

SEMINARIO DI DIRITTO COMMERCIALE

“LA RESPONSABILITÀ DA DIREZIONE E COORDINAMENTO DI SOCIETÀ”

Università degli Studi di Padova, 12 novembre 2014

GRAZIA FANTONI

RESPONSABILITÀ E TUTELE NELL’AMBITO DELLA DIREZIONE E COORDINAMENTO DI SOCIETÀ

SOMMARIO: 1. La responsabilità per abuso nell’esercizio dell’attività di direzione e coordinamento: le problematiche oggetto d’indagine. – 2. *Holdings* e *holders*, marionette e burattinai: riflessioni sul piano sostanziale. – 3. (*Segue*) La tutela dei soggetti “*esterni*” alla *capogruppo*. - 4. (*Segue*) Brevi considerazioni di carattere processuale. – 5. Conclusioni.

1. La responsabilità per abuso nell’esercizio dell’attività di direzione e coordinamento: le problematiche oggetto d’indagine.

Il tema della *responsabilità* costituisce il fulcro della normativa codicistica in tema di direzione e coordinamento di società (art. 2497 ss.), normativa che, laddove omette del tutto di delineare i confini della *fattispecie* (non sussistendo alcuna definizione di “gruppo” o “controllo”), si incentra esclusivamente sulla *disciplina* del fenomeno¹.

Ai sensi dell’art. 2497, comma 1, c.c., la “*società*” o “*ente*” che esercita la direzione unitaria è responsabile qualora (a) l’esercizio dell’attività di direzione e coordinamento, (b) volto al perseguimento di un *interesse*

¹ La Relazione di accompagnamento alla Riforma del diritto societario (d.lgs. n. 6/2003) spiega come sia stato opportuno non dare o richiamare alcuna nozione di “gruppo” o “controllo”, giacché “le innumerevoli definizioni di gruppo esistenti nella normativa di ogni livello sono funzionali a problemi specifici” ed “è altrettanto chiaro che qualunque nuova nozione si sarebbe dimostrata inadeguata all’incessante evoluzione della realtà sociale, economica e giuridica”. Si è al contrario ritenuto che il problema centrale del fenomeno del gruppo fosse, appunto, quello della “responsabilità, in sostanza della controllante, nei confronti dei soci e dei creditori sociali della controllata” (cfr. Relazione, § 13).

imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, (c) cagioni un danno ai *soci*² o ai *creditori*³ della *società eterodiretta* e che (d) tale danno non risulti mancante alla luce del risultato complessivo della direzione unitaria oppure integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette (cd. vantaggi compensativi). Alla responsabilità principale della *società* o *ente* capogruppo si aggiunge poi un'eventuale responsabilità *solidale* a carico di *chi* “abbia comunque preso parte al fatto lesivo”, ossia alla direzione unitaria illecita (art. 2497, comma 2, c.c.). Verificatisi tali presupposti, il *socio* e il *creditore* dell'eterodiretta possono agire *uti singuli* contro il soggetto che esercita l'attività di direzione e coordinamento, a condizione che non siano stati soddisfatti dall'eterodiretta medesima (cd. principio di sussidiarietà di cui all'art. 2497, comma 3, c.c.).

Tra le varie e rilevanti questioni sollevate dalla citata disciplina di legge⁴, s'intende operare, in particolare, alcune riflessioni dapprima sul

² Un pregiudizio “alla redditività ed al valore della partecipazione sociale” (art. 2497, comma 1, c.c.). Sui dubbi creati dall'utilizzo di una simile locuzione, cfr. M. BUSSOLETTI – E. LA MARCA, *Gruppi e responsabilità da direzione unitaria*, in *L'attività gestoria nelle società di capitali. Profili di diritto societario italiano e spagnolo a confronto*, a cura di A. Sarcina e J.A. García Cruces, Bari, 2010, 227 ss., 246, i quali osservano che il *valore* della partecipazione e la *redditività* della stessa non sono concetti equivalenti, ma il secondo è compreso nel primo: infatti, se è vero che non ogni pregiudizio al *valore* della partecipazione sociale si traduce necessariamente in un pregiudizio alla sua *redditività*, al contrario un danno alla *redditività* della partecipazione si traduce necessariamente in un danno al *valore* della stessa. Tuttavia, è del tutto condivisibile l'opinione degli A. citati, secondo cui l'affermazione della diversità tra i due concetti non deve poi portare a sostenere che la responsabilità da direzione unitaria abusiva può sorgere *solo* nel caso di lesione cagionata a *entrambe* o alla *parte comune* a entrambe, giacché ciò significherebbe esentare da responsabilità chi cagiona *solo l'uno* o *solo l'altro*. Nello stesso senso, M. MAUGERI, *I “danni da fusione”: calcolo del pregiudizio arrecato ai soci in caso di rapporto di cambio non congruo*, Relazione al Convegno “Diritto e prassi delle valutazioni d'azienda: aspetti critici”, Università Luigi Bocconi, Milano, 9-10 giugno 2014; M. BUSSOLETTI, *Il danno da attività di direzione e coordinamento illegittima*, Relazione al Convegno “Diritto e prassi delle valutazioni d'azienda: aspetti critici”, Università Luigi Bocconi, Milano, 9-10 giugno 2014.

³ Una “lesione cagionata all'integrità del patrimonio” dell'eterodiretta (art. 2497, comma 1, c.c.)

⁴ Per un'esaustiva analisi del fenomeno della direzione e coordinamento di società, v. in particolare P. DAL SOGLIO, *Commento agli artt. 2497-2497-septies c.c.*, in *Il nuovo diritto delle società. Commentario* a cura di A. Maffei Alberti, III, Padova, 2005, 2302 ss.; F.

controverso tema dell'imputazione della responsabilità da direzione unitaria abusiva in capo alla *persona fisica* che eserciti effettivamente tale attività: sia nel caso in cui tale soggetto diriga e coordini *de facto* società formalmente non facenti parte di un gruppo, sia - ed è l'ipotesi su cui ci si soffermerà nel dettaglio - nel caso in cui, in presenza di un gruppo, eserciti la direzione unitaria in quanto soggetto "interno" al controllo della società *holding* (come, ad esempio, il socio di maggioranza o l'amministratore), discorrendosi, in quest'ultima ipotesi, e al ricorrere di determinate circostanze, di un'eventuale responsabilità a suo carico non meramente solidale con la *holding* (*ex art. 2497, comma 2*), ma *esclusiva* (*ex art. 2497, comma 1*) e, conseguentemente, dell'esonero da responsabilità della società capogruppo.

Un'altra problematica che s'intende esaminare è quella riguardante le possibili tutele in favore di alcuni dei soggetti più "deboli" all'interno di un gruppo di società: i soci e i creditori "esterni"⁵ al controllo della *capogruppo*

GALGANO, *Direzione e coordinamento di società (artt. 2497 - 2497-septies c.c.)*, in *Commentario del codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna, 2005, 27 ss.; G. SBISÀ (a cura di), *Direzione e coordinamento di società. Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti - L.A. Bianchi - F. Ghezzi - M. Notari, Milano, 2012.

Nel testo si utilizzano i termini "eterodirezione", "direzione unitaria" e "direzione e coordinamento" come equivalenti (così anche G. ALESSI, *L'azione di responsabilità nei gruppi di impresa*, in *Società. Il dizionario della riforma*, Milano, 2003, p. 165; V. SALAFIA, *La responsabilità della holding nei confronti dei soci di minoranza delle controllate*, in *Società*, 2003, p. 391; P. DAL SOGLIO, *cit.*; P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. soc.*, 2007, 317 ss., 322; A. VALZER, *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, in *Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, III, 2007, 833 ss.; G. PRESTI - M. RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*, Bologna, 2013, 653), anche se si segnala che un Autore ha tenuto a puntualizzare come, in realtà, l'espressione "direzione unitaria" attenga all'aspetto ontologico (cioè l'elemento costitutivo) della fattispecie "gruppo", mentre la locuzione "direzione e coordinamento" riguardi l'aspetto dinamico (cioè il modo in cui il potere di direzione unitaria si manifesta). Così G. SBISÀ, *Commento all'art. 2497 c.c. (commi 1-2)*, in *Direzione e coordinamento di società* (a cura di G. Sbisà). *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti - L.A. Bianchi - F. Ghezzi - M. Notari, Milano, 2012, 22-23.

⁵ Per l'identificazione, con tale termine, del soggetto estraneo al controllo della società, v. C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, Padova, 2006, 194; P. SPADA, *Diritto commerciale*, II, Elementi, Padova, 2006, 162.

(come i soci di minoranza e i creditori cd. *non adjusting*⁶), “estranei” anche alla disciplina di legge, che si preoccupa di tutelare soltanto i soci e i creditori delle società eterodirette. Anche i primi, tuttavia, possono subire le conseguenze negative di uno scorretto esercizio dell’attività di direzione e coordinamento: oltre alla possibile modificazione – dai soci non preventivata - delle condizioni di rischio dell’impresa nella quale essi hanno scelto d’investire⁷, in certe ipotesi – come si vedrà - l’eterodirezione abusiva non intende attuare né un disegno riconducibile al gruppo nella sua interezza né l’interesse della *holding*, così che da tale attività non consegue alcun incremento “alla redditività e al valore della partecipazione” dei suoi soci “esterni”, bensì unicamente un pregiudizio, che si verifica, in particolare, non solo a seguito dell’*accertamento della responsabilità* da direzione unitaria abusiva in capo alla *holding* (e quindi dal depauperamento del suo patrimonio dopo l’adempimento dell’obbligazione risarcitoria), ma anche a seguito dell’*esperimento dell’azione giudiziaria* di responsabilità *ex art.* 2497, comma 1, c.c. nei confronti della capogruppo stessa, giacché in questo caso il socio subisce *immediatamente* una svalorizzazione della propria partecipazione; il solo fatto dell’esercizio dell’azione, infatti, è in grado d’influire negativamente sulle valutazioni del mercato in ordine alla capacità di rendimento della società, sia perché la capogruppo potrà essere condannata a pagare un ingente esborso, sia perché i suoi amministratori potranno essere ritenuti responsabili solidalmente *ex art.* 2497, comma 2,

⁶ Con questa espressione si definiscono generalmente tutti i creditori “che non sono in grado di scontare nelle condizioni del credito tutte le circostanze che incidono sul rischio d’insolvenza del debitore, ivi compresa la postergazione subita per la concessione di garanzie reali ai creditori forti”, tra cui “le vittime dei torti non assicurati, gli enti pubblici o privati che vantano crediti fiscali, crediti soggetti a tariffa o comunque crediti fissati in modo indipendente dalla solvibilità del debitore, nonché i piccoli creditori tipicamente rappresentati dai lavoratori, i piccoli fornitori e gli acquirenti”. Cfr. N. BACCETTI, *Creditori extracontrattuali, patrimoni destinati e gruppi di società*, Milano, 2009, 321, nt. 15.

⁷ Cfr. M. MAUGERI, *Le operazioni con parti correlate nei gruppi societari*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, I, 887 ss., 895, ove, alla nt. 17, l’esempio dello spostamento di valore dalla società capogruppo a una controllata nella quale il socio persona fisica di riferimento della prima detenga una partecipazione rilevante.

c.c. (per cui la gestione sociale potrebbe non essere stata condotta secondo gli *standards* della correttezza e della diligenza professionale *ex art. 2392 c.c.*). Inoltre, anche i creditori della *holding* rischiano un pregiudizio, poiché in caso di condanna della società, questa sarà costretta a pagare un risarcimento che, se ingente, potrebbe causare una “lesione all’integrità del suo patrimonio”.

