENNER-HESELBARTH, *Corporate Control Contracts and the Rome I Regulation*, in *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2014, 117 ss.

⁽²⁰⁾ Nel senso che l'art. 2497-*septies*, c.c. legittima la stipulazione di contratti diretti a costituire un gruppo gerarchico, si vedano, fra gli altri: MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, *Riv. soc.*, 2007, 330;

(o – come è stato altresì denominato - “*contratto di collegamento gerarchico*”(21)) diretto a costituire e disciplinare un gruppo “gerarchico”(22).

Tale orientamento dottrinale ammette in sostanza la possibilità di “contrattualizzare” l’attività di direzione e coordinamento, purché siano rispettati i limiti imposti dall’art. 2497 c.c., con la conseguenza che le direttive legittime, ossia emanate nel rispetto dei «principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale», sarebbero vincolanti per le società del gruppo.

Tale figura negoziale che – per struttura e funzione – è stata qualificata come “contratto plurilaterale con comunione di scopo”(23), permetterebbe di «stabilire con chiarezza e precisione quali siano il contenuto, i limiti, le modalità, gli organi investiti dell’attività di direzione e coordinamento, i doveri di adempimento delle società sottoposte, le regole di controllo e di adeguamento»(24).

Un simile strumento atipico costitutivo di un gruppo gerarchico sarebbe diretto a realizzare «interessi meritevoli di tutela» in quanto attraverso lo stesso verrebbero «ottimizzate le regole di *governance* del gruppo» e si disciplinerebbe contrattualmente il contenuto dell’attività di direzione unitaria nei limiti imposti dal legislatore, con l’effetto di tramutare un fatto legittimo in un comportamento connotato da doverosità(25).

(21) TOMBARI, *Il gruppo di società*, Torino, 1997, 278 ss. e, più recentemente, *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, 2010, 181.

(22) Nel senso che l’art. 2497-septies, c.c. legittimi la stipulazione di contratti diretti a costituire un gruppo gerarchico, si vedano, fra gli altri: PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da Abbadessa e Portale, 2, Torino, 2007, 31; VALZER, *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da Abbadessa e Portale, 3, Torino, 2007, 870; CERRATO, *Il ruolo dell’assemblea nella gestione dell’impresa: il sovrano ha veramente abdicato?*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, 147; RONDINONE, voce *Società (gruppi di)*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione commerciale, Aggiornamento*, Torino, 2009, 608. Per altra parte della dottrina, invece, i gruppi verticali sono fuori dall’ambito di applicazione della previsione contenuta nell’art. 2497-septies, c.c. che ha la funzione di estendere la disciplina del capo IX al gruppo paritetico, la cui costituzione per contratto è espressamente prevista dall’art. 2545-septies, c.c. A sostegno di tale interpretazione si richiama quando indicato nella relazione al d.lgs. 6 febbraio 2004, n. 37 in cui si precisa che «è parso opportuno, al fine di evitare equivoci interpretativi, separare la disciplina del controllo c.d. “verticale”, prevista dall’art. 2497-sexies, c.c., da quella del controllo c.d. “paritetico od orizzontale”». Tale tesi è sostenuta da SANTAGATA, *Autonomia privata e formazione dei gruppi nelle società di capitali*, cit., 805 ss. In tal senso anche, SBISÀ, *Art. 2497. Responsabilità*, cit., 38; CARIELLO, *Commento agli artt. 2497-2497-septies*, in *Società di capitali*, a cura di Niccolini-Stagno d’Alcontres Napoli, 2004, 1899.

(23) TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, cit., 184.

(24) MONTALENTI, *ult. op. cit.*, 332.

(25) Cfr. TOMBARI, *ult. op. cit.*, 183; MONTALENTI, *ult. op. cit.*, 330.

Quanto agli organi competenti a stipulare un tale contratto, si è distinta la posizione della società già facente parte di un “gruppo di fatto” da quella di società autonome che decidano di entrare a far parte di un gruppo gerarchico, che verrebbe così a costituirsi *ex novo* proprio in virtù del vincolo negoziale⁽²⁶⁾.

Tale tesi, seppur suggestiva, non pare condivisibile.

Se è indubitabile il fatto che all'autonomia privata sia stato lasciato ampio spazio nell'organizzazione del gruppo e dei rapporti fra le imprese che lo compongono, una cosa è dire che rientra nei doveri degli amministratori delle società coordinate e dirette tener conto della circostanza che la società da essi amministrata si inserisce in un contesto imprenditoriale più ampio (e, di conseguenza, uniformare, ove questo non contrasti con l'interesse sociale, la propria politica gestionale a quella del gruppo secondo le direttive e le istruzioni della capogruppo); altro è affermare che essi, in virtù di un vincolo negoziale, siano esautorati anche solo da alcuni dei poteri gestionali e non possano valutare autonomamente l'interesse delle società da essi gestite⁽²⁷⁾.

⁽²⁶⁾ Si riportano, in sintesi, le riflessioni di TOMBARI, *ult. op. cit.*, 186 ss. al quale si rinvia per un'analisi più approfondita. Nel primo caso (società già facente parte di un gruppo), poiché tale contratto si limiterebbe a “formalizzare un “assetto normativo” già riconosciuto come legittimo dall'attuale disciplina sui gruppi di imprese”, senza comportare alcuna modifica della struttura organizzativa e all'area di rischio delle società coinvolte, «la decisione dovrebbe rientrare – in assenza di specifiche clausole statutarie in merito – nella competenza dell'organo amministrativo sia nella s.p.a. che nella s.r.l.». Nella seconda ipotesi, posto che un tale contratto comporterebbe una modifica rilevante della struttura organizzativa della società, qualora si tratti di una s.r.l. «la decisione in esame dovrebbe ricadere nella competenza dell'“assemblea soci”» trattandosi di una decisione idonea a comportare “una modificazione dell'oggetto sociale determinato nell'atto costitutivo o una rilevante modifica dei diritti dei soci” (cfr. art. 2479, secondo comma, n. 5 e quarto comma, c.c.). Diversa e più complessa è la soluzione nel caso di tratti di una s.p.a.: al riguardo, si è ipotizzata la necessità di un'“autorizzazione “non scritta” (in quanto non prevista né dalla legge, né dallo statuto *ex art.* 2364, primo comma, n. 5, c.c.) dell'assemblea in sede ordinaria» ovvero, qualora si ritenga che il passaggio da società autonoma a società parte di un gruppo presupponga una modifica formale dell'oggetto sociale statutario, sarebbe configurabile «una competenza dell'assemblea in sede straordinaria».

⁽²⁷⁾ Cfr., RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Le società*, 2004, 541, secondo il quale i contratti diretti a costituire un gruppo di società «potranno certo implicare l'obbligo della società sottoposta, e per essa dei suoi amministratori, di attenersi alle strategie imprenditoriali delineate da chi abbia titolo per esercitare la direzione e il coordinamento dell'intero gruppo; ma non fino al punto da escludere ogni autonomia di valutazione e di decisione degli organi preposti a ciascuna singola società, cui resta affidata non soltanto la gestione minuta dell'impresa, ma anche la responsabilità di individuare i limiti oltre i quali, divenendo eventualmente il perseguimento della strategia di gruppo incompatibile con l'interesse della società da loro specificamente amministrata, da quelle direttive essi si debbano distaccare per non venir meno ai loro doveri di amministratori e non incorrere personalmente in responsabilità». La direzione unitaria, infatti è destinata «a incontrare i ... limiti derivanti dal nucleo incoercibile di autonomia di ogni singola società appartenente al gruppo».

Seppur nella versione edulcorata per cui gli amministratori delle eterodirette sarebbero vincolati ad eseguire *solo* le *direttive legittime* della società dominante, anche il contratto di dominio “debole” avrebbe quindi l’effetto di trasformare l’organo gestorio della società diretta in un organo dipendente della capogruppo.

Ciò si pone in contrasto con il principio stabilito nella legge delega dell’esclusiva responsabilità degli amministratori per la gestione dell’impresa sociale (art. 4.8. lett. c) l. 3 ottobre 2001, n. 366), recepito in sede di riforma, con cui è stato inserito l’art. 2380-*bis* c.c. che al primo comma stabilisce che «la gestione dell’impresa spetta *esclusivamente* agli amministratori»⁽²⁸⁾.

Gli studiosi che sostengono la legittimità dei contratti di dominio debole affermano, da una parte, che la disposizione di cui all’art. 2380-*bis* c.c. sia «stata in verità pensata con riferimento ad una s.p.a. “indipendente”»⁽²⁹⁾ e, dall’altra, ne ridimensionano la portata: essa «non può essere lett(a) come un principio assoluto, come regola di impenetrabilità completa della gestione della singola società da parte di elementi esterni, bensì, appunto, come mera *regula finium regundorum* tra amministratori e soci relativamente agli atti di gestione»⁽³⁰⁾.

Questa interpretazione restrittiva dell’art. 2380-*bis* c.c. non sembra però trovare riscontro né a livello normativo, né tantomeno nelle intenzioni del legislatore il quale, da un lato, ha affermato la piena responsabilità degli amministratori per la gestione sociale e, dall’altro, nella disciplina sui gruppi non ha previsto limitazioni a tale potere-dovere dell’organo amministrativo.

A ciò si aggiunga che nessuna norma, nemmeno nei rapporti infragruppo, prevede deroghe alla responsabilità gravante sugli amministratori per «gli atti

(28) Sull’incompatibilità di un tale schema negoziale con il principio di responsabilità degli amministratori per gli atti compiuti, si v. più diffusamente GALGANO-SBISA, *Direzione e coordinamento di società. Art. 2497-2497-septies*, in *Commentario* Scialoja-Branca-Galgano, Bologna, 2014, 331 ss., spec. 336, il quale rileva come «un contratto di dominazione [ma, analoghe conclusioni valgono anche per le sue varianti, quali i contratti di dominio deboli] avrebbe, nel nostro sistema, il carattere di un contratto meramente interno, privo di efficacia nei confronti dei terzi; e va da sé che gli amministratori della società dominata, in quanto tenuti a rispondere di fronte ai terzi del proprio operato, si riterrebbero, a ragione, legittimati a disattendere ogni superiore direttiva che possa implicare una loro personale responsabilità»

(29) TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, cit., 108.

(30) MONTALENTI, *ult. op. cit.*, 334.

compiuti»⁽³¹⁾ e anche il contratto di dominio “debole” – a differenza dell’ordinamento tedesco - non potrebbe in alcun modo essere opposto a terzi: né ai creditori sociali, i quali ai sensi dell’art. 2394 c.c. possono agire contro gli amministratori qualora compiano atti che pregiudichino l’integrità del patrimonio sociale, né nei confronti dei singoli soci o dei terzi, i quali hanno azione nei loro confronti ai sensi dell’art. 2395 c.c.. Anzi, nell’ambito dei legittimati passivi nell’azione di responsabilità da direzione e coordinamento, l’art. 2497 c.c. prevede, al secondo comma, che con la società o l’ente che esercita l’attività di direzione e coordinamento «risponde in solido chi abbia preso parte al fatto lesivo» e, quindi, anche gli amministratori delle società dirette che hanno dato esecuzione a direttive pregiudizievoli.

Di conseguenza, anche un contratto che comporti una compressione limitata dell’autonomia di una società e dei suoi amministratori, i quali sarebbero tenuti ad uniformarsi alle *sole* direttive della capogruppo *conformi ai principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale*, sarebbe nullo per illiceità della causa poiché si porrebbe in contrasto con le norme imperative sulla gestione dell’impresa⁽³²⁾, quali, nello specifico, quelle relative alla esclusività delle competenze gestionali in capo all’organo amministrativo, che traggono il loro fondamento da quel principio generale del diritto societario italiano che richiede una stretta correlazione fra potere di direzione e rischio di impresa.

Si potrebbe obiettare che in realtà un siffatto contratto non implichi un’effettiva compromissione dell’autonomia gestionale degli amministratori delle eterodirette,

(31) Come si è già avuto modo di segnalare, la responsabilità degli amministratori per gli atti compiuti non è esclusa nemmeno nel caso in cui lo statuto preveda la necessità di un’autorizzazione dell’assemblea ordinaria per il compimento degli atti di gestione (cfr. art. 2364, comma 1, n. 5, c.c.).

(32) Sull’argomento si v. RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, cit., 541, il quale evidenzia che in tal modo gli amministratori della eterodiretta cesserebbero di esser tali e si trasformerebbero in «dipendenti dell’ente capogruppo; ma allora non si saprebbe più distinguere un gruppo di società, pur sempre dotate ciascuna di una propria autonomia giuridica e patrimoniale, da un’unica società articolata al proprio interno in diverse divisioni del tutto prive di una siffatta autonomia». Già prima della riforma erano stati sollevati dubbi circa la legittimità di accordi fra due società diretti a limitare l’autonomia decisionale dell’organo gestionale dell’una a favore dell’altra: si v., G. SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, cit., 116 ss., secondo la quale, sebbene «il giudizio va[da] formulato in rapporto alle singole fattispecie concrete», un tale contratto sarebbe nullo per causa illecita in quanto comporterebbe a) una grave compromissione della libertà di iniziativa economica e b) la violazione di quel principio generale del nostro diritto dell’impresa che richiede una stretta correlazione fra potere di direzione e rischio di impresa. Sulla nullità dei contratti di dominio debole si è espresso anche SANTAGATA, *Il gruppo paritetico*, cit., 14 ss.

poiché la valutazione circa la legittimità delle direttive impartite sarebbe pur sempre rimessa a quest'ultimi. Se così fosse, però, sorgerebbero dei dubbi circa la stessa sussistenza di un'obbligazione in capo all'organo amministrativo della eterodiretta, considerato che l'adempimento sarebbe condizionato ad una valutazione discrezionale degli amministratori difficilmente sindacabile (salvo che per l'ipotesi di scuola di scelte assolutamente irrazionali e immotivate). In questa prospettiva, un altro profilo di invalidità si potrebbe delineare con riferimento all'oggetto del contratto e, più specificamente, in relazione all'indeterminatezza dell'obbligazione gravante sugli amministratori della eterodiretta, i quali sarebbero tenuti a uniformarsi alle direttive della capogruppo conformi ai non meglio precisati «principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale».

Se si considera che in un contratto di dominio debole la liceità della direttiva è condizione necessaria affinché la stessa sia vincolante per la eterodiretta e che tale valutazione è condizionata da indici non oggettivi né predeterminati, queste incertezze si rifletterebbero sull'obbligazione degli amministratori, i quali, qualora ritengano una direttiva potenzialmente dannosa per la società che gestiscono, dovrebbero avere non solo il potere, ma anche il *dovere* di non conformarsi. Ne consegue che l'obbligo di dare attuazione alle direttive legittime risulterebbe in concreto difficilmente coercibile, in quanto un eventuale giudizio di inadempimento si tramuterebbe in un sindacato delle decisioni gestorie dell'organo amministrativo con l'effetto di comprometterne inammissibilmente l'autonomia.

Inoltre, poiché vantaggi e svantaggi derivanti dall'appartenenza al gruppo sono cronologicamente sfalsati, una direttiva potrebbe risultare al contempo lecita - in base ad una valutazione *ex ante* perché, per esempio, i pregiudizi che appaiono compensabili da futuri benefici derivanti da altre operazioni pianificate nell'ambito del gruppo (se si accoglie l'orientamento per cui il criterio dei vantaggi compensativi operi con riferimento a vantaggi anche solo fondatamente prevedibili e non necessariamente attuali) – e illecita, se alla luce dell'attività complessiva di direzione e coordinamento (ossia nel momento di sintesi finale in cui vengono valutati gli effetti di tutti gli atti posti in essere nell'ambito del piano

imprenditoriale di gruppo), l'operazione di per sé pregiudizievole non risulta *ex post* effettivamente "neutralizzata".

Ciò avrebbe come paradossale conseguenza che, per effetto di un contratto di dominio debole, una direttiva contrattualmente lecita e quindi vincolante per gli amministratori della eterodiretta potrebbe ugualmente diventare fonte di responsabilità ai sensi di quanto disposto dall'art. 2497 c.c.

In sintesi, la variabilità del giudizio in ordine alla legittimità delle direttive - che dipende, da un lato, dalla concretizzazione dei «principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale» e, dall'altro, da come viene interpretato il criterio dei vantaggi compensativi - si traduce in un'incertezza circa la vincolatività delle stesse direttive, tale da rendere in concreto non oggettivamente determinabile la prestazione cui gli amministratori delle eterodirette sarebbero tenuti.

Anche per questa ragione, allo stato un contratto che vincoli gli amministratori di una società a dare attuazione alle direttive "lecite" della società di vertice non sembra ammissibile nel nostro ordinamento⁽³³⁾.

Né vale a sostenere il contrario la disciplina in materia di gruppi bancari ove, come noto, l'art. 61, quarto comma del T.U.B. attribuisce alla capogruppo, nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, il potere di emanare «disposizioni alle componenti del gruppo per l'esecuzione delle istruzioni impartite dalla Banca d'Italia nell'interesse della stabilità del gruppo». Il potere della capogruppo di emanare disposizioni vincolanti ha, in questo caso specifico, un esplicito riconoscimento legislativo: si tratta però di una norma speciale giustificata da esigenze di ordine pubblico economico, quali quelle di vigilanza e di stabilità dell'attività bancaria⁽³⁴⁾.

⁽³³⁾ Altro profilo che potrebbe tornare oggetto di discussione, ma che appare superato dalla conclusione cui si è pervenuti circa l'invalidità di contratti di dominio debole, è se in forza di siffatti contratti sorge in capo alla società dominante solo una facoltà di dirigere le società sottoposte ovvero un vero e proprio dovere. In questa seconda ipotesi, un "atteggiamento passivo" della dominante - che omette di dirigere e orientare le controllate - farebbe sorgere una responsabilità per inadempimento in capo alla stessa. Anche in questo caso, tuttavia, sarebbe difficile, se non impossibile, stabilire il comportamento che avrebbe dovuto tenere la capogruppo per adempiere correttamente all'obbligazione assunta: un tale giudizio si tradurrebbe in un sindacato sulle scelte e le politiche gestionali perseguite dagli amministratori.

⁽³⁴⁾ Si v. sul punto VENTORUZZO, *op. cit.*, 368.

La disciplina di diritto comune sulla direzione e coordinamento si limita a prendere atto di un fenomeno che esiste nella realtà e a porre dei limiti all'esercizio dell'influenza dominante da parte della capogruppo, la quale, se abusasse della propria posizione, sarebbe tenuta a risponderne. Il fatto che l'ordinamento riconosca come legittima, sino ad un certo limite, una determinata attività – quale appunto l'esercizio della direzione unitaria - non significa per ciò stesso che se la stessa venisse astretta in rigidi schemi contrattuali un siffatto accordo possa ritenersi diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela⁽³⁵⁾. Anzi, proprio l'autonomia e la libertà decisionale degli amministratori della società eterodiretta costituiscono l'ultimo presidio a garanzia di quei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale che l'art. 2497 c.c. pone come limite di legittimità all'esercizio della direzione unitaria.

Si condividono, quindi, le conclusioni cui è pervenuta parte della dottrina secondo la quale, allo stato, «i contratti di dominazione, in ogni loro variante, sono del tutto estranei al nostro sistema giuridico e, se stipulati, devono considerarsi nulli per illiceità della causa e dell'oggetto»⁽³⁶⁾. Analoghe considerazioni valgono per le clausole statutarie con le quali una società si assoggetta ad un'altra, come ad esempio la clausola con la quale si attribuisce ad un terzo il diritto di nominare gli amministratori della società. Questa sarebbe

⁽³⁵⁾ Con un esempio paradossale, ma significativo, VENTORUZZO, *op. cit.*, 373, nt. 21, rileva come non sempre il fatto che un'attività non sia sanzionata implichi che di per sé la stessa possa formare oggetto di un vincolo contrattuale: «un creditore forte può, anche lecitamente, utilizzare la propria posizione di preminenza per indurre il debitore a rilasciare a suo favore garanzie.... Tuttavia ciò non significa che il debitore e il creditore possano concordare – con un negozio valido ed efficace – che il primo si attenga genericamente a seguire i comandi del secondo... ci si avvicinerebbe alla servitù per debiti». L'A., in ogni caso, se da una parte esclude la tesi sostenuta in dottrina (in particolare da Montalenti) - secondo cui l'adempimento da parte della eterodiretta degli obblighi pubblicitari e informativi previsti agli artt. 2497-bis c.c. e ss. costituirebbe una sorta di adesione implicita alla costituzione di un rapporto giuridico di gruppo con conseguente assoggettamento alle decisioni di vertice – dall'altra, sulla base della formulazione letterale dell'art. 2497-septies c.c., sostiene che in base a tale norma sia ammesso nel nostro ordinamento un contratto avente per oggetto il potere della capogruppo di emettere direttive vincolanti per le eterodirette.

⁽³⁶⁾ SBISÀ, *op. cit.*, 41. In dottrina, sull'inammissibilità dei contratti di dominazione a seguito della riforma, si v. anche GALGANO-SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società. Art. 2497-2497-septies*, in *Commentario* Scialoja-Branca-Galgano, Bologna, 2014, 331 ss.; SANTAGATA, *Autonomia privata e formazione dei gruppi nelle società di capitali*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da Abbadessa e Portale, 3, Torino, 2007, 804.

incompatibile «con il principio *inderogabile* che assegna *in via esclusiva* all'assemblea ordinaria la competenza a nominare gli amministratori (art. 2383, comma 1°)»⁽³⁷⁾. Tale orientamento trova conferme anche a livello sistematico. L'attuale disciplina attribuisce agli amministratori la totale autonomia nella gestione dell'impresa (art. 2380-*bis*, comma 1, c.c.), cui fa da *pendant* la loro piena responsabilità per gli atti compiuti, anche laddove lo statuto preveda autorizzazioni dell'assemblea ordinaria per il compimento di determinate operazioni (art. 2364, comma 1, n. 5 c.c.).

Queste considerazioni non escludono che le società appartenenti ad un gruppo possano concludere accordi diretti a disciplinare le modalità concrete di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, individuando gli organi investiti di tali poteri, stabilendo eventuali obblighi informativi, definendo i criteri procedurali con cui svolgere tale attività all'interno del gruppo. Si tratta, infatti, di accordi finalizzati a fissare le regole organizzative di un determinato assetto imprenditoriale e a proceduralizzare l'esercizio del potere di direzione della società di vertice, ma che non incidono sull'autonomia gestionale dell'organo amministrativo di ciascuna società.

Di conseguenza, non si esclude radicalmente l'ammissibilità – peraltro suffragata dalla stessa formulazione dell'art. 2497-*septies* c.c., - di patti diretti a disciplinare l'attività di direzione e coordinamento. Tali contratti possono rendere più trasparente l'attività di direzione unitaria, prevedendo forma e modalità per l'emanazione di direttive, e accentrare, in una logica di massimizzazione delle sinergie di gruppo, determinate attività in capo ad alcune società (ad esempio, servizi di consulenza informatica o servizi di gestione finanziaria, come avviene attraverso i contratti di *cash-pooling*), ma non possono, per le ragioni illustrate, prevedere alcun vincolo in capo alle eterodirette di uniformarsi alle direttive della capogruppo.

Proprio per far fronte alla necessità di regolare gli aspetti organizzativi e le dinamiche interne al gruppo, nella prassi si è diffuso lo strumento, assai utilizzato

⁽³⁷⁾ SANTAGATA, *op. cit.*, 824-825.

– anche se non parimenti approfondito sul piano teorico⁽³⁸⁾ – dei “regolamenti infragruppo”.

4. I regolamenti infragruppo

Il legislatore, nel momento in cui ha preso atto del fenomeno dei gruppi quale nuova forma di organizzazione imprenditoriale, ha introdotto una disciplina incentrata sulla tutela dei soci esterni e dei creditori sociali, diretta da una parte a prevenire⁽³⁹⁾ e dall'altra a rimediare⁽⁴⁰⁾ alle derive patologiche in cui può sfociare l'esercizio della direzione unitaria.

Benché non manchino nell'attuale sistema normativo disposizioni volte a delineare i profili di organizzazione del gruppo⁽⁴¹⁾, la determinazione di tutte le regole attraverso cui stabilire le modalità concrete di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento e la gestione dei rapporti infragruppo è stata rimessa all'autonomia privata.

Al fine di definire l'assetto organizzativo e il funzionamento del gruppo, nella prassi hanno avuto diffusione i regolamenti di gruppo attraverso cui si

⁽³⁸⁾ Lo rileva TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, cit., 184. Pochi, infatti, sono ad ora gli studiosi che hanno approfondito tale tema, si v.: GALGANO, *Il regolamento di gruppo nei gruppi bancari*, in *Banca borsa tit cred.*, 2005, I, 86; GUERRERA, *I regolamenti di gruppo*, in *Società, banche e crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadesse*, 2, Torino, 2014, 1551 ss.; ID., *Autoregolamentazione e organizzazione nel gruppo di società*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, I, 589 ss.; RIVARO, *Attività di direzione e coordinamento e regolamenti di gruppo*, in *Giur. comm.*, 2010, 296. Cenni sull'argomento si trovano anche in MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari*, cit., 330; ID., *Società per azioni, corporate governance e mercati finanziari*, Milano, 2011, 236 ss.; G. SCOGNAMIGLIO, *Motivazione delle decisioni e governo del gruppo*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, 757; BIANCHI L.A., *Problemi in materia di disciplina dell'attività di direzione e coordinamento*, *Riv. soc.*, 2013, 420.

⁽³⁹⁾ Cfr., RONDINONE, voce *Società (gruppi di)*, cit., 610; BRODASCA, *Art. 2497-bis. Pubblicità*, in *Direzione e coordinamento di società, artt. 2947-2947-septies c.c.*, a cura di Sbisà, in *Commentario Marchetti-Bianchi-Ghezzi-Notari*, Milano, 2012, 173 ss., i quali sottolineano la funzione di tutela preventiva della disciplina sulla pubblicità prevista dall'art. 2497-bis c.c., poiché gli obblighi informativi imposti dalla norma sarebbero preordinati a consentire a chi intenda intrattenere rapporti con una società di valutare in anticipo i vantaggi e i rischi che possono derivare dall'appartenenza della stessa ad un gruppo. Altra forma di tutela preventiva può forse rinvenirsi nella previsione di cui all'art. 2497-quater, comma 1, lett. c), c.c. con cui è data la possibilità ai soci di recedere all'inizio dell'attività di direzione e coordinamento, laddove tale mutamento comporti un'alterazione delle condizioni di rischio dell'investimento.

⁽⁴⁰⁾ Ne sono conferma l'art. 2497 c.c. sulla “Responsabilità” con cui si apre il Capo dedicato alla “Direzione e coordinamento di società” e quanto indicato nella Relazione di accompagnamento alla riforma del diritto societario, in cui si legge che «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».

