

LUISS

Libera Università Internazionale degli Studi Sociali Guido Carli

Dottorato di Ricerca in

Diritto degli affari

XXI ciclo

I GRUPPI DI SOCIETÀ NEL CODICE CIVILE

Coordinatore

Chiar. mo Prof.

Gustavo Visentini

Tutor

Chiar. mo Prof.

Luigi Filippo Paolucci

Dottoranda

Federica Casadei

INDICE - SOMMARIO

CAPITOLO PRIMO

“IL POTERE DI DIREZIONE E COORDINAMENTO QUALE ELEMENTO QUALIFICANTE IL FENOMENO DEI GRUPPI DI SOCIETÀ”

- | | |
|---|---------|
| 1. I gruppi di società nella riforma. | pag. 1 |
| 2. Il concetto di direzione e coordinamento. | pag. 11 |
| 3. Il controllo quale fonte del potere di direzione e coordinamento. | pag. 18 |
| 4. La direzione e il coordinamento da contratto. | pag. 24 |
| 5. Le presunzioni di cui all'art. 2497 sexies c.c. e il problema della prova contraria. | pag. 35 |
| 6. Eterodirezione e conflitto di interessi. | pag. 37 |

CAPITOLO SECONDO

“PROFILI ORGANIZZATIVI DI GRUPPO NEL CODICE CIVILE”

- | | |
|---|---------|
| 1. Il “diritto di organizzazione del gruppo” voluto dalla riforma. | pag. 47 |
| 2. Il principio di trasparenza nei gruppi di società. | pag. 49 |
| 2.1 (<i>Segue</i>) Gli obblighi di cui all'art. 2497 bis c.c.. | pag. 52 |
| 2.2 (<i>Segue</i>) L'obbligo di motivazione delle decisioni. | pag. 59 |
| 3. Altri strumenti di tutela del socio delle controllate: nuove ipotesi di recesso. | pag. 64 |
| 3.1 (<i>Segue</i>) Altre cause di recesso. | pag. 68 |
| 3.2 (<i>Segue</i>) Termini e modalità di esercizio del diritto di | |

- recesso. pag. 80
4. I finanziamenti infragruppo. pag. 84

CAPITOLO TERZO

“LA RESPONSABILITÀ DA ATTIVITÀ DI DIREZIONE E COORDINAMENTO”

1. La responsabilità da attività di direzione e coordinamento: la condotta rilevante. pag. 94
2. Il problema della legittimazione ad agire della società soggetta all'attività di direzione e coordinamento. pag. 102
3. L'esegesi del terzo comma dell'art. 2497 c.c.. pag. 104
4. L'azione di responsabilità dei soci. pag. 112
5. L'azione di responsabilità dei creditori. pag. 117
6. La legittimazione passiva pag. 120
7. La responsabilità di chi ha tratto consapevole beneficio dal fatto lesivo. pag. 124
8. Il problema della capogruppo persona fisica. pag. 128
9. I vantaggi compensativi nella valutazione della responsabilità da attività di direzione e coordinamento di società. pag. 131

CAPITOLO QUARTO

“IL GRUPPO COOPERATIVO PARITETICO”

1. Gruppo e mutualità: contesto normativo di riferimento e profili di compatibilità. pag. 144

2. Il concetto di paritetività.	pag. 155
3. Il contratto istitutivo del gruppo paritetico.	pag. 163
4. La disciplina del gruppo cooperativo paritetico.	pag. 172
Bibliografia	pag. 179

CAPITOLO PRIMO

“IL POTERE DI DIREZIONE E COORDINAMENTO QUALE ELEMENTO QUALIFICANTE IL FENOMENO DEI GRUPPI DI SOCIETÀ”

SOMMARIO: 1. I gruppi di società nella riforma – 2. Il concetto di direzione e coordinamento – 3. Il controllo quale fonte del potere di direzione e coordinamento – 4. La direzione e il coordinamento da contratto – 5. Le presunzioni di cui all'art. 2497 sexies, c.c. e il problema della prova contraria – 6. Eterodirezione e conflitto di interessi.

1. I gruppi di società nella riforma.

La realtà dei gruppi, intesa quale modalità di gestione accentrata di un'impresa economicamente unitaria, ma articolata in più soggetti giuridicamente autonomi, è una delle forme di organizzazione imprenditoriale più caratteristiche del nostro tempo ¹.

Il fenomeno, però, almeno fino alla recente riforma, non era mai stato oggetto di alcun tentativo di inquadramento sistematico da parte del legislatore che si era limitato soltanto a dettare isolate normative di settore², come nel caso della prima legge sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi (l. 3-4-1979, n. 95), il cui art. 3, 6o co. (in tema di direzione unitaria di

¹ Per una statistica del fenomeno, v. GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, in *Contratto e impresa*, Saggi, 3, 2002, 1015.

² In giurisprudenza, v. T. Milano, 22-1-2001, secondo cui «la legislazione, comunque frammentaria, non consente affatto di affermare una nozione unitaria di gruppo ed è per questo che si è parlato di “fattispecie a geometria variabile (...)”», in *Il Fallimento*, 10, 2001, 1143. In dottrina, v. PAOLUCCI, *Imprese in crisi*, in *Digesto/comm.*, VII, Torino, 1992, 22.

piu` imprese), prevedeva che il commissario potesse proporre l'azione di responsabilita` sociale nei confronti degli amministratori della societa` controllante e di quella controllata³; come nel caso del Testo unico in materia bancaria e creditizia (d.l. n. 385 del 1993), che, all'art. 61, 4o co., prevede che «la capogruppo, nell'esercizio dell'attivitaa` di direzione e coordinamento, emana disposizioni alle componenti del gruppo per l'esecuzione delle istruzioni impartite dalla Banca d'Italia nell'interesse della stabilita` del gruppo⁴»; o, ancora, nel Testo unico sull'intermediazione finanziaria (d.lg. n. 58 del 1998), ove e` prevista, in presenza di fenomeni di controllo, una vigilanza estesa a tutte le componenti del gruppo societario, da parte delle Autorita` di settore, con conseguente obbligo, per le societa` di vertice, di emanare, nei confronti delle entita` aggregate, le disposizioni necessarie all'attuazione delle istruzioni impartite dalle medesime Autorita` di vigilanza (art. 12, 2o co.)⁵; o, infine, nel d.lg. n. 127 del 1991 (artt. 25-43) con cui il legislatore ha introdotto l'obbligo di redazione del bilancio consolidato, per le societa` di capitali⁶ che controllano altre imprese (anche non societarie) e per le societa` cooperative che controllano societa` di capitali, dando cosu` rilevanza al gruppo, come realta` unitaria, per lo meno dal punto di vista patrimoniale, finanziario ed economico.

³ Disposizione poi sostanzialmente riprodotta nell'art. 90 del d.lg. n. 270 del 1999, il quale, nell'ambito di un complesso di norme piu` organico, per l'ipotesi di imprese di gruppo soggette a direzione unitaria, dispone che «gli amministratori delle societa` che hanno abusato di tale direzione rispondono in solido con gli amministratori della societa` dichiarata insolvente dei danni da questi cagionati alla societa` stessa in conseguenza delle direttive impartite».

⁴ Appare evidente l'assenza di una portata generale della disposizione, in ordine alla quale il gruppo bancario rileva solo al fine di predisporre una migliore esplicazione dell'attivitaa` di vigilanza da parte della Banca d'Italia.

⁵ Per un quadro generale dei citati interventi legislativi, v. PAVONE LA ROSA, *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*, in *Rivista delle societaa*, 2003, 765 ss.

⁶ Dopo la riforma del 2003, anche per le societa` in nome collettivo e in accomandita semplice, qualora tutti i soci siano societa` di capitali (art. 111 duodecies, disp. att.).

Anche il codice civile, prima della riforma, si occupava esplicitamente soltanto dell'aspetto strumentale del fenomeno dei gruppi, dettando la disciplina dei poteri di controllo (art. 2359 c.c.), tanto sotto il profilo del controllo azionario, nel quale una società dispone della maggioranza dei voti o di quelli, comunque, sufficienti per influenzare in modo dominante l'assemblea ordinaria di un'altra società, quanto sotto quello del controllo contrattuale, nel quale tale influenza viene invece esercitata attraverso vincoli di natura negoziale, e dunque dall'esterno.

L'esperienza aveva però mostrato che tali poteri, pur essendo spesso un significativo indice della presenza di una realtà di gruppo, non esaurivano le multiformi manifestazioni del fenomeno e, inoltre, che l'impostazione originaria del codice non appariva adeguata a fornire disciplina ai profili imprenditoriali e dinamici propri della riconduzione ad unità economica di una pluralità di soggetti tra loro giuridicamente indipendenti.

L'opportunità di una disciplina dei gruppi, in sede di riforma del diritto societario, pur essendo da alcuni avversata⁷ è stata la scelta del legislatore delegante che, infatti, all'art. 10, lett. a) della legge 3-10-2001, n. 366, ha imposto di «prevedere una disciplina del gruppo secondo principi di trasparenza, tale da assicurare che l'attività di direzione e coordinamento contemperino adeguatamente l'interesse del gruppo, delle società controllate e dei soci di minoranza di queste ultime».

La legge delegata ha aderito soltanto in minima parte a questa indicazione, e ha introdotto una disciplina del fenomeno di

⁷ V. ROSSI, *Il fenomeno dei gruppi ed il diritto societario: un nodo da risolvere, I gruppi di società*, in *Rivista delle società*, Atti del Convegno internazionale di studi, Venezia 16/17/18-11-1995, I, 17 ss.

«direzione e coordinamento di società» senza alcun esplicito riferimento al «gruppo» in quanto tale e senza alcuna preoccupazione definitoria, confermando, però, la premessa secondo cui “il fenomeno del gruppo esiste, con una sua valenza positiva e con i rischi che inevitabilmente comporta”⁸.

Non si tratta però di una svista, ma di una scelta di opportunità le cui ragioni vengono chiaramente espresse nella stessa Relazione al decreto legislativo, ove, da un lato, si sottolinea il rischio di inadeguatezza di una nuova definizione della fattispecie, dovuta alla necessaria specificità imposta dai diversi settori in cui tale disciplina dovrebbe trovare applicazione, nonché all’incessante evoluzione della realtà sociale, economica e giuridica di riferimento e, dall’altro, si dichiara esplicitamente che problema centrale del fenomeno del gruppo appare quello dei suoi possibili effetti distorsivi e dunque, in primo luogo, quello della responsabilità della controllante nei confronti dei soci e dei creditori sociali della controllata⁹.

Conseguentemente, si è preferito scartare la via della «tutela preventiva», e quindi della definizione e regolamentazione delle modalità di formazione, di organizzazione e di funzionamento del gruppo, per intraprendere quella della «tutela successiva» di una fattispecie che, in effetti, non necessariamente coincide col gruppo, ma con il mero esercizio dell’attività di direzione e coordinamento, della quale, peraltro, il legislatore non ha neppure determinato gli elementi identificativi, limitandosi ad una disciplina degli aspetti

⁸ Dalla relazione al disegno di legge delega per la riforma del diritto societario (Commissione Mirone).

⁹ V. *Relazione al decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 6. Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*, in *Rivista delle società*, 2003, par. 13, 155.

patologici del fenomeno, fra cui, in particolare, quello della responsabilità della capogruppo¹⁰.

E' evidente, tuttavia, che il legislatore delegato, evitando di fornire una nozione ontologica del gruppo, ha optato per una soluzione chiaramente rinunciataria¹¹, limitata alla disciplina delle conseguenze dell'attività di direzione e coordinamento che, se, da un lato, sfugge a schematismi e rigidi inquadramenti della fattispecie all'interno di categorie predefinite, dall'altro, prende atto in modo soltanto parziale e frammentario del gruppo del quale, dunque, a tutt'oggi, continua a mancare, nel nostro ordinamento, una disciplina organica.

Cio' non toglie che dal nuovo contributo legislativo sull'attività di direzione e coordinamento di società si possano cogliere elementi utili a tracciare alcuni profili organizzativi del gruppo, che sarà poi compito degli interpreti armonizzare e perfezionare in una prospettiva di completamento del sistema¹². Ne costituiscono chiari esempi, l'art. 2497 c.c., ove si impone alla società, o ente, che esercita attività di direzione e coordinamento di società di agire nel rispetto dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale; l'art. 2497 bis c.c., il quale prescrive le forme di pubblicità cui sono tenute, non soltanto le società aggregate (indicazione negli atti e nella corrispondenza e iscrizione nel registro delle imprese della società o ente cui sono

¹⁰ Prima della riforma, si poneva il dilemma della scelta dell'angolo visuale da privilegiare, CERRAI, *Il controllo della formazione dei gruppi*, in *Rivista delle società*, Atti del Convegno internazionale di studi, Venezia 16/17/18-11-1995, II, 918.