Si può anticipare fin d’ora che una risposta positiva o negativa al primo interrogativo non è indifferente ai fini di una risoluzione della problematica ora esposta, giacché, con riferimento ai gruppi “di diritto”, in determinate circostanze un’eventuale affermazione della responsabilità *ex art. 2497, comma 1, c.c. esclusivamente* in capo alla persona fisica che eserciti la direzione unitaria in quanto soggetto “interno” alla capogruppo – potrebbe, in ipotesi, rappresentare la più efficace forma di tutela per i soci e i creditori “esterni” della *holding*, evitando alla stessa il depauperamento patrimoniale, nonché reputazionale, derivante (ma non solo, come si vedrà) dall’imputazione a suo carico della responsabilità *ex art. 2497, comma 1, c.c.*

2. *Holdings* e *holders*, marionette e burattinai: riflessioni sul piano sostanziale.

In via preliminare, si rende dunque opportuno operare qualche riflessione riguardo la configurabilità di una responsabilità per esercizio abusivo della direzione unitaria *ex art. 2497, comma 1, c.c.* in capo alle persone fisiche esercenti tale attività.

Come si accennava poco fa, all’interno dei gruppi “di diritto” vi sono alcuni soggetti “forti” perché “interni” al controllo ovvero al comando (di diritto o di fatto) della *holding* - identificabili efficacemente come “*holders*”⁸ - in grado di incidere sulla gestione della società e, conseguentemente, di determinare le scelte e le politiche del gruppo: i cd. *soci di comando* (perché

⁸ Così F. FIMMANÒ, *Commento all’art. 2497 c.c. (commi 3-4)*, in *Direzione e coordinamento di società* (a cura di G. Sbisà). *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti - L.A. Bianchi - F. Ghezzi - M. Notari, Milano, 2012, 11.

titolari di una partecipazione di maggioranza o perché comunque interni al controllo della società e quindi capaci di nominare gli amministratori oppure di svolgere essi stessi una gestione di fatto), gli *amministratori* (per così dire, “di diritto”) e i *creditori* in grado non solo di contrattare le condizioni a cui erogano credito, ma anche di influenzare il governo della società (come, ad esempio, le banche).

Nei confronti di tali soggetti, ove ne ricorrano i presupposti, la dottrina si è dimostrata favorevole ad ammettere una responsabilità *solidale* con la capogruppo ai sensi del secondo comma dell’art. 2497, c.c., indipendentemente dal fatto che il soggetto “interno” alla *holding* sia una persona giuridica (come una banca) o una persona fisica, giacché non può dubitarsi che all’interno del pronome “*chi*” sia ricompresa anche quest’ultima⁹.

Più discussa è invece la possibilità di affermare a carico dei predetti soggetti una responsabilità principale ed *esclusiva* ai sensi del primo comma dell’art. 2497 c.c., esimendo invece la società capogruppo, soprattutto quando il soggetto “interno” dirigente sia una persona fisica, a causa dell’utilizzo, nel testo dell’art. 2497, comma 1, dei termini “società” ed “ente”.

Cominciando da quest’ultima ipotesi per esaminare più avanti la responsabilità dell’*holder* persona giuridica, siccome il nostro legislatore non

⁹ Cfr. F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, diretto da F. Galgano, V. 29, Padova, 2003, 191; ID., (nt. 4), 59; L. ENRIQUES, *Gruppi di società e gruppi d’interesse*, in *Il nuovo diritto societario tra società aperte e società private*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, n. 246, Milano, 2003, 250 ss., il quale sostiene che la responsabilità ex art. 2497 c.c. debba gravare, *oltre che* sulla capogruppo e sui suoi amministratori, anche sull’“azionista al vertice del gruppo che sia attivo nella gestione del medesimo pur senza ricoprire cariche sociali e al limite *anche* il *non azionista* che tuttavia, in virtù ad esempio di rapporti familiari, sia in grado di influenzare in modo decisivo la gestione del gruppo”; G. GUIZZI, *Partecipazioni qualificate e gruppi di società*, in AA.VV., *Diritto delle società di capitali*, Milano, 2003, 255-256; G. COTTINO, *Diritto societario*, Padova, 2006, 689; con riferimento alla responsabilità dei creditori ex art. 2497, comma 2, c.c., cfr. A. VICARI, *Finanziamenti delle banche a fini ristrutturativi*, in *Giur. Comm.*, 2008, I, 478 ss., 508; N. RONDINONE, voce *Società (gruppi di)*, in *Dig. it. disc. priv., sez. comm.*, 2009, 591 ss., 603; G. SBISÀ (nt. 4), 70-71.

qualifica ulteriormente il termine *ente*¹⁰, si può innanzitutto osservare che nulla esclude *a priori* la possibilità di attribuire al termine “ente” un significato di tipo *etimologico*, ovvero “*ciò che è*” - quale participio presente del verbo essere, derivante dal greco ὄν e ὄντα, “enti” - di modo tale da poter ricomprendere al suo interno tanto le persone fisiche quanto quelle giuridiche¹¹, essendo le prime “enti naturali, corporali, dotati d’intelletto” e le seconde “enti creati dall’ordinamento giuridico”¹².

Ciò premesso, e tenuto conto dell’obiezione per cui nel concetto *giuridico* di “ente” non è così agevole ricomprendere la persona fisica, appare utile operare qualche considerazione di carattere *sistematico* al fine di dimostrare come, a ben vedere, una simile lettura del termine *de quo* non si ponga poi così in contrasto con l’intero impianto normativo.

In primo luogo, bisogna riconoscere che le disposizioni codicistiche che regolano il fenomeno della direzione e coordinamento non possono dirsi caratterizzate in termini di assoluta coerenza le une con le altre: al terzo comma dell’art. 2497, infatti, è prevista la responsabilità solidale di “*chi*” (quindi anche la persona fisica) abbia comunque preso parte alla direzione unitaria abusiva o ne abbia consapevolmente tratto beneficio; il pronome “*chi*”, inoltre, è presente anche nelle disposizioni di cui agli artt. 2497-*bis*,

¹⁰ Cfr. Trib. Milano, 20 dicembre 2013, Fondiaria-Sai S.p.A. *et al.* c. S. Ligresti *et al.*, disponibile al *link* http://www.giurisprudenzadelleimprese.it/wordpress/wp-content/uploads/2014/01/20131220_RG42294-20131.pdf; Trib. Milano, 20 marzo 2014, Fondiaria-Sai S.p.A. *et al.* c. S. Ligresti *et al.*, disponibile al *link* http://www.giurisprudenzadelleimprese.it/wordpress/wp-content/uploads/2014/06/20140507_RG400-20142.pdf.

¹¹ *Contra* S. PATTI, *Commento all’art. 2497*, in AA.VV., *La riforma di diritto societario*, a cura di G. Lo Cascio, Milano, 2003, 243; C. ANGELICI (nt. 5), 201; A. BASSI, *La disciplina dei gruppi*, in AA.VV., *La riforma del diritto societario* (a cura di V. Buonocore), Torino, 2003, 200; A. BADINI CONFALONIERI – R. VENTURA, *Commento all’art. 2497*, in *Il nuovo diritto societario, Commentario* diretto da G. Cottino – G. Bonfante – O. Cagnasso – P. Montalenti, III, Bologna, 2004, 2166 ss.; S. GIOVANNINI, *La holding persona fisica nella nuova disciplina dei gruppi societari* (nota a Cass. 9 agosto 2002, n. 12113), 18 ss., in *Giur. comm.*, 2004, II, 31.

¹² C. ESPOSITO, *La «categoria» dell’abuso «nella» personalità giuridica dopo la riforma del diritto delle società di capitali*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, 29 ss. In senso analogo, F. FIMMANÒ, (nt. 8), 138, secondo cui “il microsistema di cui agli artt. 2497 ss. riguarda innanzitutto la persona fisica”.

comma 5 e 2497-*quinquies*, c.c. È poi noto che nel disegno governativo tale pronome era contenuto anche nel testo del primo comma dell'art. 2497, mentre nella redazione definitiva è stato rimpiazzato dai termini "società" ed "ente"¹³, con il palese intento di ridurre il campo applicativo¹⁴.

D'altro canto, sembra quantomeno lecito dubitare della decisività dell'interpretazione autentica dell'art. 2497, comma 1, c.c., fornita dall'art. 19, comma 6, D.L. n. 78/2009, secondo cui "per *enti* si intendono i soggetti giuridici *collettivi diversi dallo Stato*, che detengono la partecipazione sociale nell'ambito della propria attività imprenditoriale ovvero per finalità di natura economica o finanziaria": quest'ultima, infatti, è norma apparentemente generale volta, invece, a sollevare il Ministero dell'Economia dall'evidente responsabilità da direzione unitaria abusiva nell'ambito della crisi Alitalia¹⁵ e, dunque, non del tutto esente da dubbi di legittimità costituzionale (cd. decreto "Salva Alitalia", o meglio, "Salva Ministero dell'Economia").

V'è poi da dire che l'art. 2497, comma 1, c.c. si contraddistingue per essere, in sostanza, l'unica disposizione di legge in tema di direzione e coordinamento capace di dare adito a contrasti sulla configurabilità di una *holding* persona fisica: gli artt. 12, comma 3 e 150, comma 1, TUF (d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58)¹⁶, infatti, nel considerare il "soggetto" che esercita

¹³ Cfr. la versione approvata dal Consiglio dei Ministri il 30 settembre 2002 e la versione finale di cui al d. lgs. 6 febbraio 2004, n. 37.

¹⁴ Nonostante tale modifica fosse stata criticata da alcuni Autori, i quali avrebbero preferito che nella formulazione finale di tale norma vi fossero ricomprese espressamente le situazioni in cui la direzione e il coordinamento siano esercitati da una *persona fisica*: cfr. A. MAZZONI - D. REGOLI, *La riforma della società per azioni, Parere dei componenti del Collegio dei docenti del Dottorato di ricerca in Diritto commerciale interno ed internazionale, Università Cattolica di Milano*, in *Riv. soc.*, 2002, 1508 ss.

¹⁵ Cfr. F. FIMMANÒ, (nt. 8), 123, nt. 28. Critici anche V. CARIELLO, *Brevi note critiche sul privilegio dell'esonero dello Stato dall'applicazione dell'art. 2497, comma 1, c.c. (art. 19, comma 6, d.l. n. 78/2009)*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 362; P. MONTALENTI, *Le società a partecipazione pubblica: spunti di riflessione*, in *Nuovo dir. soc.*, 2010, 13 ss.; G. SBISÀ (nt. 4), 303.