⁽⁴¹⁾ Cfr. TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, cit., 8 ss.

formalizzano «i criteri procedurali (quelli sostanziali stanno nella legge) di esercizio – a monte – e di attuazione – a valle – dell’attività [di direzione e coordinamento]»⁽⁴²⁾.

Non è possibile inquadrare in termini generali la struttura e il contenuto di tali atti di organizzazione, in quanto alla varietà dei modi di esercizio della direzione unitaria corrisponde una varietà di assetti organizzativi dell’attività medesima⁽⁴³⁾, anche se, da un confronto dei vari regolamenti analizzati⁽⁴⁴⁾, può rilevarsi come, quantomeno da un punto di vista formale, i modelli utilizzati siano spesso simili.

Sul piano contenutistico i regolamenti più completi, tipici dei gruppi strutturati e di maggiori dimensioni, sono di regola divisi in diverse sezioni in cui sono indicati gli indirizzi secondo i quali opera il gruppo, il ruolo della capogruppo e dei suoi organi, le società soggette alla direzione unitaria, i criteri per assicurare la correttezza, la completezza e la tempestività dei flussi informativi, gli atti soggetti alla preventiva approvazione della *holding* e, nei gruppi che prevedono delle forme di gestione concertata, i comitati e gli organismi di coordinamento composti da esponenti delle varie società, ai quali spettano funzioni di raccordo fra le diverse unità e di elaborazione delle strategie e dei piani operativi del gruppo⁽⁴⁵⁾.

Le questioni che sorgono sul piano giuridico riguardano la natura di tali atti di organizzazione, i limiti di legittimità del loro contenuto e, strettamente correlata alle prime, l’individuazione dell’organo delle eterodirette competente a recepirli.

Per quanto riguarda il primo profilo, in dottrina il regolamento di gruppo è stato qualificato sia come «strumento autonormativo di rango secondario»⁽⁴⁶⁾ attraverso il quale la capogruppo, nel rispetto della legge e dell’autonomia statutaria delle società del gruppo, definisce l’architettura del gruppo e le modalità di attuazione

⁽⁴²⁾ G. SCOGNAMIGLIO, *Motivazione decisioni e governo del gruppo*, cit., 780.

⁽⁴³⁾ Sulle molteplici modalità di manifestazione della direzione unitaria, SBISÀ, *Art. 2497. Responsabilità*, cit., 26.

⁽⁴⁴⁾ Alcuni dei regolamenti esaminati sono riservati, altri sono pubblici e si possono consultare nei siti web dei gruppi, quali, ad esempio, il Gruppo Sapir, il Gruppo Sara, il Gruppo Autostrade, il Gruppo GBM e il Gruppo Fiera Milano.

⁽⁴⁵⁾ Nei regolamenti oggetto di studio si sono individuati diversi organi consultivi specializzati in determinate materie, quali, ad esempio: il comitato per il controllo interno e la corporate governance, il comitato per le nomine, il comitato per le remunerazioni, il comitato investimenti mobiliari di gruppo, il comitato per la gestione rischi o il comitato per le operazioni con parti correlate.

⁽⁴⁶⁾ GUERRERA, *I regolamenti di gruppo*, cit., 1582 ss.

della direzione unitaria, sia come atto di natura negoziale, alla cui predisposizione unilaterale da parte della capogruppo segue l'adesione consensuale delle società eterodirette⁽⁴⁷⁾.

Tale seconda interpretazione appare preferibile per un duplice ordine di ragioni. Innanzitutto, il regolamento di gruppo non necessariamente deve essere un atto successivo, di mera organizzazione interna, rispetto all'esercizio della attività di direzione e coordinamento intesa quale fisiologica evoluzione del rapporto di controllo intercorrente fra più società⁽⁴⁸⁾. Stante la possibilità - alla luce della disposizione di cui all'art. 2497-*septies* - di adottare il modello organizzativo policorporativo sulla base di una specifica scelta negoziale a prescindere da una relazione fattuale di controllo partecipativo, il regolamento di gruppo potrebbe fungere anche da atto costitutivo di un gruppo, nel rispetto dei limiti e delle condizioni di liceità imposti dal nostro ordinamento societario⁽⁴⁹⁾. In secondo luogo, sebbene nella prassi il regolamento di gruppo costituisca normalmente uno sviluppo successivo dell'attività di direzione unitaria e venga adottato su iniziativa della società di vertice per esigenze di coordinamento, esso costituisce pur sempre un atto di autonomia privata che per acquisire efficacia deve necessariamente

⁽⁴⁷⁾ MONTALENTI, *L'attività di direzione e coordinamento: dottrina, prassi, giurisprudenza*, in *Giur. comm.*, 2016, 114, ove si legge che «il regolamento di gruppo è la forma negoziale codificata nel rapporto giuridico di gruppo»; G. SCOGNAMIGLIO, *Motivazione decisioni e governo del gruppo*, cit., 778 ss.

⁽⁴⁸⁾ Di diverso avviso, GUERRERA, *ult. op. cit.*, 1583 secondo il quale «né la volontà della controllante di esercitare la direzione e il coordinamento, né tantomeno il suo potere di accentramento (e, quindi, di alienazione parziale) del governo societario e aziendale delle società controllate risiedono o consistono nel "regolamento di gruppo"», che rappresenta «un'espressione legittima e uno sviluppo conseguente, anzi desiderabile, di quella volontà e di quel potere per la certezza e la trasparenza dell'azione imprenditoriale (arg. artt., 2497-*bis*, 5° co., e 2497-*ter* c.c.)».

⁽⁴⁹⁾ Alla luce della riforma societaria del 2003-2004, parte della dottrina ha sostenuto la legittimità - alla luce dell'art. 2497-*septies*, c.c. - della costituzione su base contrattuale anche di gruppi «verticali» e non solo paritetici (cfr. *supra* cap. 2, § 3). Si tratta di un orientamento in linea di massima condivisibile, salvo poi dissentire dal ritenere lecite alla stregua del nostro diritto societario clausole che abbiano l'effetto di vincolare gli amministratori delle eterodirette alle direttive della capogruppo. In tal senso, come si è già avuto modo di indicare, si v. in particolare MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, cit., 330, il quale ritiene che «la contrattualizzazione della direzione e coordinamento di gruppo sia perfettamente legittima e che essa non possa prescindere, anzi consista, nella conformazione del "fatto legittimo" in comportamenti connotati da doverosità». Ritengono che debba esservi un contratto di dominio c.d. «debole» anche a fondamento del gruppo paritetico, LAMANDINI, *Il gruppo cooperativo paritetico «semplice» e «qualificato» (bancario). Prime riflessioni*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da Abbadessa e Portale, 4, Torino, 2007, 1103 ss.; TOMBARI, *Società cooperative e gruppi di imprese (gruppo cooperativo paritetico e gruppo cooperativo eterogeneo)*, in *Giur. comm.*, 2007, 742; VALZER, *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, cit., 876 ss.

essere recepito dalle eterodirette, le quali, aderendovi, manifestano consensualmente di adeguarsi a tale modello organizzativo⁽⁵⁰⁾.

Sul piano contenutistico, si è detto come il regolamento stabilisca le regole di governo e funzionamento del gruppo e ne definisca l'assetto organizzativo e gestionale strumentale alla realizzazione del disegno strategico imprenditoriale d'insieme. Allo scopo di ottimizzare le risorse e di determinare possibili economie di scala, alcuni regolamenti prevedono la centralizzazione di servizi e funzioni presso alcune società; inoltre, al fine di rendere chiara e trasparente l'attività di direzione unitaria e di garantire una migliore iterazione fra le diverse unità che compongono il gruppo, sono previsti obblighi informativi e, in alcuni casi, sono istituiti dei comitati di coordinamento composti da esponenti della controllante e delle controllate con funzioni consultive e propositive⁽⁵¹⁾.

In dottrina⁽⁵²⁾ si è dubitato della legittimità di alcune previsioni inserite in un regolamento di gruppo. In particolare, oggetto d'esame è stato un regolamento diretto a «disciplinare le modalità istituzionali di funzionamento del gruppo... ed i rapporti infragruppo», che attribuisca alla capogruppo «un ruolo di indirizzo, governo e supporto», in forza del quale la capogruppo emani «nell'ambito dell'attività di direzione e coordinamento, disposizioni alle componenti del gruppo» che le stesse «sono tenute ad osservare».

Ribadito che il codice civile non contiene, neanche a seguito della riforma, «alcuna disciplina diretta ad istituzionalizzare il gruppo di società», si è escluso che la capogruppo possa avere «un potere di imporre alle componenti del gruppo direttive vincolanti» e, più in generale, di definire gli assetti organizzativi in modo tale da sottoporre le eterodirette alla propria subordinazione gerarchica⁽⁵³⁾⁽⁵⁴⁾.

⁽⁵⁰⁾ Si tratta apparentemente di un contratto che esula dalla nozione specificamente delineata dall'art. 1321 c.c., ma ciò non esclude che un accordo avente contenuto meramente regolatorio non possa avere natura contrattuale, come, del resto, è pacificamente riconosciuto per la figura del contratto quadro o normativo.

⁽⁵¹⁾ Cfr. GUERRERA, *op. ult. cit.*, 1580, il quale precisa che «nella pacifica assenza di *entificazione* e, comunque, di *organizzazione formale* del gruppo, tali figure [i comitati infragruppo] non costituiscono organi (o articolazioni organizzative) *a rilievo esterno*, ma assumono il semplice valore di “modalità di svolgimento delle funzioni” attribuite ai componenti degli organi medesimi, nell'ambito delle rispettive società di appartenenza».

⁽⁵²⁾ GALGANO, *Il regolamento di gruppo nei gruppi bancari*, cit., 86 ss.

⁽⁵³⁾ GALGANO, *op. loc. cit.* Nel caso specifico analizzato dall'A. si trattava di un regolamento di un gruppo bancario, in relazione al quale, come già detto, l'art. 61, comma 4, TUB attribuisce alla

Per analoghe ragioni, anche i piani di accentramento di funzioni e servizi, spesso contemplati nei regolamenti e poi attuati attraverso specifici contratti c.d. di *service*, possono sollevare dubbi di legittimità.

Di là dai rischi connessi al trasferimento di attribuzioni patrimoniali indirette attraverso l'artificiale rigonfiamento dei corrispettivi dovuti per le prestazioni di servizi infragruppo⁽⁵⁵⁾, tali contratti potrebbero avere l'effetto di trasferire le funzioni nevralgiche di gestione dell'impresa da una società all'altra.

Se la conclusione di contratti di servizi risponde all'esigenza di unificare e coordinare alcune funzioni che, ove svolte per l'intero gruppo, permettano di creare una maggiore integrazione a livello operativo e di beneficiare sul piano economico dei vantaggi che possono derivare da una razionalizzazione delle varie attività, la conclusione di tali contratti incontra sempre come limite invalicabile il principio di esclusività della gestione e responsabilità per la gestione degli amministratori (arg. ex artt. 2380-*bis* e 2364, comma 1, n. 5), c.c.). Infatti, un contratto di servizi avente ad oggetto funzioni gestorie proprie dell'organo amministrativo produrrebbe larvamente i medesimi effetti di un contratto di dominazione, con la differenza che in questo caso gli amministratori non sarebbero supinamente vincolati alle decisioni assunte *aliunde*, ma sarebbero formalmente esautorati dalle loro funzioni che - sotto forma di "servizi" - verrebbero resi dalla capogruppo o da un'altra società del gruppo⁽⁵⁶⁾.

capogruppo il potere/dovere di emanare «disposizioni alle componenti del gruppo per l'esecuzione delle istruzioni impartite dalla Banca d'Italia nell'interesse della stabilità del gruppo». Tuttavia - si sottolinea - come tale potere sia circoscritto alle sole istruzioni impartite dalla Banca d'Italia nell'interesse della stabilità del gruppo e che, di conseguenza, non possa estendersi al di là di tali specifiche ipotesi.

⁽⁵⁴⁾ Al riguardo si v. anche la decisione del Tribunale di Biella del 12 marzo 2007, in *Giur. comm.*, 2010, 287, con nota di RIVARO. In un giudizio promosso dai soci di minoranza della eterodiretta avverso la delibera consiliare con cui era stato approvato il regolamento di gruppo, il Tribunale ha respinto tutti i motivi di impugnazione proposti (incompatibilità del regolamento con lo statuto sociale, violazione dell'art. 61, comma 4, TUB e dell'art. 2380-*bis* c.c.) e ha riconosciuto la validità di un regolamento di gruppo in cui era contenuta una clausola concernente l'obbligo per la società di attenersi alle disposizioni della capogruppo. Tuttavia, le conclusioni cui perviene il Giudice destano qualche perplessità in quanto - riconosciuta la validità di tale regolamento - se ne escludono gli effetti vincolanti in considerazione del fatto che la società controllante «non ha strumenti coercitivi per ottenere che essi [gli amministratori della eterodiretta] pongano effettivamente in essere atti di gestione in esecuzione delle istruzioni impartite».

⁽⁵⁵⁾ Su cui, *infra*, cap. IV.

⁽⁵⁶⁾ Un caso simile è stato posto all'attenzione del Tribunale di Milano (sent. 25 marzo 2013 reperibile su www.giurisprudenzadelleimprese.it) innanzi al quale - in un giudizio di impugnativa della delibera di

Infine, per quanto concerne l'individuazione dell'organo competente a recepire il regolamento di gruppo, l'opinione prevalente ritiene che sia l'organo amministrativo⁽⁵⁷⁾, anche se, con riferimento specifico alle società per azioni, nella prospettiva suggerita da un autore circa i «poteri gestori non scritti dell'assemblea»⁽⁵⁸⁾ si è sostenuta la necessità dell'intervento dell'assemblea a fronte di operazioni che per la loro rilevanza economica e per il loro impatto sull'assetto sociale siano tali da determinare una modifica rilevante della struttura aziendale e societaria, quali, ad esempio, la trasformazione della società operativa in *holding*, il contratto di dominio stipulato fra controllante italiana e controllata tedesca o portoghese⁽⁵⁹⁾, il contratto di coordinamento gerarchico⁽⁶⁰⁾.

È chiaro come la questione circa la natura (e di conseguenza gli effetti) del regolamento di gruppo e quella relativa ai limiti di legittimità del contenuto dell'atto siano strettamente correlate ai soggetti competenti a recepirlo.

Le soluzioni condivise sulla natura, funzioni e contenuto dei regolamenti infragruppo portano ad escludere che essi rientrino fra quelle «operazioni ibride

approvazione del bilancio - è stata sollevata in via preliminare una domanda di nullità di un contratto di servizi concluso fra controllata e controllante per violazione dell'art. 2380-*bis*, c.c. Tuttavia, sulla base del tenore letterale delle clausole contrattuali, che «si limita[no] a prevedere l'obbligo della controllante di prestare determinati servizi di "assistenza" e "consulenza strategica e direzionale" e l'obbligo per la controllata di pagare un corrispondente prezzo forfettariamente determinato, senza invece prevedere alcun obbligo per gli amministratori o la società di conformarsi ad altrui indicazioni», il Tribunale ne ha escluso l'invalidità. In particolare, si è specificato che: «quand'anche il concreto svolgersi del rapporto tra controllante e controllata dovesse (in via di mera ipotesi) risultare di fatto improntato a forme di cessione della sovranità, è certamente da escludere che un tale (eventuale) esito possa reputarsi legittimamente conseguente alla stipula del contratto in oggetto, da escludere dunque già in astratto la possibilità di ricondurre le concrete contestazioni dell'attore ad un vizio genetico inerente l'oggetto del menzionato contratto». Sembrerebbe dunque che il Tribunale, pur non avendo ritenuto fondata, nel caso di specie, la domanda di invalidità del contratto di servizi sulla base del tenore letterale dello stesso, non abbia escluso a priori l'eventuale illegittimità di un contratto di servizi che abbia quali effetti giuridici (e non meramente fattuali in relazione alla modalità concrete di esecuzione) quello di determinare una cessione di sovranità di una società ad un'altra. In ogni caso, il limite principale della pronuncia in esame appare dato dal fatto che il Giudice ha superato la questione di nullità sulla base del semplice tenore letterale del contratto, senza tenere conto del canone di interpretazione di cui all'art. 1362 c.c. che dispone espressamente di «non limitarsi al senso letterale delle parole» ma di «indagare la comune intenzione delle parti» valutando anche il loro comportamento *posteriore* alla conclusione del contratto.

⁽⁵⁷⁾ SBISÀ, *op. cit.*, 27; GUERRERA, *op. ult. cit.*, 1584.

⁽⁵⁸⁾ PORTALE, *Rapporto fra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione*, cit., 27.

⁽⁵⁹⁾ Si ricorda, infatti, che il contratto di dominazione può riguardare anche una società italiana laddove la legge applicabile ai rapporti controllante-controllata ammetta tale negozio (cfr. art. 26, comma 2, lett. a d.lgs. 127/1991; § 291 ss. *AktG*; artt. 493 ss. *cod. soc. com.*).

⁽⁶⁰⁾ PORTALE, *op. cit.*, 30.

che, *pur incidendo anche sulla struttura organizzativa della società*, hanno una forte componente gestorio-finanziaria»⁽⁶¹⁾.

Se si parte dal presupposto che l'attività di direzione e coordinamento è una fisiologica conseguenza dell'influenza dominante che può esercitare la società che si trova in posizione di controllo, la cui disciplina sostanziale è imposta dalla legge, il regolamento di gruppo, che ha la sola funzione di stabilire le regole procedurali in cui si articola tale attività, non è che un mero atto di organizzazione dell'attività di impresa, che - come tale - spetta all'organo amministrativo.

Una deroga può forse esistere nel caso già accennato in cui il regolamento di gruppo, in assenza di qualsivoglia relazione di controllo, funga da atto costitutivo di un gruppo fra più società. In questa circostanza occorre distinguere fra società di vertice e società che si sottopongono alla direzione unitaria.

Nella seconda ipotesi, posto che a tutela dei soci delle eterodirette è espressamente prevista la possibilità di recesso qualora l'adesione al gruppo comporti una alterazione delle condizioni di rischio dell'investimento, sembra potersi escludere la necessità dell'intervento dell'assemblea.

Diversa, invece, la situazione della società di vertice.

Innanzitutto, la lettera della legge non prevede un'analoga possibilità di recesso all'inizio dell'attività di direzione e coordinamento per i soci della capogruppo, così come stabilito per i soci delle società dirette. Inoltre, tale attività potrebbe essere esercitata in modo esclusivo o prevalente e incidere così sull'oggetto sociale, oltre ad esporre la società a responsabilità ai sensi dell'art. 2497 c.c. Per tali ragioni - limitatamente a tale ipotesi - si è sostenuta la necessità sia di un'apposita clausola statutaria per l'esercizio di tale attività, sia di un coinvolgimento dell'organo assembleare⁽⁶²⁾.

⁽⁶¹⁾ PORTALE, *op. cit.*, 26.

⁽⁶²⁾ G. SCOGNAMIGLIO, *Motivazione delle decisioni*, cit., 781. Si v. anche TOMBARI, *supra*, nt. 26, il quale in relazione ad un contratto costitutivo di un gruppo verticale, non distinguendo fra società di vertice e società eterodirette, postula in ogni caso, sia per la s.r.l. - ai sensi dell'art. 2479, comma 2, n. 5 e comma 4 - sia per la s.p.a., la necessità di una deliberazione dell'organo assembleare.

In sintesi, si può concludere che, nell'ampio spazio lasciato all'autonomia privata nella gestione dei rapporti fra le varie società del gruppo, sono ammissibili tanto i contratti istitutivi di un gruppo, quanto gli atti - come i regolamenti infragruppo - diretti a definire l'architettura interna e le funzioni delle varie componenti del gruppo e, ancora, i contratti che, allo scopo di ottimizzare le risorse e i costi connessi alle varie attività, accentrino in capo ad una società lo svolgimento di funzioni ausiliarie da esercitarsi a favore delle altre società del gruppo.

Il limite di tutte le ipotesi illustrate è dato dal rispetto delle norme imperative sulla gestione dell'impresa, in quanto le forme di organizzazione accentrata del gruppo non possono spingersi sino ad esautorare gli organi amministrativi delle eterodirette dalle proprie funzioni.

Questo confine trova la propria ragione giustificatrice nel rapporto biunivoco fra gestione sociale e responsabilità degli amministratori su cui si fonda la struttura delle società di capitali e che, in assenza di chiare e precise disposizioni di segno contrario, non può ritenersi derogato nell'ambito dei gruppi.

CAPITOLO IV

I CONTRATTI DI SERVIZI INFRAGRUPPO

1. Premessa – 2. I principi contenuti nella disposizione dell'art. 2497, comma 1 c.c. come limiti inderogabili per l'esercizio legittimo dell'attività di direzione e coordinamento - 2.1. *Il divieto di agire nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui* - 2.2. *Il rispetto dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale* - 3. Gli interessi tutelati - 4. Le cause di esclusione della responsabilità – 4.1. *La mancanza del danno alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento e l'integrale eliminazione del danno* – 4.2. *Il meccanismo della compensazione: argomenti a supporto della necessità di un vantaggio congruo, proporzionato ed effettivo* – 5. I contratti infragruppo e il problema dell'equilibrio economico delle prestazioni – 6. L'azione di responsabilità ex art. 2497 c.c. e i limiti della tutela rimediale – 7. La (possibile) invalidità dei contratti infragruppo conclusi in violazione dell'art. 2497 c.c. - 7.1. - *La nullità sopravvenuta dei contratti infragruppo in assenza di vantaggi compensativi* - 7.2. - *Nullità del contratto concluso dalla società e legittimazione attiva del socio* - 8. Nullità, risarcimento e sistema.

1. Premessa

Si è posto in luce come il gruppo di imprese si articoli in una pluralità di società giuridicamente autonome che svolgono la loro attività come componenti di un unitario centro di organizzazione economica-imprenditoriale⁽¹⁾.

Tale forma di organizzazione, che caratterizza l'impresa medio-grande del nostro tempo, ha avuto notevole fortuna proprio in ragione del fatto che, da una parte, permette di beneficiare dei vantaggi derivanti dalla autonomia giuridica delle singole società che compongono il gruppo (si pensi alla frammentazione della responsabilità patrimoniale per l'esercizio delle diverse attività) e, dall'altra, consente di raggiungere risultati più efficienti sul piano economico e una maggior competitività sul mercato: ciò in ragione dell'accorpamento di diverse attività dirette secondo una logica imprenditoriale unitaria e della condivisione di servizi che altrimenti sarebbero gestiti separatamente.

⁽¹⁾ SBISÀ, Art. 2497. Responsabilità. Commento ai commi 1-2, c.c., in *Direzione e coordinamento di società*, artt. 2947-2947-septies c.c., a cura di Sbisà, in *Commentario Marchetti-Bianchi-Ghezzi-Notari*, Milano, 2012, 5.

Nei gruppi è frequente che le diverse società stipulino fra loro contratti di vario tipo: di tesoreria accentrata⁽²⁾, di consulenza e prestazione di servizi, di fornitura, di appalto.

Non di rado gli scambi infragruppo avvengono a valori diversi da quelli di mercato: se, da una parte, ciò permette di sfruttare al meglio le sinergie di gruppo, mediante lo spostamento di risorse fra le varie società laddove risulti più conveniente, dall'altra tali pratiche sollevano dubbi di legittimità⁽³⁾.

Occorre dunque verificare se e quando la conclusione di contratti fra società di un gruppo, a prezzi e condizioni difformi da quelli di mercato, possa ritenersi illecita alla luce della disciplina di cui all'art. 2497 c.c.

In particolare, si tratta di stabilire in che circostanze ed oltre quali limiti la previsione di corrispettivi fuori mercato nell'ambito di operazioni infragruppo imposte dalla capogruppo integri una forma di abuso di direzione unitaria. In tali casi occorrerà valutare se, accanto alla tutela rimediale offerta dall'art. 2497 c.c., non sia anche possibile configurare a favore dei soci esterni e dei creditori della eterodiretta una tutela reale, diretta a caducare definitivamente gli effetti dei

(2) Si v. Trib. Milano, 10 novembre 2014, *Garutti e altri c. Smurfit Kappa Holdings Italia S.p.A.*, reperibile su www.giurisprudenzadelleimprese.it, il quale, in relazione ad un accordo di tesoreria accentrata concluso fra le varie società del gruppo, ha affermato: «Il cash pooling, che prevede che le singole società stipulino singoli contratti di conto corrente con la società pooler che ha stipulato un contratto di conto corrente con un'azienda di credito su cui fa confluire, di norma giornalmente, tutti i movimenti che transitano per i conti correnti delle singole società, in sé non è una scelta contraria a principi di corretta gestione, ma risponde ad esigenze di efficiente gestione della tesoreria aziendale con riguardo ai rapporti tra le società del gruppo e gli istituti di credito».

(3) Tali dubbi rilevano non solo in ambito civilistico, ma anche in materia tributaria: si pensi al problema del c.d. *transfer pricing*, con cui si indica il procedimento volto a determinare il prezzo di beni o servizi nelle operazioni infragruppo al fine di evitare che si eluda l'imposizione fiscale mediante l'individuazione di una giurisdizione a minor impatto fiscale cui far confluire gli utili grazie a scambi con la società del gruppo estera a prezzi difformi da quelli "normali" di mercato. La disciplina in materia è contenuta nell'art. 110, comma 7, TUIR il quale dispone che: «I componenti del reddito derivanti da operazioni con società non residenti nel territorio dello Stato, che direttamente o indirettamente controllano l'impresa, ne sono controllate o sono controllate dalla stessa società che controlla l'impresa, sono valutati in base al valore normale dei beni ceduti, dei servizi prestati e dei beni e servizi ricevuti, determinato a norma del comma 2, se ne deriva aumento del reddito;...». L'art. 110, comma 2, TUIR rinvia per la determinazione del valore normale di beni e servizi all'art. 9, il quale al comma terzo dispone che: «Per valore normale, salvo quanto stabilito nel comma 4 per i beni ivi considerati, si intende il prezzo o corrispettivo mediamente praticato per i beni e i servizi della stessa specie o similari, in condizioni di libera concorrenza e al medesimo stadio di commercializzazione, nel tempo e nel luogo in cui i beni o servizi sono stati acquisiti o prestati, e, in mancanza, nel tempo e nel luogo più prossimi. Per la determinazione del valore normale si fa riferimento, in quanto possibile, ai listini o alle tariffe del soggetto che ha fornito i beni o i servizi e, in mancanza, alle mercuriali e ai listini delle camere di commercio e alle tariffe professionali, tenendo conto degli sconti d'uso. Per i beni e i servizi soggetti a disciplina dei prezzi si fa riferimento ai provvedimenti in vigore».

contratti infragruppo stipulati in violazione dei limiti imposti dall'art. 2497 c.c. all'attività di direzione e coordinamento.