¹¹ V. CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Rivista delle società*, 2003, 6, 1232.

¹² In tal senso, v. TOMBARI, *Riforma del diritto societario e gruppo di imprese*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2004, I, 61 ss.; e MINERVINI, «Cronache della grande impresa», in *Giurisprudenza commerciale*, 2004, 4, I, 894.

assoggettate), ma anche la stessa capogruppo (iscrizione in apposita sezione presso il registro delle imprese) e che, all'ultimo comma, impone altresì agli amministratori di «indicare nella relazione sulla gestione i rapporti intercorsi con chi esercita l'attività di direzione e coordinamento e con le altre società che vi sono soggette, nonché l'effetto che tale attività ha avuto sull'esercizio dell'impresa sociale e sui suoi risultati». Nella stessa prospettiva assumono rilevanza l'art. 2497 ter che prevede obblighi di motivazione delle decisioni delle società appartenenti al gruppo, quando siano state influenzate da tale relazione; l'art. 2497 quater che introduce, con riferimento alla realtà di gruppo, una nuova disciplina del diritto di recesso e infine l'art. 2497 quinquies in materia di finanziamenti infragruppo, il quale, estendendo la disciplina prevista dall'art. 2467 c.c. all'ipotesi di finanziamenti effettuati a favore della società da chi esercita attività di direzione e coordinamento, introduce vere e proprie regole di gestione dell'impresa di gruppo, sotto il profilo finanziario.

E' evidente, tuttavia, che la disciplina del gruppo di società non può essere limitata a queste sole disposizioni, in primo luogo perché il codice civile continua, correttamente, a guardare al «controllo» come ad uno degli strumenti principali per l'acquisizione del potere di direzione unitaria e, dunque, per la costituzione del gruppo; con la conseguenza che le disposizioni che lo regolano devono essere considerate parte integrante di un ipotetico «statuto dei gruppi di società»¹³.

¹³ V. ad esempio, gli artt. 2359 ss., che contengono la disciplina del controllo di società; l'art. 2381, 5o co., che, in tema di rapporti tra consiglio di amministrazione e organi delegati attribuisce a questi ultimi il compito di curare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile alla natura e dimensioni dell'impresa, riferendo inoltre periodicamente sia al consiglio di amministrazione che

In secondo luogo, perché la riforma ha riconosciuto esplicitamente nel contratto un ulteriore mezzo di formazione del gruppo societario, così legittimando l'istituzione di forme di integrazione fra società di stampo non gerarchico e, dunque, in assenza di controllo.

Si allude, in particolare, all'art. 2497 septies il quale prevede l'applicabilità delle disposizioni del capo relativo all'attività di direzione e coordinamento, a quelle società o enti che esercitano tale potere sulla base di un contratto o di clausole inserite negli statuti delle società dirette e coordinate, e all'art. 2545 septies che ha legittimato in modo esplicito il gruppo cooperativo paritetico, come contratto fra più cooperative ad una delle quali viene attribuita la funzione di direzione e coordinamento delle altre¹⁴. Anche queste disposizioni, dunque, rappresentano ulteriori elementi dei quali tener conto al fine di operare una ricostruzione esaustiva della disciplina codicistica dei gruppi di società.

al collegio sindacale sul generale andamento della gestione e sulle operazioni di maggior rilievo effettuate dalla stessa società e dalle sue controllate; specularmente, l'art. 2403 bis, che prevede il potere del collegio sindacale di chiedere agli amministratori notizie, anche con riferimento a società controllate, sull'andamento della gestione cui si aggiunge quello di scambiare informazioni con i corrispondenti organi delle società controllate, in merito ai sistemi di amministrazione e controllo e all'andamento generale dell'attività sociale; l'art. 2409, 1o co., che attribuisce ai soci della capogruppo il potere di denunciare al Tribunale le irregolarità che possono arrecare danno non solo al patrimonio della capogruppo medesima, ma anche a quello delle varie controllate; gli artt. 2399, 1o co., lett. b) e c), 2409 quinquies, 1o co., 2409 duodecies, 1o co., 2409 octiesdecies, 2o co., i quali prevedono tra le cause di ineleggibilità e di decadenza per sindaci, incaricati del controllo contabile, consiglieri di sorveglianza e componenti del comitato per il controllo sulla gestione, anche la sussistenza di rapporti personali e professionali che possono verificarsi all'interno di un gruppo e che sono suscettibili di comprometterne l'indipendenza; l'art. 2428, 1o e 2o co., nn. 2-4, in tema di relazione sulla gestione, da cui deve risultare la situazione della società e l'andamento della gestione nel suo complesso, tenuto conto dei vari settori in cui la stessa ha operato anche attraverso imprese controllate.

¹⁴ In cui, per la prima volta, compare esplicitamente il termine gruppo.

Infine, a fungere da strumento di completamento per tutti gli aspetti non direttamente regolati dalle disposizioni sul controllo e dalle nuove norme sull'attività di direzione e coordinamento, saranno, inevitabilmente, le norme generali in materia societaria, nonché quelle dettate a disciplina di ciascuna tipologia sociale in particolare. Le disposizioni sulla direzione e il coordinamento sono, infatti, destinate a combinarsi con il diritto comune delle società, dando vita ad una regolamentazione complessa di cui potrà astrattamente essere destinataria ogni tipo di società e, tendenzialmente, ogni impresa anche non societaria¹⁵. Le norme dettate a disciplina della direzione unitaria vanno, cioè, a sommarsi alla disciplina propria degli enti ad essa soggetti, "qualificandone" i contenuti in termini che tengano conto della nuova dimensione (di gruppo) in cui gli stessi saranno destinati a muoversi: si pensi, ad esempio, al dovere degli amministratori della società dominante di agire tenendo conto, oltre che dell'interesse della società cui appartengono, anche di quelli delle società dominate, il cui pregiudizio potrebbe, infatti, comportare l'esposizione della prima alle azioni di responsabilità dei soci o dei creditori delle seconde.

E' evidente, però che, non sempre le disposizioni dettate per disciplinare una società che opera isolatamente, saranno compatibili con le esigenze di un'impresa inserita organicamente in un gruppo, in cui situazioni che assumono connotati patologici, se riferite ad una società monade, possono risultare, invece, del tutto ordinarie ed inevitabili¹⁶.

¹⁵ V. ZOPPINI - TOMBARI, che definiscono la disciplina della direzione e coordinamento di società, trans tipica, *Intestazione fiduciaria e nuova disciplina dei gruppi di società*, in *Contratto e impresa*, 2004, 3, 1105.

¹⁶ Si pensi, ad esempio, al caso dell'amministratore che agisce in conflitto di interessi, che rappresenta un'anomalia per il diritto societario classico, ma che può diventare

E`chiaro, dunque, che anche in queste circostanze, un ruolo fondamentale spettera` all'autonomia privata attraverso la quale si potra` procedere ad adeguare gli statuti delle societa` che appartengono al gruppo, tenendo conto delle nuove esigenze che da tale realta` conseguono, alla luce delle disposizioni dettate dal legislatore in tema di direzione e coordinamento e nel rispetto dei principi fondamentali del diritto societario.

Ciò premesso, sembra opportuno rilevare come, nella disciplina relativa all'attività di direzione e coordinamento, possano essere rinvenute scelte che si pongono in perfetta linea di continuità con gli orientamenti che il legislatore ha posto alla base della riforma generale del diritto societario.

Si allude, ad esempio, alla scelta della *disclosure*¹⁷, quale strumento correttivo ritenuto idoneo a garantire tutela a fronte dei rischi di "devianza" che derivano spesso da quella dissociazione tra proprietà e controllo che può caratterizzare anche il fenomeno dei gruppi di società; tale scelta appare il sintomo di una volontà da parte del legislatore di superare il vecchio sistema fondato sul meccanismo formalistico dell'astensione dal compimento delle operazioni potenzialmente a rischio di devianza, per addivenire

la regola in un contesto di gruppo, caratterizzato dalla coesistenza di piu` soggetti portatori di interessi autonomi; sul punto, piu` approfonditamente, v. *infra*, par. 6.

¹⁷ Che si concretizza nell'inserimento di obblighi informativi, da adempiersi ad opera degli amministratori delle società soggette al potere di direzione e coordinamento, negli atti e nella corrispondenza delle stesse (art. 2497-bis); nella previsione di obblighi di iscrizione delle società dominate e della capogruppo in apposita sezione istituita presso il registro delle imprese (art. 2497-bis); nonché di obblighi di informazione da esperire in sede di redazione del bilancio (art. 2497-bis) e di motivazione delle decisioni delle società dominate quando influenzate dalla dominante (art. 2497-ter).

invece ad un modello di piena trasparenza e di tracciabilità delle decisioni¹⁸.

Tale modello ricorre più volte nella riforma, soprattutto laddove si annida l'insidia del conflitto di interessi, come accade, ad esempio, nel nuovo testo dell'art. 2391 c.c., ove il legislatore impone agli amministratori che si trovino in tale condizione, di dichiarare il proprio interesse al fine di stimolare una *governance* improntata alla massima trasparenza dei poteri decisionali; o ancora nella disciplina delle operazioni con parti correlate, ove si impone agli amministratori delle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio di adottare regole che assicurino la trasparenza e la correttezza sostanziale delle operazioni e le rendano palesi nella nota integrativa.

Si allude, ancora, alla scelta di accrescere gli strumenti di tutela degli azionisti di minoranza, scelta che si rinviene, non soltanto, nella nuova disciplina dell'azione di responsabilità degli amministratori promossa dai soci nelle s.p.a. (art. 2393-bis), ma anche nell'introduzione della legittimazione attiva all'azione di responsabilità nei confronti della società che esercita attività di direzione e coordinamento ex art. 2497 c.c., in capo ai soci delle società dominate.

Si allude, infine, alla volontà di introdurre "nuove" tecniche di suddivisione del rischio d'impresa, in rapporto di continuità storica con il conseguimento del beneficio della responsabilità limitata, che il legislatore ha realizzato sia con la creazione dei c.d. patrimoni destinati ad uno specifico affare, ove l'articolazione

¹⁸ Evidenzia tale tendenza del legislatore MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Rivista delle società*, 2007, 6, 330.

multidivisionale dell'azienda si consegue, conservando la gestione della divisione aziendale all'interno della società attraverso la costituzione del patrimonio separato (art. 2447-bis), sia con la scelta di attribuire - seppur non in modo esaustivo - rilevanza al fenomeno dei gruppi societari, attraverso l'introduzione della disciplina dell'attività di direzione e coordinamento, il cui esercizio consente appunto l'organizzazione di un'impresa multicomparto, attraverso il conferimento della singola divisione aziendale in altra società controllata e/o dominata, di nuova creazione o preesistente, la quale, però, conserva una distinta personalità giuridica ed un'autonoma soggettività patrimoniale, in modo da attuare una diversificazione dei rischi che impedisca alle avverse vicende di un settore di comunicarsi al patrimonio della capogruppo o di altre società del gruppo¹⁹.

2. Il concetto di direzione e coordinamento.

Anche se la disciplina dei gruppi di società nel codice civile non può essere identificata soltanto con le nuove norme che regolano l'attività di direzione e coordinamento, appare, tuttavia, evidente che tale attività costituisce l'elemento essenziale e caratterizzante del fenomeno dei gruppi, sia nel caso in cui l'aggregazione fra imprese si fondi sul controllo, sia nel caso in cui l'integrazione avvenga per contratto.

Tuttavia, il legislatore delegato ha scelto di non definire in termini rigorosi e precisi l'attività di direzione e coordinamento, lasciando del tutto libera l'individuazione dei modi in cui tale

¹⁹ V. GALGANO, cit., 1016; SANTAGATA, *Oggetto sociale ed articolazioni dell'attività imprenditoriale*, in *Rivista delle società*, 2007, 6, 1256.

attività può in concreto esplicarsi. È necessario, quindi, individuarne gli aspetti caratterizzanti, non soltanto per consentire una pronta identificazione del fenomeno attraverso dati oggettivamente riscontrabili, ma anche al fine pratico di delimitare l'ambito di applicazione delle norme che lo riguardano.

Già prima della riforma il concetto di direzione unitaria²⁰ era stato oggetto di elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali che ne avevano fornito una configurazione in termini di «potere di fatto» della capogruppo di dirigere e coordinare le società dominate secondo un progetto unitario, sia attraverso mezzi formali, quali, ad esempio, le deliberazioni assembleari, in presenza di situazioni di controllo, sia attraverso rapporti meno convenzionali, consistenti in flussi costanti di istruzioni impartite dalla controllante alle controllate in ambito gestionale, organizzativo, finanziario, di bilancio ed anche produttivo.