¹⁶ Art. 12, comma 3, TUF: "La Banca d'Italia e la Consob possono chiedere, nell'ambito delle rispettive competenze, ai soggetti individuati ai sensi dell'articolo 11, comma 1, lettera b), *al soggetto* che controlla la società capogruppo di cui all'articolo 11,

attività di direzione e coordinamento (o che controlla la *holding*), includono anche la *persona fisica* tra gli “enti” che esercitano tale attività; mentre l’art. 4, comma 1, del d.lgs. 24 marzo 2006, n. 155 (che disciplina l’impresa sociale), dopo aver precisato che all’attività di direzione e controllo di un’impresa sociale si applicano, in quanto compatibili, le norme di cui al capo IX del titolo V del libro V e l’art. 2545-*septies* c.c., considera, “in ogni caso, esercitare attività di direzione e controllo il *soggetto* [e quindi, evidentemente, anche la *persona fisica*] che, per previsioni statutarie o per qualsiasi altra ragione, abbia la *facoltà di nomina della maggioranza degli organi di amministrazione*”. Inoltre, va ricordato che l’art. 90 del d.lgs. n. 270/1999 (c.d. legge Prodi-*bis* sull’amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato d’insolvenza) prevedeva, nei casi di direzione unitaria delle “imprese del gruppo” (nozione ricomprendente anche *soggetti diversi dalle società ex art. 88 d.lgs. 270/1999*), la *responsabilità degli amministratori* della società che abbiano abusato della direzione, *in solido* con gli *amministratori* della società dichiarata insolvente, per i danni a quest’ultima cagionati in conseguenza delle direttive impartite.

Tenuto conto che la *ratio* di tutte le suddette norme – compresa quella di cui all’art. 2497 c.c. - è evitare che il perseguimento di certe politiche “di gruppo” venga pagato soltanto dagli anelli deboli della catena¹⁷, se all’attribuzione di un significato etimologico al termine “ente” si aggiunge una lettura del primo comma dell’art. 2497 c.c. in linea con l’intero sistema normativo, non sembrerebbe del tutto avventato affermare una

comma 1-*bis*, la Sim o la società di gestione del risparmio, nonché a quelli che sono controllati, direttamente o indirettamente, ovvero partecipati almeno per il venti per cento da uno dei soggetti individuati ai sensi dell’articolo 11, comma 1, lettera b), la trasmissione, anche periodica, di dati e informazioni”. Art. 150, comma 1, TUF: “Gli amministratori riferiscono tempestivamente, secondo le modalità stabilite dallo statuto e con periodicità almeno trimestrale, al collegio sindacale sull’attività svolta e sulle operazioni di maggior rilievo economico, finanziario e patrimoniale, effettuate dalla società o dalle società controllate; in particolare, riferiscono sulle operazioni nelle quali essi abbiano un interesse, per conto proprio o di terzi, o che siano influenzate dal *soggetto* che esercita l’attività di direzione e coordinamento”.

¹⁷ Similmente, C. IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2005, 1 ss., 10.

responsabilità da direzione unitaria abusiva *direttamente ed esclusivamente* in capo alla *persona fisica* che svolga tale attività¹⁸, sia nel caso in cui questa diriga e coordini in via autonoma e di fatto più società formalmente non parti di un gruppo, sia, in determinate circostanze, nel caso in cui svolga tale attività in quanto soggetto “interno” al controllo della capogruppo (nel senso di cui sopra).

Come emerge anche dallo stesso dato normativo, infatti, la direzione unitaria è un’attività intercorrente tra le *persone fisiche che gestiscono* (in senso lato) le società appartenenti al gruppo¹⁹, giacché si sostanzia in un’*influenza dominante* dei soggetti “interni” alla *holding* sulle scelte e determinazioni gestorie degli *amministratori dell’eterodiretta*, (i naturali destinatari della direzione unitaria), essendo poi questi ultimi che, in esecuzione delle direttive ricevute, adottano in concreto tali scelte e compiono i relativi atti (cfr. art. 2497-ter, c.c.): non a caso è prevista, in aggiunta alla responsabilità principale di cui al primo comma dell’art. 2497, un’eventuale responsabilità solidale a carico di *chi*, come l’amministratore “esecutore” dell’eterodiretta, “abbia comunque preso parte al fatto lesivo”, ossia alla direzione unitaria illecita (art. 2497, comma 2, c.c.).

Sembra anzi possibile qualificare l’attività di direzione e coordinamento come una sorta di *species* del più ampio *genus*

¹⁸ Favorevole a coinvolgere la persona fisica nella responsabilità ex art. 2497, comma 1, c.c. anche R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 661-662.

¹⁹ In questo senso anche F. FIMMANÒ, *Il fallimento del dominus abusivo ed il crepuscolo del socio tiranno*, *Relazione al Convegno di studi “Crisi dell’impresa e tutela del credito”*, Università degli Studi del Molise, Campobasso, 8-9 giugno 2007, 11, disponibile al link <http://www.ilcaso.it/opinioni/fimmano-23-07-07.pdf>. Ritene sorprendente la scelta legislativa di responsabilizzare la capogruppo in sé invece dei suoi amministratori anche G. GUIZZI, *La responsabilità della controllante per un non corretto esercizio del potere di direzione e coordinamento*, in *Profili e problemi dell’amministrazione nella riforma delle società*, a cura di G. Scognamiglio, Milano, 2003, 205 ss., 209; ID., *Eterodirezione dell’attività sociale e responsabilità per mala gestio nel nuovo diritto dei gruppi*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, p. 439 ss., 449, il quale osserva che la scelta legislativa di considerare la gestione del gruppo come di competenza dell’*ente organizzato* che ne è al vertice, e non degli *amministratori* dello stesso, finisce per scolorire la posizione di questi ultimi, riducendosi a quella di semplici esecutori di scelte della *holding*.

“amministrazione societaria”²⁰, giacché la definizione paradigmatica di amministratore di fatto - colui che è “tenuto a svolgere la stessa funzione, diversamente qualificata [dell’amministratore di diritto]” o “chi esercita in modo *continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione*” di amministratore - *ex art. 2639, comma 1, c.c.*²¹, non rende poi così netta la differenza tra le due figure. La Corte di Cassazione, infatti, oltre ad aver specificato che “i caratteri della significatività e della continuità non implicano necessariamente l’esercizio di *tutti* i poteri propri dell’organo di gestione ma richiedono l’esercizio di un’*apprezzabile* attività gestoria svolta in modo non episodico od occasionale”²², ha anche affermato che l’amministrazione di fatto deve risultare da “elementi sintomatici di gestione o cogestione della società”, provenienti “dall’organico inserimento del soggetto - quale *intraneus* che svolge *funzioni gerarchiche e direttive* - in qualsiasi momento dell’*iter* di organizzazione, produzione e commercializzazione dei beni e servizi - rapporti di lavoro con i dipendenti, rapporti materiali e negoziali con i finanziatori, fornitori e clienti - in qualsiasi branca aziendale, produttiva, amministrativa, contrattuale, disciplinare”²³. Similmente, alcune pronunce di merito hanno precisato che per configurare una gestione di fatto sono rilevanti non “meri atti di amministrazione”, ma “atti aventi *influenza decisiva* (o quantomeno *rilevante*) *sull’amministrazione* della società”, riguardanti “non il mero profilo esecutivo ma il momento genetico del rapporto in cui si manifesta la

²⁰ Ritene plausibile la riconducibilità della direzione unitaria all’amministrazione di fatto anche M. BUSSOLETTI, *Sulla “irresponsabilità” da direzione unitaria*, in *Riv. dir. comm.*, 2013, III, 395 ss., 412 ss., disponibile al [link](http://www.giur.uniroma3.it/materiale/forense/2013-2014/commercialeII/Sulla%20irresponsabilit%20da%20direzione%20unitaria%20abusiva%20e%20sulle%20altre%20questioni%20aperte%20in%20tema%20di%20responsabilit%20ex%20art%202497%20cc.pdf) <http://www.giur.uniroma3.it/materiale/forense/2013-2014/commercialeII/Sulla%20irresponsabilit%20da%20direzione%20unitaria%20abusiva%20e%20sulle%20altre%20questioni%20aperte%20in%20tema%20di%20responsabilit%20ex%20art%202497%20cc.pdf>.

²¹ Per un’approfondita analisi della figura dell’amministratore di fatto v. F. GUERRERA, *Gestione di fatto e funzione amministrativa nelle società di capitali*, in *Riv. dir. comm.*, n. 1-4/1999, 131 ss., ove, alla nt. 1, ulteriori riferimenti bibliografici.

²² Cass. pen., Sez. V, 14 aprile 2003, n. 22413, disponibile su www.dejure.giuffre.it.

²³ Cass. pen., Sez. V, 22 aprile 1998, n. 9222, disponibile su www.dejure.giuffre.it.

scelta d'impresa, con correlati *poteri di direzione e supervisione*"²⁴: un'attività, quindi, molto simile (se non analoga) alla direzione unitaria, tenuto anche conto che quest'ultima è stata definita da alcuni giudici di merito come un'attività di fatto avente ad oggetto "l'esercizio di una *pluralità sistemica 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"²⁵.

A riprova dell'affinità tra le due figure, vale la pena osservare che negli ordinamenti privi di una specifica disciplina di legge in tema di gruppi societari, per responsabilizzare il soggetto dirigente si ricorre a vari *escamotages* tra cui, frequentemente, la parificazione dell'attività di direzione e coordinamento a quella propria dell'amministratore di fatto, con applicazione della relativa disciplina. Così, in Francia la capogruppo viene talvolta qualificata come *dirigeant de fait*²⁶, mentre negli ordinamenti di *common law* si fa spesso ricorso alla figura dello *shadow director*²⁷ oppure alla *doctrine of fiduciary duties*²⁸ o, ancora, alla *veil piercing doctrine*²⁹.

²⁴ Cfr. Trib. Salerno, 26 febbraio 2008, disponibile su www.dejure.giuffre.it.

²⁵ Trib. Pescara, 2 febbraio 2009, in *Foro It.*, 2009, 2843.

²⁶ Ed è quindi responsabile al pari degli altri amministratori (di diritto o di fatto) ai sensi degli artt. L223-22 (per la SARL), L225-251 (per la SA), L651-2 (*action de comblement du passif social*), *cod. comm.* Sulla figura del *dirigeant de fait*, v. ad es. E. SCHOLASTIQUE, *Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés. Droit français et anglais*, 1998, 39 ss. In tema di gruppi di società, v. ad es. E. GUYON, *Le droit français des groupes de sociétés*, in *La disciplina dei gruppi di imprese: il problema oggi*, Milano, 1997, 136 ss.

²⁷ Figura in principio utilizzata nell'ambito della cd. *ultra vires doctrine* come espediente per estendere alla società gli effetti dei negozi compiuti dal rappresentante apparente. Cfr. R.R. PENNINGTON, *Company Law*, London, 1995, 139 ss. La pronuncia che per prima ha affermato la responsabilità dell'amministratore di fatto, è probabilmente *Re Canadian Land Reclaiming and Colonizing Company, Coventry and Dixon's Case* (1880), 14 *Ch.D.*, 660 ss. Sempre nel Regno Unito, inoltre, qualora la *subsidiary* sia assoggettata a procedura concorsuale è prevista la responsabilità della *parent company* in caso di (a) *fraudulent trading*, (b) *wrongful trading* (entrambi applicabili sia agli amministratori di diritto che agli *shadow directors*) o (c) *transactions at an undervalue* (ipotesi rispettivamente disciplinate alle *Sections* 213, 214 e 238 dell'*Insolvency Act*).