Prima di procedere a vagliare questa ipotesi, è opportuno prendere le mosse dall'esame della disposizione di cui all'art. 2497 c.c., al fine di individuare le condizioni imposte dal legislatore per il legittimo esercizio dell'attività di direzione e coordinamento.

2. I principi contenuti nella disposizione dell'art. 2497, comma 1, c.c. come limiti inderogabili per l'esercizio legittimo dell'attività di direzione e coordinamento

L'art. 2497, comma 1, c.c. stabilisce che la società o l'ente che, nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento di società, agisce nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria o imprenditoriale delle società stesse, è direttamente responsabile nei confronti dei soci di queste ultime per il pregiudizio arrecato alla redditività e al valore della loro partecipazione, nonché verso i creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società.

Come è noto, questa previsione costituisce un modello di disciplina per clausole generali⁽⁴⁾.

Tale scelta legislativa, seppur non esente da critiche per il contenuto vago e indeterminato della norma⁽⁵⁾, è ritenuta giustificata dalla necessità di mediare fra

(4) Sui rischi e le incertezze che derivano da un sistema normativo costruito su clausole generali si v., IRTI, *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 11 ss., 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». ID., *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 987; ID. *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, I, 36 ss. in cui si rileva come la crisi della fattispecie sia dovuta allo «spostarsi dei criteri di decisione giudiziaria al di sopra della legge. (...) nel salire dal diritto ai valori». Le tesi dell'autore possono vedersi anche in: *Diritto senza verità*, Roma-Bari, 2011; *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, 2007; *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2005.

(5) Cfr. fra gli altri ENRIQUES, *Scelte pubbliche e interessi particolari nella riforma delle società di capitali*, in *Mercato concorrenze e regole*, 2005, 190.

la dinamica dei rapporti commerciali e dello stesso fenomeno dei gruppi⁽⁶⁾ e la staticità delle regole giuridiche⁽⁷⁾.

Per tale ragione, la fattispecie di cui all'art. 2497, comma 1, c.c. è stata incentrata sulla clausola aperta che individua come fondamento della responsabilità «la violazione dei principi di corretta gestione imprenditoriale e societaria» che, come sottolineato nella Relazione ministeriale al d.lgs. 6/2003, «spetterà a dottrina e giurisprudenza individuare e costituire (...) e ovviamente, in concreto, dottrina e giurisprudenza non potranno non tener conto delle infinite variabili e dell'incessante evoluzione economica ed operativa».

In ogni caso, lungi da essere una norma in bianco, l'art. 2497 c.c. «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”»⁽⁸⁾.

In particolare, l'art. 2497, comma 1, c.c., da cui si evince la legittimità dell'attività di direzione e coordinamento di società, fissa dei limiti precisi all'esercizio di tale potere, la violazione dei quali fa sorgere una responsabilità diretta di chi esercita la direzione unitaria verso i soci e i creditori della società controllata per il danno indiretto (perdita di redditività o valore della partecipazione o lesione all'integrità del patrimonio sociale) da questi ultimi sofferto.

2.1. Il divieto di agire nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui

Il conflitto di interessi fra le varie società del gruppo è un aspetto connaturato alla struttura stessa del fenomeno e non è infrequente che la capogruppo possa essere

⁽⁶⁾ Per la stessa ragione il legislatore della riforma non ha introdotto una nozione di “gruppo di società”; nella Relazione ministeriale al d.lgs. 6/2003 si legge, infatti, che non si è ritenuto opportuno introdurre una definizione legislativa del fenomeno, poiché «qualunque nuova nozione si sarebbe dimostrata inadeguata all'incessante evoluzione della realtà sociale, economica e giuridica».

⁽⁷⁾ 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 26.11.2015. Sull'opportunità di una regolamentazione dei gruppi per principi e clausole generali, confortata dal dato comparatistico offerto dall'esperienza giuridica tedesca che, al contrario, prevede una disciplina rigida e analitica del gruppo contrattuale, G. SCOGNAMIGLIO, “*Clausole generali, principi di diritto e disciplina dei gruppi di società*”, in *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, 2011, 579 ss.

⁽⁸⁾ G. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 582.

portatrice di interessi non omogenei con l'interesse sociale delle eterodirette. Per evitare che chi si trovi in condizioni di esercitare l'attività di direzione e coordinamento abusi del proprio potere per perseguire interessi propri o altrui, il legislatore delegato ha previsto quale primo elemento costitutivo della fattispecie di responsabilità il perseguimento di interessi estranei a quelli del gruppo e delle singole società che lo compongono.

Bisogna precisare che la fattispecie di cui all'art. 2497 c.c. esclude la 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».

Da ciò si evince che l'art. 2497 c.c. sanziona come illegittima l'attività di direzione e coordinamento piegata a favorire l'interesse particolare della capogruppo o di altri soggetti solo quando questa rechi un pregiudizio alle società dirette, mentre ammette la possibilità che la controllante agisca nel proprio interesse, purché così facendo non rechi danno alle controllate o elimini integralmente il danno eventualmente cagionato.

Secondo il tenore letterale della norma, l'ambito della responsabilità sarebbe limitato alle sole ipotesi in cui la capogruppo agisca nell'«interesse *imprenditoriale* proprio o altrui», con la conseguenza che non rilevarebbe il perseguimento di interessi di altra natura come, ad esempio, il compimento di un'operazione al fine di soddisfare l'interesse personale di un amministratore della capogruppo.

Benché in dottrina tenda a prevalere un'interpretazione della norma fedele al dato letterale⁽⁹⁾, sulla base dell'argomento teleologico non si è escluso che l'agire della capogruppo per il perseguimento di interessi privati e personali si ponga fuori dal campo di applicazione della norma⁽¹⁰⁾.

⁽⁹⁾ CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Riv. soc.*, 2003, 1242; BUSSOLETTI-LA MARCA, *Gruppi e responsabilità da direzione unitaria*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, I, 120.

⁽¹⁰⁾ Cfr. IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2005, 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 seconda dei casi, trattamenti opposti». VALZER, *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da Abbadessa e Portale, 3, Torino, 2007, 852, ravvisa nella «docuzione (interesse imprenditoriale proprio o altrui) la

In particolare, il senso della 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»⁽¹¹⁾.

Si è rilevato, inoltre, come tale interpretazione appaia confortata dall'art. 19, comma 6, d.l. n. 78 del 2009, convertito con modificazioni, in l. n. 102/2009: la norma precisa che, ai fini dell'applicazione dell'art. 2497 c.c., per enti «si intendono i soggetti giuridici collettivi, diversi dallo Stato» e pone quale unica condizione la circostanza che essi detengano «la partecipazione sociale nell'ambito della propria attività imprenditoriale ovvero per finalità di natura economica o finanziaria». Di conseguenza, si è affermato che «l'interesse imprenditoriale, oltre a non essere un elemento costitutivo della responsabilità, ma un elemento esterno alla fattispecie, non è neppure previsto come requisito dell'attività di direzione e coordinamento»⁽¹²⁾.

Nonostante il dato testuale appaia fuorviante, l'ipotesi interpretativa da ultimo illustrata appare preferibile; né vale a confutarla il rilievo che la violazione dei principi di corretta gestione per il perseguimento di interessi non imprenditoriali costituirebbe un abuso più grave e come tale dovrebbe essere soggetto a una sanzione diversa dalla mera responsabilità risarcitoria prevista dall'art. 2497 c.c.⁽¹³⁾. Al riguardo, si è correttamente precisato che la previsione di ulteriori e più gravi sanzioni non impedisce di per sé, ferma l'esclusione di una duplicazione delle poste risarcitorie, l'applicazione della regola generale fissata dall'art. 2497 c.c.⁽¹⁴⁾.

delimitazione dell'area di rilevanza per cui è funzionale e lecito l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento».

⁽¹¹⁾ In tal senso, SBISÀ, *op. cit.*, 46. Sulla nozione di «interesse imprenditoriale» si v. diffusamente GALGANO-SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società. Art. 2497-2497-septies*, in *Commentario Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna, 2014, 65 ss.

⁽¹²⁾ Così, SBISÀ, *op. cit.*, 73.

⁽¹³⁾ In tal senso si è espresso, invece, CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, cit., 1242 e ID., *Commento agli artt. 2497-2497-septies*, in *Società di capitali*, a cura di Niccolini-Stagno d'Alcontres Napoli, 2004, 1863.

⁽¹⁴⁾ SBISÀ, *op. cit.*, 46.

Alla luce di quanto argomentato, appare più convincente la tesi secondo cui, quando vengono violate le regole di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società coordinate e dirette, vi è responsabilità *ex art. 2497 c.c.*, quale che sia l'interesse perseguito dalla capogruppo.

2.2. Il rispetto dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale

Il rispetto dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società eterodirette costituisce il parametro in base al quale valutare la legittimità dell'attività di direzione unitaria e segna, di conseguenza, il limite all'esercizio di tale potere.

Pertanto, dall'art. 2497 c.c., da cui si deduce il definitivo riconoscimento a livello legislativo dell'attività di direzione e coordinamento⁽¹⁵⁾, può evincersi la seguente regola: l'attività di direzione e coordinamento è lecita fintantoché non vengono violati i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società sottoposte.

Il duplice riferimento ai principi di correttezza societaria e imprenditoriale, benché da taluni sia stato considerato una semplice endiadi, manifesta l'intenzione del legislatore di utilizzare quale criterio di valutazione della direzione unitaria esercitata dalla capogruppo ogni aspetto dell'attività organizzata secondo il modello del gruppo, tenendo presenti tanto i principi che presiedono alla corretta gestione delle singole società che lo compongono, quanto quelli relativi alla corretta gestione del gruppo nel suo complesso, quale centro unitario di organizzazione economica e imprenditoriale⁽¹⁶⁾.

La clausola generale, da una parte, impone alla capogruppo di astenersi da emanare direttive contrastanti con gli obblighi che la legge e lo statuto impongono agli amministratori delle società coordinate e dirette⁽¹⁷⁾, nonché di

⁽¹⁵⁾ Cfr., TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, 2010, 12.

⁽¹⁶⁾ Cfr., GALGANO-SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, cit., 193 ss.; SBISÀ, *op. cit.*, 47 ss. e G. SCOGNAMIGLIO, "Clausole generali", cit., 590 ss.

⁽¹⁷⁾ Un'elencazione analitica di tutti gli adempimenti richiesti agli amministratori nello svolgimento dell'attività sociale sarebbe impossibile: cfr. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, 230-231, il quale, nel tentare una classificazione dei tanti adempimenti cui sono tenuti gli amministratori di una società indipendente, definisce la propria analisi «necessariamente disorganica e

rispettare gli assetti organizzativi, amministrativi e contabili di ciascuna società⁽¹⁸⁾; dall'altra, obbliga la capogruppo a garantire un assetto organizzativo adeguato e ad adottare piani e strategie che garantiscano un contemperamento fra gli interessi del gruppo nel suo insieme e quelli delle singole società che lo compongono.

I principi di corretta gestione societaria sono quindi posti a presidio degli interessi delle società appartenenti al gruppo e, *in primis*, a salvaguardia dell'autonomia soggettiva («principio di salvaguardia della separatezza dei soggetti»⁽¹⁹⁾), nonché del valore del patrimonio sociale di ciascuna di esse: sarebbero vietati, ad esempio, gli atti di confusione patrimoniale o l'utilizzo di risorse di una società a favore di un'altra⁽²⁰⁾.

Il richiamo ai principi di corretta gestione imprenditoriale ha, invece, lo scopo di estendere a una sfera più ampia di quella relativa agli interessi delle singole società la valutazione circa il corretto esercizio della direzione unitaria: infatti, se si considerassero solo le «regole concernenti la gestione societaria della società coordinata e diretta, qualunque azione od omissione tesa a perseguire un interesse diverso da quello suo proprio sarebbe fonte di responsabilità. Mentre la seconda preposizione del comma 1 dell'art. 2497 c.c. fa capire che non sempre, e non necessariamente, è illecito il perseguimento di un interesse di gruppo...»⁽²¹⁾.

In sintesi, 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

incompleta». Più recentemente, alla luce della riforma, BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004, 161, ribadisce esplicitamente che «tali e tanti sono gli adempimenti ai quali gli amministratori sono tenuti nello svolgimento dell'attività sociale, che una completa elencazione sarebbe impossibile e probabilmente poco utile».

⁽¹⁸⁾ Si pensi alla richiesta della capogruppo di modificare il verbale di una riunione del c.d.a. affinché risulti autorizzata un'operazione non deliberata, con l'intesa di ratificarla in un secondo momento. Si v. per ulteriori esempi SBISÀ, *op. cit.*, 49.

⁽¹⁹⁾ La definizione è di G. SCOGNAMIGLIO, "Clausole generali", *cit.*, 593.

⁽²⁰⁾ G. SCOGNAMIGLIO, *op. loc. cit.* Come è stato recentemente sottolineato dalla giurisprudenza (Trib. Milano, 10, novembre, 2014, *cit.*): «l'autonomia soggettiva e patrimoniale di ciascuna delle società parte di un gruppo e l'autonomia e il dovere di fedeltà a cui sono tenuti gli amministratori di società, pongono in capo a questi ultimi l'obbligo di perseguire in primo luogo l'interesse della singola società, che non può essere illegittimamente sacrificato a quello di gruppo».

⁽²¹⁾ SBISÀ, *op. cit.*, 50.

l'attuazione di un programma imprenditoriale unitario, senza pregiudizio per i singoli e, in particolare, i soci di minoranza e i creditori delle eterodirette⁽²²⁾.

3. Gli interessi tutelati

Se i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale costituiscono i parametri in base ai quali valutare l'agire della capogruppo, la loro violazione rileva nel momento in cui essa reca un danno agli interessi dei soci di minoranza e dei creditori sociali.

In particolare, i beni protetti dalla norma sono costituiti dalla redditività e dal valore della partecipazione sociale e, nell'interesse dei creditori, dall'integrità del patrimonio della società.

Ne consegue che le politiche di gestione del gruppo non possono pregiudicare l'attività della singola società dipendente la quale, seppur in condizioni differenti rispetto ad una "società atomo", deve poter perseguire l'obiettivo di creare valore e generare ricavi⁽²³⁾.

Per tale ragione, una attività di direzione unitaria che impedisca a una delle società di operare come un autonomo centro di profitto sarebbe senz'altro illegittima. Così, in una recente pronuncia⁽²⁴⁾, il Tribunale di Milano ha ritenuto abusiva e, quindi, fonte di responsabilità *ex art. 2497 c.c.*, la politica di gestione della controllante che, nell'esercizio del suo potere di direzione, aveva trasferito l'attività sino a quel momento svolta da una controllata a favore di un'altra società sottoposta alla stessa direzione di vertice. Il Tribunale ha affermato, infatti, che questa operazione di storno del *core business* «non possa essere riguardata alla stregua di una mera - e insindacabile - diversa allocazione di risorse e oneri

⁽²²⁾ L'art. 10, lett. a), della legge delega 3 ottobre 2001 stabiliva quali principi e criteri direttivi «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».

⁽²³⁾ Si legge infatti nella Relazione al d.lgs. 6/2003 che «il limite all'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, limite che ne riconosce la legittimità di base e tiene presente e non penalizza i legittimi interessi di chi la esercita, è apparso dovesse essere costituito dal rispetto dei valori essenziali del "bene" partecipazione sociale, bene che la legge individua nella partecipazione al: "esercizio in comune di una attività economica al fine di dividerne gli utili" (art. 2247, c.c.). Questi valori da proteggere e tutelare possono dunque individuarsi nei principi di continuità dell'impresa sociale, redditività e valorizzazione della partecipazione sociale».

⁽²⁴⁾ Trib. Milano, 18 dicembre 2015, *RG Holding s.r.l. e Finanziaria Cinema s.r.l. c. Mondo TV s.p.a. e altri*, reperibile su www.giurisprudenzadelleimprese.it.

infragruppo, ma abbia costituito il risultato della scelta gestoria ... che ebbe di fatto a causare l'annichilimento imprenditoriale [della eterodiretta] e quindi l'annullamento del valore in essa delle partecipazioni» dei soci di minoranza, i quali «non potettero opporvisi, in quanto né erano soci ai più alti livelli della catena di controllo, né quindi esprimevano... componenti degli organi sociali in grado di influire su tali atti di direzione infragruppo».

In ogni caso, non pregiudicare la redditività e il valore della partecipazione sociale non significa assicurare in concreto la produzione di utili o la loro distribuzione.

La capacità reddituale di una società dipende, infatti, da una serie di fattori e variabili, quali, ad esempio, la capacità dei gestori dell'impresa, la situazione di mercato e la congiuntura economica. La decisione di non distribuire utili, assunta dalla capogruppo quale socio di maggioranza, se disposta in funzione di programmi imprenditoriali della società che li ha prodotti, «si traduce in un suo incremento patrimoniale e quindi in un rafforzamento del valore della partecipazione», tant'è che il legislatore, nell'individuare il bene da tutelare nell'interesse dei soci di minoranza, fa riferimento sia alla «redditività», sia al «valore» della partecipazione: concetti fra loro complementari che devono essere considerati congiuntamente nel valutare l'eventuale pregiudizio prodotto da una decisione della capogruppo⁽²⁵⁾.

Inoltre, come ha avuto modo di precisare la giurisprudenza⁽²⁶⁾ in una controversia in cui i soci di minoranza avevano contestato quale illegittimo esercizio dell'attività di direzione unitaria la «costante ed irragionevole strategia di accantonamento degli utili di esercizio» diretta a permettere alla controllante di drenare risorse finanziarie alla società controllata, «la mancata distribuzione di utili non può costituire il fondamento di una richiesta di risarcimento del danno al valore o alla redditività della partecipazione causata dall'illegittimo esercizio del potere di direzione e coordinamento da parte della controllante che sia socio di maggioranza»: infatti, «sul piano del diritto occorre considerare per un verso che... il socio non ha diritto alla distribuzione di dividendi. La società e in

⁽²⁵⁾ Cfr. SBISÀ, *op. cit.*, 51 ss., di cui si riporta il testo fra virgolette.

⁽²⁶⁾ Trib. Milano, 2 febbraio 2012, *Gavazzzi e altri c. Policlinico S. Donato S.p.a. e altri*, reperibile su www.giurisprudenzadelleimprese.it.

particolare l'assemblea ha un potere sovrano in proposito. (...) Ciò significa, anzitutto, che il socio di minoranza della società controllata non può censurare sub specie di illecito esercizio dell'attività di direzione e coordinamento una decisione che è di stretta competenza dell'assemblea della medesima società, quando, come in questo caso, il controllo sussiste in ragione di una partecipazione maggioritaria»⁽²⁷⁾.

Comporterebbe invece la violazione dei principi di corretta gestione l'imposizione di operazioni che abbiano l'effetto di drenare risorse a una società nell'interesse della controllante, di altre società del gruppo o di terzi, senza la previsione di alcuna operazione di segno opposto diretta a compensare il pregiudizio arrecato.

Pertanto, a titolo esemplificativo, sarebbe fonte di responsabilità *ex art. 2497 c.c.* la stipulazione di contratti di finanziamento, di contratti di consulenza amministrativa e/o contabile, nonché di contratti di vendita o fornitura di servizi, a condizioni difformi da quelle di mercato, allo scopo di trasferire gli utili prodotti da una società ad un'altra o alla stessa capogruppo⁽²⁸⁾.

Peraltro, a prescindere dalla sussistenza di vantaggi compensativi, non sempre un contratto concluso a condizioni incompatibili con quelle di mercato è per ciò stesso pregiudizievole per la eterodiretta e fonte di responsabilità della capogruppo *ex art. 2497 c.c.* Si è visto, infatti, come l'idoneità di un'operazione a produrre un danno rilevante *ex art. 2497 c.c.* debba valutarsi con riferimento agli interessi esterni a quelli del socio di comando.

Sulla base di tale premessa, il Tribunale di Milano⁽²⁹⁾ ha ritenuto conforme ai principi ricavabili dall'art. 2497 c.c. una politica di gruppo mediante la quale più società, tutte riferibili ad un unico socio che le controlla interamente detenendone per intero il capitale, «siano dal soggetto controllante sostanzialmente deputate a svolgere il ruolo di articolazioni della medesima attività di impresa». In particolare,

⁽²⁷⁾ Il tribunale specifica che in caso di abusivo esercizio del voto in assemblea da parte del socio maggioritario, il socio di minoranza dovrà «qualora intenda ottenere tutela risarcitoria a mente dell'art. 2377, comma 4, c.c., spiegare un'azione che espliciti la relativa *causa petendi* – ovvero l'abuso di maggioranza da parte della società controllante – ed il relativo *petitum* – gli utili illecitamente non corrisposti».

⁽²⁸⁾ Si v. SBISA, *op. cit.*, 52; nonché gli ulteriori esempi prospettati da GALGANO-SBISÀ, *Direzione e coordinamento*, *cit.*, 188.

⁽²⁹⁾ Trib. Milano, 24 marzo 2015, *Direct People s.r.l. c. The DMC Holding Ag e altri*, reperibile su www.giurisprudenzadelleimprese.it.

è stato ritenuto ammissibile fra società sorelle un contratto di appalto senza corrispettivo, salvo il rimborso delle spese vive effettuato all'appaltatrice da parte della società beneficiaria, essendo irrilevante che la situazione di controllo totalitario muti poi con il subentro di nuovi soci (di minoranza) nella società appaltatrice⁽³⁰⁾. Nel caso di specie, infatti, stante il controllo totalitario delle eterodirette negli anni in cui il contratto aveva avuto esecuzione, tale operazione infragruppo non poteva di per sé dirsi abusiva poiché, da una parte, non vi erano soci di minoranza e, dall'altra, i creditori della eterodiretta erano garantiti dal fatto che l'integrità del patrimonio fosse assicurata dal rimborso dei costi.

In sintesi, come può evincersi dal caso da ultimo illustrato, la violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale deve essere valutata in concreto in relazione agli interessi dei creditori e dei soci esterni al gruppo e all'incidenza che su tali interessi, tutelati dall'art. 2497 c.c., producono le regole organizzative dello stesso gruppo e le operazioni dirette all'allocazione delle risorse infragruppo⁽³¹⁾.

Tuttavia, se da una parte sono stati posti limiti inderogabili all'esercizio della direzione unitaria, dall'altra, al duplice fine di incentivare il modello organizzativo dell'impresa di gruppo e di permettere alla società di vertice una gestione efficiente dello stesso, il legislatore ha previsto la possibilità di compensare i pregiudizi subiti da una società del gruppo a seguito di una determinata operazione con i vantaggi derivanti da altre operazioni previste nell'ambito dello stesso disegno imprenditoriale.

In tale prospettiva, la valutazione del danno che una singola operazione può arrecare a una eterodiretta non può esaurirsi nella valutazione dei soli effetti prodotti dalla stessa, ma deve essere effettuata alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento.

⁽³⁰⁾ In motivazione si è precisato, infatti, che «la liceità dell'attività di direzione e coordinamento deve essere valutata tenendo conto dell'assetto del gruppo nel momento in cui tale attività è effettivamente svolta ... posto che anche in ambito contrattuale la ricorrenza di un eventuale conflitto di interessi tra le parti deve apprezzarsi con riferimento al tempo del perfezionamento del negozio, restando irrilevanti le vicende successive».

⁽³¹⁾ Cfr., Trib. Milano, 24 marzo 2015, *cit.*, che conclude, infatti, nel senso che la scorrettezza della direzione unitaria debba «valutarsi in riferimento agli interessi esterni al gruppo che possano (o non possano) essere incisi dalle regole organizzative dello stesso gruppo quanto alla allocazione delle risorse infragruppo».

4. Le cause di esclusione della responsabilità

4.1. La mancanza del danno alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento e l'integrale eliminazione del danno

La seconda parte dell'art. 2497, comma 1, c.c., dispone 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».

Il legislatore, in tal modo, ha individuato due circostanze idonee ad escludere la responsabilità della capogruppo.

La prima, più che un'esimente - ossia un fatto idoneo, secondo la valutazione legislativa, a escludere l'illiceità di un determinata condotta - costituisce, in realtà, una prosecuzione della prima parte della norma, che individua i criteri in base ai quali valutare la condotta della capogruppo. Essa ha l'effetto di spostare il giudizio circa la responsabilità da direzione e coordinamento dalla singola operazione alla gestione del gruppo nel suo complesso.

Con tale previsione il legislatore ha accolto la nota teoria dei vantaggi compensativi⁽³²⁾. Tuttavia, l'ambiguità e la vaghezza del testo codificato non hanno permesso di chiarire come operi in concreto il meccanismo della compensazione e quali siano i criteri in base ai quali parametrare il pregiudizio derivante da un'operazione al vantaggio diretto a neutralizzarlo, tanto che il dibattito sul punto, sorto già prima della riforma, non si è ancora esaurito⁽³³⁾.

A differenza della prima circostanza contemplata dall'art. 2497, comma 1, ultima parte, c.c. nella quale – come si è detto – non sussiste il danno né, di conseguenza, l'illiceità della condotta della capogruppo, poiché la singola operazione di per sé pregiudizievole per la eterodiretta non risulta tale alla luce di una valutazione di sintesi di tutte le iniziative pianificate nell'ambito del programma imprenditoriale di gruppo, la seconda ipotesi di esclusione della

⁽³²⁾ Sull'elaborazione della teoria dei vantaggi compensativi e sulle varie interpretazioni al riguardo, si rinvia a quanto già accennato *supra* al cap. 1, §§ 2.3. e 3.2.

⁽³³⁾ Per una panoramica delle varie posizioni della dottrina a pochi mesi dalla riforma si v. *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi*, in *Giur. comm.*, 2002, I, 634 ss. Per una sintesi del dibattito prima e dopo la riforma cfr., SBISA, *op. cit.*, 55 ss.

responsabilità della capogruppo sussiste quando il danno cagionato alla società soggetta a direzione e coordinamento venga *ex post* «integralmente eliminato».

Si tratta, in sostanza, di una forma di sanatoria che si realizza attraverso un'attribuzione patrimoniale a carattere riparatorio a favore della parte danneggiata.

Se tale seconda circostanza non pone particolari problemi sul piano ermeneutico⁽³⁴⁾, resta la questione dell'interpretazione della disposizione che esclude la responsabilità quando il danno sia mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento.

4.2. Il meccanismo della compensazione: argomenti a supporto della necessità di un vantaggio congruo, proporzionato ed effettivo

Sono già state illustrate le varie posizioni dottrinali, nonché le soluzioni adottate dalla giurisprudenza in relazione al criterio dei vantaggi compensativi⁽³⁵⁾. Si tratta ora di stabilire, alla luce delle considerazioni sin qui svolte, quale sia l'opzione interpretativa più convincente.