Indici rivelatori dell'esercizio del potere di direzione unitaria erano considerati: l'accentramento o anche il mero coordinamento di funzioni gestorie in seno alla capogruppo, l'elaborazione di programmi finanziari e produttivi unitari, nonché il progressivo uniformarsi delle decisioni dei soggetti coinvolti, attraverso direttive²¹ idonee a dar vita a vere e proprie «politiche di gruppo».

²⁰ L'espressione «direzione e coordinamento» è stata verosimilmente mutuata dalla disciplina in materia di gruppi creditizi (art. 61, 4o co., T.U.B.), mentre anteriormente (l. n. 95/1979) l'espressione ricorrente era appunto quella di «direzione unitaria»; non si rinvencono elementi in base ai quali ritenere che le conclusioni cui giurisprudenza e dottrina erano giunte in relazione alla prima nozione non siano applicabili anche alla seconda; ritengo tuttavia che il termine coordinamento, inserito dalla riforma, attribuisca una connotazione peculiare all'attività di direzione (v. *infra*).

²¹ Il concetto di direttiva si può rinvenire, ad esempio, nella legge Prodi bis, sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza,

L'assenza di una nozione uniforme del concetto di direzione unitaria, non aveva, comunque, impedito di individuare nell'attività effettivamente esercitata, il momento qualificante del fenomeno del gruppo; in difetto di una norma che prevedesse indici formali, infatti, l'esercizio effettivo del potere di direzione diventava l'unico strumento attraverso cui ricongiungere ad unità l'attività delle imprese di gruppo.

Il «principio di effettività» resta centrale anche nella disciplina post riforma, nella quale il legislatore concepisce l'attività di direzione e coordinamento essenzialmente come un dato di fatto, in cui ciò che rileva non è la semplice possibilità di esercitare un'influenza dominante su altre società, ma il concreto esercizio della stessa, a prescindere dalla fonte del potere in forza del quale tale attività viene esercitata²². È vero, infatti, che il legislatore ha scelto di ancorare la sussistenza effettiva di tale attività a ben definite presunzioni (art. 2497 sexies c.c.), ma è altrettanto vero che tale scelta lascia spazio, da un lato, alla possibilità di accertare l'esistenza di un rapporto di direzione e coordinamento sulla base di circostanze affatto diverse da quelle sulle quali si fondano le presunzioni previste dalla legge, non essendo stato indicato alcun presupposto formale imprescindibile; dall'altro, trattandosi di presunzioni semplici, alla possibilità di vincerle attraverso la cosiddetta «prova contraria» avente ad oggetto, non l'esistenza di una formale dichiarazione in cui si esclude la soggezione all'influenza dominante altrui, ma il fatto

laddove si fa riferimento all'abuso commesso con le «direttive impartite» dalla controllante alla controllata (art. 90); tali direttive vengono appunto considerate espressione di quel potere di direzione unitaria che caratterizza il fenomeno del gruppo di società.

²² V. TOMBARI, cit., 66.

concreto che l'attività non è effettivamente mai stata svolta. È vero che l'onere della prova è, in questo caso, di difficile adempimento, poiché ha ad oggetto la dimostrazione di comportamenti negativi (cosiddetta prova diabolica); tuttavia, è altrettanto vero che la tutela effettiva dei soci di minoranza e dei creditori della società soggetta a direzione e coordinamento (ai quali si rivolge principalmente la nuova disciplina) può essere concretamente realizzata soltanto attraverso questa inversione dell'onere della prova, trattandosi di soggetti che difficilmente, in assenza di tali presunzioni, potrebbero dimostrare la sussistenza del potere di direzione unitaria, in quanto privi di accesso diretto alle informazioni a tal fine necessarie²³.

L'art. 2497 *sexies*, è infatti estremamente chiaro, quando precisa che «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», nell'individuare nella sussistenza di un rapporto di controllo societario ai sensi dell'art. 2359 e di un obbligo di consolidamento dei bilanci ai sensi del d.lg. n. 127/1991 o di ogni altra norma speciale, con la conseguenza che l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento si presume, tanto in presenza di elementi univoci, quali la titolarità di partecipazioni azionarie che conferiscono alla controllante la maggioranza assoluta dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria della controllata (cosiddetto controllo interno di diritto ex art. 2359, 1o co., n. 1) e l'obbligo di redazione del bilancio consolidato, in ordine ai quali non si pongono particolari problemi di indagine, trattandosi di situazioni di

²³ V. anche *infra*.

immediato riscontro (sussistenza di partecipazioni maggioritarie in capo alla holding, effettiva redazione del bilancio consolidato); quanto in presenza di altre situazioni, che devono, però, a loro volta, essere oggetto di prova. Si pensi, a quest'ultimo proposito, alla fattispecie del controllo interno di fatto (art. 2359, 1o co., n. 2), in cui la sussistenza del rapporto di controllo si basa, non sull'effettiva disponibilità della maggioranza dei diritti di voto esercitabili nell'assemblea ordinaria della controllata, ma sulla disponibilità da parte della controllante di voti semplicemente sufficienti in concreto ad esercitare «un'influenza dominante» in tale assemblea: come potrebbe accadere, ad esempio, laddove il frazionamento azionario del capitale sociale o l'assenteismo dei soci alle adunanze assembleari fossero tali da attribuire a chi non possiede una partecipazione realmente maggioritaria di influenzare, comunque, le decisioni dell'organo deliberante della società partecipata. Oppure, alla fattispecie del controllo contrattuale (art. 2359, 1o co., n. 3), in cui l'influenza dominante è conseguenza di particolari vincoli negoziali tra la società madre e la società figlia, idonei a consentire alla prima, pur in assenza di partecipazioni al capitale della seconda, di controllarne l'attività e, conseguentemente, di influenzarne la gestione: come potrebbe accadere, ad esempio nel caso in cui la società dominata avesse come unico o principale acquirente la società dominante che, attraverso il contratto, potrebbe, di fatto, decidere della sopravvivenza o meno, della controllata.

E' evidente però che, mentre in presenza di circostanze che impongono la redazione del bilancio consolidato, o in presenza di rapporti di controllo fondati sul possesso di partecipazioni

azionarie di maggioranza²⁴, la presunzione appare retta da situazioni oggettivamente riscontrabili e dunque di facile rilevazione, negli altri casi, invece, può configurarsi quella che è stata definita una «presunzione nella presunzione»²⁵, in cui cioè l'attività di direzione e coordinamento appare legata a presupposti di non immediato riscontro e per il cui accertamento si deve spesso ricorrere ad ulteriori presunzioni, con un evidente rischio di incertezza applicativa che pone gravi interrogativi sull'utilità effettiva del criterio identificativo scelto dal legislatore. La ricerca di elementi che confermino l'esercizio della direzione unitaria può in questi casi dimostrarsi molto complessa, con evidente pregiudizio per il principio di «certezza del diritto» e con notevoli difficoltà per l'interprete in termini di individuazione della disciplina applicabile: si rende, infatti, necessario, dapprima, accertare la sussistenza degli elementi idonei a desumere l'esercizio di un'influenza dominante ai sensi dell'art. 2359 nn. 2 e 3 e successivamente, attraverso una sorta di presunzione di secondo grado, dedurre da tale situazione la prova dell'esercizio del potere di direzione e coordinamento da parte dell'ente controllante.

Sempre a questo proposito, preme rilevare, infine, che l'art. 2497 sexies, non fa alcuna precisazione in ordine al tipo di controllo che può fondare la citata presunzione, di conseguenza, tutte le ipotesi di cui all'art. 2359 c.c. appaiono astrattamente idonee a

²⁴ L'area del controllo (si intende soprattutto il controllo di diritto) e quella del consolidamento (secondo la disciplina nazionale) si reputano non coincidenti, in quanto nella seconda vengono fatte rientrare solo le controllate che svolgono un'attività omogenea rispetto a quella del gruppo, con esclusione di tutte le società controllate la cui attività non consentirebbe una rappresentazione patrimoniale o finanziaria della realtà del gruppo rispondente a criteri di verità, chiarezza e precisione.

²⁵ Così, NIUTTA, *La novella del codice civile in materia societaria: luci ed ombre della nuova disciplina sui gruppi di società*, in *Rivista di diritto commerciale*, 5-8, I, 2003, 385.

consentire di desumere sulla base della prova di un'influenza dominante (di qualunque natura essa sia) l'esercizio del potere di direzione e coordinamento ed ogni interpretazione limitativa del richiamo costituirebbe un'arbitraria riduzione dell'efficacia della norma, non supportata, peraltro, da alcun elemento testuale²⁶.

Per concludere si ricorda che al fine di definire ulteriormente il concetto di direzione unitaria, il legislatore ha scelto di far riferimento anche al termine «coordinamento», opzione, evidentemente mutuata dalle discipline di settore in materia bancaria e finanziaria, ma da alcuni²⁷ considerata priva di effettiva utilità, in quanto il coordinamento è ritenuto una mera manifestazione della direzione unitaria, che quindi non costituisce una diversa attività, dotata di proprie connotazioni. Ritengo, però, che all'espressione coordinamento debba essere attribuita una valenza particolare, legata a quella che appare l'essenza stessa del gruppo di società: la scomposizione di un'unica impresa in una pluralità di centri di imputazione autonomi, ciascuno dei quali rimane titolare di un proprio e differente interesse che dovrà necessariamente essere «coordinato» con gli altri, in vista del perseguimento di obiettivi unitari.

Se tale orientamento è corretto, l'attività di direzione unitaria che compete alla capogruppo viene conseguentemente a colorarsi di un'ulteriore e necessaria funzione: quella di

²⁶ In tal senso, 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 *Giurisprudenza commerciale*, 2004, I, 985.

²⁷ In tal senso, SCOGNAMIGLIO, *Poteri e doveri degli amministratori nei gruppi di società dopo la riforma del 2003*, in *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, Milano, 2003, nt. 6, 193; SALAFIA, *La responsabilità della holding nei confronti dei soci di minoranza delle controllate*, in *Le società*, 2003, 2 bis, 391.

bilanciamento dei diversi interessi di cui sono portatori i soggetti conglomerati, al fine di sostenere una politica di gruppo in cui si deve tendere ad evitare situazioni di pregiudizio degli interessi di alcuni a vantaggio di altri. Ed è proprio in considerazione di questo bilanciamento di interessi, cui dovrebbe orientarsi la politica di gruppo, che il legislatore ha dato espresso riconoscimento, nell'ambito dell'attività di direzione e coordinamento di società, al principio dei cosiddetti vantaggi compensativi, secondo il quale, nel valutare la responsabilità dell'ente che esercita tale attività, si deve necessariamente tener conto dei risultati complessivi che discendono, per ciascuna entità del gruppo, dall'appartenenza allo stesso.

3. Il controllo quale fonte del potere di direzione e coordinamento.

La nostra esperienza giuridica ha, sino ad ora, dimostrato che lo strumento più comune attraverso cui una società perviene ad esercitare il potere di direzione e coordinamento, è l'assunzione di partecipazioni di controllo, di diritto o di fatto, sul capitale di una o più entità giuridicamente autonome, costituite anch'esse in forma societaria: attraverso la partecipazione, infatti, la controllante acquista, con il voto, il potere di concorrere di diritto, alla gestione della partecipata, sino addirittura a farne "cosa propria" nel caso di partecipazioni totalitarie²⁸.

Ma il controllo, secondo quanto previsto dal codice civile, può atteggiarsi, non soltanto, come controllo azionario, in cui,

²⁸ In tal senso V. VISENTINI, *Assunzione di partecipazioni: direzione e coordinamento di società*, in www.archivioceradi.luiss.it, 1 e ss.

come già sottolineato, la società controllante dispone direttamente o indirettamente della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria (c.d. controllo di diritto) ovvero dei voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'organo deliberante (c.d. controllo di fatto); ma anche come controllo contrattuale, in cui l'influenza dominante di una società su un'altra deriva da particolari vincoli negoziali, attraverso i quali si instaura una situazione di dipendenza economica tale per cui la prima è in grado di condizionare l'esistenza e la sopravvivenza della seconda. Proprio per questa attitudine a costituire posizioni di potere idonee ad estrinsecarsi su una pluralità di soggetti giuridicamente autonomi, già prima della riforma del diritto societario, si riteneva che il controllo fosse il presupposto fondamentale non soltanto per l'esercizio del potere di direzione unitaria sulle società controllate ma, in ultima analisi, per la costituzione dei gruppi di società.