²⁸ Secondo questa dottrina, la società controllante ha l'obbligo di agire secondo lealtà, diligenza e *confidence* simili a quelli del *trust* (i cd. *fiduciary duties*). Al riguardo, v. ad es.

Analogamente, in Spagna si utilizza l'espedito del *levantamiento del velo* oppure si afferma la responsabilità degli amministratori della *dominante* in quanto amministratori di fatto della *dominada*³⁰.

Si deve poi notare che uno dei corollari dell'equazione eterodirezione = amministrazione di fatto è rappresentato, in concreto, dall'estensione della responsabilità da direzione unitaria illecita anche alle *persone fisiche* effettivamente esercenti tale attività, potendo l'amministratore essere

J.R. MACEY, *An Economic Analysis of the Various Rationales for Making Shareholders the Exclusive Beneficiaries of Corporate Fiduciary Duties*, in 21 *Stetson L. Rev.*, 1991-1992, 24 ss., disponibile al link http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1713/.

²⁹ L'applicazione di tale dottrina comporta il superamento del velo della personalità giuridica in caso di gravi abusi della controllante ai danni della controllata. In argomento, v. ad es. R.B. THOMPSON, *Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study*, in 76 *Cornell L. Rev.*, 1990-1991, 1036 ss.; da ultimi, J.R. MACEY – J. MITTS, *The Three Justifications for Piercing the Corporate Veil*, di prossima pubblicazione in *Cornell L. Rev.*, 2014, disponibile al link http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2398033##. A tal proposito, vale la pena osservare che, al contrario, l'eventuale affermazione di una responsabilità – principale ed esclusiva - ex art. 2497, comma 1, c.c. in capo alla persona fisica "interna" alla capogruppo non significa "squarcio del velo" della personalità giuridica, giacché la responsabilità in parola è di tipo *risarcitorio* e non *patrimoniale*: ai sensi della citata disposizione, infatti, il soggetto dirigente non deve rispondere dell'adempimento delle obbligazioni delle società eterodirette con tutti i suoi beni presenti e futuri, ma deve invece risarcire il "danno" cagionato ai soci e ai creditori dell'eterodiretta. Per la valorizzazione, altresì, del collegamento tra la responsabilità di "chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo" e la responsabilità solidale nell'illecito civile ex art. 2055 c.c., v. P. DAL SOGLIO (nt. 4), 2335; A. GIANNELLI, *Covenants finanziari e finanziamento dell'impresa di gruppo in crisi*, in *RDS*, 2009, 619; A. GNANI, *Art. 2055 - La responsabilità solidale*, in *Codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2005; F. GUERRERA, "Compiti" e responsabilità del socio di controllo, in *RDS*, 2009, 519; G. GUIZZI, *Gestione dell'impresa e interferenze di interessi*, in *Quaderni romani di diritto commerciale*, 2014, 173-174.

³⁰ Cfr. J.A. GARCÍA CRUCES, *Amministratori sociali e amministratori di fatto nell'ordinamento spagnolo*, in *L'attività gestoria nelle società di capitali. Profili di diritto societario italiano e spagnolo a confronto*, a cura di A. Sarcina e J.A. García Cruces, Bari, 2010, 155 ss., 168-169, ove ulteriori riferimenti bibliografici e giurisprudenziali, disponibile al link https://www.academia.edu/2337925/Amministratori_sociali_e_amministratori_di_fatto_nell_ordinamento_spagnolo_Jose_Antonio_Garcia-Cruces_; C. BOLDÒ RODA – J.M. EMBID IRUJO, *Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español*, Navarra, 2006. Per una critica alla mancanza di una disciplina organica in tema di gruppi nell'ordinamento spagnolo (salvo la regolamentazione di cui all'art. 25 *Ley Concursal*), v. J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *Algunas cuestiones concursales relativas a los grupos de sociedades*, in *Anuario de Derecho Concursal*, 2005, n° 5, 7 ss., 27, disponibile al link http://eprints.ucm.es/5599/1/Los_Grupos_y_la_LC.pdf.

pacificamente persona sia giuridica che - e soprattutto - fisica³¹. Ed è proprio questo il punto cui si vuole arrivare, poiché se la direzione unitaria è realmente affine all'amministrazione di società, riesce alquanto difficile capire perché nel nostro ordinamento si debba imporre il dogma per cui a una persona fisica possa essere imputata una responsabilità in quanto amministratore di fatto *ma non* una responsabilità - esclusiva e principale - in quanto soggetto che dirige e coordina un gruppo di società.

La persona fisica *holder*, inoltre, è fortemente responsabilizzata non solo in quegli ordinamenti in cui non vi è una disciplina di legge in tema di gruppi, ma anche – e soprattutto - in quelli che la prevedono, come quello tedesco: l'*Aktiengesetz*, infatti, sancisce espressamente *non* una responsabilità in capo alla *società dirigente*, bensì - con riferimento ai gruppi di diritto - la *Verantwortlichkeit der gesetzlichen Vertreter des herrschenden Unternehmens* (la responsabilità dei *legali rappresentanti* dell'impresa/società dirigente) per i danni arrecati alla controllata qualora questi abbiano impartito direttive al suo organo amministrativo in violazione dell'obbligo di diligenza proprio dell'*ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters* (amministratore “ordinario e

³¹ Nel diritto francese, ad esempio, sulla scorta della definizione di *dirigeant de fait* quale “*personne physique ou morale qui prend effectivement les décisions sans excercer pour autant une fonction officielle dans la société*” (cfr. S. ÖZTEK, *La protection des actionnaires externes dans les groupes de sociétés dirigés par une société holding. Étude de droit français avec référence au droit suisse et au droit turc*, Lousanne, 1982, 339), la *Cour de Cassation* ha affermato che “*les fautes de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif d'une société en redressement ou liquidation judiciaires peuvent engager la responsabilité des personnes morales dirigeantes et celle de leurs représentants permanents, de même peut être déclarée responsable de ces fautes [...] la personne morale qui, sans être dirigeant de droit de la société en redressement ou liquidation judiciaires, a exercé en fait, par l'intermédiaire d'une personne physique qu'elle a choisie et qui a agi sous son emprise, des pouvoirs de direction sur la société*” (cfr. *Cour de Cassation - Chambre commerciale, arrêt n° 922 du 27 juin 2006*, disponibile al [link http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_commerciale_financiere_economique_574/arr_ecirc_8811.html](http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_commerciale_financiere_economique_574/arr_ecirc_8811.html). Per l'ascrivibilità dell'istituto dell'amministrazione di fatto in capo non alla *holding*, bensì ai *soggetti* ad essa “interni” nell'ipotesi in cui “la decisione della controllante abbia inteso celare obiettive responsabilità del soggetto che, in concreto, abbia formato o contribuito a formare quella medesima decisione”, cfr. J.A. GARCÍA CRUCES (nt. 30), 168.

coscienzioso”)³². Sebbene l’esclusione da responsabilità della società capogruppo in alcune ipotesi possa sembrare – per le ragioni che si spiegheranno meglio in seguito - la soluzione più soddisfacente, la disposizione in esame lascia qualche perplessità poiché non responsabilizza l’organo amministrativo nella sua interezza, ma solo i legali rappresentanti della società.

Anche nel nostro ordinamento, in realtà, si è fatto qualche passo avanti, giacché dapprima la Corte di Cassazione ha riconosciuto la *fallibilità* dell’*holding* persona fisica che possa qualificarsi *imprenditore commerciale*³³, mentre più recentemente parte della giurisprudenza di

³² V. § 309 *Aktiengesetz*. Va notato inoltre che, a differenza della disciplina italiana, la legge azionaria tedesca (§§ 311, 312 e 314 *AktG*) regola in modo molto dettagliato gli obblighi d’informazione e motivazione (sulla convenienza e sull’utilità dell’operazione, sulla congruità della controprestazione) che devono osservare gli amministratori della *holding* in caso contratti infragruppo o stipulati secondo le direttive della capogruppo o nell’interesse di altre società del gruppo, nonché il divieto di abusare dell’influenza dominante per indurre una società figlia a concludere operazioni per essa dannose (a meno che i danni non vengano compensati). Al riguardo, cfr. F. GALGANO – F. MARRELLA, *Diritto e prassi del commercio internazionale*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, diretto da F. Galgano, Padova, 2010, 174 ss., disponibile al [link http://arca.unive.it/bitstream/10278/36211/1/Galgano-marrella%20diritto%20e%20prassi%20comm%20int.pdf](http://arca.unive.it/bitstream/10278/36211/1/Galgano-marrella%20diritto%20e%20prassi%20comm%20int.pdf).

³³ Ovvero un soggetto che, “con apposita organizzazione e continuità professionale”, esercita “un’attività di direzione, coordinamento e programmazione delle società commerciali controllate, idonea ad incrementarne sul piano economico o 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”. Così Cass. civ., Sez. I, 26 febbraio 1990, n. 1439, Caltagirone G. e Caltagirone F.B. c. Fall. Caltagirone, I.C.C.R.I., in *Giur. it.*, 1990, I, 1, 713, con nota di R. WEIGMANN; in *Giust. civ.*, 1990, I, 622, con note di V. SANTARSIERE, *Verso un assetto giuridico della holding*, *ivi*, 2395 e di F. FARINA, *Società holding, holding personale ed attività d’impresa*, *ivi*, 2911; in *Dir. fall.*, 1990, II, 1005, con nota di U.I. STRAMIGNONI, *Il fallimento della società collaterale*; in *Fall.*, 1990, 495, con nota di F. LAMANNA, *La holding quale impresa commerciale (anche individuale) e il dogma della personalità giuridica*; in *Società*, 1990, 598, con nota di G. SCHIANO DI PEPE, *L’imprenditore holding*; in *Giur. comm.*, 1991, II, 366, con nota di N. RONDINONE, *Esercizio della direzione unitaria ed acquisto della qualità d’imprenditore commerciale*; in *Riv. dir. impr.*, 1991, 316, con nota di A. JORIO; in *Riv. dir. comm.*, 1991, II, 515, con note di B. LIBONATI, *Partecipazione in società ed esercizio di attività economica in forma d’impresa*, *ivi*, 552 e di L. SAMBUCCI, *L’attività mediata dell’impresa holding*: l’art. 2361

merito ha affermato (alla luce dei principi generali di cui agli artt. 1218, 1223 e 2043 c.c.) la *responsabilità ex art. 2497*, comma 1, c.c. della persona fisica che abbia esercitato attività di direzione e coordinamento “*professionalmente, stabilmente e con adeguato impiego di mezzi*”³⁴, a prescindere dalla circostanza che tale soggetto possa rivestire o meno la qualifica di imprenditore commerciale. E ciò in via del tutto corretta, giacché bisogna tenere distinto il piano della *fallibilità* da quello della *responsabilità*, non essendo plausibile che la mancata qualificazione imprenditoriale dell’*holder* possa costituire addirittura un’esimente della responsabilità da eterodirezione abusiva. Al contrario, l’“*interesse*” perseguito dal soggetto nello svolgimento della direzione unitaria ben potrà essere (ed anzi, certamente sarà) di tipo *imprenditoriale*, poiché l’attività s’inserisce in un contesto d’impresa quale è quello del gruppo di società³⁵: in altre parole, una cosa è l’*interesse* (di tipo) *imprenditoriale*, un’altra è il