La principale questione che sorge intorno alla formulazione dell'ultima parte dell'art. 2497, comma 1, c.c., che esclude la responsabilità «quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento», è se sia sufficiente una compensazione virtuale ovvero sia necessaria una compensazione effettiva e se la stessa debba essere rigidamente proporzionale. A ciò si aggiunge il problema di definire i limiti temporali entro cui far operare il meccanismo della compensazione e, di conseguenza, se rilevino esclusivamente i vantaggi attuali o se si debba tener conto anche dei vantaggi futuri.

Al riguardo, bisogna premettere che dal principio di adeguato contemperamento fra «l'interesse di gruppo, delle società controllate e dei soci di minoranza di quest'ultime», contenuto nella legge delega, discende, quale corollario, che la

⁽³⁴⁾ Cfr. SBISÀ, *op. cit.*, 54.

⁽³⁵⁾ Cfr. *supra* cap. 1, §§ 2.3. e 3.2.

politica di gruppo deve trovare necessariamente un limite nella tutela dell'interesse sociale delle singole eterodirette⁽³⁶⁾.

Tale limite dipende dalla stessa struttura economico-giuridica dei gruppi ove, all'unità sul piano economico, si contrappone la reciproca autonomia delle singole società con la conseguenza che, nel dare attuazione alle direttive della *holding*, gli amministratori devono preservare gli interessi della propria società, ancorché valutati nel contesto imprenditoriale di gruppo nella quale la stessa è inserita⁽³⁷⁾.

Queste conclusioni sembrano condivise anche da una delle corti di merito che maggiormente ha contribuito all'evoluzione della giurisprudenza in tema di gruppi di società, la quale, in considerazione del fatto che «l'orientamento giurisprudenziale e dottrinale ormai consolidato esclude (...) la sussistenza di un “superiore interesse di gruppo” tale da legittimare *indiscriminatamente* il sacrificio degli interessi di cui è portatrice ciascuna delle singole società che lo compongono», ha affermato che «l'autonomia soggettiva e patrimoniale di ciascuna delle società parte di un gruppo e l'autonomia e il dovere di fedeltà cui sono tenuti gli amministratori di società, pongono in capo a questi ultimi l'obbligo di perseguire in primo luogo l'interesse della singola società, che non può essere illegittimamente sacrificato a quello del gruppo»⁽³⁸⁾.

Ne deriva che, nell'ambito dell'attività di direzione e coordinamento, la singola operazione, ancorché dannosa per la società che la pone in essere, è giustificata se rispetto ad una politica economica generale di gruppo di medio e lungo termine, possa derivare alla stessa società un vantaggio tale da compensare il pregiudizio arrecato.

Ponendosi nella prospettiva degli amministratori di un'eterodiretta - ossia di coloro cui spetta in concreto la valutazione circa la legittimità delle direttive della

⁽³⁶⁾ Cfr. G. SCOGNAMIGLIO, “*Clausole generali*”, *cit.*, 603 ss.

⁽³⁷⁾ Sul ruolo che gli amministratori delle eterodirette hanno nel rapporto fra queste ultime e la capogruppo si v. *supra* cap. 2, § 2, dove si è condivisa la tesi che qualifica il rapporto fra organo amministrativo e capitale di comando quale mero rapporto di fatto fondato su un vincolo fiduciario, stante il voto determinante del socio di controllo nella determinazione dei componenti dell'organo gestorio, con la conseguenza che si esclude che la capogruppo abbia un potere giuridico di imporre alle controllate le proprie direttive: gli amministratori delle società coordinate e dirette non devono operare come *longa manus* della società di vertice, ma hanno prioritariamente il dovere di perseguire l'interesse della singola società cui sono preposti.

⁽³⁸⁾ Trib. Milano, 10 novembre 2014, *cit.*

capogruppo e che sono solidamente responsabili per i danni che possano derivare da un esercizio abusivo della direzione unitaria⁽³⁹⁾ - solo la prospettazione di vantaggi congrui, proporzionati ed effettivi sarebbe idonea a giustificare l'attuazione di un'operazione di per sé pregiudizievole per la società⁽⁴⁰⁾.

La congruità e la proporzionalità del vantaggio devono essere valutate con riferimento alla singola società, essendo insufficiente la considerazione del generico beneficio derivante dall'appartenenza al gruppo⁽⁴¹⁾.

(39) Cfr., art. 2497, comma 2, c.c. L'opinione è largamente condivisa in dottrina e giurisprudenza in virtù del fatto che l'attuazione della direttiva della capogruppo non può prescindere da una cooperazione volontaria dell'organo amministrativo della eterodiretta. Cfr., fra i molti, GALGANO-SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, cit., 211; ALPA, *La responsabilità per la direzione e il coordinamento di società. Note esegetiche sull'art. 2497 cod. civ.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, 660; SALAFIA, *La responsabilità della holding nei confronti dei soci di minoranza delle controllate*, in *Le società*, 2003, 392; SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, *Giur. comm.*, 2003, I, 666; RONDINONE, voce *Società (gruppi di)*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, Agg., Torino, 2009, 617; CARIELLO, *Commento agli artt. 2497-2497-septies, cit.*, 1870; Si v., anche, Trib. Roma 27 agosto/13 settembre 2007, in *Riv. dir. comm.*, 2008, II, 224, ove si afferma espressamente che: gli amministratori delle eterodirette non possono «addurre a propria discolta il fatto di essersi limitati a prestare obbedienza alle direttive della società o dell'ente che esercita l'attività di direzione e controllo». *Contra*, VALZER, *Il potere di direzione e coordinamento*, cit., 864 ss., il quale partendo dal presupposto che gli amministratori delle eterodirette non debbano valutare la conformità delle direttive all'interesse della propria società, ritiene che l'amministratore della eterodiretta risponda in solido ex 2497, comma 2, c.c. «solo ove abbia effettivamente preso "parte al fatto lesivo", nel caso in cui, cioè, egli sia stato compartecipe, anche per omissione, di quella attività scorretta sotto il profilo imprenditoriale e societario». Nello stesso senso sembrava porsi anche G. SCOGNAMIGLIO, *Poteri e doveri degli amministratori nei gruppi di società dopo la riforma del 2003*, in *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, a cura di G. Scognamiglio, Milano, Giuffrè, 2003, 198, la quale ha escluso che chi «si sia comportato da mero esecutore di direttive» abbia preso parte al fatto lesivo. Tuttavia, più recentemente, in *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum* Gian Franco Campobasso, diretto da Abbadessa e Portale, III, Torino, 2006, 967, nt. 25, l'A. sembra condividere la tesi della dottrina dominante «per lo meno nella misura in cui sia – nel caso concreto – possibile dimostrare che gli amministratori (s'intende, della società eterodiretta) hanno preso parte al fatto lesivo, e cioè hanno consapevolmente (dolosamente o anche colposamente) coadiuvato il soggetto esercente l'attività di direzione e coordinamento nella produzione del comportamento dannoso, non astenendosi (come avrebbero dovuto) dal dare attuazione alle direttive pregiudizievoli per la società».

(40) Si ricordi che, in ragione del fatto che gli amministratori delle società eterodirette hanno in primo luogo l'obbligo di perseguire l'interesse della singola società, che non può essere illegittimamente sacrificato a quello del gruppo, la legge impone agli stessi precisi doveri informativi: l'art. 2497-ter c.c. prevede l'obbligo di analitica motivazioni di tutte le decisioni adottate sotto l'influenza dell'attività di direzione e coordinamento e l'art. 2497-bis, comma 5, c.c. il dovere di indicare nella relazione sulla gestione l'effetto che tale attività ha avuto sull'impresa sociale.

(41) Cfr. G. SCOGNAMIGLIO, «*Clausole generali*», cit., 606, la quale conclude che «l'argomento sistematico e il richiamo ai principi giuridici enunciati nella norma di delega giustificano un'interpretazione del dato letterale (in particolare, del riferimento al risultato "complessivo" dell'attività) in senso restrittivo e cioè di escludere l'efficacia esimente di vantaggi compensativi che non siano effettivi e proporzionali al danno cagionato...il risultato complessivamente positivo, se riferito al gruppo nel suo insieme, è un dato di per sé vago, insufficiente a provare che sia stato preservato l'interesse economico-patrimoniale della singola società».

La necessità che il vantaggio sia proporzionale ed effettivo può desumersi dalla circostanza che, accanto al criterio della compensazione, il legislatore permette alla capogruppo, attraverso atti successivi, di rimediare al mancato verificarsi di precedenti previsioni o di elidere il pregiudizio arrecato da operazioni dannose per le quali non era stato programmato alcun vantaggio compensativo: in questa ipotesi la norma specifica che il danno deve essere integralmente eliminato. Di conseguenza, se gli atti sananti *ex post* valgono come rimedi alternativi alla mancanza di vantaggi compensativi, se ne deduce che, perché sia idoneo ad eliminare il pregiudizio, il vantaggio debba concretamente verificarsi e debba essere proporzionale al pregiudizio arrecato da un'altra operazione⁽⁴²⁾.

In giurisprudenza si è individuato quale “punto di equilibrio” tra interessi della controllante e delle controllate il fatto che le operazioni orchestrate nell'ambito dell'attività di direzione unitaria diano un risultato economicamente neutro per le eterodirette⁽⁴³⁾.

Ciò non significa, ovviamente, che il saldo algebrico fra operazioni vantaggiose e pregiudizievoli debba essere pari a zero: del resto, nella realtà, è pressoché impossibile che due operazioni, l'una positiva e l'altra negativa per la singola società di un gruppo, producano un identico, seppur simmetrico, risultato.

Proporzionalità del vantaggio al danno cagionato significa che, alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento (e, quindi, all'esito di tutte le operazioni programmate dalla società di vertice nell'ambito della strategia imprenditoriale di gruppo), il saldo delle stesse, calcolato con riferimento alla singola società e al suo patrimonio, non risulti di segno negativo⁽⁴⁴⁾.

In assenza di indicazioni temporali nell'art. 2497 c.c., si pone il problema di stabilire il momento in cui verificare «il risultato complessivo dell'attività di

⁽⁴²⁾ Favorevole a una lettura rigorosa del criterio dei vantaggi compensativi SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento*, cit., 673 e dello stesso A. l'intervento di chiusura in “Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi”, in *Giur. comm.*, 2002, I, 634 ss.

⁽⁴³⁾ Trib. Milano, 2 febbraio 2012, cit.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. G. SCOGNAMIGLIO, “Clausole Generali”, cit., 608; SBISÀ, *op. cit.*, 66, il quale individua come parametro di riferimento «la conformità dei risultati delle singole società a quelli previsti nei budget individuali e di gruppo...ferma restando l'illegittimità di qualsiasi operazione pregiudizievole per la società che la compie, senza prospettiva di un vantaggio compensativo, anche qualora i risultati della società fossero superiori alle attese, stante il generale dovere di corretta gestione imprenditoriale delle società coordinate e dirette».

direzione e coordinamento» e quello di valutare se rilevino solo i vantaggi conseguiti o anche quelli fondatamente prevedibili⁽⁴⁵⁾.

In questo secondo senso dispone l'art. 2634 c.c., che esclude il reato di infedeltà patrimoniale se l'ingiusto profitto della società collegata o del gruppo è «compensato da vantaggi, conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo».

La differente formulazione fra la norma penale e l'art. 2497 c.c. ha però indotto alcuni interpreti a ritenere rilevanti, ai fini dell'esclusione della responsabilità in ambito civilistico, solo i vantaggi conseguiti e non anche quelli fondatamente prevedibili⁽⁴⁶⁾.

La questione è strettamente collegata a quella relativa al momento in cui viene effettuata la valutazione circa la sussistenza del vantaggio. L'attività d'impresa, infatti, è un'attività dinamica e i programmi imprenditoriali hanno spesso una prospettiva proiettata nel tempo: ciò comporta una scissione cronologica fra la pianificazione delle operazioni infragruppo e il conseguimento dei risultati attesi.

Si è osservato come l'esclusione della responsabilità civile della capogruppo per i danni derivanti dalle operazioni pregiudizievoli imposte alle singole eterodirette sia subordinata alla sussistenza di vantaggi compensativi *effettivi*, ossia di vantaggi che, al momento della sintesi finale - quando dovrebbe essere valutato il risultato complessivo di gestione nell'ambito dell'attività di direzione unitaria - debbano essersi *già* realizzati.

Ciò non significa, però, che il vantaggio compensativo debba essere contestuale al momento in cui viene decisa l'operazione pregiudizievole: l'art. 2497 c.c., infatti, non fa riferimento al momento dell'attuazione dell'atto dannoso, ma al «risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento».

Ne consegue che, nel momento in cui vengono predisposti i piani imprenditoriali dalla capogruppo, rileveranno i vantaggi prospettati, purché fondatamente

⁽⁴⁵⁾ Rilevato diffuso fra i commentatori, si v., *ex multis*, SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento*, cit., 674; RONDINONE, voce *Società (gruppi di)*, cit., 640; SBISÀ, *op. cit.*, 62; 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, II, 610.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento*, cit., 673-674; RORDORE, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Le società*, 2004, 543; CODAZZI, *Vantaggi compensativi e infedeltà patrimoniale*, cit., 609 ss. e 613.

prevedibili, con il limite che, sul piano civilistico, la mancanza di responsabilità è subordinata al fatto che gli stessi si siano concretamente verificati nel momento in cui vengono valutati, con riferimento alla singola società, i risultati complessivi della gestione del gruppo.

In tal modo si spiega la funzione della sanatoria prevista in via sussidiaria dall'art. 2497 c.c.: l'operazione diretta ad eliminare il danno può essere disposta non solo quando non siano prevedibili *a priori* i vantaggi compensativi, ma anche quando *a posteriori* non si verifichino quelli attesi⁽⁴⁷⁾.

Si è così rilevato che «dal punto di vista ontologico (...) non si può dire che i vantaggi compensativi si presentino come fenomeni diversi in sede civile e in sede penale. La vera differenza non attiene alla loro configurazione concettuale, bensì al ruolo che i vantaggi non ancora conseguiti, benché fondatamente prevedibili, svolgono rispetto alla responsabilità civile e quella penale»⁽⁴⁸⁾.

In base al dettato dell'art. 2634 c.c., la presenza di vantaggi fondatamente prevedibili nel momento in cui viene compiuto l'atto pregiudizievole esclude l'antigiuridicità del fatto, mentre la medesima situazione in sede civile «legittima momentaneamente l'atto dannoso», ma la mancanza di responsabilità della capogruppo è subordinata alla circostanza che «il danno risulti mancante in sede di valutazione del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento»⁽⁴⁹⁾.

Ciò comporta altresì che il mancato verificarsi dei vantaggi prospettati, se fa sorgere una responsabilità della capogruppo (sempre che il danno non venga eliso *ex post* con un'operazione a ciò diretta), non determina automaticamente una responsabilità degli amministratori delle eterodirette se, al momento della predisposizione dei piani e dell'assunzione della decisione, tali vantaggi erano fondatamente prevedibili.

Si è già detto, infatti, che, nell'ambito dell'attività di direzione e coordinamento, le conseguenze pregiudizievoli di una operazione svantaggiosa per una eterodiretta possono venire neutralizzate da operazioni di segno opposto e che, quindi, sulla

⁽⁴⁷⁾ Cfr. RONDINONE, voce *Società (gruppi di)*, cit., 640.

⁽⁴⁸⁾ SBISÀ, *op. cit.*, 61.

⁽⁴⁹⁾ SBISÀ, *op. loc. cit.*

base di una valutazione *ex ante*, tale operazione possa considerarsi legittima perché l'effetto negativo dalla stessa prodotto è destinato, nel disegno imprenditoriale di gruppo, a venire compensato da un risultato positivo. Ne consegue che gli amministratori delle eterodirette che diano attuazione a direttive pregiudizievoli, adottate sulla base di piani strategici, industriali e finanziari di gruppo che prevedano vantaggi fondatamente prevedibili, non possano ritenersi responsabili per i danni derivati dalla mancata realizzazione dei risultati positivi attesi, se tale decisione è stata assunta secondo valutazioni *ex ante* ragionevoli, plausibili e puntualmente documentate e motivate⁽⁵⁰⁾.

L'art. 2497, comma 1, c.c. lascia aperto l'ulteriore problema di stabilire il momento in cui verificare «il risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento».

In dottrina sono state prospettate diverse soluzioni.

Secondo una tesi minoritaria, la valutazione di sintesi fra vantaggi e svantaggi dovrebbe essere compiuta alla fine di ogni esercizio sociale, in quanto «le informazioni circa la sussistenza del danno e la violazione delle regole di corretta gestione sono materialmente inserite nel bilancio o fra i suoi allegati»⁽⁵¹⁾.

Tuttavia, alla luce di quanto osservato circa la legittimità di operazioni pregiudizievoli poste in essere sulla base di programmi imprenditoriali che prevedano vantaggi compensativi fondatamente prevedibili, il risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento dovrebbe essere valutato alla fine del ciclo di ciascun piano. Infatti, fintantoché i vantaggi previsti e

⁽⁵⁰⁾ Cfr., SBISÀ, *op. cit.*, 101, per cui «la fondata prevedibilità del loro verificarsi dovrà essere valutata sulla base della documentazione (piani industriali e finanziari, budget, relazioni sulla gestione *ex art.* 2497-bis, comma 5, c.c., verbali dei c.d.a., contratti, corrispondenza) della holding e della società eterodiretta all'epoca del fatto lesivo; RONDINONE, voce *Società (gruppi di)*, cit., 640, per il quale ai fini della «responsabilità degli amministratori della società eterodiretta e della capogruppo occorrerà controllare a posteriori la verosimiglianza del giudizio comparativo da questi compiuto *ex ante*».

⁽⁵¹⁾ CODAZZI, *Vantaggi compensativi e infedeltà patrimoniale*, cit., 611. Tale soluzione è stata originariamente ipotizzata anche da CARIELLO, *Primi appunti sulla c.d. responsabilità da attività di direzione e coordinamento di società*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2003, II, 336. Ed è anche quella adottata nel diritto tedesco per il *faktischer Konzern*: il § 311 dell'*Aktiengesetz* prevede infatti che i pregiudizi derivanti dall'appartenenza al gruppo vengano compensati entro l'esercizio in cui si sono verificati. Tuttavia, qualora ciò non avvenga, non ne consegue una responsabilità della capogruppo, ma semplicemente quest'ultima dovrà – entro un breve termine – definire formalmente le modalità di compensazione, da cui deriva un vero e proprio diritto alla compensazione (*“Rechtsanspruch”*) a favore della eterodiretta: cfr., VENTORUZZO, *Responsabilità da direzione e coordinamento e vantaggi compensativi futuri*, in *Riv. soc.*, 2016, 385 e gli ulteriori riferimenti dottrinali *ivi* richiamati (nt. 51).

debitamente documentati non si sono verificati, non può ancora considerarsi mancante la condizione per l'operatività dell'esimente⁽⁵²⁾.

Tale proposta interpretativa appare più coerente con la lettura che si è accolta della teoria dei vantaggi compensativi, pur nella consapevolezza che, al contempo, essa sconta il rischio che operazioni di lunga durata agevolino eventuali comportamenti speculativi della capogruppo e costituiscano un ostacolo a una tutela effettiva dei soggetti interessati, i quali dovrebbero attendere l'esito dell'intera operazione programmata prima di poter esercitare l'azione di responsabilità⁽⁵³⁾.

5. I contratti infragruppo e il problema dell'equilibrio economico delle prestazioni

Si è già anticipato come nel gruppo di imprese, grazie ad una gestione accentrata delle varie operazioni infragruppo, si possa ottimizzare il risultato complessivo dell'iniziativa economica attraverso l'allocazione di costi, ricavi e di altre variabili rilevanti laddove risulti più conveniente: questo costituisce uno dei principali vantaggi derivanti dalla articolazione del gruppo in più centri giuridici distinti.

Come si è detto, accade non di rado che fra società sorelle o fra una delle eterodirette e la capogruppo vengano conclusi contratti di vario tipo - quali, ad

⁽⁵²⁾ SBISÀ, *op. cit.*, 62.

⁽⁵³⁾ Cfr. RONDINONE, voce *Società (gruppi di)*, *cit.*, 640. La domanda di risarcimento non costituisce il momento finale in cui valutare se il danno risulti mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione unitaria, ben potendo essere fornita in corso di causa – fintantoché le regole processuali lo consentano - la prova che il danno sia venuto meno. In tal senso, si v.: SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento*, *cit.*, 674; SBISÀ, *op. cit.*, 63; RORDORF, *I gruppi nella recente riforma*, *cit.*, 543. Non appare condivisibile la tesi minoritaria secondo cui il giudice sarebbe chiamato a compiere una valutazione prognostica *ex ante* e rigettare la domanda di risarcimento per danni attuali qualora ritenga realizzabili e fondati i vantaggi prospettati: DAL SOGLIO, *Commento all'art. 2497 c.c.*, in *Il nuovo diritto delle società* a cura di Maffei Alberti, III, Padova, 2005, 2352. Recentemente ha condiviso tale posizione VENTORUZZO, *op. cit.*, 388, il quale sostiene che «nell'ipotesi in cui il giudice riconosca il rilievo di vantaggi compensativi fondatamente prevedibili non ancora realizzati ed escluda la responsabilità da direzione e coordinamento...Laddove i vantaggi "promessi" non si realizzino, le parti potranno ricorrere nuovamente all'*enforcement*, e verosimilmente risultare vittoriose, qualora la compensazione non avvenga». Tale soluzione, oltre a risultare in contrasto con il principio di economia processuale e svantaggiosa in termini di costi e tempi per i soggetti tutelati dall'art. 2497 c.c., si fonda su un assunto inesatto poiché è lo stesso art. 2497 c.c. a stabilire che la valutazione debba essere fatta «alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento» e non in base ad aspettative future: è la stessa norma, quindi, ad escludere un giudizio prognostico circa la realizzabilità dei vantaggi prospettati.

esempio, contratti di servizio o contratti di fornitura - a condizioni economiche differenti da quelle di mercato.

Se ciò può essere giustificato sul piano economico poiché «il gruppo di società comporta (...) che si presentino quali rapporti contrattuali fra vari soggetti distinti quelli che altro non sono, nella sostanza, che spostamenti di risorse fra diversi settori di una medesima unità economica»⁽⁵⁴⁾, sul piano giuridico, stante l'autonomia soggettiva di ciascuna società, tali operazioni possono suscitare perplessità sia nei rapporti interni, a causa del pregiudizio al valore e alla redditività della partecipazione che consegue ad una lesione al patrimonio sociale, sia nei rapporti esterni, in particolare nei confronti dei creditori sociali, nonché sul piano fiscale⁽⁵⁵⁾.

L'artificiale rigonfiamento dei corrispettivi nelle operazioni infragruppo costituisce, infatti, una delle modalità attraverso cui si realizzano le attribuzioni patrimoniali indirette fra società sorelle⁽⁵⁶⁾.

Se è vero che, in linea generale, ogni soggetto gode di piena autonomia negoziale e non sono sindacabili le scelte economico-giuridiche compiute dalle parti contraenti, il contesto economico in cui operano le società parti di un gruppo è profondamente diverso da quello in cui operano imprese indipendenti in condizioni di libero mercato.

I contratti infragruppo, infatti, sono conclusi da soggetti che possono trovarsi fra loro in conflitto di interessi e il cui potere contrattuale è impari: da una parte vi è la capogruppo e, dall'altra, la società diretta e coordinata, la cui autonomia contrattuale è di fatto condizionata dall'influenza che sull'organo amministrativo ha il capitale di comando (un'analoga situazione di conflitto si realizza anche quando un contratto è stipulato fra società sorelle, se la conclusione dello stesso è conseguenza di una direttiva impartita dalla capogruppo).

⁽⁵⁴⁾ SPADA, *L'amministrazione della società per azioni tra interesse sociale e interesse di gruppo*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, I, 238; GALGANO, *Circolazione delle partecipazioni azionarie all'interno dei gruppi di società*, in *Contr. impr.*, 1986, 363.

⁽⁵⁵⁾ Sui problemi che sul piano fiscale producono le operazioni infragruppo a valori diversi da quelli di mercato si v. *supra* nt., 3.

⁽⁵⁶⁾ Come già rilevato, più di un decennio fa, da G. SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, Torino, 1996, 240.

Laddove l'eventuale situazione di conflitto e di alterazione della forza contrattuale delle parti si rifletta sull'equilibrio economico del contratto, è necessario verificare se, ed entro quali limiti, ciò sia giustificato nell'ambito dell'attività di direzione e coordinamento e quando, invece, ciò si traduca in una violazione delle previsioni legislative dirette a regolare tale attività.

La disciplina in materia di direzione e coordinamento si apre, infatti, con una norma imperativa che - a tutela degli interessi dei soci di minoranza e dei creditori delle eterodirette - fissa dei limiti di legittimità all'esercizio della direzione unitaria: essa individua nei «principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale» il criterio per valutare la “correttezza sostanziale” delle operazioni poste in essere nel gruppo, cui si aggiungono le regole di “correttezza procedurale” previste dall'art. 2497-ter c.c., in forza del quale l'organo amministrativo della eterodiretta deve motivare analiticamente le decisioni influenzate dalla capogruppo⁽⁵⁷⁾, dando puntuale indicazione delle ragioni alla base di operazioni di per sé non in linea con l'interesse sociale.

In ogni caso, allo scopo di non ostacolare la gestione unitaria del gruppo⁽⁵⁸⁾, nella consapevolezza che l'attività imprenditoriale si basa su strategie economiche destinate a produrre risultati nel tempo, il legislatore ha spostato il giudizio di legittimità al «risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento». Dal dettato dell'art. 2497 c.c. si evince quindi che l'appartenenza ad un gruppo di società può giustificare l'emanazione e l'attuazione di direttive *prima facie* pregiudizievoli purché (proprio perché la politica di gestione della capogruppo non può spingersi sino ad imporre a ciascuna società di sacrificare gli interessi di cui è portatrice) le conseguenze negative di eventuali operazioni sul patrimonio di una società vengano neutralizzate o attraverso operazioni di segno opposto, che abbiano l'effetto di compensare con vantaggi i pregiudizi arrecati, o attraverso atti *ex post* diretti a eliminare il danno.

⁽⁵⁷⁾ TOMBARI, *La tutela dei soci nel gruppo di società*, in *La riforma del diritto societario dieci anni dopo. Per i quarant'anni di giurisprudenza commerciale. Atti del Convegno, Milano, 13-14 giugno 2014*, Milano, 2015, 241.

⁽⁵⁸⁾ Cfr., TOMBARI, *ult. op. cit.*, 238, per il quale «il diritto dei gruppi deve essere pensato e comunque ricostruito, in via generale ed in primo luogo del legislatore (italiano e comunitario), come disciplina volta a “consentire” ed “agevolare” la direzione e il coordinamento e quindi “il governo del gruppo”».