Appunto in quanto "tecnica" di formazione del gruppo, in questa sede, ci si propone di esaminare il fenomeno del controllo, consapevoli di non poterne tracciare un'analisi approfondita che implicherebbe, tra l'altro, la necessità di prendere in considerazione, non soltanto, il concetto di controllo contenuto nel codice civile, ma tutta quella proliferazione di nozioni - spesso utilizzate con riguardo a fattispecie fra loro molto diverse (il controllo nella disciplina dell'editoria; in quella antitrust, nella normativa bancaria...) - la cui analisi non sarebbe, tuttavia, funzionale allo scopo di individuare le possibili fonti del potere di direzione e coordinamento e, finalmente, le modalità di costituzione dei gruppi societari, trattandosi di definizioni il legislatore italiano ha spesso maldestramente ricorso per arrivare sostanzialmente, nelle varie leggi speciali, a colpire i gruppi, ma

che non riescono a placare la smania definitoria in una nozione unitaria, in considerazione del fatto che la diversa intensità del dominio all'interno dei gruppi esige, nel rispetto delle leggi speciali, che il concetto di controllo sia modellato in modo diverso di volta in volta²⁹.

Limitando, quindi, l'esame alle fattispecie previste dall'art. 2359 c.c., preme, in primo luogo, evidenziare come, al di là delle inevitabili connessioni, controllo societario e gruppo debbano restare fenomeni concettualmente distinti, potendo verificarsi situazioni di controllo che non danno luogo a rapporti di gruppo, laddove, ad esempio, manchi quell'unità di direzione economica che costituisce uno dei tratti caratterizzanti il fenomeno aggregativo e, viceversa, casi di gruppi che non derivano da relazioni di controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c., come nell'ipotesi di unioni a formazione contrattuale, oggi esplicitamente previste dall'art. 2497, septies, c.c..

La relazione che, più correttamente, ritengo possa instaurarsi fra i due concetti è quindi quella di "mezzo a fine", considerando che il controllo, cioè la posizione di potere che una società acquisisce su altre organizzazioni, costituisce il "momento strumentale", mentre il gruppo, cioè il rapporto che si istituisce fra tali organizzazioni, costituisce il "momento finale".

Entrambe le espressioni, dunque, consentono, in chiave giuridica, di contribuire a quell'idea di "pluralità nell'unitarietà", che si riscontra nella realtà socio economica; ma, mentre il controllo deve essere inteso come "lo strumento" potenzialmente idoneo a consentire ad un soggetto, giuridicamente autonomo, di coordinare

²⁹ Così, Rossi, cit. 23.

ed unificare l'azione economica di altri soggetti anch'essi giuridicamente indipendenti, il gruppo, deve essere percepito come "il collegamento" - funzionale all'unità dell'azione e dell'interesse che all'azione presiede - di quella molteplicità di organismi che, al suo interno, restano, comunque, distinti soggetti di diritto.

Il controllo, quindi, in quanto fonte del potere di direzione unitaria che costituisce l'essenza del fenomeno aggregativo dei gruppi di società, rileva sotto l'assetto potenziale, cioè come mera possibilità di esercitare l'influenza dominante su una o più società; mentre il gruppo è l'effetto dell'impiego di tale influenza, attraverso l'esercizio concreto dell'attività di direzione e coordinamento di società³⁰.

È evidente, di conseguenza, che a seconda del tipo di relazione che si instaurerà mediante il controllo - più diretta e intensa, nel caso di vincolo determinato da partecipazioni azionarie di diritto o di fatto, meno immediata, nel caso di accordi negoziali - anche il gruppo, inteso come l'insieme dei soggetti unificati dal "collante" del controllo, avrà diversa estensione e coesione, in relazione alla quantità e alla qualità di influenza dominante che la forma di controllo utilizzata sarà in grado di produrre. Non esiste, infatti, un'unica tipologia di direzione unitaria, potendo questa configurarsi come attività di mera consultazione degli organi gestori delle entità aggregate, oppure come perseguimento di generali programmi fondati su vere e proprie direttive di gruppo o, nelle ipotesi di maggiore accentramento, nell'assunzione da parte

³⁰ In tal senso, v. ZOPPINI, TOMBARI, cit., 2004, 3, 1105.

dei membri degli organi gestori della controllante del ruolo di amministratori di fatto della controllata³¹.

Si potrebbe anzi affermare che sia proprio la direzione unitaria, quale concreta manifestazione del dominio di una società sull'altra e, soprattutto, quale connotazione tipica del gruppo, l'anello di congiunzione tra i due distinti concetti di controllo e di gruppo: l'uno quale possibile fonte della direzione unitaria, che può comunque presentarsi, al di là del controllo, anche in forma di influenza extra assembleare, di coordinamento amministrativo e finanziario, di controllo di gestione interno o di attività di *governance*; l'altro quale "luogo" nel quale la direzione unitaria trova la sua concreta esplicazione, secondo una concezione gerarchica ed autoritaria, non meramente formale ed astratta, ma fattuale e tangibile.

È evidente, pertanto, che il controllo spesso rappresentato come parametro necessario, ma, soprattutto, sufficiente per individuare l'esistenza di un gruppo, tanto da fungere, anche in passato, da elemento più o meno forte di presunzione in tal senso, può costituire una concreta occasione genetica del gruppo, solo ed esclusivamente laddove funga, ancor prima, da fonte di quell'effettivo potere di direzione e coordinamento che del gruppo costituisce la prerogativa essenziale.

Ed è proprio l'effettività a distinguere l'influenza dominante, intesa quale sinonimo del controllo, dalla direzione unitaria, quale connotato tipico del gruppo, non soltanto in termini astrattamente definitivi, ma anche in funzione degli scopi che il legislatore ha inteso perseguire con l'introduzione della disciplina

³¹ V. PAVONE LA ROSA, cit., 773.

di cui agli articoli 2497 e seguenti del codice civile. Mentre la normativa in materia di controllo, infatti, continua a muoversi lungo la linea propria della disciplina delle situazioni di pericolo, nelle quali la sussistenza di determinate condizioni, anche astrattamente intese, determina semplicemente l'operatività di tale disciplina, le nuove norme in materia di attività di direzione e coordinamento pongono l'enfasi sull'effettività dell'esercizio di tale potere, quale elemento caratterizzante una disciplina non più di mero pericolo, ma di danno, in cui proprio l'effettività della direzione unitaria costituisce la condizione essenziale della risarcibilità del danno arrecato dalla capogruppo ai soci e ai creditori delle società dominate.

In quest'ottica, dunque, il controllo, come potenziale influenza dominante, diventa situazione che determina l'esistenza di un gruppo, soltanto nel momento in cui si verifica il passaggio dalla potenzialità all'effettività del dominio.

È logico ritenere, inoltre, che la legittimazione all'esercizio dei poteri sanzionatori di cui all'art. 2497 c.c., possa essere giustificata solo in presenza di un esercizio concreto del potere di direzione unitaria, in contrasto con i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale e non dalla mera sussistenza astratta di relazioni di controllo dalle quali, tutt'al più, si potrà presumere l'esercizio del potere di direzione unitaria, in un'ottica di tutela dei soci di minoranza e dei creditori delle società dominate che, ben difficilmente, potranno essere in concreto così ben informati sui fatti aziendali, da poter ricavare e disporre di elementi di prova circa l'effettiva soggezione della società cui partecipano o di cui sono creditori, all'altrui direzione e coordinamento.

Ciò che si può desumere dalle nuove norme in tema di relazione tra gruppo, da un lato, e controllo, dall'altro, è dunque la sussistenza di un legame stabile tra direzione e controllo, tale per cui in presenza di quest'ultimo si può stabilmente presumere l'esercizio del potere di direzione e coordinamento (art. 2497 sexies, c.c.); ma l'esistenza del controllo, *sic et simpliciter*, non produce certezze assolute dell'esistenza di un gruppo di società, essendo necessaria la prova dell'effettivo esercizio del potere di direzione unitaria ed essendo ammessa la prova contraria del mancato esercizio della stessa, pur in presenza di una relazione di controllo; in conclusione la sussistenza di un rapporto di gruppo può essere affermata soltanto in funzione dell'effettivo esercizio del potere di direzione e coordinamento, sia che quest'ultimo nasca da un legame di controllo, sia che trovi la sua fonte in un vincolo negoziale (art. 2497 septies, c.c.).

4. La direzione e il coordinamento da contratto.

L'introduzione delle presunzioni di cui all'art. 2497 sexies c.c., secondo il quale *"ai fini di quanto previsto nel presente capo, si presume salvo prova contraria che l'attività di direzione e coordinamento di società sia esercitata dalla società o ente tenuto al consolidamento dei loro bilanci o che comunque le controlla ai sensi dell'art. 2359 c.c."* non implica che il legislatore abbia escluso la sussistenza dell'attività di direzione e coordinamento anche in presenza di situazioni completamente diverse da quelle richiamate da tale norma³².

³² Non ci si può nascondere, tuttavia, che per quanto quest'affermazione corrisponda perfettamente al dato normativo, nella realtà dei fatti spesso accade che il fondamento ultimo della supremazia della dominante sulle dominate sia proprio la sussistenza di una situazione di controllo e ancor di più di controllo azionario: è vero, infatti, che la direzione unitaria si configura come potere di fatto, esercitato per

E' vero, infatti, che la partecipazione di controllo attraverso gli atti che ne sono espressione (ad esempio la dominazione dell'assemblea ordinaria) rende piu' semplice, in molti casi, dimostrare l'esercizio del potere di direzione unitaria in seno alla capogruppo, ma e' altrettanto vero che essa non ne esaurisce le molteplici manifestazioni: l'attivita` di direzione e coordinamento, infatti, rappresenta, come gia` affermato, un qualcosa di piu` e di diverso rispetto al mero controllo.

Ad ulteriore dimostrazione di queste considerazioni non puo` che citarsi il dettato dell'art. 2497 septies c.c. il quale, frutto di un'evoluzione intervenuta successivamente alla riforma del 2003³³, rappresenta la piu` tipica applicazione della scelta del legislatore nel senso della netta distinzione tra il concetto di gruppo e quello di controllo societario; tale articolo prevede infatti che, anche a prescindere da un qualsiasi sostrato di controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c., il fenomeno della direzione e del coordinamento di societa` possa egualmente sussistere, trovando fondamento in un contratto fra le societa` medesime o in clausole contenute nei loro statuti. Cio` significa che, anche in assenza di situazioni di controllo riconducibili alle ipotesi sopra citate, ovvero anche quando manchi un obbligo di consolidamento dei bilanci, possono, comunque, individuarsi forme di «eterodirezione» altrettanto rilevanti, che non sono piu` solo «situazioni di fatto», la cui sussistenza e` rimessa ad indici esteriori di non sempre immediata rilevazione,

esempio attraverso direttive impartite all'organo amministrativo delle societa` controllate, ma e` innegabile che l'origine di detto potere si possa rinvenire, in primo luogo, nel diritto reale sulle azioni che compete alla controllante ed in forza del quale essa si trova nella condizione di influire in modo «persuasivo» sulle dominate; si puo` dunque affermare che esiste un legame riscontrabile con una certa frequenza o addirittura regolarita` tra direzione e controllo; in tal senso, GALGANO, cit. e NIUTTA, cit., 1005.

³³ Articolo inserito dall'art. 5.1, lett. *bbb*, d.lg. 6-2-2004, n. 37.

ma che diventano l'oggetto di veri e propri contratti o di clausole statutarie. Anche in questi casi, tuttavia, dovrà trovare applicazione il su ricordato principio di effettività, il quale, come già accennato, richiede, comunque, ai fini dell'applicazione degli artt. 2497 ss. c.c., il concreto esercizio dell'attività di direzione unitaria, non essendo sufficiente una previsione negoziale che rimanga lettera morta ³⁴.

Il dettato dell'art. 2497 septies, con tutta evidenza, amplia, quindi, l'ambito applicativo della disciplina sui gruppi di società che si estenderà anche a quelle ipotesi in cui il potere di direzione non è accompagnato da rapporti di controllo.

Va osservato, inoltre, per inciso, che il legislatore, collocando le disposizioni dell'art. 2497 septies in posizione del tutto autonoma rispetto alle presunzioni contenute nell'art. 2497 sexies, ha implicitamente confermato l'esistenza di una differenza sostanziale tra la fattispecie di direzione e coordinamento derivante da contratto e quella del cosiddetto controllo contrattuale di cui all'art. 2359, primo comma, n. 3, nel quale si prevede: «*sono considerate società controllate (...) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa*». La distinzione, a fronte di elementi letterali in realtà del tutto simili, va individuata nel fatto che, mentre il controllo contrattuale si basa sull'esistenza di particolari rapporti negoziali che vincolano un'impresa ad un'altra ponendola sotto l'influenza dominante di quest'ultima, in virtù di un effetto meramente

³⁴ L'art. 2497 septies, infatti, affermando che le disposizioni del Capo IX si applicano altresì alla società o all'ente che esercita attività di direzione e coordinamento di società sulla base di un contratto con le società medesime o di clausole dei loro statuti, identifica ancora una volta nell'esercizio effettivo di tale attività e non nell'astratta previsione contrattuale di essa, il presupposto per l'applicazione della disciplina di cui agli artt. 2497 ss. c.c.

indiretto del contratto stipulato, nel coordinamento fra società ex art. 2497 septies, invece, l'esercizio dell'attività di direzione unitaria diventa oggetto principale dello stesso. Da un lato abbiamo quindi contratti di natura commerciale (agenzia, commissione, concessione, somministrazione in esclusiva, ecc.) in grado di porre la controllata in una situazione di soggezione rispetto alla controllante, tale per cui il venir meno del rapporto negoziale potrebbe comportare l'impossibilità per quest'ultima di continuare un'attività d'impresa che appare legata a doppio filo al «volere» della controllante; dall'altro, abbiamo, invece, contratti in cui l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento appare l'oggetto essenziale dell'accordo tra le società coinvolte.