c.c., *ivi*, 564; cfr. anche i commenti di F. GALGANO, *L’oggetto della holding è, dunque, l’esercizio mediato e indiretto dell’impresa di gruppo*, in *Contr. e impr.*, 1990, 401 e di P. SPADA, *Della permeabilità differenziata della personalità giuridica nell’ultima giurisprudenza commerciale*, in *Giur. comm.*, 1992, I, 429. In realtà, come hanno osservato molti interpreti, richiedere la spendita del nome significa restringere notevolmente - se non rendere praticamente impossibile - l’ambito di applicazione della costruzione teorica operata dalla Corte. Il soggetto dirigente *ex art. 2497 c.c.*, infatti, non agisce *mai* compiendo *lui stesso* atti di amministrazione dell’eterodiretta rilevanti verso i terzi e/o spendendo il nome di questa, poiché l’attività di direzione e coordinamento, al contrario, è “un’attività atipica, che può assumere forma orale o scritta e le modalità più svariate - dal colloquio tra presenti, al colloquio telefonico, alla mail, al fax, al verbale di c.d.a., ecc. -, avente come soggetto attivo/mittente l’ente dirigente e come destinatari gli amministratori della società diretta, consistente nell’espressione di volontà dell’ente dirigente in ordine ad atti gestori che dovranno essere compiuti dagli amministratori della società diretta (e poi di conseguenza imputati ad essa)”. Così Trib. Milano, 20 dicembre 2013 (nt. 10). In tema, cfr. altresì Cass., S.U., n. 25275 del 2006; Cass., n. 3724 del 2003; Cass., n. 12113 del 2002; Cass., n. 23344 del 2010; Trib. Brindisi, 23 marzo 2010, disponibile al [link http://www.unijuris.it/node/590](http://www.unijuris.it/node/590); C. App. Milano, 17 luglio 2008, in *Fall.*, 2009, 169; Trib. Venezia, sent. n. 164 del 2012, in *Riv. Dir. Bancario*, 2013, IV; Trib. Napoli, 8 gennaio 2007, disponibile al [link http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/fal.php?id_cont=610.php](http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/fal.php?id_cont=610.php).

³⁴ Trib. Milano, 20 dicembre 2013 (nt. 10).

³⁵ Cfr. G. SBISÀ (nt. 4), 46-47.

soggetto imprenditore ai sensi dell'art. 2082 c.c.³⁶ ed è quindi esatto ricomprendere nel presupposto dell'“interesse *imprenditoriale* proprio o altrui in *violazione* dei principi di *corretta gestione societaria e imprenditoriale*” (art. 2497, comma 1, c.c.) anche il *perseguimento d'interessi personali*³⁷.

Orbene, se da un lato sembra corretto imputare la responsabilità *ex art. 2497, comma 1, c.c.* alla persona fisica ogniqualvolta questa eterodiriga *de facto* ed in via autonoma più società formalmente non parte di un gruppo (senza operare differenziazioni al riguardo), dall'altro lato, con riferimento ai gruppi “di diritto”, ammesso che il concetto d'interesse (di tipo) imprenditoriale ricomprende tanto l'interesse “personale” dell'*holder* quanto quello del gruppo, o meglio, della società *holding*³⁸, sembra invece che la *distinzione* tra le due tipologie d'interessi possa venire in rilievo ai fini di un'imputazione della responsabilità *ex art. 2497, comma 1, c.c.*, in capo alla persona fisica “interna” alla capogruppo *oppure* in capo alla *holding*.

Più precisamente, qualora i soggetti dirigenti della *holding* esercitino un'eterodirezione abusiva non con finalità predatorie ma entro i confini di una gestione (in senso lato) che, seppur scorretta, persegua effettivamente gli interessi *della capogruppo* – quest'ultima non riducendosi quindi a marionetta alla completa mercé dei suoi burattinai - si ritiene corretto che la responsabilità sia posta a carico della *holding* in quanto tale, giacché in

³⁶ Sottolinea la differenza tra i due concetti anche M. MAUGERI, *Formazione del gruppo e diritti dei soci*, in *Riv. dir. comm.*, 2007, I, p. 267 ss., 287-288, ove, alla nt. 55, ulteriori riferimenti bibliografici.

³⁷ In tal senso, C. IBBA (nt. 17), 11; G. SBISÀ (nt. 4), 46. *Contra*, V. CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Riv. soc.*, 2003 1229 ss., 1242; C. ANGELICI (nt. 5), 197 ss.; P. MONTALENTI (nt. 4), 336; M. BUSSOLETTI – E. LA MARCA, *Gruppi e responsabilità da direzione unitaria*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, I, 65 ss. Sulle differenze tra le varie posizioni, v. tra gli altri A. VALZER (nt. 4), 851 ss.; A DI MAJO, *La responsabilità per l'attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 537 ss., 547.

³⁸ Cfr. R. SACCHI (nt. 18), 663, il quale fa notare che “l'interesse del gruppo è formula vuota e pericolosa, in quanto, a meno che non si voglia ricorrere ad un'anacronistica concezione istituzionalistica dell'interesse dell'impresa di gruppo, l'interesse di gruppo non esiste e il riferimento ad esso consente di mascherare la protezione dell'interesse della capogruppo e dei suoi soci di controllo”.

questo caso la “violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale” - al di là della vaghezza di tale clausola³⁹ - è per l'appunto riconducibile a un disegno della *holding* e non ad interessi esclusivamente personali dei suoi soggetti “interni”.

Al contrario, per configurare una responsabilità degli *holders* invece della *holding* in quanto tale, rileveranno, in particolare, le istruzioni irrituali impartite dai primi agli amministratori delle eterodirette in quanto non espressione dell'interesse della capogruppo, bensì dell'interesse *privato* di tali soggetti⁴⁰: in questo caso, infatti, la “violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale” si sostanzia proprio nel fatto che il soggetto dirigente abbia agito manovrando la *holding* come un burattinaio fa con la sua marionetta e, dunque, *prescindendo* totalmente dall'interesse della capogruppo per attuare un disegno - sì di tipo imprenditoriale ma - volto ad ottenere esclusivamente un arricchimento personale, contrariamente al comportamento che ci si dovrebbe attendere da tale soggetto proprio per il suo ruolo di dirigente del gruppo in quanto soggetto “interno” alla *holding*.

Va notato, infatti, che nei due casi sopra considerati l'esigenza di tutela dei soci “esterni” della capogruppo assume connotati diversi: nell'ipotesi in cui la direzione unitaria (per quanto abusiva) sia rivolta al perseguimento di un effettivo interesse della capogruppo in quanto tale, il pregiudizio che

³⁹ Per una critica alla pericolosa vaghezza della suddetta clausola generale in quanto fattore d'incertezza nell'applicazione della normativa in esame, cfr. L. ENRIQUES, *Vaghezza e furore. Ancora sul conflitto d'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, 251; R. SACCHI (nt. 18), p. 663-664. Per un'analisi di tale clausola, v. E. MARCHISIO, *I “principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale” delle società per azioni eterodirette*, paper presentato al Convegno dell'Associazione Orizzonti del Diritto Commerciale “*Le clausole generali nel diritto societario e industriale*”, Roma, Università di Roma Tre, 11-12 febbraio 2011, disponibile al link <http://www.orizzontideldirittocommerciale.it/media/11156/marchisio.pdf>.

⁴⁰ Nello stesso senso J.A. GARCÍA CRUCES (nt. 30), 169, il quale ritiene possibile attribuire la qualifica di amministratore di fatto alla capogruppo solo se e nella misura in cui i suoi amministratori abbiano “impartito istruzioni a carattere organico, come risultato cioè della volontà della società dominante”.

subirà la partecipazione del socio a causa dell'esperienza dell'azione contro la *holding* e della sua eventuale condanna *ex art. 2497*, comma 1, c.c. (cfr. *supra*, par. 1, pp. 4-5), può trovare - per così dire - una giustificazione in virtù del fatto che il socio, nel momento in cui effettua l'investimento nella *holding*, accetta conseguentemente di sottostare alle regole proprie del governo delle società di capitali (in particolare, delle S.p.A.), prima fra tutte la regola di maggioranza, per cui non è possibile garantire una tutela "incondizionata" al socio di minoranza ogniqualvolta le scelte gestionali dei soggetti a capo dell'impresa si rivelino poi per lui pregiudizievoli. È chiaro, infatti, che una prospettiva esclusivamente orientata agli interessi dei piccoli azionisti "potrebbe condurre a posizioni esasperatamente individualistiche, con il rischio inoltre di un'eccessiva prevalenza di interessi finanziari di breve termine rispetto a quelli industriali di medio e lungo termine"⁴¹.

⁴¹ C. ANGELICI (nt. 5), 6.

In questo caso, gli *holders* della capogruppo potranno rispondere in via solidale ai sensi del secondo comma dell'art. 2497 c.c., così come gli amministratori, i direttori generali e i soci "interni" dell'eterodiretta danneggiata o dell'eterodiretta "sorella" beneficiata dalla condotta abusiva del soggetto dirigente. Al contrario, non sembra configurabile una responsabilità solidale *ex art. 2497*, comma 2 dell'eterodiretta (sia che si tratti della società danneggiata sia che si tratti di quella beneficiata), ma semmai (e soltanto) una responsabilità dei suoi *amministratori*: con riferimento all'eterodiretta danneggiata dalla direzione unitaria, il subire "senza opporsi o senza opporsi efficacemente ad una diminuzione patrimoniale causata dall'altrui illegittima attività di direzione e coordinamento ed a sua volta causativa di una diminuzione del valore delle partecipazioni" è condotta imputabile non all'eterodiretta in sé ma, semmai, ai suoi amministratori. Pertanto, i suoi soci o creditori danneggiati dalla direzione unitaria abusiva potranno (*ex art. 2497*, comma 3) chiedere che sia riconosciuta una responsabilità solidale - con l'ente dirigente - a carico non della *società* diretta e coordinata, ma dei suoi *amministratori*. Infatti, ai soci "non è mai consentito chiedere all'ente ristoro per la diminuzione del valore della partecipazione che derivi dalla diminuzione del valore del patrimonio sociale, ma, al massimo, agire per conto della società contro gli amministratori per i danni che questi le abbiano arrecato (artt. 2393-bis, 2476, comma 3, c.c.) e per ottenerne il risarcimento in favore della società, mai invece l'azione risarcitoria diretta nei confronti della società". Infatti, "un ipotetico diritto al risarcimento dei soci della società eterodiretta nei confronti della medesima finirebbe anche per contrastare con il principio di postergazione delle ragioni dei soci rispetto a quelle dei creditori sociali, risolvendosi in forme incontrollate di restituzione (almeno parziale) di conferimenti prima che siano estinti tutti i debiti sociali verso i terzi". Così Trib. Milano, 20 dicembre 2013 (nt. 10).

Al contrario, l'esigenza di tutelare il socio "esterno" si pone in modo rilevante in tutti quei casi in cui l'eterodirezione abusiva si sostanzia nel perseguimento d'interessi privati da parte degli *holders*, giacché in questo caso non sembra condivisibile porre le conseguenze negative di tale abuso a carico del patrimonio della *holding* e quindi, in definitiva, a carico della partecipazione del socio, proprio perché il subire una direzione unitaria di tipo predatorio non può essere considerato un rischio preventivabile al momento dell'effettuazione dell'investimento in società e, dunque, nemmeno il relativo danno può apparire giustificabile di fronte al perseguimento degli interessi della società (*rectius*, della maggioranza), non risultando soddisfatti nemmeno questi ultimi.