Da un esame delle disposizioni in materia di gruppi emerge come l'esigenza primaria a tutela dei soci di minoranza e dei creditori sociali sia quella di assicurare la trasparenza informativa e la correttezza procedurale, nonché di garantire la convenienza e la correttezza sostanziale delle decisioni assunte le quali, nell'ambito dei contratti infragruppo, devono essere valutate con riferimento agli interessi della singola società, ancorché parametrate al risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento.

Sulla base di quanto emerge dall'art. 2497 c.c., un'operazione svantaggiosa per la singola società del gruppo è lecita se si inserisce in un più ampio disegno imprenditoriale nell'ambito del quale il pregiudizio arrecato alla stessa trovi una contropartita in benefici derivanti da altre operazioni tali da eliderlo; non vi sono viceversa dubbi sul fatto che una politica di gruppo diretta a sottrarre sistematicamente ricchezza ad una o più società eterodirette mediante l'imposizione di operazioni pregiudizievoli disposte nell'interesse della *holding* o di altre società sorelle, senza la prospettiva di alcun vantaggio compensativo, costituisca violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, ossia dei criteri fondanti la "correttezza sostanziale" nel governo delle eterodirette, in forza dei quali valutare la razionalità e coerenza della singola operazione⁽⁵⁹⁾.

Si pensi, a titolo esemplificativo, ad un contratto di fornitura di beni o di servizi concluso fra due società di un gruppo sulla base di una direttiva della società di vertice, ad un prezzo notevolmente più elevato rispetto a quello praticato sul mercato per prodotti analoghi, che ha l'effetto (larvato) di trasferire ricchezza da una società all'altra, con la conseguenza che, a causa delle condizioni economiche del contratto, l'operazione si risolve in una perdita per la società acquirente⁽⁶⁰⁾.

Di là dai problemi che a livello fiscale tali operazioni possono creare⁽⁶¹⁾, sul piano civilistico, ai sensi dell'art. 2497 c.c., tale contratto non sarebbe fonte di responsabilità della capogruppo se la società acquirente vedesse riparato il pregiudizio subito grazie a vantaggi provenienti da altre operazioni concluse

⁽⁵⁹⁾ In tal senso, TOMBARI, *La tutela dei soci nel gruppo di società*, cit., 241.

⁽⁶⁰⁾ Cfr. i numerosi esempi proposti da SBISÀ, *op. cit.*, 52 e i casi giurisprudenziali *ivi* richiamati.

⁽⁶¹⁾ Si v., *supra* nt. 3

nell'ambito dei programmi imprenditoriali del gruppo ovvero attraverso un'attribuzione patrimoniale *ad hoc* effettuata dalla capogruppo proprio al fine di neutralizzare il danno causato.

In mancanza di tali circostanze riparatrici l'art. 2497 c.c. prevede una responsabilità della capogruppo nei confronti dei soci di minoranza, nonché dei creditori della società eterodiretta, per i danni ad essi cagionati a causa del depauperamento del patrimonio sociale.

La questione che si pone è se, accanto alla pacifica tutela rimediale prevista dall'art. 2497 c.c., non sia configurabile una tutela reale diretta ad eliminare definitivamente, anche *pro futuro*, gli effetti delle operazioni infragruppo pregiudizievoli poste in essere in violazione dei limiti inderogabili fissati dalla legge.

6. L'azione di responsabilità ex art. 2497 c.c. e i limiti della tutela rimediale

La disciplina in materia di direzione e coordinamento si apre con una norma sulla responsabilità: l'art. 2497 c.c., il quale, al primo comma, prevede la responsabilità della capogruppo in caso di violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale per i danni (riflessi) subiti dai soci e dai creditori della eterodiretta. Come è stato osservato⁽⁶²⁾, rispetto al sistema previgente, ove accanto alla responsabilità degli amministratori della eterodiretta e della capogruppo si cercava, in via interpretativa, un fondamento per giustificare la responsabilità di quest'ultima, la norma costituisce una vera e propria «rivoluzione copernicana».

La sua portata innovativa emerge ancor più chiaramente se si considera che attraverso tale disposizione si è introdotta una responsabilità *diretta* della capogruppo per il danno *indiretto* subito dai soci e dai creditori della controllata: danno che non sarebbe risarcibile sulla base delle disposizioni vigenti in materia di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale⁽⁶³⁾.

⁽⁶²⁾ ABBADESSA, *La responsabilità della capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2008, I, 279.

⁽⁶³⁾ Si v. il recente contributo di 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 26.11.2015, in cui si rileva che di per sé

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⁽⁶⁴⁾; 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 - soprattutto nei casi di eterodirezione fondata sul controllo partecipativo, ove il rischio di comportamenti opportunistici del socio di controllo a scapito dei soci di minoranza è maggiore - l'azione della controllata può essere impedita proprio dal soggiacere della stessa alla direzione della capogruppo.

Inoltre, la risarcibilità in via diretta del pregiudizio subito dal singolo socio quale riflesso del danno patrimoniale causato alla società cui partecipa, costituisce un elemento di indubbia originalità rispetto al sistema di tutela contro gli abusi nell'attività gestoria predisposto a beneficio della minoranza sociale nell'ambito delle società di capitali *stand alone*: infatti, in tema di responsabilità degli amministratori (artt. 2393, 2393-bis, 2395 c.c. per la s.p.a. e 2476 c.c. per la s.r.l.), l'azione sociale di responsabilità è diretta alla reintegrazione del patrimonio della società per le perdite subite a causa degli atti di *mala gestio*, mentre l'azione individuale è volta al risarcimento dei danni subiti direttamente dal singolo socio.

La diversa forma di tutela può (forse) trovare una giustificazione nella differente situazione in cui operano le società integrate in un gruppo: in una società monade, sia i soci di comando, sia i soci di minoranza hanno interesse all'accrescimento del patrimonio sociale per trarre profitto dalla società in cui hanno investito; nel contesto imprenditoriale di gruppo, invece, il rendimento complessivo delle imprese aggregate è del tutto indipendente da una gestione efficiente di ciascuna delle società eterodirette: anzi, il risultato economico negativo della singola società

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, c.c.. Ciò che è singolare nella disposizione di cui all'art. 2497 c.c. «è la tecnica in sé, costituita appunto non da riconoscimento di un'azione (non formalmente ma) sostanzialmente surrogatoria (artt. 2393-bis c.c.) o di una legittimazione straordinaria operante sul piano processuale (art. 2476, comma 3, c.c.), ma dal prevedere il diritto al risarcimento del danno indiretto a mezzo dell'istituzione di una responsabilità della società dirigente verso soggetti indirettamente danneggiati».

⁽⁶⁴⁾ Nella relazione al D.lgs. n. 6/2003 si individua come «problema centrale del fenomeno del gruppo...quello della responsabilità, in sostanza della controllante, nei confronti dei soci e dei creditori sociali della controllata».

potrebbe in alcuni casi essere funzionale al raggiungimento di un vantaggio di gruppo⁽⁶⁵⁾. Pertanto, al fine di contemperare l'esigenza di tutela dei soci di minoranza e dei creditori con quella di non ostacolare la gestione del gruppo, il legislatore delegato ha previsto la risarcibilità diretta del pregiudizio riflesso subito dai soci e dai creditori della società abusata con canalizzazione del risultato utile a solo vantaggio di chi ha agito, evitando, in tal modo, che l'azione della minoranza costringa la società dominante a risarcire l'intero pregiudizio subito dalla eterodiretta, che si tradurrebbe, in pratica, in un risarcimento a se stessa, proporzionale alla sua partecipazione al capitale sociale⁽⁶⁶⁾.

La fondatezza di tali considerazioni può, peraltro, essere posta in dubbio rilevandosi che il problema del risarcimento della controllante verso se stessa si fonda, in realtà, su una superfetazione, poiché tale eventualità è esclusa in radice dall'alterità dei soggetti giuridici: la circostanza che la capogruppo possieda una partecipazione nella eterodiretta è conseguenza di una situazione di fatto (peraltro limitata ai soli casi di eterodirezione fondata sul controllo partecipativo) non idonea di per sé a giustificare una diversa regola giuridica.

In ogni caso, tale motivo sarebbe alla base, secondo alcuni⁽⁶⁷⁾, dell'eliminazione - nel testo definitivo del decreto - di ogni riferimento al riconoscimento di una legittimazione attiva della eterodiretta all'esercizio dell'azione di responsabilità verso la controllante⁽⁶⁸⁾; elisione che sarebbe stata compensata con un'ambigua

⁽⁶⁵⁾ Al riguardo, ONIDA, *Economia d'azienda*, Torino, 1992, 62 ha parlato di «economicità in funzione del gruppo».

⁽⁶⁶⁾ Si v. al riguardo le osservazioni di Paolo Ferro-Luzzi alla riunione plenaria del 17 dicembre 2002, reperibili su *La riforma del diritto societario*, a cura di Vietti, Auletta, Lo Cascio, Tombari, Zoppini, Milano, 2006, 2297.

⁽⁶⁷⁾ ABBADESSA, *op. cit.*, 282, il quale esclude la legittimazione attiva della eterodiretta nei confronti della capogruppo, poiché, in caso contrario, si porrebbe un problema di duplicazione del danno risarcibile qualora l'azione della società sia promossa successivamente a quella dei soci esterni. Ha espresso perplessità sulla legittimazione attiva della controllata anche TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, cit., 44, il quale, tuttavia, non sembra assumere una posizione netta, come dimostra l'utilizzo della formula ipotetica «sembra invece da escludere la sussistenza di una legittimazione attiva in capo alla società "abusata"».

⁽⁶⁸⁾ Nonostante i dubbi sollevati da alcuni circa la legittimazione attiva della eterodiretta (si v., ad esempio, OPPO, *Vario diritto. Scritti giuridici*, VII, Padova, 2005, 297), l'opinione prevalente in dottrina la ammette sulla base del fatto che, anche nel silenzio della legge, non è pensabile un sistema nel quale il danno diretto (quello subito dalla eterodiretta) trovi una tutela inferiore rispetto al danno riflesso subito dai soci e dai creditori di quest'ultima. Del resto, la *ratio* dell'art. 2497 c.c. è quella di ampliare l'area di responsabilità dell'ente dirigente anche nei confronti di quei soggetti che, sulla base dei principi generali, non avrebbero potuto farla valere. Dirimente è, infine, la considerazione che, stante

disposizione, contenuta nel terzo comma dell'art. 2497 c.c., con cui si subordina l'azione dei soci esterni e dei creditori al mancato soddisfacimento dei loro interessi da parte della società abusata⁽⁶⁹⁾.

Con l'azione di responsabilità per abuso del potere di direzione e coordinamento il legislatore ha quindi optato per una tutela rimediale in linea con la generale tendenza della riforma del 2003 a restringere gli spazi di tutela reale a vantaggio di quella obbligatoria⁽⁷⁰⁾.

la soggettività giuridica delle società commerciali, sarebbe illegittima (artt. 3 e 24, comma 1, Cost.) una norma o una sua interpretazione che precludesse alla società la possibilità di agire in responsabilità nei confronti dell'ente dirigente. Per quanto riguarda il rischio di una duplicazione del risarcimento a causa dell'instaurazione di due o più giudizi, aventi ad oggetto il risarcimento del danno diretto e indiretto, il problema potrebbe trovare un'adeguata soluzione sul piano processuale (ad esempio, mediante riunione o sospensione dei processi pendenti): in tal senso, 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 26.11.2015. Sulla legittimazione attiva della eterodiretta nei confronti della capogruppo, fra i tanti in dottrina, si v.: GALGANO-SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, cit., 191 ss.; G. SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, cit., 964; GUERRERA, "Compiti" e responsabilità del socio di controllo, in *Riv. dir. soc.*, 2009, 514; LA MARCA, *Il danno alla partecipazione azionaria*, Milano, 2012, 389. In tal senso sembra essere orientata la giurisprudenza: si v., la recente ordinanza cautelare del Tribunale di Milano, 7 maggio 2014, confermata in sede di reclamo (ord. 20 febbraio 2015) emessa nell'ambito delle note vicende riguardanti i gruppi Fondaria Sai e Ligresti, in *Le società*, 2014, 560, con nota critica di M. ROSSI, *I molti problemi "aperti" della disciplina dei gruppi: considerazioni a margine di una recente ordinanza cautelare*, ivi, 571 e GUIZZI-PAGNI, *Notarelle in tema di legittimazione ad agire e di interessi protetti nell'ipotesi di illecito esercizio del potere di direzione e coordinamento di società*, ivi, 589; e, più recentemente, la sentenza del Tribunale di Milano, 24 marzo 2015, cit. reperibile su www.giurisprudenzadelleimprese.it.

⁽⁶⁹⁾ Fuoriesce dall'oggetto di questo studio l'esame delle varie questioni interpretative che sono sorte in relazione all'art. 2497 c.c., quali, ad esempio, quelle relative alla responsabilità della persona fisica holding (sulla quale si v. la recente pronuncia del Tribunale di Milano, ordinanza del 7 maggio 2014, cit., reperibile su www.giurisprudenzadelleimprese.it) o alla natura della responsabilità di cui all'art. 2497 c.c., per la quale si rinvia alla vasta letteratura sul tema. La tesi della natura contrattuale di tale responsabilità, cui si aderisce, (si v., fra i molti in dottrina, MAZZAMUTO, *Questioni sparse al confine fra diritto comune e diritto societario*, in *Contr. e impr.*, 2006, 1491, il quale dal riconoscimento espresso di un interesse diretto di azionisti e creditori e dal riferimento nella configurazione dell'elemento costitutivo della responsabilità alla clausola generale di correttezza (che, secondo l'insegnamento di Mengoni è concetto coesistenziale della natura cooperativa dei rapporti obbligatori), sostiene che non vi siano «margini di dubbio in ordine all'instaurarsi di un rapporto giuridico tra la società madre e i soci e i creditori sociali delle società soggette a direzione e coordinamento»), e alla quale sembra aderire anche la giurisprudenza di merito (si v., ad esempio, Trib. Milano, sent. del 2 febbraio 2012, cit.; Trib. Milano, ord., 7 maggio 2014, confermata da ord. 20 febbraio 2015, cit., reperibili tutte su www.giurisprudenzadelleimprese.it), è stata recentemente negata da una recente pronuncia della Suprema Corte, la quale ha qualificato la responsabilità ex art. 2497 c.c. quale responsabilità da illecito (Cass. civ., sent. n. 15346 del 25 luglio 2016).

⁽⁷⁰⁾ In tal senso si v.: D'ALESSANDRO, «La provincia del diritto societario inderogabile (ri)determinata». Ovvero: esiste ancora il diritto societario?, in *Riv. soc.*, 2003, 45 ss.; NIGRO, *Tutela demolitoria e tutela risarcitoria nel nuovo diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2004, 881 ss.; SACCHI, *Tutela reale e tutela obbligatoria della minoranza*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum* Gian Franco Campobasso, a cura di Abbadessa e Portale, Torino, 2006, 141; e, più recentemente, ID., *La tutela delle minoranze tra tutela indennitaria e rimedi demolitori*, in *Riv. dir. comm.*, 2016, 234 ss.; DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, 3, Milano, 2003, 413 ss. individua come *leit-motiv* della riforma «un modello di normazione che privilegia la c.d. *negoziiazione degli interessi*».

La più evidente manifestazione di tale orientamento legislativo si rinviene in materia di invalidità delle delibere assembleari, ove - a salvaguardia dell'obiettivo fissato nella legge delega di garantire «funzionalità e certezza dell'attività sociale» (art. 4, comma 7, lett. b) l. 366/2001) e con lo scopo specifico di arginare la categoria giurisprudenziale delle delibere inesistenti - si è profondamente modificata la disciplina previgente, introducendo 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 demolitoria (attraverso una restrizione dei soggetti legittimati e la fissazione di brevi termini di impugnativa) a favore di quella rimediale⁽⁷¹⁾.

Se in queste ipotesi l'obiettivo dichiarato del legislatore è stato quello di impedire azioni di disturbo della minoranza e garantire maggiore certezza all'attività sociale, mediante una stabilizzazione degli atti endosocietari⁽⁷²⁾, diverse, sebbene riconducibili a una medesima tendenza, sono le ragioni sottese alla responsabilità risarcitoria in materia di direzione e coordinamento.

L'opzione a favore di una tutela obbligatoria risponde prevalentemente all'esigenza di favorire lo sviluppo dell'impresa in forma di gruppo, evitando soluzioni che rendano eccessivamente rigide o pongano impedimenti assoluti allo svolgersi delle politiche di gestione della società di vertice. Del resto, specie nei gruppi a controllo partecipativo, il conflitto di interessi fra socio di controllo e soci di minoranza (i quali per soddisfare le proprie aspettative possono contare

⁽⁷¹⁾ Sul tema si v. recentemente, SACCHI, *La tutela delle minoranze tra tutela indennitaria e rimedi demolitori*, cit. 234 ss., il quale riporta quali ulteriori casi attestanti la scelta legislativa di ridurre l'ambito di operatività della tutela reale in diritto societario: la disposizione di cui all'art. 2500-bis c.c. (che estende alla trasformazione il regime previsto per l'invalidità della fusione e della scissione), la restrizione delle cause di nullità della società (art. 2332 c.c.), il nuovo regime dell'impugnabilità delle deliberazioni consiliari (art. 2388, comma 4, c.c.).

⁽⁷²⁾ Critico nei confronti delle scelte legislative operate con la riforma in relazione alle invalidità delle delibere assembleari è NIGRO, *Tutela demolitoria e tutela risarcitoria*, cit., 883 ss., il quale precisa le differenze in termini di disciplina fra la regola posta dall'art. 2377 c.c. e quelle poste dagli artt. 2500-bis e 2504-quater c.c., evidenziando in particolare la diversa *ratio* sottesa alle menzionate regole, le quali, sebbene si riconducano tutte ad una medesima scelta di politica legislativa, sono in realtà profondamente diverse. Se, infatti, l'obiettivo delle disposizioni in materia di fusione e trasformazione è quella di assicurare certezza ad alcune deliberazioni o ad alcuni atti della società, la regola posta dall'art. 2377 c.c. - traducendosi in una restrizione della sfera dei legittimati alla tutela invalidante - «non può trovare giustificazione, almeno direttamente, in esigenze di stabilità, potendo invece trovare giustificazione solo (al massimo) nella esigenza di evitare azioni di «disturbo»».

solo sull'incremento della redditività nonché sulla salvaguardia del patrimonio della singola eterodiretta cui partecipano), è fisiologico e costituisce la situazione tipica caratterizzante le dinamiche endosocietarie di un gruppo.

Permettere, quindi, alle minoranze di bloccare le operazioni di gruppo perché viziate da conflitto di interessi avrebbe rischiato di impedire lo svolgimento e lo sviluppo dell'attività dell'intero gruppo.

Per tali ragioni il legislatore, fra misure invalidatorie e tutela risarcitoria, ha optato per la seconda, rinunciando a intervenire sulle norme di diritto societario comune in materia di conflitto di interessi⁽⁷³⁾.

Questo obiettivo di fondo si rinviene nel riconoscimento legislativo del criterio dei vantaggi compensativi e della possibilità di sanatoria *ex post* a favore della capogruppo: in forza di tale meccanismo l'art. 2497, comma 1, c.c. sembra legittimare operazioni (inizialmente) pregiudizievoli per le società del gruppo, purché il danno cagionato venga compensato da vantaggi o eliso *ex post* mediante operazioni di segno opposto.

Al contempo, per contenere il rischio di politiche predatorie della capogruppo cui un tale sistema si può prestare, sono stati previsti dei contrappesi a tutela delle minoranze (soci c.d. esterni e creditori) quali: obblighi di pubblicità e trasparenza (art. 2497-*bis* c.c.), di motivazione (art. 2497-*ter* c.c.), diritto di recesso dei soci esterni (art. 2497-*quater* c.c.), nonché, come ricordato, una tutela rimediale qualora il meccanismo «danneggia-e-ricompensa» nel caso concreto non operi.

Inoltre, il rimedio risarcitorio è idoneo a offrire piena tutela in tutti i casi in cui gli abusi di direzione e coordinamento non si concretizzino nella conclusione di contratti: ciò, ad esempio, nell'ipotesi di direttive che impongano a una controllata di ridurre l'area di commercializzazione dei propri prodotti al fine di immettere sul mercato un'altra società del gruppo. In questi casi, ove l'influenza della società dominante si traduce in una scelta di politica gestionale e commerciale della eterodiretta, accanto ai rimedi di diritto comune societario avverso le decisioni dell'organo amministrativo, l'unica forma di tutela possibile per le minoranze lese non potrebbe che essere di tipo relativo.

⁽⁷³⁾ Cfr. D'ALESSANDRO, *op. cit.*, 45 ss. e SACCHI, *Tutela reale e tutela obbligatoria*, *cit.*, 141.

Tuttavia, si è evidenziato come il meccanismo di protezione previsto dall'art. 2497, comma 1, c.c. (e, più in generale, la forma di tutela obbligatoria rispetto a quella reale) possa determinare squilibri fra soci di minoranza “forti” e soci di minoranza “deboli”, particolarmente accentuati nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, 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⁽⁷⁴⁾.

Ulteriore conseguenza del carattere individuale della tutela obbligatoria è che, nel caso in cui il patrimonio della capogruppo risulti insufficiente a coprire i danni cagionati a tutte le minoranze e ai creditori delle eterodirette, i primi ad agire troverebbero un ristoro del pregiudizio subito a scapito dei meno solerti.

Altra questione incerta attiene all'interpretazione del terzo comma dell'art. 2497 c.c., il quale subordina l'azione nei confronti dell'ente dirigente alla circostanza che soci e creditori non siano stati soddisfatti dalla società soggetta all'attività di direzione e coordinamento.

La norma individua un patrimonio – quello della società abusata – che per primo deve fare fronte alle richieste risarcitorie dei soggetti danneggiati.

La *ratio* della disposizione è più facilmente intuibile in relazione alla posizione dei creditori, i quali potranno agire in responsabilità nei confronti della capogruppo solo quando il patrimonio della eterodiretta risulti insufficiente a soddisfare i loro diritti: tale circostanza costituisce il presupposto minimo perché sia configurabile il danno all'integrità del patrimonio sociale ascrivibile alla società di vertice, se concorrono tutte le altre circostanze previste dall'art. 2497, comma 1, c.c. La domanda risarcitoria nei confronti dell'ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento potrà essere azionata solo laddove l'incapienza del patrimonio dell'eterodiretta risulti in concreto provata e, quindi, quando sia rimasta infruttuosa la richiesta di adempimento dell'obbligazione gravante su quest'ultima⁽⁷⁵⁾.

⁽⁷⁴⁾ Sul tema si v. diffusamente SACCHI, *Tutela reale e tutela obbligatoria*, cit., 155 ss.

⁽⁷⁵⁾ In tale senso G. SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, cit., 954, la quale propone una soluzione interpretativa della norma distinguendo fra la posizione del socio e quella del creditore della eterodiretta.

Più controversa è l'interpretazione della disposizione con riferimento al socio.

Nonostante il tenore letterale della norma, si deve escludere che il risarcimento gravi sul patrimonio della eterodiretta, perché se la disposizione fosse così interpretata si porrebbe inevitabilmente a carico del soggetto che ha subito il danno il costo della sua riparazione.

Una tale interpretazione avrebbe infatti l'effetto di porre *pro-quota* a carico del socio che agisce il *quantum* del risarcimento, il quale peraltro avverrebbe a spese dei creditori e di eventuali altri soci di minoranza che non hanno agito⁽⁷⁶⁾.

Partendo, dunque, dal presupposto dell'unicità del danno subito dalla società abusata e dai suoi soci (che di riflesso subiscono un pregiudizio alla redditività e al valore della loro partecipazione), si può ipotizzare che, al fine di evitare una duplicazione del risarcimento, la norma escluda la possibilità di agire in responsabilità nei confronti della capogruppo, qualora questa abbia fornito alla eterodiretta, spontaneamente ovvero per ordine del giudice, le risorse necessarie per riparare il danno⁽⁷⁷⁾.

A prescindere dalle considerazioni precedenti, il principale limite della tutela risarcitoria accordata dalla norma è costituito dal fatto che essa, non incidendo sugli atti all'origine di tale responsabilità, è idonea a riparare solo pregiudizi già verificatisi e non a impedire l'esecuzione del contratto. Se, per esempio, venisse riconosciuta una responsabilità della capogruppo per un'operazione infragruppo dannosa per la eterodiretta e i cui pregiudizi non siano stati sanati nell'ambito della complessiva attività di direzione e coordinamento - come può accadere nel caso della conclusione di un contratto di servizi infragruppo a prezzo fuori mercato, non giustificato da alcuna effettiva ragione commerciale se non quella di distrarre larvatamente ricchezza a favore della capogruppo o di altra società sorella - la tutela rimediale avrebbe l'effetto di risarcire i soggetti danneggiati (soci di minoranza, creditori e la stessa società abusata, laddove si riconosca una sua

⁽⁷⁶⁾ Cfr. G. SCOGNAMIGLIO, *op. ult. cit.*, 959 ss.; ABBADESSA, *La responsabilità della società capogruppo*, *cit.*, 287. Per una diversa proposta interpretativa si v. VALZER, *La responsabilità da direzione e coordinamento di società*, 2011, 47 ss.

⁽⁷⁷⁾ G. SCOGNAMIGLIO, *op. ult. cit.*, 961; MAMBRIANI, *Alcune questioni in tema di responsabilità da abuso di direzione e coordinamento*, *cit.* qualifica la fattispecie come «un'altra scriminante *ex post* in alternativa ai vantaggi compensativi di cui al secondo periodo del primo comma».

legittimazione attiva all'esercizio dell'azione di responsabilità) per i danni già dimostrati, ma, in assenza di un rimedio demolitorio diretto a caducare definitivamente la produzione degli effetti dell'atto lesivo, il contratto, fonte del danno e della responsabilità, rimarrebbe in vita con la conseguenza che il pregiudizio da questo creato potrebbe perpetrarsi.

Pertanto, se da un lato la predilezione per una tutela relativa appare in linea con le scelte sistematiche compiute dal legislatore della riforma, non può non rilevarsi come nel caso specifico dei contratti infragruppo una siffatta forma di tutela possa risultare inadeguata, in quanto rischia di lasciare impregiudicati gli atti illeciti compiuti mediante un esercizio abusivo del potere di direzione unitaria.

Si arriverebbe al paradosso di ottenere un risarcimento per le conseguenze negative di una determinata operazione, ma di non poter bloccare la produzione degli effetti dell'atto che è stato la fonte dei danni già verificatisi e che potrà in futuro arrecare ulteriori (si pensi, ad esempio, a un contratto di durata o a un contratto in cui è prevista una clausola di rinnovo tacito).