Alla luce di queste considerazioni viene anche spontaneo domandarsi se, attraverso questa disposizione, il legislatore abbia voluto legittimare l'ingresso nel nostro ordinamento dei cc.dd. contratti di dominazione (*Beherrschungsvertrag*), previsti dal diritto tedesco, ma sino a questo momento avversati nel nostro ordinamento, in quanto considerati in contrasto con i principi generali del diritto societario, oppure abbia voluto legittimare le dichiarazioni (cosiddette dichiarazioni di gruppo, proposte dal Forum Europaeum sul diritto dei gruppi) rese dalla controllante nei confronti della controllata con cui la capogruppo acquisisce il diritto di impartire alle società dominate direttive vincolanti, anche se pregiudizievoli per queste ultime³⁵.

È opportuno rilevare che presupposto di detti accordi nel sistema tedesco, è il fatto che le decisioni riguardanti le dominate si considerano assunte dagli amministratori della dominante, anche

³⁵ V. EMMERICH - SONNENSCHNEIN - HABERSACK, *Konzernrecht*, 7, Munchen, 2001, 157.

se materialmente eseguite dagli amministratori delle prime, con la conseguenza che questi ultimi, essendo vincolati dalle direttive impartite dalla capogruppo, andranno esenti da responsabilita`, mentre gli amministratori della dominante potranno essere chiamati a rispondere dei danni cagionati alla societa` figlia, sia mediante azione diretta da parte di quest'ultima, sia mediante azioni di responsabilita` esperite dai creditori sociali o, in via surrogatoria, dagli azionisti della stessa.

Si deve tuttavia tenere presente che, come rilevato dalla prevalente dottrina italiana³⁶ che, anche a seguito dell'introduzione nel codice civile dell'art. 2497 septies, non puo` che escludersi la compatibilita` ai principi generali del diritto societario italiano di tutti quei contratti (di dominazione) nei quali gli amministratori della societa` soggetta sarebbero in ogni caso tenuti ad adempiere alle disposizioni vincolanti impartite dalla dominante; incompatibilita` che verrebbe, infatti, ribadita dalla sussistenza nel nostro ordinamento giuridico del principio della responsabilita` esclusiva degli amministratori nella gestione della singola societa` cui sono preposti, principio che non ammette deroghe e che dunque si pone in contrasto con la previsione di una qualsiasi forma di eterodirezione vincolante.

Un conto e` infatti, consentire l'adesione di piu` societa` ad un gruppo mediante convenzioni rivolte a realizzare la direzione unitaria, per la tutela di comuni interessi economici, mediante attivita` coordinate ed interdipendenti, informate ad unita` di indirizzo, o mediante quella che viene definita «unione personale »

³⁶ V. RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Le società*, 5, 2004, 540; GALGANO, *Il regolamento di gruppo nei gruppi bancari*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2005, 1, I, 91.

che si realizza attraverso l'identità dei dirigenti o dei titolari delle azioni della società; un conto è invece dare rilevanza a dei contratti (o a clausole statutarie) attraverso i quali gli amministratori di una società sarebbero in ogni caso tenuti ad adempiere alle disposizioni impartite dalla capogruppo, fino ad escludere ogni autonomia di valutazione e di scelta ed in cui le decisioni relative all'esercizio dell'attività d'impresa e al governo della società verrebbero, di fatto, trasferite in capo ad individui che non sono stati effettivamente preposti all'ufficio di amministrazione della società stessa. È evidente, infatti, che in quest'ultimo caso, ci troveremmo di fronte ad accordi che consentirebbero una vera e propria "alienazione del governo della società"³⁷, in cui gli organi preposti a ciascuna dominata potrebbero venir meno al loro primario dovere, quello di perseguire l'interesse della società amministrata, al fine di realizzare quello superiore del gruppo di cui la società medesima si trova a far parte, con conseguente sovvertimento dei principi del diritto societario in generale e di quelli che regolano la responsabilità degli amministratori in particolare³⁸.

Allo stato, dunque, non è consentito agli amministratori di abdicare alla sovranità che loro compete in materia gestoria³⁹,

³⁷ Conia questa efficace espressione SPADA, *L'alienazione del governo della s.p.a.*, in *I gruppi di società*, Atti del convegno internazionale di studi, cit., 2174.

³⁸ Secondo Cass., 24-8-2004, n. 16707, in *Foro italiano*, 2005, I, 1844, e' evidente «la centralità che nell'operato dell'amministratore assume il profilo della fedeltà all'interesse della società da lui amministrata. E' suo dovere primario di perseguire tale interesse, sicché ogni sua azione o omissione che sia invece diretta a realizzare un interesse diverso, ed in contrasto con quello, si configura immancabilmente come violazione del dovere di fedeltà immanente alla carica: potenzialmente generatore di responsabilità civile, anche indipendentemente dal vizio che ne possa derivare per la deliberazione consiliare e dal regime della relativa impugnabilità ex art. 2391 c.c.».

³⁹ Sovranità, oggi, ancor più accentuata dalla previsione di cui all'art. 2380 bis, c.c., secondo cui "La gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori, i quali

sottraendosi alle loro responsabilità, in quanto tale abdicazione avrebbe quale conseguenza quella di permettere l'inammissibile svolgimento della gestione della società al di fuori delle regole e delle garanzie dello "statuto" giuridico dell'organo amministrativo, il quale è volto sia a tutelare la società dal compimento di atti non coerenti con l'oggetto sociale, sia ad assoggettare l'esercizio del potere gestorio alla regola della diligenza, sanzionando con la responsabilità personale, eventuali comportamenti difformi, sia a conservare integro ed effettivo il rapporto fiduciario fra gli stessi amministratori e coloro che concretamente sopportano il rischio d'impresa, escludendo che terzi possano interferire in tale relazione, attraverso l'imposizione di direttive eventualmente non conformi agli interessi della società amministrata. L'interposizione della capogruppo tra gli organi amministrativi delle dominate e i soci delle stesse, nei casi di "gruppo contrattuale", comporterebbe, di fatto, la privazione, da un lato, del diritto dei soci di interloquire direttamente con chi in concreto esercita il potere gestorio, dall'altro, del diritto di scelta effettiva di tale organo, le cui funzioni verrebbero in realtà esercitate sotto la direzione cogente di un soggetto terzo.

Inoltre, nel nostro sistema il contratto di dominazione non potrebbe neppure essere reso opponibile ai terzi, i quali in presenza di situazioni in cui gli amministratori venissero meno ai loro doveri, perseguendo strategie di gruppo incompatibili con gli interessi della società amministrata, potrebbero agire nei confronti di questi ultimi ai sensi degli artt. 2394 e 2395 c.c.; Tale regime di responsabilità, infatti, legittimerebbe gli amministratori a venir

compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale", con esclusione, quindi di qualunque potere gestorio in capo all'assemblea dei soci.

meno alle direttive loro impartite dalla capogruppo per sottrarsi alle azioni di cui sopra e sarebbe, conseguentemente, incompatibile con la subordinazione nascente da contratti la cui caratteristica principale è proprio quella della vincolatività delle direttive che ne costituiscono l'oggetto⁴⁰.

Tutt'oggi, non possono quindi che essere considerate illegittime tutte le decisioni dell'organo amministrativo della società che, per effetto di contratti *ad hoc*, prevedano di alienare ad altri il governo della società medesima; nonché tutte le clausole statutarie con cui si consentisse un'analogo alienazione: in quest'ultimo caso, in particolare, la presenza di tali clausole, causalmente incompatibili con i principi generali del diritto societario vivente, determinerebbe, addirittura, l'impossibilità di qualificare in termini di società la formazione associativa costituenda.

In conclusione, si può, quindi, ritenere che, attraverso la previsione di cui all'art. 2497 septies, c.c., il legislatore ha più semplicemente voluto estendere la disciplina dell'attività di direzione e coordinamento ai «gruppi orizzontali» nei quali, pur mancando una forma di controllo basata sul possesso azionario (controllo interno di diritto o di fatto) o desumibile quale effetto indiretto di accordi contrattuali il cui venir meno potrebbe compromettere la continuazione dell'attività d'impresa (controllo contrattuale ex art. 2359, 1o co., n. 3), si può riscontrare ugualmente quell'unità di indirizzo e di principi direttivi che è tipica espressione dell'attività di direzione e coordinamento e a cui

⁴⁰ In tal senso, GALGANO, cit., 91 ss.

le società coinvolte si assoggettano volontariamente mediante vincoli negoziali a ciò specificamente volti.

Tale conclusione pare confermata anche dalla finalità che la disciplina del Capo IX (e in particolare l'art. 2497), si propone, e cioè quella di fornire tutela ai creditori e ai soci delle società soggette a disciplina e coordinamento; appare evidente, infatti, che tale esigenza sussiste, sia nell'ambito di un gruppo gerarchico basato sul controllo, sia nell'ambito di un gruppo paritetico (o orizzontale), dove, pur in assenza di rapporti di controllo, di fatto, creditori sociali ed azionisti di minoranza rimangono estranei al coordinamento, che viene esercitato esclusivamente dagli organi amministrativi delle società coinvolte.

In merito, poi, all'opinione di chi ritiene che il campo di applicazione dell'art. 2497 septies, c.c., non si esaurisca nella sola area dei gruppi orizzontali, facendo rientrare nello stesso anche i contratti di finanziamento infragruppo, in cui l'esercizio del potere di direzione e coordinamento di una parte (la capogruppo) nei riguardi delle altre si esprime, ad esempio, attraverso la predisposizione di una pianificazione finanziaria per l'intero gruppo⁴¹ (si pensi, ad esempio, a quei contratti con cui la dominante si impegna a conservare l'equilibrio finanziario delle dominate, mediante la dotazione di risorse finanziarie adeguate alle necessità e alla tipologia dell'attività d'impresa svolta dal gruppo, al fine di garantirne una stabilità patrimoniale e finanziaria sostenibile nel tempo), ritengo, che tale estensione non sia pienamente condivisibile in quanto, anche in tale ipotesi, la società soggetta all'altrui dominio sarebbe comunque obbligata,

⁴¹ In tal senso NIUTTA, *Sulla presunzione di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento*, cit., 999.

contrattualmente, ad accettare una pianificazione finanziaria della propria attività che si sposterebbe dalla competenza del proprio organo amministrativo a quella di altri soggetti, con evidente alienazione delle funzioni gestorie appartenenti al medesimo organo, a favore di un ente che si colloca, di fatto, al di fuori dell'organizzazione sociale e con conseguente sovvertimento dei principi del diritto societario in generale e di quelli che regolano la responsabilità degli amministratori in particolare, i quali, anche in questo caso, si troverebbero a dover dare attuazione a direttive cogenti non sempre in linea con l'interesse della società amministrata.

Ciò posto, preme ulteriormente osservare, come la legittimazione, nel nostro ordinamento giuridico, dell'istituto della direzione unitaria contrattuale, abbia quale rilevante effetto quello di consentire la costituzione di gruppi nei quali è possibile regolamentare *ex ante*, in modo diretto ed esplicito, gli aspetti più importanti della funzione di direzione unitaria e le relazioni tra i soggetti partecipanti; in particolare, attraverso il contratto sarà, ad esempio, ipotizzabile individuare con assoluta chiarezza e precisione: il contenuto dell'attività di direzione e coordinamento, le modalità di esercizio della stessa, gli organi investiti di tale potere, i doveri imposti alle società dominate, le regole di controllo e gli adeguamenti necessari (o comunque ritenuti opportuni) in virtù della partecipazione all'aggregazione di gruppo⁴², quando non addirittura le eventuali reintegrazioni o restituzioni dovute alle singole società a fronte dei sacrifici che l'azione coordinata di

⁴² Secondo MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Rivista delle società*, 52, 2007, 332, il contratto potrebbe atteggiarsi come contratto quadro di prestazione di servizi connessi e/o strumentali all'attività di direzione e coordinamento, che saranno poi negoziati e conclusi separatamente.

gruppo eventualmente determini. Ciò consentirà, evidentemente, di conseguire maggiore trasparenza, non soltanto in ordine all'esistenza del gruppo e alla partecipazione allo stesso - già, in parte, ottenibile con l'adempimento degli obblighi di pubblicità previsti dall'art. 2497 bis c.c. - ma, soprattutto, in ordine alle c.d. regole di *governance* del gruppo, così da rendere meglio conoscibili sia i "ruoli" giocati da ciascun partecipante al gruppo nell'esercizio concreto del potere di direzione e coordinamento, all'interno di una struttura gestionale che può essere più o meno decentrata⁴³, sia le funzioni effettivamente attribuite a ciascun soggetto all'interno del gruppo, (in materia finanziaria, produttiva, commerciale fiscale, di assistenza contabile ...), in un'ottica di diversificazione ed ottimizzazione dell'esercizio del potere di direzione e coordinamento.