Sembra che il medesimo ragionamento possa valere altresì con riferimento alle persone *giuridiche* "interne" alla *holding*: sia per le banche, qualora il potere contrattuale derivante dalla concessione di finanziamenti a favore della capogruppo si manifesti dapprima tramite l'ingerenza nella gestione sociale (eventualmente mediante amministratori nominati dal creditore stesso) e, poi, attraverso una vera e propria attività di direzione e coordinamento delle varie società del gruppo, con vari gradi d'intensità⁴²; sia per società a loro volta controllanti la *holding* in modo solitario ovvero paritetico, in virtù ad esempio di un patto parasociale che abbia "per oggetto

⁴² Per la possibile "qualificazione delle banche o degli esponenti (direttamente o indirettamente) loro riconducibili, come amministratori di fatto", v. A. VICARI (nt. 9), 506, ove, alla nota 85, ulteriori riferimenti bibliografici e giurisprudenziali anche di diritto comparato. Anzi, "When a corporation receives a \$10,000 loan from a bank, it has got itself a full-fledged banker. But when that same corporation receives a \$10,000,000 loan from a bank, not only does it have a full-fledged banker, but also something akin to a partner". Così Robert G. Turner, *Professor of Banking at Florida State University, Lecture - Spring Term*, 1984, citato da J.J. HASS, *Insights Into Lender Liability: An Argument For Treating Controlling Creditors As Controlling Shareholders*, in *U. Pa. L. Rev.*, 135, 1987, 1321 ss., disponibile al link http://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol135/iss5/5/. Cfr. altresì le *Lender Liability Considerations* da parte dell'*American Bar Association*, disponibile al link http://apps.americanbar.org/abastore/products/books/abstracts/5070531_SamCh.pdf. In tema, v. anche R. PENNISI, *La responsabilità della banca nell'esercizio del controllo in forza di covenants finanziari*, Relazione al Convegno "I covenants finanziari", Bari, 6 giugno 2008, 2 ss.

o per effetto l'esercizio anche congiunto di un'influenza dominante" ex art. 2341-bis, comma 1, lett. c), c.c., giacché sembra che in questo caso i controllanti congiunti possano essere considerati come *società* o *enti* "che esercitano (congiuntamente) una direzione unitaria (congiunta)" ⁴³. Se, tuttavia, si condividono le considerazioni che precedono, la responsabilità ex art. 2497, comma 1, c.c. dovrebbe essere imputata all'*holder* persona giuridica in quanto tale *oppure* ai soggetti persone fisiche ad esso "interni" a seconda che la direzione unitaria sia volta a perseguire un interesse della persona giuridica oppure un interesse privato dei suoi "interni".

3. La tutela dei soggetti "esterni" alla capogruppo.

Con riferimento ai gruppi "di diritto", la soluzione, nel caso di eterodirezione volta a soddisfare interessi personali, di responsabilizzare l'*holder* persona fisica - anziché la società *holding* in quanto tale - da un lato potrebbe rappresentare un ottimo incentivo, per le persone fisiche a ciò dedicate, ad esercitare la direzione unitaria secondo i "principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale", mentre dall'altro sembra poter tutelare nel modo più efficace, oltre la *holding* stessa, anche il suo socio "esterno"⁴⁴, invece dimenticato - ed anzi penalizzato - dal legislatore, non esistendo nemmeno, nel nostro ordinamento, meccanismi analoghi al *pass through*⁴⁵: come anticipato *supra*⁴⁶, tale soluzione permette infatti di evitare

⁴³ V. CARIELLO, *Dal controllo congiunto all'attività congiunta di direzione e coordinamento*, in *Riv. soc.*, 2007, I, 1 ss., 37, cui si rimanda anche per un'ampia trattazione sulla configurabilità di un esercizio congiunto della direzione unitaria. Al riguardo, v. anche M. RESCIGNO, *Eterodirezione e responsabilità nella riforma societaria fra aperture ed incertezze: una prima riflessione*, in *Società*, 2003, 331 ss., 333.

⁴⁴ Proprio legata all'esigenza di evitare un abbassamento della tutela delle minoranze e dei creditori sociali è la posizione di R. SACCHI (nt. 18) in senso favorevole al coinvolgimento dell'*holding* persona fisica nella responsabilità ex art. 2497, comma 1, c.c.

⁴⁵ Meccanismo che consente ai soci di partecipare indirettamente alle principali decisioni delle società del gruppo capaci di pregiudicare la loro posizione: i soci della *holding*, infatti, hanno il diritto di votare in apposita assemblea della stessa riguardo operazioni della controllata per le quali essi avrebbero diritto di voto se effettuate direttamente dalla *holding*. Cfr. M.A. EISENBERG, *Megasubsidiaries: The Effect of Corporate Structure on Corporate Control*, in *Harvard L. Rev.*, 84, 1971, 1577 ss., disponibile al [link](#)

ex ante al socio “estraneo” al controllo della capogruppo un “pregiudizio alla redditività ed al valore della partecipazione” derivante non solo dall’*accertamento della responsabilità* da eterodirezione abusiva in capo alla *holding* (e quindi dal depauperamento del patrimonio dopo l’adempimento dell’obbligazione risarcitoria), ma anche dal semplice *esercizio dell’azione giudiziaria* di responsabilità *ex art.* 2497, comma 1, c.c. nei confronti della società stessa. Una simile lettura fornisce adeguata tutela pure ai creditori della *holding*, giacché la società non rischia di sottoporsi a pericolosi esborsi risarcitori che potrebbero causare una “lesione all’integrità del suo patrimonio”.

Se invece si preferisce negare l’imputabilità, a carico della persona fisica, della responsabilità principale ed esclusiva *ex art.* 2497, comma 1, c.c., bisogna allo stesso tempo considerare che nell’ipotesi in discorso tale soluzione contraria assicura una tutela alquanto debole ai soci e creditori della capogruppo, poiché questi potranno (a) chiedere solo il riconoscimento di una responsabilità *solidale* a carico delle persone fisiche *holders* oppure, secondo un Autore, (b) esercitare nei confronti di questi ultimi un’*azione di diritto comune* basata sull’art. 2043 c.c.⁴⁷ o ancora, in alternativa, (c) usufruire soltanto di una tutela *ex post*, cioè un’azione di risarcimento del danno contro le persone fisiche “interne” che abbiano esercitato la direzione unitaria predatoria, *dopo* che la capogruppo abbia subito la condanna *ex art.* 2497, comma 1, c.c.

<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3018&context=facpubs>; ID., *The Structure of Corporation Law*, in *Colum. L. Rev.*, 89, 1989, 1461 ss., disponibile al link <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3007&context=facpubs>.

Anche in Germania il socio della capogruppo riceve adeguata tutela: il *Bundesgerichtshof*, infatti, ha stabilito l’obbligo del *Vorstand* (consiglio di amministrazione) della controllante di sottoporre all’assemblea della medesima le decisioni relative alle controllate che comportino una *schwerwiegender Eingriff* (grave ingerenza) nei diritti e negli interessi della controllante: cfr. *BGH*, 25 februar 1982 (Holzmüller), in *BGHZ*, 83, 122 ss., disponibile al link <http://openjur.de/u/168196.html>.

⁴⁶ Par. 1, pp. 4-5.

⁴⁷ In questo senso invece F. GALGANO (nt. 9), 169-170, il quale ammette la configurabilità della *holding* persona fisica, ma esclude che ad essa debba applicarsi la disciplina di cui agli artt. 2497 ss. c.c.

(a) Come si è detto finora, tuttavia, riconnettere la responsabilità dell'*holder* a una responsabilità *solidale* con la capogruppo *ex art. 2497*, comma 2, c.c., significa sostenere che la responsabilità da direzione unitaria abusiva debba comunque essere imputata *anche* in capo alla *holding*, senza considerare l'ipotesi in cui l'eterodirezione sia riconducibile non all'interesse della società, ma all'interesse personale dei suoi *holders*.

(b) Quanto alla tesi dell'esperimento di un'azione di diritto comune basata sull'art. 2043 c.c., dal momento che il nostro diritto prevede una disciplina specifica in tema di gruppi societari non sembra condivisibile l'opinione di chi, dopo aver ammesso che l'*attività di direzione e coordinamento* sia imputabile anche a una persona fisica, conclude poi che tale attività, una volta accertata, non determini la correlativa responsabilità, ma una *più generica responsabilità da fatto illecito* di diritto comune *ex art. 2043 c.c.*

Inoltre, pur non essendo possibile soffermarsi nel dettaglio sulla questione riguardante l'inquadramento della responsabilità in parola in termini contrattuali o extracontrattuali⁴⁸, si può però dire in via del tutto sommaria che la qualificazione extracontrattuale della responsabilità da eterodirezione abusiva appare alquanto problematica, soprattutto per il fatto che essa sorge non a causa dell'inosservanza del generico dovere del *neminem laedere*⁴⁹, ma a seguito della violazione di uno specifico obbligo nascente non necessariamente da un contratto⁵⁰, ma dal semplice "*fatto*" dell'esercizio della direzione unitaria, cioè dal dovere, a carico del soggetto persona fisica che dirige e coordina più società, di esercitare tale attività secondo i *principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale*. Inoltre, la tutela apprestata dalla disciplina codicistica in tema di direzione e

⁴⁸ Per un'ampia panoramica della questione, si rimanda in particolare a G. SBISÀ (nt. 4), 81 ss.

⁴⁹ Sulla differenza tra la responsabilità contrattuale e quella extracontrattuale, v. L. MENGONI, voce «*Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*», in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1072 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, Milano, 1994, 546 ss.

⁵⁰ Così Cass., 6 marzo 1999, n. 1925, Taccolini c. Valpetrol s.r.l., in *Giur. it.*, 2000, I, 770 ss. e in *Foro it.*, 2000, I, 2299.

coordinamento è maggiore: gli amministratori dell'eterodiretta, infatti, hanno l'obbligo *di motivare analiticamente* le decisioni della società medesima quando influenzate dall'attività di direzione e coordinamento, con puntuale indicazione delle ragioni e degli interessi la cui valutazione ha inciso sulla decisione, dandone adeguato conto nella relazione sulla gestione *ex art. 2428* (cfr. *art. 2497-ter, c.c.*). Pertanto, qualora l'*holding* intenda imporre alle eterodirette decisioni potenzialmente pregiudizievoli per il loro interesse sociale, è compito della società - *rectius*, degli amministratori nella relazione *ex art. 2428 c.c.* – darne adeguata motivazione. Tale previsione alleggerisce notevolmente l'onere della prova a carico del danneggiato che agisca per ottenere il risarcimento del danno poiché, nel dimostrare la violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, sarà sufficiente limitarsi a contestare l'incongruità o la carenza della motivazione, mentre se si qualifica l'azione di responsabilità in parola come una mera azione *ex art. 2043 c.c.*, tale inversione dell'onere probatorio non sussiste⁵¹.