In ogni caso, la previsione di un generale rimedio risarcitorio, quale quello disposto dall'art. 2497 c.c., non sembra escludere che, in materia di rapporti infragruppo (e, segnatamente, in relazione alla conclusione di contratti fra le società di un gruppo), accanto alla tutela rimediale vi possa essere spazio per i rimedi demolitori previsti per le invalidità negoziali.

7. La (possibile) invalidità dei contratti infragruppo conclusi in violazione dell'art. 2497 c.c.

I principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società del gruppo sono posti dall'art. 2497 c.c. quali limiti inderogabili all'attività di direzione e coordinamento.

Tali limiti, espressamente previsti a tutela degli interessi delle minoranze e dei creditori sociali, sono, più in generale, diretti a salvaguardare l'autonomia soggettiva e patrimoniale di ciascuna delle eterodirette e, con essa, a garantire una maggior certezza nei rapporti commerciali, poiché i terzi, sebbene a conoscenza

dell'appartenenza della società ad un gruppo⁽⁷⁸⁾ devono innanzitutto, poter contare sulla singola società con cui contrattano. Si tenga presente, al riguardo, che lo squilibrio contrattuale tra le parti altera non soltanto i presupposti dell'autonomia negoziale, ma anche le dinamiche concorrenziali tra imprese.

Per tali motivi, stante l'alterità giuridica degli enti che compongono un gruppo, le operazioni infragruppo poste in essere in violazione dei limiti inderogabili fissati dalla legge, oltre a far sorgere una responsabilità della capogruppo *ex art. 2497 c.c.*, potrebbero considerarsi nulle per violazione di una norma imperativa.

È vero che dal carattere imperativo di una norma non discende automaticamente che la sua violazione dia luogo a nullità dell'atto. In base alla nota distinzione fra regole di comportamento e di validità⁽⁷⁹⁾, solo la violazione di queste ultime è causa di nullità del contratto, mentre al mancato rispetto delle prime, salvo non sia altrimenti stabilito dalla legge, fanno seguito conseguenze risarcitorie, in quanto l'infrazione di una norma di condotta non vizia gli elementi intrinseci della fattispecie negoziale relativi alla struttura e al contenuto del contratto.

La *ratio* del principio di non interferenza fra regole di validità e regole di condotta - con riferimento, in particolare, alla clausola generale di buona fede - è stata individuata nella necessità di impedire che il giudizio di validità di un atto dipenda dall'accertamento *in concreto* da parte del giudice di una regola di comportamento, poiché - come riaffermato recentemente dalle Sezioni Unite⁽⁸⁰⁾ - il «dovere di

(78) Accanto alla tutela rimediabile, gli obblighi informativi imposti dall'art. 2497-bis c.c. sono preordinati a consentire a chi intenda intrattenere rapporti con una società di valutare in anticipo i vantaggi e i rischi che possono derivare dall'appartenenza della stessa ad un gruppo: cfr., RONDINONE, voce *Società (gruppi di)*, *cit.*, 610; BRODASCA, *Commento all'art. 2497-bis*, in *Direzione e coordinamento di società* a cura di Sbisà, *cit.*, 173 ss., i quali sottolineano la funzione di tutela preventiva della disciplina sulla pubblicità.

(79) Basti ricordare le parole di MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, 9, il quale ribadiva come «In nessun caso, secondo la dogmatica del nostro codice civile, la violazione del dovere di buona fede è causa di invalidità del contratto, ma solo fonte di responsabilità per danni». Sulla distinzione fra regole di validità e regole di condotta si v., in particolare, PIETROBON, *Errore volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990, 104 ss. A favore di una rigida applicazione del principio di non interferenza fra norme di validità e di comportamento si v., anche, D'AMICO, «Regole di validità» e principio di correttezza nella formazione del contratto, Napoli, 1990, 250 ss.; ID., *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.* 2002, I, 37.

(80) Cass., S.U., sentenze n. 26724 e n. 26725 del 19 dicembre 2007 (le c.d. «sentenze gemelle» sull'intermediazione finanziaria o sentenze «Rordorf» dal nome del loro estensore), le quali, sulla base della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità degli atti negoziali, hanno confermato che a una norma imperativa che imponga una regola di condotta possa ricondursi solo una tutela risarcitoria, ove non sia altrimenti stabilito dalla legge. Le pronunce delle Sezioni Unite si

buona fede, ed i doveri di comportamento in generale, sono troppo immancabilmente legati alle circostanze del caso concreto per poter assurgere, in via di principio, a requisiti di validità che la certezza dei rapporti impone di verificare secondo regole predefinite». Diversamente si avrebbe l'effetto di spostare il giudizio di invalidità «come qualificazione negativa del mancato rispetto [di regole inderogabili] dal terreno legislativo a quello giudiziale, con un aggravio sul piano della certezza del rapporto»⁽⁸¹⁾.

La distinzione fra norme di condotta e di validità non appare tuttavia così netta. Già nella prima metà degli anni settanta del secolo scorso un Autore aveva rilevato che vi sono dei casi in cui «la buona fede può solo imporre che un soggetto non invochi gli effetti di una fattispecie viziata dall'errore. In tali casi la buona fede, come regola oggettiva, viene ad incidere sulla struttura della fattispecie contrattuale, nonché sugli elementi impeditivi della medesima». Benché la norma fissi delle regole di condotta, «l'unica sanzione adatta appare quella in forma specifica, consistente nello spogliare di ogni efficacia giuridica, o nel rendere relativamente invalido, il prodotto del comportamento lesivo»⁽⁸²⁾.

La solidità del principio di non interferenza era stata posta in dubbio dalla stessa Sezione I della Cassazione la quale, con l'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite, aveva rilevato che «una pluralità di indici pone in evidenza un tendenziale inserimento, in sede normativa, del comportamento contrattuale delle parti tra i requisiti di validità del contratto» e che «una volta messo in discussione il principio di non interferenza delle regole di comportamento con le regole di validità e ammesso che il comportamento della parte possa rilevare ai fini della nullità del negozio, non sembra esservi ragione perché, in presenza di

riferiscono specificamente alla disposizione di cui all'art. 6 della l. 2 gennaio 1991, n.1 (la c.d. legge Sim), che imponeva agli intermediari finanziari «di comportarsi con diligenza, correttezza e professionalità nella cura dell'interesse del cliente», norma poi trasfusa nell'attuale articolo 21, lett. a), TUF.

⁽⁸¹⁾ Così, CASTRONOVO, *Principi di diritto europeo dei contratti, parte I e II, Prefazione all'edizione italiana – Un contratto per l'Europa*, Milano, 2001, XXXIV. Si v., anche, D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, in Roppo, *Trattato del contratto, Rimedi*, V, 2, Milano, 2006, 1003, in cui si afferma che «l'invalidità dell'atto può discendere esclusivamente dal verificarsi di una "fattispecie" delineata dal legislatore, giammai invece da una "fattispecie" costruita dal giudice in sede di applicazione/concretizzazione della clausola generale di buona fede».

⁽⁸²⁾ Così, SACCO, *Il contratto*, in *Trattato Vassalli*, Torino, 1975, 669 ss. Più recentemente si v. ID., in Sacco-De Nova, *Il Contratto*, IV ed., Torino, 2016, 1204 ss.

comportamenti contrattuali che violino precetti che si ritengano imperativi, anche se non assistiti dalla esplicita sanzione di nullità, non possa trovare applicazione la disposizione dell'art. 1418 c.c., che configura un'ipotesi di nullità virtuale rivolta a prevedere e disciplinare proprio questi casi in cui alla violazione di precetti imperativi non si accompagni una espressa sanzione di nullità»⁽⁸³⁾.

Le Sezioni Unite⁽⁸⁴⁾ hanno poi preferito confermare la tradizionale distinzione fra norme di validità e norme di comportamento, in quanto la violazione di queste ultime non incide sulla genesi dell'atto negoziale e sugli elementi costitutivi dello stesso.

Con riferimento alla tendenza legislativa di individuare quali ipotesi di nullità dei contratti la violazione di canoni di comportamento, si è precisato che «non si è mai dubitato che il legislatore possa isolare specifiche fattispecie comportamentali, elevando la relativa proibizione e al rango di norma di validità dell'atto, ma ciò fa ricadere quelle fattispecie nella ... previsione del terzo (non già del comma 1) del citato art. 1418». Poiché si tratta di disposizioni particolari – continua la Corte – «nulla consente di elevare a principio generale e di farne applicazione in settori nei quali analoghe previsioni non figurano...».

Benché la decisione abbia suscitato alcune perplessità in dottrina⁽⁸⁵⁾, la giurisprudenza è costante nell'applicazione del principio di non interferenza fra norme di validità e di condotta⁽⁸⁶⁾.

Si pone, dunque, il problema di stabilire se l'art. 2497 c.c. fissi una mera regola di condotta o se invece possa essere letto come una disposizione che, stabilendo dei

⁽⁸³⁾ Cass., 16 febbraio 2007, n. 3683, in *Corr. Giur.*, 2007, 633. La stessa Sezione I della Corte di Cassazione (Cass., 29 settembre 2005, n. 19024, in *Contr.*, 2006, 446) poco più di un anno prima aveva ritenuto che «i comportamenti illegittimi tenuti dalle parti (segnatamente l'intermediario abilitato nei confronti del cliente) nel corso delle trattative o durante l'esecuzione del contratto, quale che sia la natura della norma violata, essendo estranei alla fattispecie negoziale, non danno luogo alla nullità del contratto, a meno che tale incidenza non sia espressamente prevista dal legislatore».

⁽⁸⁴⁾ Cass., S.U., sentenze n. 26724 e n. 26725 del 19 dicembre 2007, *cit.*

⁽⁸⁵⁾ Sostengono la tesi della nullità, anche dopo l'intervento delle Sezioni Unite, fra gli altri, GENTILI, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *Contr.*, 2008, 393; MAFFEIS, *Discipline preventive nei servizi di investimento: le Sezioni Unite e la notte (degli investitori) in cui tutte le vacche sono nere*, *ivi*, 2008, 403.

⁽⁸⁶⁾ Si v., recentemente, Cass. civ., 16 maggio 2016, n. 9981 in tema di intermediazione finanziaria e Cass. civ., 24 novembre 2015, n. 23914 relativamente agli obblighi ricadenti sugli installatori e montatori di impianti, macchine o altri mezzi tecnici previsti dal D.Lgs. n. 626 del 1994, art. 6, comma 3.

limiti inderogabili all'esercizio di un'attività, imponga implicitamente dei vincoli sostanziali al contenuto dei singoli atti funzionalmente collegati fra loro, di cui quest'ultima si compone⁽⁸⁷⁾.

Si è detto che l'art. 2497 c.c. è una norma sulla responsabilità. Essa regola un'attività – quella di direzione e coordinamento – o, meglio, fissa i limiti oltre i quali l'esercizio della stessa diventa abusivo e comporta un obbligo risarcitorio per i danni cagionati a favore dei soggetti tutelati: soci di minoranza e creditori sociali delle eterodirette.

Obiettivo del legislatore delegato è stato quello di prevedere una disciplina che permetta di esercitare in modo *efficiente* l'attività di direzione unitaria (considerata come conseguenza del tutto naturale e fisiologica da parte di chi è in condizioni di farlo), ma al contempo di fissare dei presidi a garanzia dei soci e dei creditori delle controllate, laddove la capogruppo sia portatrice di interessi non omogeni con gli interessi tipicamente societari di quest'ultime⁽⁸⁸⁾.

Si è così deciso di regolare il rapporto fra capogruppo ed eterodirette prevedendo una forma di tutela risarcitoria, in linea con la tendenza che ha caratterizzato l'intera riforma del diritto societario.

Tuttavia, si è già rilevato come sovente l'attività di direzione si concretizzi nella stipulazione di accordi fra le varie società del gruppo. Se la responsabilità della capogruppo sorge per effetto del contenuto pregiudizievole di un contratto infragruppo, la tutela risarcitoria è in grado di eliminare solo i danni che si sono già verificati per effetto dell'esecuzione di tale accordo, ma non incide sulla validità del negozio, il quale rimane efficace con la conseguenza che i pregiudizi da questo prodotti – che la disposizione di cui all'art. 2497 c.c. è diretta a impedire – potrebbero perpetrarsi.

Per tale ragione si ritiene che la norma sulla responsabilità da direzione e coordinamento non sia semplicemente volta a fissare delle regole formali da rispettare nell'esercizio di tale attività, ma individui dei limiti agli effetti che tale

⁽⁸⁷⁾ Cfr., AULETTA, *Attività* (voce), in *Enc. Dir.*, III, Milano, 1958, 982, definisce l'*attività* come «l'insieme di atti...coordinati o unificati sul piano funzionale dalla unicità dello scopo».

⁽⁸⁸⁾ Cfr. Relazione ministeriale al d.lgs. 6/2003.

attività produce e, quindi, al contenuto dei singoli atti teleologicamente e funzionalmente collegati di cui quell'attività si compone.

In sintesi, i canoni di buona fede, qui concretizzati nei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, non si limitano a regolare una condotta, ma costituiscono i parametri di base in forza dei quali valutare nel merito il contenuto delle operazioni di gruppo⁽⁸⁹⁾.

Del resto, è stato efficacemente osservato che «talora la violazione di una regola di comportamento altera il processo di formazione, e quindi la conformazione della regola negoziale. In questi casi i suoi elementi ne sono alterati, e la sua invalidità è secondo i principi»⁽⁹⁰⁾.

Ciò è quanto sembra verificarsi nell'ipotesi in esame, ove, in virtù dell'influenza dominante che la controllante esercita sulle eterodirette, il contenuto contrattuale è spesso espressione della volontà della capogruppo.

⁽⁸⁹⁾ Del resto, anche al fine di stabilire la fondatezza di un'azione di responsabilità *ex art.* 2497 c.c. il giudice è chiamato a verificare *in concreto* il *risultato complessivo dell'attività* di direzione e coordinamento e, di conseguenza, a valutare nel merito – sul piano della *correttezza sostanziale* – se le singole operazioni siano in linea con i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale. Al riguardo, interessante è l'ordinanza cautelare, confermata nella sostanza in sede di reclamo (ad eccezione della parte del provvedimento relativa all'ammontare della somma da sequestrare in capo a ciascun resistente), emessa dal Tribunale di Milano nel caso Ligresti (Trib. Milano, 7 maggio 2014, *Ligresti S. e altri c. Unipolsai Assicurazioni Spa e altri*, reperibile su giurisprudenzadelleimprese.it). Il Tribunale è stato chiamato a pronunciarsi su una domanda di sequestro conservativo promossa da alcune società appartenenti al gruppo assicurativo “Fondiar-Sai” strumentale a soddisfare le domande di risarcimento dei danni avanzate nei confronti degli amministratori e dei soggetti esercenti l'attività di direzione e coordinamento. Con riferimento a quest'ultimo titolo di responsabilità, si è contestato il fatto che i membri della famiglia Ligresti ed altri soggetti ad essi riconducibili abbiano abusato del loro potere di direzione del gruppo “Fondiar-Sai” causando allo stesso ingenti danni patrimoniali derivanti da una serie di operazioni, per lo più in ambito immobiliare, nonché da una serie di altri rapporti contrattuali (quali, ad esempio, contratti di consulenza e di sponsorizzazione) con parti correlate. Seppur nei limiti dell'accertamento cautelare, il Tribunale ha valutato nel merito “gli affari” conclusi attraverso il c.d. “Sistema Ligresti”, rilevando la violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale nella conclusione di operazioni di ingente valore, che presentavano profili di rischio molto elevato e concluse adottando lo schema contrattuale della vendita di cosa futura «in chiaro contrasto con gli interessi del futuro acquirente (Fonsai o le sue controllate) ed a vantaggio delle controparti correlate». Sempre allo scopo di valutare un *fumus* di responsabilità per abuso di direzione e coordinamento, con riferimento ai contratti di consulenza conclusi da Fonsai con Salvatore Ligresti, il Tribunale ha rilevato che «sul piano della *correttezza sostanziale, della ragionevolezza e della convenienza*, si deve innanzitutto notare che le consulenze avevano ad *oggetto prestazioni inutili* per le società amministrate...». Analoghe considerazioni vengono svolte per i contratti di sponsorizzazione conclusi con Laità s.r.l. (parte correlata perché riconducibile a un membro della famiglia Ligresti, presidente del c.d.a di Fonsai) dei quali si contesta nel merito il contenuto delle prestazioni per ragionevolezza e opportunità, poiché l'interesse che le società del gruppo Fonsai potevano avere nell'essere sponsor ufficiale di Laità in tutte le competizioni sportive era pressoché nullo – ad avviso del Tribunale – non essendo lo sport equestre attività sportiva di massa e avendo una limitatissima copertura da parte dei mass media.

⁽⁹⁰⁾ GENTILI, *Disinformazione e invalidità*, cit., 393.

Così inquadrata la disposizione, ci si chiede se la violazione della stessa, mediante la conclusione di contratti infragruppo lesivi degli interessi sociali della eterodiretta, consenta il ricorso a una tutela reale diretta a caducare gli effetti di quegli atti.

In questa prospettiva, la violazione dell'art. 2497 c.c., inteso quale norma imperativa che fissi (implicitamente) requisiti di validità dei singoli atti di cui si compone l'attività di direzione e coordinamento, potrebbe comportare la nullità delle operazioni abusive.

L'uso del condizionale è giustificato dal "tipo" di nullità che conseguirebbe al mancato rispetto delle regole poste dall'art. 2497 c.c..

Si tratterebbe, infatti, di una nullità relativa di protezione a tutela della eterodiretta, dei suoi creditori e dei soci di minoranza⁽⁹¹⁾ e, stante la previsione contenuta nell'art. 2497, comma 1, c.c., con la quale il legislatore sembra legittimare operazioni (inizialmente) pregiudizievoli per le società del gruppo, purché il danno cagionato venga compensato da vantaggi o eliso *ex post* mediante operazioni di segno opposto, una nullità sopravvenuta, sulla cui ammissibilità vi sono opinioni discordi in dottrina.

7.1. La nullità sopravvenuta dei contratti infragruppo in assenza di vantaggi compensativi

Si è osservato che, in virtù del criterio dei vantaggi compensativi, il momento della sintesi in cui valutare il «risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento» sia quello della fine del ciclo di ciascun piano imprenditoriale, poiché solo al termine di tale periodo sarà possibile valutare se l'operazione potenzialmente pregiudizievole posta in essere violi *in concreto* i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, una volta accertato che le conseguenze patrimoniali negative non risultino essere neutralizzate da vantaggi compensativi.

⁽⁹¹⁾ Sulla legittimazione attiva dei soci di minoranza ad impugnare un contratto nullo concluso dalla società, si v., *infra*, § 7.2.

Si pone quindi il problema di verificare se, in siffatte circostanze, il contratto infragruppo concluso a condizioni antieconomiche e fuori mercato possa ritenersi colpito da nullità virtuale sopravvenuta⁽⁹²⁾.

La difficoltà di ammettere la nullità successiva deriva da una concezione della nullità che individua quale attributo ontologico della stessa un vizio invalidante genetico. Sulla base di tale postulato, la figura della nullità sopravvenuta è stata quindi esclusa anzitutto per ragioni di ordine logico: poiché il vizio originario costituisce un attributo proprio della categoria della nullità, il concetto di nullità successiva si risolverebbe di per se stesso in un'aporia⁽⁹³⁾. Con la conseguenza, appunto, che l'invalidità sopravvenuta prima ancora che sul piano giuridico risulterebbe inammissibile su quello concettuale⁽⁹⁴⁾.

Tuttavia, un'analisi della categoria della nullità scevra da dogmatismi non conferma tale assunto e mostra, al contrario, come non esista un solo tipo di nullità. In dottrina, stante la diversità di cause e di conseguenze che il legislatore ricollega all'atto nullo⁽⁹⁵⁾, sempre più frequentemente si fa riferimento *alle* nullità e

⁽⁹²⁾ Il problema dell'ammissibilità della categoria della invalidità sopravvenuta non è nuovo. Come noto, il tema è stato oggetto di studi da parte della dottrina amministrativistica, si ricordano, al riguardo, i contributi di SANTI ROMANO, *Osservazioni sulla invalidità successiva degli atti amministrativi*, in *Raccolta di scritti di diritto pubblico in onore di Giovanni Vacchelli*, Milano, 1938, 431 ss. e di ROMANELLI, *Sulla cosiddetta invalidità successiva degli atti amministrativi*, in *Jus*, 1, 1942, 123 ss. Nella civilistica, si sono espressi a favore FEDELE, *La invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Torino, 1943, 124; STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, 63; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1948, 374; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato Vassalli*, Torino, 1960, 307; DONISI, *In tema di nullità sopravvenuta del negozio giuridico*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1967, 755 ss. Più recentemente, si v. VENOSTA, *Nuovi profili della nullità*, in *Tre studi sul contratto*, Milano, 2008, 168-169; GENTILI, *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, a cura di Gabrielli, Torino, 2006, 1445; MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Trattato del contratto* diretto da Roppo, a cura di Gentili, Milano, 2006, 29 ss.; BIANCA, *Diritto civile*, vol. III, Milano, 2000, 611, il quale, se non esclude a priori che il contratto inizialmente valido divenga successivamente invalido, riconduce, tuttavia, l'inefficacia derivante da invalidità successiva a una vicenda risolutiva poiché trae titolo da un fatto successivo al perfezionamento ed efficacia del contratto.

⁽⁹³⁾ Contrari alla configurabilità di una nullità successiva: R. SCOGNAMIGLIO, *Sull'invalidità successiva dei negozi giuridici*, in *Ann. Dir. compar.*, 1951, XXVII, 55 ss.; TOMMASINI, *Nullità (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, 1978, 899 ss.; DANUSSO, *Norme imperative sopravvenute e invalidità dei contratti*, in *Giur. it.*, 1987, II, 53.

⁽⁹⁴⁾ In tal senso, ONORATO, *Nullità dei contratti nell'intesa anticompetitiva*, Milano, 2012, 192.

⁽⁹⁵⁾ Lo rileva GENTILI, *Le invalidità*, cit., 1438. Sulla diversa disciplina applicabile ai vari casi di nullità, si v. SACCO, *Nullità e annullabilità*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, vol. XII, Torino, 1995, 293 ss.; ROPPO, *Il controllo sugli atti di autonomia privata*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, 487; ID., *Il contratto*, Milano, 2011, 693 ss..

non più *alla* nullità, come categoria giuridica caratterizzata da una serie di tratti comuni⁽⁹⁶⁾(⁹⁷).

La nullità successiva non può quindi negarsi sulla base del rilievo dogmatico che il rimedio riguardi esclusivamente i vizi genetici del negozio: nessuna norma, nemmeno nell'impianto originario del codice civile, ha mai predicato quale requisito proprio della nullità del negozio la presenza di un vizio invalidante originario e contestuale alla conclusione del contratto.

La dottrina che esclude che un fatto sopravvenuto o una norma sopravvenuta possano inficiare *ex post* la validità di un negozio sostiene che in questi casi la reazione dell'ordinamento non sia nei confronti del contratto, ma contro i suoi effetti e che, di conseguenza, si realizzerebbe solo un'ipotesi di *inefficacia sopravvenuta*. Tuttavia, anche questa soluzione sembra fondarsi su un presupposto criticabile, poiché, come è stato puntualmente rilevato, dal momento che gli effetti di un contratto non sono altro che la qualificazione giuridica che lo stesso dà al contegno delle parti, «distinguere fra gli effetti e il contratto è insensato tanto quanto distinguere l'immagine dalla luce»⁽⁹⁸⁾.

Il contratto, infatti, ha una funzione programmatica diretta a regolare i rapporti fra le parti in una fase successiva alla sua conclusione⁽⁹⁹⁾, sicché il giudizio di

(⁹⁶) Si è giunti ad affermare (GENTILI, *op. loc. cit.*) che la nullità come genere comune non esiste perché non esiste più alcun tratto comune che la contraddistingue. L'ultima caratteristica rimasta era forse l'imprescrittibilità dell'azione, ma anche questa ormai è venuta meno con la riforma delle società per azioni che all'art. 2379 c.c., così come riformulato, prevede un termine triennale per impugnare le deliberazioni assembleari *nulle*. Sul tema si v., MANIACI, *Lo scenario delle c.d. nullità speciali*, in *Annales de droit privé* 2010-2011, Milano, 2011, 387 ss.

(⁹⁷) In termini più generali, per un ripensamento delle tradizionali categorie ordinanti, le quali devono essere intese come «il risultato, non il presupposto, del procedimento applicativo del giurista» si v., LIPARI, *Le categorie del Diritto civile*, Milano, 2013; più recentemente, BUSNELLI, *Quale futuro per le categorie del diritto civile?*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, I, 1 ss.

(⁹⁸) GENTILI, *Le invalidità*, cit., 1447, il quale prosegue rilevando che «pretendere a questo punto che una sopravvenienza normativa renda illegale un comportamento che per altro verso la stessa legge continua a giudicare legale (e anzi espressione di diritto o di dovere) perché continua a giudicare valido il negozio che lo fonda (questo ci dice in sostanza la peregrina teoria che distingue il negozio dai suoi effetti), significa inaugurare un metodo argomentativo in cui può essere sostenuta contemporaneamente una cosa e il suo contrario. Forse il diritto non è matematica, ma non è nemmeno un garbuglio». Per ulteriori rilievi, si v. ROPPO, *Il contratto*, cit., 703 ss.

(⁹⁹) Cfr. RUSSO, *Profili evolutivi della nullità contrattuale*, Napoli, 2008, 159 ss. L'A. sostiene che il vizio invalidante non debba necessariamente ed esclusivamente sussistere nel momento in cui l'atto è compiuto, in ragione del fatto che il giudizio di invalidità può essere svolto anche successivamente fintantoché l'atto non abbia cessato di produrre i suoi effetti. Infatti: «la natura programmatica dell'atto di autonomia privata implica il rifiuto della logica valevole per il mero fatto nel mentre impone un costante raffronto col sistema dei valori espressi dall'ordinamento fin quando gli interessi

validità è suscettibile di essere reiterato sintantoché l'atto non abbia esaurito i suoi effetti. La nullità, quindi, può essere sincronica, ossia contestuale alla stipulazione del negozio, ovvero diacronica e manifestarsi in un momento successivo⁽¹⁰⁰⁾.

Sulla base di tali considerazioni alcuni studiosi non hanno escluso la possibilità che un negozio divenga nullo in una fase successiva alla sua formazione, non a causa di una anomalia strutturale e contestuale alla conclusione dell'atto, ma in forza di elementi esterni sopravvenuti che, connessi agli effetti prodotti dal negozio, diano luogo a quella fattispecie vietata dallo schema normativo⁽¹⁰¹⁾.