È evidente, dunque, che, mentre nel caso di gruppo basato su un rapporto di controllo c.d. organico (interno o esterno che sia), il potere di direzione e coordinamento sarà una conseguenza di tale relazione e le modalità di esercizio dello stesso saranno implicitamente determinate, di fatto, dal tipo e dal grado di influenza che la controllante esercita sulla controllata; nel caso di gruppo c.d. contrattuale, invece, l'oggetto del negozio sarà specificamente quello di costituire l'aggregazione, disciplinandone più o meno liberamente le modalità di funzionamento ed i limiti di eterodeterminazione cui i singoli membri verranno assoggettati: l'organizzazione del gruppo non sarà, quindi, più soltanto una conseguenza eventuale del controllo, ma l'effetto necessario e

⁴³ Si pensi, ad esempio, alle ipotesi di separazione tra direzione e controllo, ove l'esercizio del potere di direzione unitaria viene volontariamente attribuito ad una società del gruppo, diversa dalla *holding*.

voluto di un contratto, la cui causa deve essere individuata specificamente nella realizzazione dell'unitarietà economica di più soggetti mediante la creazione di una struttura in cui le società o gli enti aggregati conservano distinta soggettività giuridica.

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

Una volta accertata la possibilità che l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento di società possa sussistere anche a prescindere dai presupposti di cui all'art. 2497 sexies, non resta che valutare se, all'opposto, possa verificarsi il caso in cui detto esercizio debba essere escluso da parte di chi invece versa in una delle situazioni di cui al citato articolo.

Secondo il dato letterale, la presunzione potrebbe essere vinta mediante prova contraria, con la conseguenza che, in presenza di relazioni di controllo ex art. 2359 c.c. o di obblighi di consolidamento dei bilanci, ma non in caso di direzione e coordinamento contrattuale, la società che si trova in posizione apicale dovrebbe riuscire a fornire la prova negativa dell'assenza di un potere di direzione e coordinamento nei confronti delle società controllate.

Al di là delle difficoltà connesse alle modalità con cui concretamente si può dar prova di un «non fatto» – difficoltà che non incidono sulla *ratio legis*, ma soltanto sul risultato pratico di tale onere probatorio – si può cercare di individuare quali siano i casi in cui una tale circostanza può effettivamente verificarsi.

In attesa di riscontri giurisprudenziali, si possono avanzare alcune ipotesi: in primo luogo, la società controllante potrebbe liberarsi della presunzione di cui all'art. 2497 sexies, provando di essere anch'essa soggetta al potere di direzione e coordinamento di altra società, ente o persona fisica, di non trovarsi cioè in posizione di effettiva egemonia all'interno del gruppo perché sottoposta, a propria volta, all'autorità di altra persona fisica o giuridica; in pratica, laddove la società non occupi realmente la posizione di vertice all'interno dell'organizzazione di gruppo e sempre che sia disposta o sia in grado di darne prova, essa potrebbe affrancarsi dal ruolo di capogruppo e, conseguentemente, non essere assoggettata alla disciplina di cui agli artt. 2497 ss. c.c.⁴⁴.

In secondo luogo, la società controllante potrebbe vincere la presunzione provando di non compiere gli atti in cui normalmente si traduce l'attività di direzione e coordinamento: ad esempio, dimostrando di non impartire direttive a contenuto negoziale, organizzativo o finanziario alle proprie controllate. La carenza di direttive, pur in presenza di situazioni di controllo, può infatti essere elemento sufficiente ad escludere l'esercizio effettivo di una etero direzione rilevante ai sensi dell'art. 2497 sexies, c.c..

Anche l'impossibilità di individuare politiche comuni di gruppo (che si possono concretare in progetti finanziari o organizzativi unitari), così come l'assenza di atti che si traducano in limitazioni esterne alla libertà di iniziativa di ciascuna impresa (ad esempio, mediante vincoli contrattuali che implicano precise strategie di mercato) nell'ambito di conglomerati in cui ciascun

⁴⁴ Suggestisce questa tesi NIUTTA, *Sulla presunzione di esercizi ecc.*, cit., 993, il quale pur ritenendola astrattamente possibile, ritiene «tale evenienza realisticamente piuttosto improbabile».

soggetto rimane centro di imputazione autonomo delle proprie scelte gestionali ed in cui dunque le società non si ricongiungono ad unità né dal punto di vista giuridico, né dal punto di vista economico, sono chiari sintomi di organizzazioni che, pur essendo caratterizzate da rapporti di controllo, non danno vita a fenomeni di gruppo.

Infine, si ritiene di poter escludere la presunzione anche nel caso in cui le partecipazioni risultino e vengano iscritte in bilancio, come attivo circolante anziché come immobilizzazioni⁴⁵.

6. Eterodirezione e conflitto di interessi.

Il fatto di concepire il gruppo come fenomeno nel quale più società si trovano soggette ad un medesimo centro di direzione che ne coordina ed indirizza l'attività, pone anche il problema delle differenze che lo caratterizzano, in quanto entità aggregata, rispetto alle società isolatamente considerate.

Mentre nella società singola, ad esempio, è dovere «naturale» dell'amministratore agire nell'interesse dell'ente cui è preposto, essendo del tutto anomala e foriera di conseguenze sul piano della responsabilità e della validità ed efficacia degli atti posti in essere, l'ipotesi in cui l'indirizzo di gestione sia riferibile ad un terzo, ciò non è sempre vero, invece, nell'ambito del gruppo ove, l'eterodirezione costituisce, generalmente, un tratto caratterizzante del fenomeno. Tale circostanza comporta evidenti esigenze di rilettura di alcuni dei principi del diritto societario classico, al fine di evitare che pedissequa trasposizioni da un

⁴⁵ Così, GALGANO, *Direzione e coordinamento di società*, in *Commentario Scialoja Branca*, 193.

contesto all'altro, finiscano per condannare il gruppo all'impotenza, negando legittimazione a quelli che ne costituiscono i presupposti di fondo⁴⁶.

E` evidente, a tale proposito, che l'amministratore della società «monade» che agisce in situazione di conflitto di interessi con la società che gestisce (o in virtù di interessi diversi da quelli di tale società), rischia di esporsi ad una responsabilità che oggi, dopo la riforma dell'art. 2391 c.c., appare addirittura più ampia che non in passato: colui che gestisce la società, infatti, non può più trincerarsi dietro l'astensione, per sottrarsi al risarcimento dei danni derivanti da una delibera dannosa per la stessa ed in relazione alla quale aveva dichiarato il proprio interesse, soprattutto nel caso in cui, se fosse intervenuto senza limitarsi all'astensione, la delibera non sarebbe stata assunta. L'art. 2391, infatti, dispone che l'amministratore risponda dei danni derivati alla società dalla sua "azione od omissione", ove nel concetto di omissione, deve comprendersi non soltanto l'inosservanza del dovere di informazione, ma anche il mancato compimento di tutti gli atti che avrebbero evitato il danno alla società.

L'amministratore, quindi sarà obbligato, non soltanto a dichiarare il proprio interesse, ma anche ad esercitare il diritto di voto in modo da non arrecare danno alla società e quindi, al limite, ad esercitarlo anche contro il proprio interesse⁴⁷.

Nell'ambito di un fenomeno di gruppo, invece, la coesistenza di una pluralità di interessi, potenzialmente in conflitto,

⁴⁶ Secondo NAZZICONE, nota a Cass., sez. I, 24-8-2004, n. 16707, in *Foro italiano*, 2005, I, 1844, si può parlare di «disciplina differenziata della società inserita in un gruppo».

⁴⁷ Così, PAOLUCCI, *Il dilemma dell'amministratore gentiluomo. Alcune considerazioni ex art. 2391 c.c.*, in *Le società*, 9, 2007, 1097.

appare la normalità, trattandosi di realtà costituite da più soggetti autonomi, ognuno dei quali è legittimo portatore di esigenze proprie che possono porsi in conflitto tra loro. In concreto, quando ad agire è l'amministratore di una società appartenente ad un gruppo in posizione «dipendente», è frequente che si trovi nella situazione in cui l'interesse della controllata, cui è preposto, non coincida o addirittura contrasti, con quello della controllante (o eventualmente del gruppo) di cui lui stesso è rappresentante; in tal caso l'applicazione pedissequa dei principi che regolano l'agire dell'organo amministrativo, gli imporrebbe di perseguire sempre ed effettivamente l'interesse esclusivo della controllata sacrificando quello della controllante, mentre la sua posizione di «fiduciario» per conto della capogruppo, potrebbe indurlo a percorrere strade diverse, con conseguenti rischi in termini di responsabilità e di invalidità degli atti compiuti.

Per evitare situazioni di questo tipo, in cui l'amministratore si trova di fronte ad alternative comunque potenzialmente foriere di effetti negativi, si è portati a ritenere che le disposizioni in tema di «interessi degli amministratori»⁴⁸ debbano essere coordinate alla disciplina generale che regola l'attività di direzione e coordinamento.

⁴⁸ Disciplina che, sebbene orientata a realizzare principalmente l'obiettivo della trasparenza, attraverso l'estensione dell'obbligo di informazione degli amministratori circa ogni interesse per conto proprio o di terzi che eventualmente abbiano in una determinata operazione, resta comunque una disciplina del conflitto di interessi, in quanto volta ad evitare il prevalere dell'interesse dell'amministratore sull'interesse sociale, così MAFFEIS, *Il nuovo conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni e a responsabilità limitata*, in *Rivista di diritto privato*, 2003, 3, 517 ss.; e anche MINERVINI, *Gli interessi degli amministratori di s.p.a.*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2006, I, 153.

Ne consegue che, laddove l'interesse della dominata non coincida con quello della società dominante⁴⁹ (o del gruppo nei limiti in cui gli si attribuisca rilevanza nel nostro ordinamento), l'amministratore della società eterodiretta si troverà, di fatto, ad agire in conflitto di interessi e sarà, quindi, sempre soggetto agli obblighi di cui all'art. 2391, 1o co., c.c.

Tale circostanza si verificherà, ad esempio, quando l'amministratore della dominata sia «espressione» del gruppo di comando della *holding*, tanto se nominato con i voti determinanti di quest'ultima, quanto se «*manager* dirigente distaccato della capogruppo»⁵⁰; in entrambi i casi, infatti l'amministratore potrebbe essere influenzato nelle scelte di gestione dall'interesse di chi lo designa, interesse che, laddove rilevante e non coincidente con quello della società amministrata, dovrà essere comunicato agli altri membri del consiglio e al collegio sindacale della società medesima (ai sensi dell'art. 2391 c.c.) «precisandone la natura, i termini, l'origine e la portata».

Nella stessa condizione, potrebbe trovarsi, altresì, l'amministratore che, in quanto espressione della società che svolge l'attività di direzione e coordinamento, sia portatore di un interesse terzo rispetto a quello particolare di ciascuna società aggregata, ipoteticamente qualificabile come interesse di gruppo, anche se quest'ultima ipotesi solleva notevoli incertezze, in quanto si basa

⁴⁹ Si tende ad escludere che la disposizione di cui all'art. 2391 c.c., si debba applicare in presenza di un interesse dell'amministratore coincidente con quello della società, in tal senso ENRIQUES, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, Padova, 2005, 760; *contra*, VENTORUZZO, *Ad art. 2391 c.c., Amministratori*, a cura di Ghezzi, in *Commentario alla riforma della società*, diretto da Marchetti ed altri, Milano, 2005, 440 ss.

⁵⁰ Utilizza questa efficace espressione MINERVINI, cit., 153.

su presupposti tutt'altro che condivisi e cioè che tale interesse sia realmente esistente e che sia «altro» rispetto a quello della società amministrata, dato che, è evidente che, al di là degli accenni contenuti nella legge delega, dal punto di vista normativo, non si rinviene, nella disciplina del capo relativo all'attività di direzione e coordinamento, alcun richiamo esplicito all'interesse di gruppo in quanto tale e, dal punto di vista pratico, non appare affatto semplice individuare, in natura, un interesse che possa dirsi «diverso» da quello delle singole società aggregate e nel contempo «comune » a tutte.