(c) Per quanto riguarda le tutele azionabili *a posteriori*, invece, oltre al fatto che le stesse non sono in grado di evitare *ex ante* al socio un danno al valore della partecipazione, non si rivelano comunque soddisfacenti per vari motivi: passandole rapidamente in rassegna, con riguardo alle S.p.A. è innanzitutto prevista l'azione sociale di responsabilità da parte dei soci di minoranza nei confronti degli amministratori (di diritto o di fatto) ai sensi dell'*art. 2393-bis c.c.* qualora sia configurabile un danno alla *società* (che si riflette poi in un danno al valore delle partecipazioni dei soci). Questa, tuttavia, a differenza ad esempio di quanto previsto dal diritto statunitense, non è congegnata in modo incentivante, poiché (a) l'eventuale *risarcimento* va *interamente ed esclusivamente* a vantaggio della *società*, (b) è previsto il rimborso delle spese di giudizio *solo* nel caso di *accoglimento* della domanda e (c) non sono ammesse le *contingency fees* (come peraltro in tutto il nostro

⁵¹ Cfr. S. GIOVANNINI, *La holding persona fisica e l'abuso della persona giuridica*, nota a Cass., 9 agosto 2002, n. 12113, in *Giur. comm.*, 2004, II, 15 ss., 33 ss.

ordinamento)⁵²; inoltre, (d) prevedere che *soltanto* una *minoranza qualificata* (e non il singolo socio) possa esercitare l'azione di responsabilità contro gli amministratori (analogamente a quanto previsto in tema di annullabilità delle delibere assembleari *ex art. 2377 c.c.*) muove da alcuni presupposti erronei, tra cui quello che i soci di maggioranza perseguano sempre l'interesse della società e che quelli di minoranza tendano a soddisfare sempre un interesse "egoistico"⁵³ per attuare comportamenti opportunistici.

Strutturata in senso più favorevole alla minoranza, invece, è l'azione di responsabilità contro gli amministratori prevista in tema di S.r.l. dall'art. 2476 c.c., poiché *ciascun socio* è legittimato a proporla individualmente. La capogruppo, ovviamente, dovrà essere una società a responsabilità limitata, circostanza, tuttavia, non molto ricorrente nella prassi.

Invece, pur ammettendo l'estensione alla S.p.A. della responsabilità del socio *ex art. 2476, comma 7, c.c.*⁵⁴, la relativa azione non è comunque esercitabile nei confronti di soggetti che non siano *soci* e, inoltre, può rivelarsi di non facile applicazione all'attività compiuta dagli *holders* (soci), giacché la direzione e coordinamento è – per l'appunto - un'*attività* e non un singolo *atto*⁵⁵.

⁵² A differenza di quanto avviene negli Stati Uniti, ove (a) di regola il giudice storna a favore degli attori una quota variabile (fino al 35%) della somma che gli amministratori sono condannati a pagare alla società a titolo di risarcimento del danno, (b) sono ammesse le *contingency fees* - cioè gli onorari condizionati al successo della lite - e (c) in ossequio alla *cd. American rule*, l'attore di cause concernenti la responsabilità degli amministratori deve rimborsare le spese processuali al convenuto solo in caso di lite temeraria. Cfr. L. ENRIQUES – F.M. MUCCIARELLI, *L'azione sociale di responsabilità da parte delle minoranze*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber Amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, Torino, 2007, II, 861 ss., 864, ove ulteriori riferimenti bibliografici di diritto comparato.

⁵³ Così A. STAGNO D'ALCONTRES, *L'invalidità delle deliberazioni dell'assemblea di s.p.a. La nuova disciplina*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber Amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, Torino, 2007, II, 167 ss., 189-190.

⁵⁴ In tal senso M. RESCIGNO (nt. 43), 335; ID., *Soci e responsabilità nella nuova S.r.l.*, in *AGE*, 2003, 297 ss.

⁵⁵ Per quanto la responsabilità *ex art. 2476, comma 7, c.c.* possa a prima vista apparire affine alla responsabilità da eterodirezione abusiva (giacché si tratta in entrambi i casi di attività di *pilotage* della gestione sociale), se ne distingue in modo tale da poter

Un altro rimedio è costituito dall'azione *individuale* proponibile contro gli amministratori ai sensi dell'art. 2395 c.c. da un terzo ovvero dal socio in caso di danno *diretto* al proprio *patrimonio*, indipendentemente dal fatto che la società abbia subito o meno un pregiudizio. Tale azione, tuttavia, è ancor più inadeguata ed anzi, in probabile contrasto con il principio di effettività della tutela giurisdizionale sancito dall'art. 24 Cost.: secondo la *littera legis*, infatti, l'azione è esercitabile entro cinque anni “*dal compimento dell'atto*” pregiudizievole e *non* dal momento in cui il *danno* si è *verificato*, a meno di non interpretare in senso anti-letterale la disposizione in parola⁵⁶; inoltre, trattandosi di singoli *atti* e non di *attività*, come osservato sopra per l'azione *ex art. 2476*, comma 7, c.c., l'applicabilità della norma all'ipotesi di direzione unitaria abusiva potrebbe essere non così agevole.

Come accennato poco fa, a parte l'inadeguatezza a livello “strutturale” delle azioni contro gli amministratori di cui agli artt. 2393-*bis* e 2395 c.c., le suddette tutele *ex post* non sono soddisfacenti nemmeno sul piano del contenuto, giacché l'esperimento di tali azioni (soprattutto quelle *ex artt. 2393* o 2393-*bis* c.c.) dopo che la capogruppo è già stata “messa alla gogna”

essere ricompresa (e quindi sostituita), nell'ambito dei gruppi societari, dalla disciplina di cui all'art. 2497 c.c.: per configurare la responsabilità *ex art. 2476*, comma 7, c.c., infatti, è necessario che il socio svolga una sorta di “eterodirezione” della gestione sociale operata dall'organo amministrativo, attraverso *decisioni* o *autorizzazioni* (a) *intenzionalmente* assunte o accordate agli amministratori per il compimento di (b) *singoli atti* pregiudizievole per la società, i soci o i terzi, nonché (c) la configurabilità, in ogni caso, di una responsabilità in capo all'*amministratore ex art. 2476*, c.1, c.c.. A differenza della responsabilità da direzione unitaria, quindi, (a) l'unico elemento soggettivo rilevante è il *dolo* e non anche la *colpa* (infatti, se si facesse rispondere il socio anche a titolo di mera colpa, gli si imputerebbero anche le conseguenze del suo agire e del suo non agire, gravandolo, quindi, di obblighi di diligenza e di agire informato tipici, invece, degli amministratori); (b) non ha inoltre valore alcun giudizio sull'*attività complessivamente svolta*, né che la società danneggiata abbia ottenuto eventuali “vantaggi compensativi” (rilevando, al contrario, soltanto il singolo atto in sé considerato); infine (c) la responsabilità del socio è in ogni caso *accessoria* (si tratta, dunque, neppure di un regime di *responsabilità*, ma di mera *corresponsabilità*). Al riguardo, cfr. V. MELI, *La responsabilità dei soci nella S.r.l.*, in Liber Amicorum *Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, Torino, 2007, 672 ss., 686-687.

⁵⁶ Cfr. V. PINTO, La responsabilità degli amministratori per “danno diretto” agli azionisti, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber Amicorum *Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, Torino, 2007, II, 891 ss., 908-909.

dal giudizio *ex art.* 2497, commi 1 e 2, c.c., contribuirà a dare alla stessa il colpo di grazia, portando la sfiducia del mercato a un livello non facilmente recuperabile. Inoltre, proprio perché tali azioni sono proponibili *solo dopo* l'esperimento vittorioso dell'azione giudiziale di responsabilità avverso la capogruppo *ex art.* 2497, comma 1, c.c., non si può non osservare che una tesi che negasse l'imputabilità della responsabilità da direzione unitaria *predatoria* in capo all'*holder* persona fisica si rivelerebbe non molto rispondente al principio costituzionale di *economia dei giudizi*, espressione di quello, fondamentale, di ragionevole durata del processo (art. 111 Cost.)⁵⁷.

Al contrario, sembra che - secondo la lettura qui proposta - *in aggiunta* all'azione di responsabilità avverso gli *holders* persone fisiche *ex art.* 2497, comma 1, c.c., la capogruppo o il suo socio o creditore - al ricorrere dei relativi presupposti - ben potranno esperire le sopra citate azioni nei confronti degli stessi *holders*, giacché i vari titoli di responsabilità sono *autonomi* e *concorrenti* tra loro e, dunque, il *danno risarcibile* è *sovrapponibile*⁵⁸.

4. (Segue) Brevi considerazioni di carattere processuale.

Qualora si condividessero le riflessioni finora svolte sul piano sostanziale, si potrebbe allora affacciare qualche ulteriore considerazione dal punto di vista processuale, peraltro in via del tutto sommaria e superficiale, dato l'esiguo spazio a disposizione.

Nel caso in cui l'eterodirezione sia svolta dalle persone fisiche "interne" alla *holding* per finalità private oppure nell'ipotesi in cui la *holding* sia a

⁵⁷ Su tale principio in generale, v. P. COMOGLIO, *Il principio di economia processuale*, Padova, 1980.

⁵⁸ Cfr. R. RODORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Società*, 2004, 538 ss., 542; F. GUERRERA, *Gruppi di società, operazioni straordinarie e procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2005, I, 16 ss., 21; A. TINA, *L'esonero da responsabilità degli amministratori di S.P.A.*, Milano, 2008, 8. Analogamente, gli amministratori (di diritto o di fatto) e i soggetti "interni" dell'eterodiretta, oltre a essere passibili di responsabilità solidale *ex art.* 2497, comma 2, c.c., potranno rispondere *anche* a titolo di responsabilità *ex art.* 2392 (o 2476) c.c. nei confronti dell'eterodiretta medesima nonché nei confronti dei suoi soci e creditori *ex artt.* 2394 e 2395 c.c.

sua volta soggetta a direzione unitaria da parte di un *holder* persona giuridica, l'ammissione di una responsabilità esclusiva del soggetto "interno" alla *holding* in luogo della stessa porta infatti a domandarsi se la capogruppo, chiamata in giudizio *ex art. 2497*, comma 1, c.c., abbia la possibilità di sottrarsi alla responsabilità da direzione unitaria attraverso la chiamata in causa (*ex art. 106 c.p.c.*) dei soggetti ad essa "interni" e la richiesta (*ex art. 108 c.p.c.*) della propria estromissione dal giudizio, adducendo qualsiasi tipo di prova (tra cui l'esistenza del patto parasociale cd. di controllo)⁵⁹.

Ove si potesse rispondere al quesito in senso affermativo, nel caso di domanda per il risarcimento dei danni rivolta alla capogruppo il giudice non dovrebbe respingere la stessa per carenza di legittimazione passiva, poiché la legge, consentendo al soggetto danneggiato di agire contro la "società" capogruppo – per così dire - "di diritto" (cioè che appaia tale in virtù degli adempimenti pubblicitari di cui all'*art. 2497-bis*, c.c.) "o" (*oppure*) contro gli "enti" (quindi – secondo la lettura qui proposta - anche le persone fisiche) esercenti la direzione unitaria, sembra attribuire la facoltà di scelta al soggetto agente. Pertanto, qualora il danneggiato opti di agire contro la *holding* e non contro le persone fisiche ad essa "interne", sarebbe onere della convenuta chiamare in causa gli effettivi *holders*, in caso contrario rischiando l'imputazione della responsabilità a proprio carico e potendo agire nei loro confronti soltanto *ex post* per la rifusione dei danni patiti.