La questione, affrontata dalla dottrina coeva al codice, è tornata nuovamente in primo piano a fronte di alcuni interventi legislativi con i quali sono state introdotte norme imperative che hanno inciso sulla disciplina di alcuni contratti di durata costituiti antecedentemente alla loro entrata in vigore⁽¹⁰²⁾.

Il tema è stato affrontato anche con riferimento all'art. 2 della l. 187/1990 con il quale sono state vietate, a pena di nullità, le intese restrittive della concorrenza. In questi casi è stato rilevato come tali intese non siano invalide sempre e necessariamente a causa di un vizio originario, ma la nullità possa derivare da parametri esterni e variabili, il sopraggiungere dei quali realizza quel risultato vietato dall'ordinamento.

Ciò può accadere, ad esempio, nel caso in cui un accordo, pur avendo una chiara funzione anticompetitiva, sia stipulato fra due imprese di dimensioni tali per cui la collusione non avrebbe l'effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale, con la conseguenza che una tale intesa sembrerebbe all'origine estranea all'ambito di applicazione del divieto. Tuttavia, se in un momento successivo le imprese

programmati non trovano compiuta realizzazione». Nello stesso senso, MAJELLO, *La patologia discreta del contratto annullabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 354.

⁽¹⁰⁰⁾ ONORATO, *op. cit.*, 195 ss.

⁽¹⁰¹⁾ BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 476, sottolineava il legame fra invalidità successiva e il negozio parte di un'operazione complessa o a formazione successiva.

⁽¹⁰²⁾ A titolo esemplificativo, il problema si era posto in relazione al nuovo testo dell'art. 1938 c.c., come modificato dalla legge n. 154/1992, che vieta la prestazione di fidejussioni per obbligazioni condizionali o future senza massimale di garanzia e in relazione a contratti di finanziamento stipulati a tassi che, a seguito dell'entrata in vigore della l. n. 108/1996, risultano usurari. Per una disamina delle varie ipotesi e per le soluzioni al problema approntate da dottrina e giurisprudenza si v., GENTILI, *Le invalidità*, cit., 1448 e MANTOVANI, *Le nullità*, cit., 32 ss.

coinvolte acquistano dimensioni tali per cui l'accordo divenga idoneo ad incidere in modo rilevante sul mercato, si è ipotizzato come lo stesso, dapprima lecito, venga «colpito da successiva invalidità, siccome divenuto sussumibile nel divieto dell'art. 2, secondo comma»⁽¹⁰³⁾.

Nonostante le perplessità sollevate da quella parte della dottrina che vede con diffidenza il concetto di una nullità successiva, distinguendo tra contratto, inteso come atto materiale al momento della stipula, e regolamento negoziale, ossia gli effetti che promanano dall'atto e che disciplinano i rapporti fra i contraenti, non sono mancati in giurisprudenza segni di apertura⁽¹⁰⁴⁾.

In relazione alla previsione contenuta nell'art. 2 del d.lgs. 122/2005 - che, a tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire, prevede, a pena di nullità del contratto preliminare, il rilascio di una fideiussione che abbia efficacia sino al momento del trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento sull'immobile (art. 3, comma 7, d.lgs. 122/2005) - alcune recenti pronunce di merito⁽¹⁰⁵⁾ hanno dichiarato la nullità di contratti preliminari di compravendita di immobili da costruire a seguito della scadenza della fideiussione

⁽¹⁰³⁾ In tal senso ONORATO, *op. cit.*, 190 ss., il quale individua quale ulteriore ipotesi di nullità sopravvenuta nella disciplina antitrust il contratto concluso fra l'impresa partecipante alla concertazione e l'utente di mercato, nel caso in cui la pratica concordata consista nell'uniformazione delle imprese operanti sul mercato ai prezzi praticati dall'impresa leader nel settore. In una prima fase, i contratti conclusi dalla leader con i consumatori non sarebbero viziati perché non si sarebbe ancora realizzato un rilevante contegno uniforme nel mercato; tuttavia, nel momento in cui le altre imprese allineino la loro condotta con quella della leader, si perfezionerebbe la pratica vietata e di conseguenza i contratti stipulati dalla leader diverrebbero invalidi. «La causa di nullità dei primi contratti sarebbe quindi successiva alla loro formazione e, per così dire, estrinseca rispetto ad essa». Concorde nel ritenere che, specie in materia di intese anticompetitive, un accordo inizialmente «sano» possa perdere tale carattere per effetto del modificarsi delle condizioni del mercato di riferimento, MELI, *Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese anticoncorrenziali*, Milano, 2001, 131 ss.

⁽¹⁰⁴⁾ Si v., per esempio, in tema di usurarietà sopravvenuta, Cass. civ. 22 aprile 2000, n. 5286, in *Riv. not.*, 2000, 1447, con nota di Gazzoni e in *Banca borsa tit cred.*, 2000, II, 620 con nota di Dolmetta, il quale esclude che l'applicabilità dell'art. 1419, comma 2, cod. civ. sia condizionata all'anteriorità della legge rispetto al contratto, e, rilevando come l'obbligazione degli interessi non si esaurisca in una sola prestazione, ma si concreti in una serie di prestazioni successive e, in particolare, che, ai fini della qualificazione usuraria dell'interesse, il momento rilevante sia la dazione e non la stipula del contratto, riconduce il caso ad un'ipotesi di nullità parziale sopravvenuta; Cass. civ., 17 novembre 2000, n. 14899, reperibile, fra gli altri, in *Banca borsa tit cred.*, 2000, II, 621 con nota di Dolmetta; in *Contratti*, 2001, 151 con nota di Maniaci. Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali in tema di nullità sopravvenuta di un contratto per contrarietà ad una norma imperativa successiva alla sua conclusione, si v. RICCIO, *Nullità sopravvenuta del contratto*, in *Contr. impr.* 2000, II, 628 ss.

⁽¹⁰⁵⁾ Trib. Milano, sez. IV, sentenza del 30 ottobre 2015, inedita; Trib. Milano, sez. IV, ordinanza dell'8 settembre 2015, inedita.

rilasciata al momento della conclusione del contratto, ma divenuta inefficace prima della conclusione del contratto definitivo.

In entrambe le ipotesi summenzionate l'invalidità del contratto interviene in un momento successivo alla sua conclusione: il negozio nasce inizialmente valido per poi perdere tale qualità a seguito di vicende esterne, quali l'andamento dei mercati o il venir meno della fideiussione. Tali elementi, seppur estranei al contratto di per sé considerato, sono ritenuti rilevanti dalla norma imperativa, in quanto costitutivi di una fattispecie più articolata, nell'ambito della quale valutare se gli effetti prodotti dal regolamento negoziale siano o meno apprezzabili per l'ordinamento. Orbene, anche nello specifico caso delineato dall'art. 2497 c.c. la singola operazione viene in rilievo come parte di una fattispecie complessa costituita dalla attività di direzione e coordinamento, alla luce della quale ogni atto posto in essere sotto l'influenza della società di vertice deve essere valutato nella sua legittimità.

Pertanto, l'invalidità di un contratto infragruppo concluso a condizioni fuori mercato deriverebbe non da un vizio genetico-strutturale del negozio, quanto dagli effetti dello stesso che, in virtù del mancato realizzarsi delle condizioni poste dall'art. 2497 c.c., ossia in mancanza di vantaggi compensativi e in assenza di un atto sanante (operazione *ex post* diretta a riparare il danno), realizzerebbe quelle conseguenze pregiudizievoli al valore e alla redditività della partecipazione, nonché all'integrità del patrimonio sociale della singola eterodiretta, che il legislatore, imponendo quale limite invalicabile al potere di direzione e coordinamento il rispetto dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, ha inteso scongiurare.

Si è consapevoli che la tesi qui prospettata possa trovare resistenze nell'opinione di chi, restio a superare la tradizionale concezione della nullità, diffidi dal considerare quali cause invalidanti circostanze estrinseche al negozio di per sé oggettivamente considerato e successive alla sua formazione. Tuttavia, anche alla luce di un'analisi comparatistica, la soluzione in esame appare in linea con la tendenza di altri ordinamenti.

Ad esempio, nella recente riforma del diritto francese delle obbligazioni⁽¹⁰⁶⁾, il legislatore ha introdotto quale ulteriore causa di invalidità del contratto la *caducité*, disciplinata agli artt. 1186 e 1187 del *code civil*. La novella prevede che si abbia caducazione del contratto allorquando in un negozio validamente concluso venga a mancare in un secondo momento uno degli elementi essenziali e quando, nell'ambito di un'operazione complessa per la cui realizzazione è necessaria l'esecuzione di più contratti, venga meno uno di questi, la cui sussistenza era necessaria per l'esecuzione degli altri contratti ovvero la cui esecuzione era condizione determinante del consenso di una delle parti⁽¹⁰⁷⁾.

Ciò significa che la nullità sopravvenuta ha trovato, in Francia, pieno riconoscimento sul piano legislativo. La *caducité* si distingue dalla nullità originaria del contratto per il fatto che quest'ultima riguarda i casi in cui «un contrat ...ne remplit pas les conditions requises pour sa validité» (art. 1178 *code civil*)⁽¹⁰⁸⁾. La distinzione fra vizi invalidanti originari e sopravvenuti rileva sotto il profilo degli effetti: il contratto nullo si considera come mai esistito (art. 1178, al. 2, *code civil*) e l'effetto retroattivo della nullità travolge le prestazioni già eseguite che dovranno essere restituite (art. 1178, al. 3, *code civil*)⁽¹⁰⁹⁾, mentre la *caducité* mette fine a un contratto validamente concluso e può avere effetto retroattivo⁽¹¹⁰⁾.

⁽¹⁰⁶⁾ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations che ha dato esecuzione alla Loi n. 2015-177 del 16 febbraio 2015, con la quale è stata conferita al Governo la delega per procedere a una riforma volta a modernizzare e semplificare il diritto dei contratti, del regime generale e della prova delle obbligazioni. La riforma è entrata in vigore il 1° ottobre 2016.

⁽¹⁰⁷⁾ Art. 1186 *code civil* - «Un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît. Lorsque l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération et que l'un d'eux disparaît, sont caducs les contrats dont l'exécution est rendue impossible par cette disparition et ceux pour lesquels l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie. La caducité n'intervient toutefois que si le contractant contre lequel elle est invoquée connaissait l'existence de l'opération d'ensemble lorsqu'il a donné son consentement». Con la previsione contenuta nel nuovo testo dell'art. 1186 *code civil*, il legislatore ha trasposto sul piano legislativo l'orientamento giurisprudenziale formatosi in relazione alle ipotesi di collegamento negoziale. Sul collegamento negoziale e sull'evoluzione giurisprudenziale sul tema, si v. BROS, *L'interdépendance contractuelle, la Cour de cassation et la réforme du droit des contrats*, *Recueil Dalloz*, 2016, 29, reperibile su www.dalloz.fr.

⁽¹⁰⁸⁾ Così come modificato dall'Ordinanza 131/2016, con la quale è stata profondamente innovata la disciplina della nullità (artt. 1178-1185 *code civil*)

⁽¹⁰⁹⁾ Nel diritto francese non vi è una distinzione fra azione di nullità e azione di annullabilità. Nella versione originaria del Codice Napoleone, erano stabiliti gli elementi essenziali per la validità del contratto (accordo, capacità delle parti, oggetto e causa) e all'art. 1117 si individuavano nell'errore, nella violenza (morale) e nel dolo cause di "nullità relativa", poiché in tali ipotesi «la convention contractée par erreur, violence ou dol, n'est point nulle de plein droit ; elle donne seulement lieu à une

Si ritiene, in conclusione, che, se non vi sono ostacoli di ordine logico-giuridico ad ammettere la categoria della nullità sopravvenuta nel nostro ordinamento, le principali diffidenze attengono alla disciplina dei suoi effetti. Sebbene, infatti, il legislatore del '42 non abbia mai individuato nel vizio genetico un predicato ontologico della nullità, la conseguenza della nullità è sempre stata identificata nella mancata produzione di effetti *ab origine* del contratto nullo. La questione che si pone è quindi quella di stabilire cosa accada ad un contratto, validamente formatosi e produttivo di effetti, nel momento in cui risulti colpito da un vizio

action en nullité», come disciplinata dall'art. 1304 cod. nap. In seguito alla riforma delle obbligazioni del 2016, l'art. 1178 *code civil* stabilisce che il contratto che manca di tutti gli elementi prescritti per la sua validità è nullo e, come tale, si considera come mai esistito. Si distingue fra nullità assoluta e nullità relativa a seconda che la regola violata sia stata posta, rispettivamente, a tutela dell'interesse generale ovvero particolare (art. 1179 *code civil*) e, sulla base di ciò, vengono individuati i legittimati attivi (artt. 1180 e 1181 *code civil*). L'azione per far valere l'invalidità è l'*action en nullité*: si prescrive in cinque anni (termine modificato per effetto della Loi n° 2008-561 del 17 giugno 2008 *portant réforme de la prescription en matière civile*, la quale ha eliminato la distinzione fra il termine di prescrizione per l'azione in caso di nullità assoluta, in precedenza trentennale, e relativa, di cinque anni) e si distingue per natura e funzione dalle azioni di nullità e di annullamento previste nel nostro ordinamento; essa, infatti, ha funzione essenzialmente recuperatoria di quanto effettuato in esecuzione di un contratto invalido. Per un confronto sui rimedi in caso di invalidità del contratto nel panorama europeo e anche nei sistemi di common law, si v. GALLO, *Nullità e annullabilità in diritto comparato*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, vol. XII, Torino, 1995, 312 ss. Sulle origini e le ragioni del sistema delle invalidità contrattuali del codice civile del 1942, si v. GENTILI, *Le invalidità*, cit., 1407 ss.

(¹¹⁰) Art. 1187 cod. civil - « La caducité met fin au contrat. Elle peut donner lieu à restitution dans les conditions prévues aux articles 1352 à 1352-9 ». Come specificato nel Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, « compte tenu de la variété des situations auxquelles s'applique la caducité, ils peuvent varier en pratique selon la date à laquelle l'élément essentiel disparaît et selon le type de contrat. L'ordonnance prévoit donc que la caducité met fin au contrat, mais, dans un souci pragmatique, ne tranche pas la question de la rétroactivité : celle-ci n'est pas exclue dans certaines hypothèses puisque la caducité peut donner lieu à restitutions. Il appartiendra aux juges d'apprécier l'opportunité de la rétroactivité en fonction des circonstances de chaque espèce ». In sintesi, il legislatore francese, consapevole della varietà di situazioni in cui può aver luogo la *caducité*, che possono distinguersi, per esempio, in base al momento in cui l'elemento essenziale viene meno e in relazione al tipo di contratto, non ne disciplina compiutamente gli effetti. Da una parte stabilisce che la *caducité* travolge il contratto ma, dall'altra, non risolve in modo definitivo la questione della retroattività: quest'ultima non è esclusa, ma spetterà ai giudici valutare se l'effetto retroattivo sia o meno adeguato alle circostanze del caso concreto.

In questo modo il problema della retroattività degli effetti della nullità sopravvenuta viene lasciato ai tribunali che dovranno valutarlo caso per caso. La Suprema Corte, quasi un decennio prima della riforma, si era pronunciata nel senso della retroattività degli effetti: si v., al riguardo, la pronuncia della Court de Cass., ch. com., 5 giugno 2007, n. 04-02.380. Il caso sottoposto ai giudici d'oltralpe riguardava le sorti di un contratto di compravendita fra due società concluso nell'ambito di un'operazione più articolata in forza della quale l'acquirente aveva concesso in locazione i beni compravenduti ad una terza società che aveva concluso un contratto di servizi avente ad oggetto la manutenzione dei beni con la società venditrice. In relazione al venir meno dei contratti di locazione e di servizi, la Suprema Corte aveva statuito che « la résiliation des contrats de location et de maintenance n'entraîne pas, lorsque ces contrats constituent un ensemble contractuel complexe et indivisible, la résolution du contrat de vente mais seulement sa caducité, l'acquéreur devant restituer le bien vendu et le vendeur son prix ».

invalidante sopravvenuto. Si tratta sostanzialmente di stabilire se la nullità sopravvenuta abbia o meno effetti retroattivi. La stessa dottrina che ne sostiene l'ammissibilità non è unanime sul punto⁽¹¹¹⁾. Non si esclude che le soluzioni possano essere differenti a seconda della causa di invalidità e del tipo di contratto⁽¹¹²⁾. Di ciò pare consapevole il legislatore francese che, da una parte, stabilisce che la *caducité* travolge il contratto, ma dall'altra non risolve in modo definitivo la questione della retroattività: quest'ultima non è esclusa, ma spetterà ai giudici valutare se l'effetto retroattivo sia o meno adeguato alle circostanze del singolo caso concreto.

Ritornando all'ipotesi di partenza, ossia l'invalidità (sopravvenuta) dei contratti infragruppo pregiudizievoli, allorquando non si realizzano i vantaggi compensativi nell'ambito dell'operazione complessiva nella quale sono stati concepiti, può da ultimo evidenziarsi che, oltre alle differenze che la tutela reale offre rispetto a quella obbligatoria, un tale rimedio avrebbe il pregio di svolgere una funzione deterrente e di tendere a ridurre il rischio di operazioni infragruppo abusive dirette a distrarre arbitrariamente risorse da una società a favore di un'altra società sorella. Se, in mancanza di vantaggi diretti a compensare il pregiudizio patrimoniale o in assenza di un'operazione sanante diretta a riparare il danno, tali contratti venissero dichiarati nulli, la capogruppo (o altra società del gruppo che si è avvantaggiata del contratto) sarebbe tenuta a restituire *per intero* quanto indebitamente ricevuto in virtù di tale contratto. Rischio, questo, ben più grave rispetto a quello del risarcimento ex art. 2497 c.c. limitato solo ai soci di minoranza e ai creditori che agiscano e provino rispettivamente il danno derivato al valore e alla redditività della loro partecipazione, nonché all'integrità del patrimonio sociale.

⁽¹¹¹⁾ STOLFI, *op. cit.*, 63, per il quale la nullità sopravvenuta opera come la contemporanea «perché la causa di invalidità si ritiene esistente fin dalla formazione dell'atto»; BUTERA, voce *Negoziio giuridico*, in *Enc. giur. it.*, XI, I, Milano, 1982, 423; diversamente DIONISI, *op. cit.*, 795 ss. il quale ha sostenuto l'operatività *ex tunc* della nullità sopravvenuta, e, precisamente, dal momento della verifica della causa di invalidità.

⁽¹¹²⁾ CHAABAN, *La caducité des actes juridiques. Etude de droit civil*, Parigi, 2006, 331 ss.

7.2. Nullità del contratto concluso dalla società e legittimazione attiva del socio

Se si accoglie la tesi prospettata circa la nullità relativa sopravvenuta dei contratti infragruppo stipulati in violazione dei limiti previsti dall'art. 2497 c.c., un ulteriore quesito da affrontare attiene all'individuazione dei soggetti legittimati ad impugnare i contratti conclusi dalla società.

Non vi sono dubbi circa la legittimazione attiva della stessa società che ha concluso il contratto; tuttavia in forza del fisiologico conflitto di interessi all'interno della compagine sociale della eterodiretta, il rischio di comportamenti opportunistici del socio di controllo a scapito dei soci di minoranza è tale per cui l'azione della società potrebbe essere impedita proprio dal soggiacere della stessa alla direzione della capogruppo.

Riconoscere la nullità dei contratti infragruppo in violazione dell'art. 2497 c.c., ma nel contempo limitare l'impugnativa a beneficio della società danneggiata che li ha stipulati o dei terzi che vi hanno interesse, escludendo la legittimazione attiva dei soci esterni, renderebbe nella pratica il rimedio privo di rilevanza effettiva⁽¹¹³⁾.

Si pone, dunque, il problema della legittimazione attiva del socio ad impugnare i contratti invalidi conclusi dalla società.

La questione, più volte affrontata dalla giurisprudenza⁽¹¹⁴⁾, è stata risolta in termini negativi, in ragione del fatto che solo la società avrebbe un interesse diretto a rimuovere il negozio invalido dalla stessa concluso, mentre il socio avrebbe un interesse indiretto derivante dal pregiudizio riflesso che potrebbe subire a causa del contratto invalido concluso dalla società di cui è parte. Di

⁽¹¹³⁾ La circostanza che si tratti di una nullità relativa non esclude il potere di rilievo officioso della nullità da parte del giudice ex art. 1421 c.c. Del resto, lo stesso legislatore ha previsto fattispecie di nullità nelle quali convivono la legittimazione riservata e la rilevanza d'ufficio (ad esempio, quelle di cui all'art. 36, comma 3 e art. 134, comma 1, cod. cons.).

Sul tema è recentemente intervenuta la Cassazione a Sezioni Unite, la quale, con la sentenza n. 26242 del 12 dicembre 2014, ha riconosciuto il potere di rilevare d'ufficio la nullità con «l'unico limite di riservare il rilievo officioso delle nullità di protezione al solo interesse del contraente debole, ovvero del soggetto legittimato a proporre l'azione di nullità, in tal modo evitando che la controparte possa, se vi abbia interesse, sollecitare i poteri officiosi del giudice per un interesse suo proprio, destinato a rimanere fuori dall'orbita della tutela». Inoltre, dalla distinzione operata dalla Suprema Corte tra rilevazione della nullità da parte del giudice e dichiarazione di essa a seguito di accertamento giudiziale, discende che alla rilevazione obbligatoria della nullità ex art. 1421 c.c., da intendersi come «indicazione alle parti, ad opera del giudice, del vizio», non consegua necessariamente una dichiarazione di nullità, restando sempre nella disponibilità della parte interessata la facoltà di avvalersene o meno.

⁽¹¹⁴⁾ La giurisprudenza è costante sul punto, si v., *ex multis*, Cass. civ., 25 febbraio 2009, n. 4579; Cass. civ., 4 aprile 2003, n. 5323; Cass. civ., 7 maggio 2002, n. 6544; Cass. civ., 15 novembre 1999, n. 12615.

conseguenza, l'interesse del socio alla conservazione della consistenza economica del patrimonio sociale è tutelato esclusivamente attraverso strumenti endosocietari, sia di natura partecipativa, stante l'influenza esercitata sulla vita sociale, sia di natura reattiva, potendo il socio impugnare le delibere assembleari (benché, con la riforma, anche tale mezzo di impugnazione rivesta una funzione essenzialmente rimediale al fine dichiarato di impedire azioni di disturbo della minoranza ed a tutela della stabilità delle decisioni sociali) e agire in responsabilità contro gli organi sociali.

Tale conclusioni si fondano sul presupposto che l'interesse del socio si identifichi totalmente e rimanga pienamente assorbito nell'interesse sociale. Il socio (di una società di capitali), pur essendo terzo rispetto agli atti giuridici posti in essere dalla società attraverso i suoi organi, non è portatore di un interesse distinto da quello della società e, come tale, non è titolare di una posizione giuridica autonoma rispetto all'ente.

Diversa è però la situazione del socio esterno di una società eterodiretta.

Considerata la condizione di soggezione in cui versano, quantomeno di fatto, gli organi sociali della società sottoposta a direzione e coordinamento, non sempre e non necessariamente gli atti posti in essere dalla società rispondono all'interesse sociale della stessa.

Il problema, dunque, è costituito dall'interesse della società di vertice che può contrastare con gli interessi del socio di minoranza e creare una dissociazione tra l'interesse di quest'ultimo e l'interesse sociale concretamente perseguito dalla eterodiretta.

Proprio in ragione della divergenza di interessi che può esserci fra il socio di controllo e i soci di minoranza di una eterodiretta, il legislatore ha introdotto con la disposizione di cui all'art. 2497 c.c. una disciplina che si emancipa dagli strumenti di tutela esclusivamente endosocietari per la protezione dell'investimento del socio esterno nell'impresa di gruppo. Si tratta, come già osservato, di una deroga ai principi generali in tema di imputazione della responsabilità vigenti in materia di responsabilità contrattuale (artt. 1218 e 1223

c.c.) e aquiliana (art. 2043 c.c.), giustificata e resa necessaria dalla tensione dialettica fra soci di controllo e soci esterni.

L'art. 2497 c.c., facendo conseguire la responsabilità da direzione e coordinamento al pregiudizio arrecato alla redditività e al valore della partecipazione sociale, individua quale interesse da tutelare quello del socio di minoranza che, stante la peculiare condizione delle dinamiche endosocietarie che caratterizza la società parte di un gruppo, non è configurabile come mero interesse indiretto e mediato rispetto a quello dell'ente di cui il socio stesso fa parte.

Per tali ragioni, poiché l'invalidità dei contratti infragruppo conclusi a condizioni inique e in mancanza di vantaggi compensativi è una nullità virtuale per violazione dell'art. 2497 c.c. - norma con cui il legislatore ha inteso tutelare l'interesse specifico dei soci esterni che vengono a trovarsi in una posizione soggettiva autonoma e distinta rispetto a quella della società – sembra doversi riconoscere un interesse specifico del socio di minoranza ad impugnare i contratti stipulati in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale.

8. Nullità, risarcimento e sistema

Nei precedenti paragrafi si è illustrato come l'azione di nullità dei contratti infragruppo possa essere esperita ogniqualvolta appaiano insufficienti sul piano rimediale gli effetti meramente risarcitori dati dall'azione di responsabilità e, in particolare, quando il contratto, fonte del danno e della responsabilità, possa continuare a produrre effetti, con la conseguenza che il pregiudizio da questo creato potrebbe perpetrarsi a danno della eterodiretta, dei suoi soci e dei suoi creditori.

Inoltre, in base alla disciplina prevista dall'art. 2497 c.c., il risarcimento del danno da abuso di direzione unitaria sarebbe limitato e disposto solo a favore del soggetto che ha agito in giudizio⁽¹¹⁵⁾, mentre gli effetti restitutori che

⁽¹¹⁵⁾ Si è rilevato, al riguardo, che la disposizione di cui all'art. 2497 c.c. comporti un superamento del principio secondo cui il risarcimento del danno inferto al patrimonio sociale, anche se fatto valere dal

conseguirebbero alla dichiarazione di invalidità del contratto ristorerebbero l'intero pregiudizio inferto al patrimonio sociale con vantaggio (riflesso) di tutti i soci e creditori della eterodiretta.

Se si ammette la possibilità di esperire, accanto all'azione di responsabilità, il rimedio contrattuale, occorre valutare come gli effetti restitutori che conseguirebbero alla caducazione del contratto si coniughino con il risarcimento del danno previsto dall'art. 2497 c.c.

A tal proposito, è necessario stabilire se il risarcimento di cui all'art. 2497 c.c. sia diretto a ripianare *pro quota* e proporzionalmente ciascun soggetto agente del mero depauperamento subito dalla società abusata per effetto delle condizioni antieconomiche del contratto infragruppo, ovvero se sia diretto a riparare anche l'effetto negativo che l'impossibilità per la società di impiegare altrove tali risorse ha causato sull'interesse economico del socio, sempre che tale danno sussista e possa essere provato.