All'obbligo di cui all'art. 2391, 1o co., c.c si aggiunge poi il dovere del consiglio di amministrazione di motivare adeguatamente la deliberazione, indicando le ragioni e la convenienza dell'operazione per la società . Inoltre, trattandosi di società soggetta ad attività di direzione e coordinamento, la motivazione dovrà dar conto altresì dell'influenza che da tale soggezione discende e dovrà necessariamente recare puntuale indicazione delle specifiche ragioni e degli interessi la cui valutazione ha inciso sulla decisione finale, come esplicitamente richiesto dall'art. 2497 ter c.c. ⁵¹.

E` facile immaginare che in questo contesto, l'eventualità che nel consiglio di amministrazione della società dipendente siedano rappresentanti della *holding* si verificherà abbastanza di frequente, soprattutto per soddisfare esigenze di tipo organizzativo

⁵¹ In tal senso, MINERVINI, cit., 156, il quale sottolinea altresì l'equivocità del termine «influenzate» con riferimento alle decisioni delle società di gruppo che necessitano di motivazione ai sensi dell'art. 2497 ter, in quanto, secondo l'A. non appare chiaro se l'applicazione della norma presupponga un'influenza di diritto o una mera influenza di fatto che si concretizza con la semplice presenza in consiglio di un amministratore portatore dell'interesse della capogruppo; sottolinea la difficoltà di identificare tale dato nella realtà , anche RORDORF, cit., 546.

e di coordinamento delle attività svolte, con conseguente aggravio di attività burocratica e appesantimento delle adunanze consiliari.

Più problematico appare l'adeguamento alla realtà di gruppo dell'ultima parte del 1o co. dell'art. 2391, secondo cui se l'operazione che deve essere compiuta è di competenza degli amministratori delegati, essi dovranno astenersi dal compierla, investendo della stessa l'organo collegiale; appare evidente, infatti, che se si applicasse pedissequamente questa disposizione nell'ambito del fenomeno di gruppo, in base a quanto premesso, l'istituto della delega di funzioni perderebbe ogni effettiva utilità, in quanto l'amministratore delegato si troverebbe nella condizione di dover rimettere le decisioni al consiglio, praticamente in occasione di qualunque operazione. Per uscire dall'*impasse*, si è proposto di interpretare la norma operando una limitazione dei casi nei quali sorgerebbe a carico dell'amministratore l'obbligo di astensione: l'interesse idoneo a far nascere tale obbligo, dovrebbe essere soltanto quello così rilevante (qualitativamente e quantitativamente) da poter ragionevolmente influire sulle scelte dell'amministratore sino a condizionarle in modo significativo. Con questa soluzione i casi in cui l'istituto della delega verrebbe di fatto privato di efficacia sarebbero circoscritti alle sole ipotesi in cui si superasse la cosiddetta «soglia critica di rilevanza» dell'interesse terzo rispetto a quello della società⁵²; non ci si può nascondere, tuttavia, che l'individuazione di questa soglia appare, nella realtà, tutt'altro che scontata.

Sempre procedendo nell'ambito di ipotesi interpretative che possano consentire di riconoscere significato operativo alle deleghe

⁵² V. MINERVINI, cit., 154.

amministrative all'interno dei gruppi di società, vi è chi si concentra sull'elemento dell'interesse reinterpretandolo alla luce del contesto di gruppo nel quale l'amministratore è chiamato ad agire.

In particolare, si ritiene che, laddove l'amministratore di una società persegue l'interesse di quest'ultima, tenendo conto delle sinergie e delle strategie positive del gruppo di cui la sua società fa parte, tale interesse non assumerebbe più i connotati di interesse "estraneo" (e quindi terzo rispetto a quello della società), ma quelli di un interesse sociale reinterpretato e adeguato al contesto aggregativo, con la conseguenza che, dimostrando tali circostanze, l'amministratore delegato potrebbe compiere l'operazione, senza dover investire della stessa l'organo collegiale⁵³. Secondo questa tesi, in pratica, all'interno del gruppo, l'interesse delle singole società aggregate verrebbe ad ampliarsi sino a ricomprendere in sé anche il c.d. interesse di gruppo⁵⁴, in modo tale che il perseguimento di quest'ultimo non potrebbe mai essere considerato idoneo ad imporre l'astensione dell'amministratore delegato ai sensi dell'art. 2391, 1o co. ultima parte, c.c., in quanto non "diverso" e quindi non in conflitto, con quello della società interessata.

Al di là della teoria, ritengo che l'aspetto più problematico della questione resti quello di stabilire in che modo, nella sostanza, la disciplina degli «interessi degli amministratori» nella società per

⁵³ V. TOMBARI, cit., 77

⁵⁴ L'interesse sociale della società appartenente al gruppo, in pratica, deve leggersi "in combinato disposto con quello della capogruppo e delle altre società partecipanti", non potendo essere analizzato in maniera asettica; così CIVERRA, *Conflitto di interessi di amministratori di società soggetta ad attività di direzione e coordinamento*, in *Le società*, 11, 2008, 1391.

azioni, possa essere resa compatibile con la realtà dei gruppi, per evitare che la «necessaria» violazione di principi fondamentali del diritto societario classico – resa tale dal contesto di gruppo nel quale l'organo amministrativo si trova ad agire – renda pressoché sistematica l'insorgenza di obblighi risarcitori e l'annullamento delle deliberazioni consiliari.

Probabilmente l'unica strada possibile, oltre al rispetto degli obblighi di *disclosure* preventiva di cui si è detto, consiste, anche in questo caso, nell'interpretare le disposizioni di cui all'art. 2391, 3o, 4o e 5o co., tenendo conto dei nuovi principi introdotti nel sistema in materia di gruppi e in particolare del criterio dei vantaggi compensativi, enunciato nell'art. 2497, 1o co., ultima parte, c.c.⁵⁵. Seguendo questa strada, già accolta dalla giurisprudenza precedente alla riforma⁵⁶, la valutazione del conflitto di interessi tra la singola società aggregata e il gruppo deve tener conto della realtà complessa cui la prima appartiene: nel giudicare l'agire degli amministratori, cioè, si deve dare rilevanza anche ai vantaggi che possano eventualmente derivare alla società medesima dall'appartenenza al gruppo. In sostanza, a fronte di un'indiscutibile autonomia soggettiva e patrimoniale dei soggetti sottoposti a direzione e coordinamento, la quale impone agli amministratori di perseguire prioritariamente l'interesse delle società cui sono preposti, si ritiene indispensabile, per valutare la legittimità del loro operato, tener conto non solo degli effetti immediatamente negativi che i singoli atti di gestione arrecano a tali società, ma anche dei benefici (indiretti) che possono derivare

⁵⁵ Su cui, più diffusamente, *infra*.

⁵⁶ Si segnalano, Cass., 5-12-1998, n. 12325, in *Foro italiano*, 2000, I, 2936; Cass., 11-3-1996, n. 2001, in *Foro italiano*, 1996, I, 1222; A. Milano, 30-3-2001, in *Giurisprudenza commerciale*, 2002, II, 200; A. Torino, 4-12-2000, in *Giurisprudenza italiana*, 2001, 1675.

dalla medesima operazione al gruppo complessivamente inteso e, dunque, di riflesso, a ciascuno dei suoi componenti.

In conclusione, partendo dal presupposto che la disciplina del conflitto di interessi sia finalizzata ad evitare che un amministratore venga sviato da un interesse personale o di terzi in un'operazione, giungendo a concluderla a condizioni favorevoli per sé o per colui per conto del quale è in conflitto, ma dannose per la società che amministra, è evidente che l'assenza di questo danno dovrebbe valere come esimente. In altri termini, la sussistenza di vantaggi compensativi derivanti dalla partecipazione al gruppo ed idonei ad annullare il pregiudizio arrecato alla società dall'atto compiuto dall'amministratore in conflitto di interessi, dovrebbe "neutralizzare" la dannosità della condotta gestoria, facendo così venir meno il presupposto fondamentale della responsabilità risarcitoria ex art. 2497 c.c..

Non vi è chi non veda, però, che l'esimente dei vantaggi compensativi resta un'esimente che vale ad escludere l'obbligazione di risarcimento del danno ma non la violazione in sé⁵⁷. È evidente, infatti, che l'amministratore che persegue utilità riconducibili ad un soggetto diverso da quello cui è preposto, che sia la capogruppo o il gruppo stesso, agisce indiscutibilmente in palese violazione del principio di corretta amministrazione che gli impone necessariamente di tutelare sempre e comunque l'interesse di tale società. Ciò non toglie, tuttavia, che l'assenza di danno, determinata dalla partecipazione al gruppo valutata nel medio periodo, possa portare ad escludere la rilevanza di questa condotta

⁵⁷ V. ENRIQUES, cit., 761 e anche NAZZICONE, cit., 1844, secondo cui l'amministratore è esonerato da responsabilità se il risultato complessivo dell'operazione compiuta ridonda a vantaggio della società amministrata, infatti, soltanto nell'ambito del gruppo è possibile considerare i c.d. vantaggi compensativi.

che, pur rimanendo *contra legem*, non sarà idonea a far nascere alcuna responsabilità risarcitoria in capo agli amministratori.

CAPITOLO SECONDO

“PROFILI ORGANIZZATIVI DI GRUPPO NEL CODICE CIVILE”

SOMMARIO: 1. Il “diritto di organizzazione del gruppo” voluto dalla riforma – 2. Il principio di trasparenza nei gruppi di società – 2.1 (Segue) Gli obblighi di cui all’art. 2497-bis c.c.. – 2.2. (Segue) L’obbligo di motivazione delle decisioni – 3. Altri strumenti di tutela del socio delle controllate: nuove ipotesi di recesso – 3.1. (Segue) Altre cause di recesso – 3.2 (Segue) Termini e modalità di esercizio del diritto di recesso – 4. I finanziamenti infragruppo.

1. Il “diritto di organizzazione del gruppo” voluto dalla riforma.

Si è già sottolineato che, pur a fronte di una indicazione chiara del legislatore delegante nel senso di “prevedere una disciplina del gruppo secondo principi di trasparenza, tale da assicurare che l’attività di direzione e coordinamento contemperino adeguatamente l’interesse del gruppo, delle società controllate e dei soci di minoranza di queste ultime” contenuta nell’art. 10, lett. a, della legge 3-10-2001, n. 366, il legislatore delegato ha, invece, optato per una soluzione “rinunciataria” che prende atto del gruppo in modo soltanto parziale, senza velleità definitorie o di inquadramento organico del fenomeno. Scelta, per certi aspetti condivisibile, in quanto volta ad evitare che rigidi schematismi definitivi portino ad una sostanziale e precoce inadeguatezza della disciplina codificata rispetto ad un fenomeno in continua evoluzione quale è quello dei gruppi di società, ma che, comunque, non è stata portata alle sue estreme conseguenze; infatti, se è vero che, tuttora, mancano nel nostro

ordinamento giuridico una definizione di gruppo e una regolamentazione sistematica delle modalità di formazione, di organizzazione e di funzionamento dello stesso, non si può, tuttavia, affermare che il nuovo contributo legislativo in materia di direzione e coordinamento di società abbia tralasciato del tutto la disciplina dei profili organizzativi del gruppo, essendo state introdotte importanti disposizioni che, pur essendo ancora insufficienti, costituiscono un deciso passo avanti verso la creazione di un primo “sistema di diritto dei gruppi”.

Si allude, in particolare, alle disposizioni inserite nel nuovo Capo IX rubricato “Attività di direzione e coordinamento di società”, dedicate alla pubblicità (art. 2497-*bis*, c.c.), all’obbligo di motivazione delle decisioni (art. 2497-*ter*, c.c.), al diritto di recesso attribuito ai soci delle società dominate (art. 2497-*quater*, c.c.), nonché ai finanziamenti tra società appartenenti al medesimo gruppo (art. 2497-*quinquies*, c.c.); ma anche alle disposizioni (poste al di fuori del Capo IX) che introducono obblighi specifici in capo agli organi di quelle società che appartengono ad un gruppo, le quali si pongono nel solco delle soluzioni già adottate dalla più recente legislazione in materia di società quotate⁵⁸.

Non si dimentichi, infine, che anche la disposizione dedicata alla responsabilità da attività di direzione e coordinamento (art. 2497, c.c.), contiene (come si vedrà più estesamente *infra*, capitolo III), non soltanto una disciplina delle

⁵⁸ Ci si riferisce all’art. 2381, quinto comma, c.c., relativo ai doveri degli organi delegati; all’art. 2403-bis, secondo comma, c.c., relativo ai doveri dei sindaci in società di gruppo; all’art. 2409, primo comma, c.c., relativo alla denuncia di gravi irregolarità nella gestione che possano arrecare danno alle società del gruppo e agli artt. 2409-*quinquies*, 2409-*duodecies* e, decimo comma e 2399, c.c., relativi ai requisiti di indipendenza dei “controllori” all’interno del gruppo.

ipotesi patologiche dell'esercizio di tale attività, finalizzata alla tutela dei soci di minoranza e dei creditori delle società dominate, ma anche vere e proprie regole positive di condotta cui la dominante deve attenersi nell'esercizio della direzione unitaria: si pensi, a tale proposito, al dovere di agire nel rispetto dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, dovere che deve tradursi in vere e proprie norme di comportamento per gli organi di tale società.