Quel che non sembra corretto, invece, è l'affermazione per cui in tema di direzione unitaria la questione debba spostarsi necessariamente ed *esclusivamente* sul piano della *pubblicità* e che quindi la capogruppo non potrebbe sottrarsi all'eventuale responsabilità adducendo di essere a sua

⁵⁹ Trasponendo in quest'ambito una soluzione prospettata da G. SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, in *Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, Torino, 2007, III, 947 ss., 962, con riferimento alla possibilità, per l'eterodiretta evocata in giudizio *ex art. 2497*, comma 1, c.c. da uno dei propri soci o creditori, di chiamare in causa la società o ente capogruppo e chiedere la propria estromissione dal giudizio.

volta soggetta a direzione e coordinamento (solitaria ovvero congiunta, da parte di persone fisiche oppure giuridiche)⁶⁰. L'iscrizione nella sezione speciale del registro delle imprese (art. 2497-bis, c.c.), infatti, non ha efficacia né costitutiva né dichiarativa, ma di mera *pubblicità notizia*⁶¹, giacché, come emerge anche dalla stessa Relazione alla riforma⁶², l'attività di direzione e coordinamento si concretizza *anche e soprattutto di fatto* e sorge, quindi, *a prescindere dalla pubblicità*⁶³: in altre parole, non è certo la pubblicità come tale ad essere fonte generatrice della responsabilità.

Come accennato poco fa, tuttavia, le brevi considerazioni che precedono non possono rappresentare altro che una base preliminare di riflessione, meritando tali problematiche ben più meditati approfondimenti.

5. Conclusioni.

Riguardo alla configurabilità di una responsabilità per esercizio abusivo dell'attività di direzione e coordinamento (art. 2497, comma 1, c.c.) in capo alla *persona fisica*, con il presente *paper* si è cercato di offrire qualche spunto di riflessione nell'intento di superare le ambiguità e le incongruenze della disciplina codicistica, onde garantire la massima tutela ad alcuni dei soggetti più "deboli" all'interno dei gruppi di società: i soci e i creditori "esterni" della *holding*, "estranei", tuttavia, anche alla disciplina di legge, che si preoccupa di considerare soltanto la posizione dei soci e creditori "esterni" dell'eterodiretta.

⁶⁰ In questo senso, invece, G. SBISÀ (nt. 4), 76-77.

⁶¹ Cfr. V. CARIELLO, *Trasparenza della titolarità dell'attività di direzione e coordinamento e dei legami economici tra enti, società e soggetti rientranti nel perimetro dell'attività* (art. 2497-bis c.c.), Studio CNN n. 176-2009/I, disponibile al link <http://www.notariato.it/it/primo-piano/studi-materiali/studi-materiali/societa-capitali/176.pdf>;

⁶² Cfr. la Relazione, § 13, in cui si legge che per dare soluzione ai problemi di responsabilità nell'ambito dei gruppi societari, è occorso "porre a base della disciplina il "fatto" dell'esercizio di attività di direzione e coordinamento".

⁶³ Cfr. V. MELI (nt. 55), 687; F. FIMMANÒ (nt. 8), 124. In giurisprudenza, v. Trib. Milano, 20 dicembre 2013 (nt. 10).

In quest'ottica, oltre a valorizzare un significato di tipo *etimologico* del termine “ente” (ossia “ciò che è”, comprensivo dunque sia della persona giuridica che della persona fisica), si sono svolte alcune considerazioni di carattere *sistematico*, evidenziando come l'art. 2497, comma 1, c.c., si distingua, in sostanza, per essere l'unica disposizione di legge capace di dare adito a contrasti sulla configurabilità di una *holding* persona fisica, sebbene la *ratio* di tutto l'impianto normativo concernente i gruppi societari sia, a ben vedere, la medesima: evitare che il perseguimento di certe politiche “di gruppo” venga pagato soltanto dagli anelli deboli della catena.

Sulla base, poi, della considerazione che la direzione e coordinamento è un'attività intercorrente tra le *persone fisiche “interne”* al controllo delle società del gruppo, se ne sono evidenziate le *affinità* con l'istituto dell'*amministrazione di fatto*, sia sulla base dell'impostazione di parte della giurisprudenza - di legittimità e di merito – sia sulla scorta di un'analisi *comparatistica*, attraverso la quale si è potuto notare che le persone fisiche che esercitano l'eterodirezione (cd. “*holders*”) sono fortemente responsabilizzate tanto negli ordinamenti che non prevedono una specifica disciplina di legge in tema di gruppi societari (ove la responsabilità dei soggetti capogruppo è attribuita ricorrendo alla figura dell'amministratore di fatto) quanto in quelli che la prevedono (come ad esempio in Germania).

Si è dunque condivisa l'impostazione della recente giurisprudenza di merito che ha affermato la responsabilità *ex art. 2497, comma 1, c.c.* della persona fisica *holder* a prescindere dalla circostanza che tale soggetto rivesta o meno la qualifica di imprenditore commerciale. E ciò in via del tutto corretta, giacché è opportuno distinguere il piano della *fallibilità* da quello della *responsabilità*, non essendo plausibile che la mancata qualificazione imprenditoriale dell'*holder* possa costituire addirittura un'esimente della responsabilità da eterodirezione abusiva. Si è osservato, al contrario, che l'“*interesse*” perseguito dal soggetto nello svolgimento della direzione unitaria ben potrà essere (ed anzi, certamente sarà) di tipo *imprenditoriale*, poiché l'attività s'inserisce in un contesto d'impresa quale è

quello del gruppo di società e si è quindi ritenuto esatto ricomprendere nel presupposto dell'“interesse *imprenditoriale* proprio o altrui in *violazione* dei principi di *corretta gestione societaria e imprenditoriale*” anche il perseguimento d'interessi *personali*. Su tale presupposto, se da un lato ci si è espressi in senso favorevole a un'imputazione della responsabilità *ex art.* 2497, comma 1, c.c. in capo alla persona fisica ogniqualvolta questa eterodiriga *de facto* ed in via autonoma più società formalmente non parte di un gruppo (senza operare differenziazioni al riguardo), dall'altro lato, con riferimento ai gruppi “di diritto”, si è invece osservato come la *distinzione* tra interesse *della holding* e interesse *personale* dell'*holder* possa venire in rilievo ai fini di un'imputazione della responsabilità *ex art.* 2497, comma 1, c.c., in capo alla prima *oppure* in capo al secondo. Più precisamente, qualora l'eterodirezione abusiva persegua interessi effettivamente riconducibili alla *capogruppo*, si è ritenuto corretto che la responsabilità venga posta a carico della stessa, giacché in questo caso il pregiudizio che subirà la partecipazione del socio “esterno” a causa dell'esperimento dell'azione contro la *holding* e della sua eventuale condanna *ex art.* 2497, comma 1, c.c. può trovare - per così dire - una giustificazione in virtù del fatto che il socio, nel momento in cui effettua l'investimento nella *holding*, accetta conseguentemente di sottostare alle regole proprie del governo delle società di capitali (in particolare, delle S.p.A.), prima fra tutte la regola di maggioranza. Al contrario, si è osservato come, nel caso in cui gli *holders* impartiscano una serie d'istruzioni irrituali agli amministratori delle eterodirette *prescindendo* totalmente dall'interesse della capogruppo per soddisfare, al contrario, un interesse - sì di tipo imprenditoriale ma - esclusivamente personale, sembri più opportuno che di tale abuso rispondano *esclusivamente* coloro che abbiano svolto la direzione unitaria, giacché in questa ipotesi non sembra condivisibile porre le conseguenze negative di tale attività a carico del patrimonio della *holding* e quindi, in definitiva, a carico della partecipazione del socio, proprio perché il subire una direzione unitaria di tipo predatorio non può essere considerato un

rischio preventivabile al momento dell'effettuazione dell'investimento in società e, dunque, nemmeno il relativo danno può apparire giustificabile di fronte al perseguimento degli interessi della società (*rectius*, della maggioranza), non risultando soddisfatti nemmeno questi ultimi.

Si è poi osservato che tale soluzione – oltre a rappresentare un ottimo incentivo, per le persone fisiche a ciò dedicate, ad esercitare la direzione unitaria secondo i “principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale” - sembra in grado di tutelare nel modo più efficace, oltre la *holding* stessa, anche il suo socio “esterno”, giacché le altre forme di tutela apprestate dal nostro ordinamento non si rivelano altrettanto soddisfacenti: né (a) l'affermazione di una responsabilità solidale degli *holders ex art. 2497*, comma 2, c.c. con la capogruppo, poiché significa imputare la responsabilità *ex art. 2497*, comma 1, c.c. in capo a quest'ultima anche nel caso in cui l'eterodirezione non sia svolta nel suo interesse; né (b) un'azione di diritto comune basata sull'art. 2043 c.c. poiché, prevedendo il nostro ordinamento una disciplina specifica in tema di gruppi societari, non sembra in particolare condivisibile, sul presupposto che l'*attività di direzione e coordinamento* sia imputabile anche a una persona fisica, concludere che tale attività, una volta accertata, non determini la correlativa responsabilità, ma una *più generica responsabilità da fatto illecito* di diritto comune *ex art. 2043 c.c.*; né, infine, (c) una tutela *ex post*, cioè un'azione di risarcimento del danno contro le persone fisiche “interne” che abbiano esercitato la direzione unitaria predatoria (ai sensi degli artt. 2393-*bis*, 2476 o 2395 c.c.), *dopo* che la capogruppo abbia subito la condanna *ex art. 2497*, comma 1, c.c., giacché tali azioni – peraltro “strutturalmente” inadeguate – non solo non sono in grado di evitare *ex ante* al socio “esterno” della *holding* un pregiudizio al valore della partecipazione conseguente alla condanna della *holding*, ma addirittura si rivelano capaci di aggravarlo: infatti, l'esperimento di una delle suddette azioni dopo che la capogruppo è già stata “messa alla gogna” dal giudizio *ex art. 2497*, commi 1 e 2, c.c., contribuirà a dare alla stessa il colpo di grazia, portando la sfiducia del mercato a un

livello non facilmente recuperabile. Inoltre, proprio perché tali azioni sono proponibili *solo dopo* l'esperimento vittorioso dell'azione giudiziale di responsabilità avverso la capogruppo *ex art. 2497, comma 1, c.c.*, non si può non osservare che una tesi che negasse l'imputabilità della responsabilità da direzione unitaria *predatoria* in capo all'*holder* si rivelerebbe non molto rispondente al principio costituzionale di *economia dei giudizi*, espressione di quello, fondamentale, di ragionevole durata del processo (art. 111 Cost.).

A conclusione del lavoro, si è affacciata qualche breve considerazione di carattere *processuale*, poiché l'ammissione – nelle ipotesi considerate – di una responsabilità esclusiva del soggetto “interno” alla *holding* in luogo della stessa porta conseguentemente a domandarsi se la capogruppo, chiamata in giudizio *ex art. 2497, comma 1, c.c.*, abbia la possibilità di sottrarsi alla responsabilità da direzione unitaria attraverso la chiamata in causa (*ex art. 106 c.p.c.*) dei soggetti ad essa “interni” e la richiesta (*ex art. 108 c.p.c.*) della propria estromissione dal giudizio.