Nel primo caso, il *quantum* del risarcimento sarebbe pari a quanto la società danneggiata avrebbe diritto ad ottenere a titolo restitutorio a fronte dell'invalidità del contratto, con la differenza che, con l'azione di responsabilità, il risarcimento è individuale e accordato solo a chi ha agito e provato il danno in giudizio, mentre con l'azione contrattuale la restituzione della prestazione indebita ristorerebbe l'intero pregiudizio subito dalla società e di riflesso quello dei suoi soci e creditori, i quali, tuttavia, non incamererebbero direttamente nel proprio patrimonio alcuna somma. La scelta di fondo fra l'uno e l'altro rimedio potrebbe quindi porsi fra tutela individuale e tutela collettiva, con la differenza che solo l'azione reale sarebbe in grado di caducare *pro futuro* gli effetti lesivi dell'operazione illecita.

Nella seconda ipotesi, il mero ripianamento del patrimonio sociale non sarebbe di per sé sufficiente a ristorare il danno che il socio ha subito a causa della compromissione della redditività dell'investimento - quale riflesso del pregiudizio

socio su cui si riverbera il pregiudizio, spetta sempre alla società, potendo il singolo socio far valere in via autonoma solo il pregiudizio che si sia prodotto nel suo patrimonio individuale e non quello mediato dalla lesione causata al patrimonio sociale: principio che trova espressione nelle disposizioni di cui agli artt. 2393, 2393-bis e 2395 c.c. In tal senso, G. SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale e azione individuale*, cit., 966 ss. Tale principio è stato recentemente ribadito dalla Suprema Corte con la sent. n° 27733 del 11 dicembre 2013.

arrecato alla società a causa della mancata disponibilità di risorse indebitamente distratte per effetto dell'attività di direzione e coordinamento - con la conseguenza che a un'eventuale azione contrattuale potrebbe aggiungersi l'azione di responsabilità ex art. 2497 c.c., diretta far ottenere al socio, che riesce ad assolvere il non facile onere probatorio, l'ulteriore risarcimento dovuto.

Sebbene la soluzione proposta non appaia incontrovertibile, sembra che i profili di tutela qui prospettati permettano, da una parte, di superare i limiti che la tutela rimediale porta inevitabilmente con sé e, dall'altra, di costituire l'unica via percorribile per poter allineare sul piano sistematico le conseguenze risarcitorie che l'ordinamento fa conseguire al compimento dell'operazione illecita e le conseguenze che, sul piano sostanziale, l'accertata illiceità di un negozio dovrebbe comportare.

BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., *La riforma del diritto societario, Lavori preparatori. Testi e materiali*, a cura di Vietti-Auletta-Lo Cascio-Tombari-Zoppini, Milano, 2006.
- ABBADESSA, *I gruppi di società nel diritto italiano*, in *I gruppi di società: ricerche per uno studio critico*, a cura di Pavone La Rosa, Bologna, 1982, 103.
- ABBADESSA, *La responsabilità della capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2008, I, 279.
- ABBADESSA, *Rapporto di dominio e autonomia privata nel diritto societario italiano*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1999, I, 545.
- ABRIANI, *Gruppi di società e criterio dei vantaggi compensativi nella riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2002, I, 613.
- ALPA, *La responsabilità per la direzione e il coordinamento di società. Note esegetiche sull'art. 2497 cod. civ.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, 659;
- ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2006.
- ANGELICI, *Noterelle quasi metodologiche in materia di gruppi di società*, in *Riv. dir. comm.*, 2013, II, 377.
- ANTUNES, *Os grupos de Sociedades*, Coimbra, 1993.
- AULETTA, *Attività (voce)*, in *Enc. Dir.*, III, Milano, 1958, 981.
- BADINI CONFALONIERI, *Commento all'art. 2497-septies, Il nuovo diritto societario. Commentario Cottino-Bonfante-Cagnasso-Montalenti*, III, Bologna, 2004, 2218.
- BADINI CONFALONIERI, *Commento all'art. 2497*, in *Il nuovo diritto societario. Commentario Cottino-Bonfante-Cagnasso-Montalenti*, III, Bologna, 2004, 2150.
- BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Vassalli, Torino, 1960.
- BIANCA, *Diritto civile*, vol. III, Milano, 2000.
- BIANCHI L.A., *Problemi in materia di disciplina dell'attività di direzione e coordinamento*, in *Riv. soc.*, 2013, 420.
- BONELLI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società*, in *Giur. comm.*, 1992, I, 219.
- BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004.
- BRODASCA, *Art. 2497-bis. Pubblicità*, in *Direzione e coordinamento di società, artt. 2497-2947-septies c.c.*, a cura di Sbisà, in *Commentario Marchetti-Bianchi-Ghezzi-Notari*, Milano, 2012, 173 ss.

- BROS, *L'interdépendance contractuelle, la Cour de cassation et la réforme du droit des contrats*, *Recueil Dalloz*, 2016, 29.
- BUSNELLI, *Quale futuro per le categorie del diritto civile?*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, I, 1 ss.
- BUSSOLETTI – LA MARCA, *Gruppi e responsabilità da direzione unitaria*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, I, 65.
- BUTERA, voce *Negoziio giuridico*, in *Enc. giur. it.*, XI, I, Milano, 1982, 423.
- CALLEGARI, *I gruppi di società*, in *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009*, *Commentario* diretto da Cottino, Bonfante, Cagnasso, Montalenti, Bologna, 2009, 1055.
- CAMPOBASSO, *Controllo societario e poteri della capogruppo nei gruppi e nei gruppi bancari*, in AA.VV., *I gruppi di società. Atti del convegno internazionale di studi, Venezia 16-17-18 novembre 1995*, vol. II, Milano, 1996, 785.
- CARIELLO, *Commento agli artt. 2497-2497-septies*, in *Società di capitali*, a cura di Niccolini-Stagno d'Alcontres Napoli, 2004, 1853.
- CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Riv. soc.*, 2003, 1229.
- CARIELLO, *La pubblicità del gruppo (art. 2497 bis, c.c.): la trasparenza dell'attività di direzione e coordinamento tra staticità e dinamismo*, in *Riv. dir. soc.*, 2009, 466.
- CARIELLO, *Primi appunti sulla c.d. responsabilità da attività da direzione e coordinamento di società*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2003, II, 331.
- CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1948.
- CASTRONOVO, *Principi di diritto europeo dei contratti, parte I e II, Prefazione all'edizione italiana – Un contratto per l'Europa*, Milano, 2001, XIII.
- CERRATO, *Il ruolo dell'assemblea nella gestione dell'impresa: il sovrano ha veramente abdicato?*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, 133.
- CHAABAN, *La caducité des actes juridiques. Etude de droit civil*, Parigi, 2006.
- CLARIZIA, *I contratti per il finanziamento dell'impresa. Mutuo di scopo, leasing, factoring*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Buonocore, II, 4, Torino, 2002.
- 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, II, 600.
- COTTINO, *Divagazioni in tema di conflitto di interesse nei gruppi*, in AA.VV., *I gruppi di società. Atti del convegno internazionale di studi, Venezia 16-17-18 novembre 1995*, vol. II, Milano, 1996, 1073.
- COVELLI, *Direzione e coordinamento di società*, in *Codice commentato delle società* a cura di Bonfante-Corapi-Marziale-Rordorf-Salafia, Milano, 2007, 1376.

- D'ALESSANDRO, «*La provincia del diritto societario inderogabile (ri)determinata*». Ovvero: *esiste ancora il diritto societario?*, in *Riv. soc.*, 2003, 34.
- D'ALESSANDRO, *Il diritto delle società dai «battelli del Reno» alle «navi vichinghe»*, in *Foro it.*, 1988, 48.
- D'AMICO, «*Regole di validità*» e *principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1990.
- D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, in Roppo, *Trattato del contratto*, *Rimedi*, V, 2, Milano, 2006, 977.
- D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.* 2002, I, 37.
- DAL SOGLIO, *Commento all'art. 2497 septies*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, III, Padova, 2005, 2422.
- DAL SOGLIO, *Commento all'art. 2497*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, III, Padova, 2005, 2302.
- DANUSSO, *Norme imperative sopravvenute e invalidità dei contratti*, in *Giur. it.*, 1987, I, 2, 53.
- DE BIASI, *Sull'attività di direzione e coordinamento di società*, in *Le società*, 2003, II, 947.
- DENOZZA, «*Rules vs. Standards*» nella disciplina dei gruppi: *l'inefficienza delle compensazioni virtuali*, in *Giur. comm.*, 2000, I, 327.
- DENOZZA, *Modalità di esercizio del controllo e corretto funzionamento del mercato*, in AA.VV., *I gruppi di società. Atti del convegno internazionale di studi, Venezia 16-17-18 novembre 1995*, vol. II, Milano, 1996, 1139.
- DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, 3, Milano, 2003.
- DONISI, *In tema di nullità sopravvenuta del negozio giuridico*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1967, 755.
- EISENBERG, *Megasubsidiaries: The Effect of Corporate Structure on Corporate Control*, 84 *Harvard law Review*, 1577, (1971).
- EMMERICH-HABERSACK, *Aktien-und GmbH-Konzernrecht, Kommentar*, 8^a ed., München, 2016.
- EMMERICH-HABERSACK, *Konzernrecht*, 10^a ed., München, 2013.
- ENRIQUES, *Il conflitto di interessi degli amministratori si società per azioni*, Milano, 2000.
- ENRIQUES, *Scelte pubbliche e interessi particolari nella riforma delle società di capitali*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2005, 145.
- ENRIQUES, *Vaghezza e furore. Ancora sul conflitto di interessi nei gruppi di società in vista dell'attuazione della delega per la riforma del diritto societario*, in Associazione Disiano Preite, *Verso un nuovo diritto societario*, Bologna, 2002, 247.

- FEDELE, *La invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Torino, 1943.
- FERRI, *Concetto di controllo e di gruppo*, in *Disciplina giuridica del gruppo di imprese*, Milano, 1982, 77 ss.
- FERRI, *Concetto di controllo e di gruppo*, in *Scritti giuridici*, III, 2, Napoli, 1990.
- FERRO-LUZZI e MARCHETTI, *Riflessioni sul gruppo creditizio*, in *Giur. comm.*, 1994, I, 419.
- FORUM EUROPEUM, *Un diritto dei gruppi di società per l'Europa*, in *Riv. soc.*, 2001, 341.
- GALGANO-GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, XXIX, 1, Padova, 2004.
- GALGANO, *Circolazione delle partecipazioni azionarie all'interno dei gruppi di società*, in *Contr. impr.*, 1986, 357.
- GALGANO-SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società. Art. 2497-2497-septies*, in *Commentario Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna, 2014.
- GALGANO, *I gruppi di società*, in *Le società a cura di Galgano*, Torino, 2001.
- GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, in *Contr. e Impr.*, 2002, 1015.
- GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, Padova, 2003.
- GALGANO, *Il punto della giurisprudenza in materia di gruppi di società*, in *Contr. e impr.*, 1991, 897.
- GALGANO, *Il regolamento di gruppo nei gruppi bancari*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2005, I, 86.
- GALGANO, *L'oggetto della holding è dunque l'esercizio mediato e indiretto dell'impresa di gruppo*, in *Contr. e impr.*, 1990, 401.
- GALGANO, *Le società per azioni. Principi generali*, in *Il Codice Civile. Commentario* diretto da Schlesinger, Milano, 1996.
- GALGANO, *Qual è l'oggetto della società holding*, in *Contr. e impr.*, 1986, 327.
- GALLO, *Nullità e annullabilità in diritto comparato*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, vol. XII, Torino, 1995, 310.
- GENTILI, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *Contr.*, 2008, 393.
- GENTILI, *Le invalidità, in I contratti in generale, a cura di Gabrielli*, Torino, 2006.
- GIORGIANI, *La responsabilità nei gruppi*, in *Scritti in Onore di Vincenzo Buonocore*, III, 2, Milano, 2005.
- GUERRERA, *"Compiti" e responsabilità del socio di controllo*, in *Riv. dir. soc.*, 2009, 506.

- GUERRERA, *Autoregolamentazione e organizzazione nel gruppo di società*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, I, 589 ss.;
- GUERRERA, *I regolamenti di gruppo*, in *Società, banche e crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, 2, Torino, 2014.
- GUIZZI-PAGNI, *Notarelle in tema di legittimazione ad agire e di interessi protetti nell'ipotesi di illecito esercizio del potere di direzione e coordinamento di società*, in *Le società*, 2014, 589.
- GUIZZI, *Gestione dell'impresa e interferenze di interessi*, Milano, 2014.
- GUIZZI, *Partecipazioni qualificate e gruppi di società*, in Aa. Vv., *Diritto delle società di capitali. Manuale breve*, Milano, 2003.
- IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2005, 1.
- IRACE, *Commento all'art. 2497 bis*, in AA. VV., *La Riforma Delle Società*, a cura di Sandulli-Santoro, III, Torino, 2003.
- IRACE, *Direzione e coordinamento di società*, in *La riforma delle società. Aggiornamento commentato* a cura di Sandulli-Sassoro-Sassani, Torino, 2004, 120.
- IRTI, *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 987.
- IRTI, *Diritto senza verità*, Roma-Bari, 2011.
- IRTI, *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, 2007.
- IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, I, 36.
- IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2005.
- IRTI, *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 11.
- JAEGER, *I «gruppi» tra diritto interno e prospettive comunitarie*, in *Giur. comm.*, 1980, I, 916.
- JAEGER., *Considerazioni parasistematiche sui controlli e sui gruppi*, in *Giur. comm.*, 1994, I, 476.
- JORIO, *I gruppi*, in *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina* a cura di Ambrosini, Torino, 2003, 195.
- LA MARCA, *Il danno alla partecipazione azionaria*, Milano, 2012, 389.
- LAMANDINI, *Il "controllo". Nozioni e "tipi" nella legislazione economica*, Milano, 1995.
- LAMANDINI, *Il gruppo cooperativo paritetico «semplice» e «qualificato» (bancario). Prime riflessioni*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da Abbadessa e Portale, 4, Torino, 2007.
- LIBONATI, *Prefazione*, in AA. VV. *Diritto delle società* (Manuale breve), Milano, 2008.
- LIPARI, *Le categorie del Diritto civile*, Milano, 2013.

LUTTER-ZOLLNER, *Diritto delle imprese collegate in Germania*, in AA.VV., *I gruppi di società. Atti del convegno internazionale di studi, Venezia 16-17-18 novembre 1995*, vol. I, Milano, 1996, 245.

LUTTER, *Il gruppo di imprese (Konzern) nel diritto tedesco e nel futuro diritto europeo*, in *Riv. soc.*, 1974, 1.

MAFFEIS, *Discipline preventive nei servizi di investimento: le Sezioni Unite e la notte (degli investitori) in cui tutte le vacche sono nere*, in *Contr.*, 2008, 403.

MAJELLO, *La patologia discreta del contratto annullabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 354.

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 26.11.2015.

MANIACI, *Lo scenario delle c.d. nullità speciali*, in *Annales de droit privé 2010-2011*, Milano, 2011, 387.

MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Trattato del contratto* diretto da Roppo, a cura di Gentili, Milano, 2006.

MARCHETTI P., *Note sulla nozione di controllo nella legislazione speciale*, in *Riv. soc.*, 1992, 1.

MARCHETTI P., *Sul controllo e sui poteri della controllante*, in AA.VV., *I gruppi di società. Atti del convegno internazionale di studi, Venezia 16-17-18 novembre 1995*, vol. II, Milano, 1996, 1547.

MAUGERI, *Partecipazione sociale e attività di impresa*, Milano, 2010.

MAZZAMUTO, *Questioni sparse al confine fra diritto comune e diritto societario*, in *Contr. e impr.*, 2006, 1485.

MELI, *Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese anticoncorrenziali*, Milano, 2001.

MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, 1.

MIGLIORE, *Commento all'art. 2497-sexies*, in *Codice Civile* annotato con la dottrina e la giurisprudenza, a cura di Perlingieri, V**; Napoli, 2010, 2319.

MIGNOLI, *Interesse di gruppo e società a sovranità limitata*, in *Contr. e impr.*, 1986, 729.

MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956.

MINERVINI, *La capogruppo e il «governo del gruppo»*, in AA.VV., *I gruppi di società. Atti del convegno internazionale di studi, Venezia 16-17-18 novembre 1995*, vol. II, Milano, 1996, 1565.

MONTALENTI, *L'attività di direzione e coordinamento: dottrina, prassi, giurisprudenza*, in *Giur. comm.*, 2016, 111.

- MONTALENTI, *Conflitto di interesse nei gruppi e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 1995, I, 710.
- MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. soc.*, 2007, 317.
- MONTALENTI, *Interesse sociale, interesse di gruppo e gestione dell'impresa nei gruppi di società*, in AA. VV., *La riforma del diritto societario dieci anni dopo: per i quarant'anni di Giurisprudenza commerciale. Atti del convegno, Milano, 13-14 giugno 2014*, in *Quad. giur. comm.*, Milano, 2015, 171.
- MONTALENTI, *Operazioni intragruppo e vantaggi compensativi: l'evoluzione giurisprudenziale*, in *Giur. it.*, 1999, 2318.
- MONTALENTI, *Società per azioni, corporate governance e mercati finanziari*, Milano, 2011.
- MUCCIARELLI, *Art. 2497-septies. Coordinamento fra società*, in *Direzione e coordinamento di società, artt. 2947-2947-septies c.c.*, a cura di Sbisà, in *Commentario Marchetti-Bianchi-Ghezzi-Notari*, Milano, 2012, 379.
- NIGRO, *Tutela demolitoria e tutela risarcitoria nel nuovo diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2004, 881.
- NIUTTA, *La novella del codice civile in materia societaria: luci ed ombre della nuova disciplina sui gruppi di società*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, 373.
- NIUTTA, *Sulla presunzione di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento di cui agli artt. 2497-sexies e 2497-septies c.c.: brevi considerazioni di sistema*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 983.
- ONIDA, *Economia d'azienda*, Torino, 1992.
- ONORATO, *Nullità dei contratti nell'intesa anticompetitiva*, Milano, 2012.
- OPPO, *Vario diritto. Scritti giuridici*, VII, Padova, 2005.
- PAVONE LA ROSA, *La responsabilità da controllo nei gruppi di società*, in *Riv. soc.*, 1984, 401.
- PAVONE LA ROSA, *Le società controllate – I gruppi*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 2, II, Torino, 1991, 581.
- PAVONE LA ROSA, *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*, in *Riv. soc.*, 2003, 765.
- PENNISI, *La disciplina delle società soggette a direzione unitaria e recesso nei gruppi*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da Abbadessa e Portale, 3, Torino, 2007, 887.

- PICCIAU, *Commento all'art. 2497-sexies*, in *Direzione e coordinamento di società*, artt. 2947-2947-septies c.c., a cura di Sbisà, in *Commentario Marchetti-Bianchi-Ghezzi-Notari*, Milano, 2012, 345.
- PIETROBON, *Errore volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990.
- PORTALE, *I "finanziamenti" dei soci nelle società di capitali*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2003, I, 663.
- PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da Abbadessa e Portale, 2, Torino, 2007, 3.
- PREITE, *Il conflitto di interessi del socio tra codice e disciplina del mercato immobiliare*, in *Riv. soc.*, 1988, 361.
- RENNER-HESSELBARTH, *Corporate Control Contracts and the Rome I Regulation*, in *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2014, 117.
- RICCIO, *Nullità sopravvenuta del contratto*, in *Contr. impr.*, 2000, II, 628.
- RIMINI, *Il controllo contrattuale*, Milano, 2002.
- RIMINI, *Il controllo contrattuale: spunti per una riflessione*, in AA.VV., *I gruppi di società. Atti del convegno internazionale di studi, Venezia 16-17-18 novembre 1995*, vol. III, Milano, 1996, 1903.
- RIVARO, *Attività di direzione e coordinamento e regolamenti di gruppo*, in *Giur. comm.*, 2010, 296.
- ROMANELLI, *Sulla cosiddetta invalidità successiva degli atti amministrativi*, in *Jus*, 1, 1942, 123.
- RONDINONE, *I gruppi di imprese fra diritto comune e diritto speciale*, Milano, 1999.
- RONDINONE, voce *Società (gruppi di)*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione commerciale, Aggiornamento*, Torino, 2009, 591.
- ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011.
- ROPPO, *Il controllo sugli atti di autonomia privata*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, 485.
- RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Società*, 2004, 538.
- ROSOTTO-CRESTA, *Direzione e coordinamento di gruppo nella riforma societaria: prime riflessioni*, in *Corr. Giur.*, 2003, 821.
- ROSSI G., *Il fenomeno dei gruppi e il diritto societario: un nodo da risolvere*, in *Riv. soc.*, 1995, 1131.
- ROSSI M., *I molti problemi "aperti" della disciplina dei gruppi: considerazioni a margine di una recente ordinanza cautelare*, in *Le società*, 2014, 571.

- ROSSI S., *Relazione introduttiva ad una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi*, in *Giur. comm.*, 2002, I, 614.
- RUSSO, *Profili evolutivi della nullità contrattuale*, Napoli, 2008.
- SACCHI, *Conclusioni*, in “Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi”, in *Giur. comm.*, 2002, I, 634.
- SACCHI, *La tutela delle minoranze tra tutela indennitaria e rimedi demolitori*, in *Riv. dir. comm.*, 2016, 234 ss.
- SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 674.
- SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, *Giur. comm.*, 2003, I, 661.
- SACCHI, *Tutela reale e tutela obbligatoria della minoranza*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, a cura di Abbadessa e Portale, Torino, 2006, 135.
- SACCO-DE NOVA, *Il Contratto*, IV ed., Torino, 2016.
- SACCO, *Il contratto*, in *Trattato Vassalli*, Torino, 1975.
- SACCO, *Nullità e annullabilità*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, vol. XII, Torino, 1995, 293.
- SALAFIA, *La responsabilità della holding nei confronti dei soci di minoranza delle controllate*, in *Le società*, 2003, 390.
- SANTAGATA, *Autonomia privata e formazione dei gruppi nelle società di capitali*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da Abbadessa e Portale, 3, Torino, 2007, 799.
- SANTAGATA, *Il gruppo paritetico*, Torino, 2001.
- SANTI ROMANO, *Osservazioni sulla invalidità successiva degli atti amministrativi*, in *Raccolta di scritti di diritto pubblico in onore di Giovanni Vacchelli*, Milano, 1938, 431.
- SANTOSUOSSO, *Gruppi di società basati sull'attività di direzione e coordinamento e diritto di recesso nelle ipotesi di trasformazione con mutamento dello scopo sociale e di modifica dell'oggetto sociale della capogruppo (art. 2497-quater, primo co., lett. a, c.c.)*, studio n. 132-2009/I.
- SBISÀ, *Art. 2497. Responsabilità. Commento ai commi 1-2, c.c.*, in *Direzione e coordinamento di società, artt. 2947-2947-septies c.c.*, a cura di Sbisà, in *Commentario Marchetti-Bianchi-Ghezzi-Notari*, Milano, 2012, 3.
- SBISÀ, *Commento all'art. 2359*, in Fre-Sbisà, *Società per azioni*, in *Commentario Scialoja-Branca*, 1, Bologna-Roma, 1997, 452.
- SBISÀ, *Società controllate e società collegate*, in *Contr. e impr.*, 1997, 319.
- SCHIANO DI PEPE, *Il diritto di recesso nei gruppi*, in *Società*, 2003, II, 1205.

SCIUTO, *Direzione e coordinamento di società*, in *La riforma delle società di capitali e cooperative*, a cura di Starola, Milano, 2003, 289.

SCOGNAMIGLIO G., "*Clausole generali*", *principi di diritto e disciplina dei gruppi di società*, in *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, 2011, 579.

SCOGNAMIGLIO G., *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, Torino, 1996.

SCOGNAMIGLIO G., *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da Abbadessa e Portale, 3, Torino, 2007, 945.

SCOGNAMIGLIO G., *Gruppi di imprese e diritto delle società*, Roma, 1986.

SCOGNAMIGLIO G., *Motivazione delle decisioni e governo del gruppo*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, 757.

SCOGNAMIGLIO G., *Poteri e doveri degli amministratori nei gruppi di società dopo la riforma del 2003*, in *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, a cura di Scognamiglio, Milano, 2003, 189.

SCOGNAMIGLIO G., *Prospettive di tutela dei soci esterni nei gruppi di società*, in *Riv. soc.*, 1995, 420.

SCOGNAMIGLIO R., *Sull'invalidità successiva dei negozi giuridici*, in *Ann. Dir. compar.*, 1951, XXVII, 55.

SPADA, *Classi e tipi di società dopo la riforma organica (guardando alla nuova società a responsabilità limitata)*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 489.

SPADA, *Gruppi di società*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, II, 221.

SPADA, *L'alienazione del governo della società per azioni*, in AA.VV., *I gruppi di società. Atti del convegno internazionale di studi, Venezia 16-17-18 novembre 1995*, vol. III, Milano, 1996, 2175.

SPADA, *L'amministrazione della società per azioni tra interesse sociale e interesse di gruppo*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, I, 233.

SPOLIDORO, *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust*, in *Riv. soc.*, 1995, 457.

STOLFI, *Le società multinazionali nel diritto comunitario*, Milano, 1984.

STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947.

TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, 2010.

TOMBARI, *La nuova disciplina dei gruppi di società*, in AA. VV., *Il nuovo diritto societario tra società aperte e società private*, a cura di Benazzo-Patriarca-Presti, Milano, 2003, 237.

TOMBARI, *La tutela dei soci nel gruppo di società*, in *La riforma del diritto societario dieci anni dopo. Per i quarant'anni di giurisprudenza commerciale. Atti del Convegno, Milano, 13-14 giugno 2014*, Milano, 2015, 237.

TOMBARI, *Poteri e doveri dell'organo amministrativo di una s.p.a. «di gruppo» tra disciplina legale e autonomia privata (appunti in tema di corporate governance e gruppi di società)*, in *Riv. soc.*, 2009, 122.

TOMBARI, *Società cooperative e gruppi di imprese (gruppo cooperativo paritetico e gruppo cooperativo eterogeneo)*, in *Giur. comm.*, 2007, 739.

TOMMASINI, *Nullità (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, Milano, 1978, 866.

TONELLO, *Il contratto di dominio nei gruppi di società: e se ne ritentassimo l'esame di meritevolezza?*, in *Contr. e impr.*, 1995, 1078.

VALZER, *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da Abbadessa e Portale, 3, Torino, 2007, 833.

VENOSTA, *Nuovi profili della nullità*, in *Tre studi sul contratto*, Milano, 2008.

VENTORUZZO, *Responsabilità da direzione e coordinamento e vantaggi compensativi futuri*, in *Riv. soc.*, 2016, 363.