Si tratta, ovviamente, di un "impianto" ancora imperfetto, non soltanto perché manchevole di sistematicità - non sono stati introdotti, infatti, né un inquadramento dogmatico del gruppo, che consenta di comprendere appieno e di conferire all'esperienza giuridica dell'istituto una corretta collocazione nel nostro ordinamento, né una vera e propria disciplina di organizzazione esplicitamente riferibile a tale fenomeno - ma anche perché, tuttora, troppo spesso insensibile alle difficoltà che possono nascere, per i soggetti che lo compongono, all'inizio, nello svolgimento o alla cessazione di tale esperienza, in un sistema pensato e costruito con esclusivo riferimento alla società vista come soggetto autonomo, nel quale non sempre le regole generali che ne disciplinano il funzionamento possono agevolmente adattarsi alle problematiche nascenti dall'appartenenza al gruppo⁵⁹.

2. Il principio di trasparenza nei gruppi di società.

Uno dei problemi di sempre delle realtà di gruppo è, come si è già accennato, quello relativo alla predisposizione di forme di

⁵⁹ Emblematico, in questo senso, il caso del "conflitto di interessi", di cui si è già trattato *supra*, cap.I, par. 6.

tutela delle società dominate e dei soggetti, soci o creditori, che fanno affidamento sulle sorti di queste ultime.

Già prima della riforma, si riteneva infatti, necessario apprestare, da un lato, una tutela c.d. preventiva, volta ad assicurare agli azionisti e ai creditori già coinvolti nella vita del gruppo, nonché a coloro che al gruppo avrebbero potuto avvicinarsi (pubblico dei risparmiatori) informazioni riguardanti la situazione patrimoniale ed economica dell'aggregazione, considerata nel suo insieme, i rapporti infragruppo e la "morfologia" dell'intero complesso imprenditoriale-societario; dall'altro, una tutela c.d. repressiva, mirante a eliminare o a prevenire i danni illegittimamente causati dalla capogruppo a queste categorie di soggetti, nell'esercizio dell'attività di direzione unitaria.

A conferma della percezione di tali aspetti in termini di problemi prioritari in relazione ai gruppi di società, il legislatore della riforma ha introdotto una disciplina degli stessi che, prescindendo del tutto dall'identificazione e dall'inquadramento dogmatico del fenomeno, si caratterizza esplicitamente per l'individuazione di specifiche forme di tutela da attuarsi, preventivamente, nell'esercizio del potere di direzione e coordinamento, al fine di evitare che dallo stesso derivino danni alle categorie di soggetti tutelati, nonché per la predisposizione di strumenti di tutela successiva al cagionarsi di tali danni⁶⁰.

In particolare, il principio di trasparenza nei gruppi è stato indicato dalla legge delega (artt. 2 e 10, l. 3-10-2001, n. 366) fra i

⁶⁰ Il riferimento è, ovviamente, all'azione di responsabilità contro la capogruppo, su cui V. *infra*, capitolo III.

criteri ordinatori della disciplina dell'attività di direzione e coordinamento di società e ha poi trovato diretto riconoscimento nell'art. 2497 bis e nell'art. 2497 ter.

Il primo articolo prevede, in capo agli amministratori delle società dominate, da un lato, l'obbligo di indicazione della società o dell'ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento negli atti e nella corrispondenza della società eterodiretta, nonché l'iscrizione di quest'ultima e della capogruppo in un'apposita sezione istituita presso il registro delle imprese; dall'altro, prescrive, sempre a carico dell'organo amministrativo della società dominata, obblighi di chiarezza da esperire in sede di redazione del bilancio, in particolare, prescrivendo che la società esponga, in apposita sezione della nota integrativa, un prospetto riepilogativo dei dati essenziali dell'ultimo bilancio della società o dell'ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento e l'indicazione nella relazione sulla gestione dei rapporti intercorsi con la dominante e con le altre società del gruppo, nonché degli effetti che tale attività ha avuto sull'esercizio dell'impresa sociale e su suoi risultati.

È evidente che si tratta di adempimenti tra loro eterogenei, infatti, mentre la prima serie attiene più che altro alle fasi iniziale e finale (*rectius* di cessazione) dell'attività di direzione e coordinamento e si rivolge prevalentemente all'esterno della compagine sociale, la seconda, invece deve trovare esecuzione durante la soggezione a tale potere, per finalità che concernono immediatamente i soci delle società dominate e, solo in via indiretta, i terzi e i creditori di queste.

2.1 (Segue) Gli obblighi di cui all'art. 2497 bis c.c..

L'obbligo di indicazione della soggezione all'attività di direzione e coordinamento negli atti sociali e nella sezione speciale del Registro delle imprese, è stato posto esplicitamente dal legislatore soltanto a carico degli amministratori delle dominate, con esclusione di analogo dovere in capo all'organo gestorio della società dominante, scelta che appare, per certi versi, criticabile in quanto, soprattutto per quel che concerne le sanzioni previste a carico degli amministratori inadempienti (art. 2497 bis, 3o co.), sembra non tener debitamente conto delle difficoltà in cui l'ente soggetto a dominazione potrebbe trovarsi nel reperire i dati informativi richiesti dalla legge, sia per il fatto che le informazioni da pubblicizzare riguardano una pluralità di soggetti fra loro eterogenei ed autonomi, sia per il fatto che, nella situazione di subordinazione in cui il soggetto obbligato si trova, non sempre il flusso informativo appare garantito, dato l'andamento ascendente che dovrebbe percorrere. La scelta, però, appare in linea con l'impostazione della sezione: infatti, se si ritiene – per ragioni di coerenza sistematica – che gli adempimenti pubblicitari siano funzionali all'esercizio delle azioni concesse ai soci e ai creditori delle società dominate dall'art. 2497 c.c., appare logico e corretto che siano proprio gli amministratori di queste società ad essere onerati degli obblighi informativi indispensabili a tutelare le rispettive compagini sociali e i terzi che con le medesime società vengono a contatto. Inoltre, se l'obbligo pubblicitario fosse stato posto dal legislatore in capo agli amministratori della capogruppo, anziché in capo a quelli della dominata, avrebbe avuto come effetto il rischio di annullare, di fatto, l'efficacia della norma, dato che l'organo gestorio della capogruppo potrebbe avere interesse a

celare piuttosto che a rendere conoscibile la concreta situazione di dominazione, all'evidente fine di rinnegare la sussistenza di quel rapporto di soggezione, che è presupposto imprescindibile per esercitare l'azione di responsabilità ai sensi dell'art. 2497 c.c..

Non bisogna però cadere nell'errore di considerare gli obblighi di *disclosure* in termini di fatti generatori della responsabilità della dominante ai sensi del predetto articolo. Come già accennato, infatti, alla base della disciplina contenuta nel Capo IX è posto il «fatto» in sé dell'attività di direzione e coordinamento – che, tutt'al più, potrebbe costituire l'oggetto di tali obblighi pubblicitari – e non la pubblicità in quanto tale, con la conseguenza che, anche in presenza di dati informativi che attestino formalmente la soggezione al potere di direzione unitaria di una o più società, lo *status* effettivo di subordinazione debba comunque essere provato, non essendo sufficiente a tale scopo né l'iscrizione nella sezione speciale del registro delle imprese, né l'indicazione contenuta nella corrispondenza o negli atti della società eterodiretta. In altri termini, sembra potersi affermare che, come l'inadempimento agli obblighi pubblicitari di cui all'art. 2497 bis non può costituire prova negativa circa l'esistenza dello stato di soggezione, allo stesso tempo, l'adempimento di tali obblighi non può costituire presupposto sufficiente per provare l'esercizio di fatto dell'attività di direzione e coordinamento⁶¹.

L'indicazione negli atti e nella corrispondenza della società dominata della soggezione all'altrui direzione unitaria, mancando una diversa indicazione, può essere assolto mediante l'adozione di una formula generica che contenga la semplice menzione del

⁶¹ V. in tal senso CARIELLO, cit., 1258 ss.

gruppo di appartenenza, anche se ritengo auspicabile che, nella prassi, sia adottato un maggiore rigore che, in coerenza con il sistema introdotto dal Capo IX, comporti l'obbligo di indicazione specifica della società o dell'ente che effettivamente esercita l'attività di direzione e coordinamento⁶².

Quanto al secondo onere – ossia l'iscrizione in apposita sezione del registro delle imprese – si ritiene che, analogamente a quanto previsto dalla legge per le iscrizioni nella sezione speciale del registro delle imprese⁶³, e in assenza di una esplicita attribuzione di effetti ulteriori, essa abbia natura di certificazione anagrafica, e dunque di mera pubblicità notizia, priva di efficacia costitutiva. In entrambi i casi, comunque, si tratta di forme di pubblicità rivolte prevalentemente [anche se non esclusivamente⁶⁴], a soggetti estranei alla compagine sociale, terzi o creditori, ai quali si vuole consentire di conoscere la situazione di soggezione della società con cui entrano in contatto, per poterne valutare, con piena consapevolezza, le conseguenze.

⁶² Dello stesso parere sembra essere GIARDINO, *La disciplina della pubblicità ex art. 2497 bis c.c.*, in *Le società*, 2004, 9, 1080, il quale sostiene altresì che l'indicazione vada limitata alla singola società o ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento, con esclusione dell'indicazione di tutti i soggetti facenti parte della catena societaria e che direttamente o indirettamente esercitano il controllo, *id.*, 1082.

Secondo la Circolare Assonime n. 44/2006, in *Rivista delle società*, 2006, 5-6, 1106, (che, a sua volta, rinvia al par. 6 della Circolare Assonime n. 41 del 21-9-2004), invece, nel caso di soggezione plurima all'altrui direzione e coordinamento l'obbligo di iscrizione sarebbe correttamente assolto con la compilazione di più occorrenze; in generale, si richiede inoltre, l'indicazione dello Stato in cui è stabilita la sede legale della società o ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento, il tipo di attività di direzione e coordinamento esercitata e le modalità esplicative di tale attività.

⁶³ Si noti, tuttavia, che con il d.l. n. 228/2001 si è provveduto ad attribuire valore «dichiarativo» anche alla pubblicità nel settore dell'agricoltura, così riducendo notevolmente gli ambiti in cui l'iscrizione nella sezione speciale del registro delle imprese produce il solo effetto di pubblicità notizia, nella prospettiva di un ritorno alla regola generale di cui all'art. 2193 c.c..

⁶⁴ Si noti, infatti, che l'ingresso o l'uscita di una società dal gruppo consente ai soci di esercitare il diritto di recesso.

Il 3o co. dell'art. 2497 bis ricollega all'omessa o inattuale divulgazione delle informazioni relative all'appartenenza al gruppo (*rectius* alla soggezione all'attività di direzione e coordinamento) la responsabilità degli amministratori della società dominata, per i danni che la mancata conoscenza di tali fatti abbia arrecato ai soci o ai terzi, responsabilità che nasce, dunque, da una condotta negligente, dato che, non provvedendo alla pubblicità di cui all'art. 2497 bis o non adeguando entro congrui termini le indicazioni o l'iscrizione nel registro delle imprese, gli amministratori hanno indotto soci o terzi ad adottare determinazioni pregiudizievoli che non avrebbero posto in essere laddove messi correttamente a conoscenza della situazione di soggezione o di cessata soggezione della società all'altrui potere di direzione unitaria. È evidente che, in questo caso, il legislatore ha voluto codificare in modo pressoché esplicito il principio dell'affidamento, sanzionando in modo rigoroso la colpevole inosservanza di quegli obblighi che la legge ha fissato, in materia di gruppi, a tutela della collettività e, più specificamente, a tutela del diritto della generalità dei consociati di determinarsi liberamente nei rapporti negoziali. Unico strumento che gli amministratori hanno per liberarsi da tale responsabilità (ovviamente laddove un danno sia stato effettivamente arrecato) e` dimostrare la mancata o errata conoscenza della situazione di soggezione all'altrui potere di direzione e coordinamento.

Si tratta, evidentemente, di prove molto difficili da fornire, soprattutto per la mancanza di una definizione certa dell'attività di direzione e coordinamento, mancanza che, infatti, rendendo effettivamente incerta l'individuazione del momento a partire dal quale scatta per gli amministratori l'obbligo di adempiere le

formalità pubblicitarie richieste, non può che creare incertezza anche per quel che concerne la determinazione della prova contraria.

Quanto ai doveri di informazione periodica, concernenti l'obbligo per la società dominata di esporre in apposita sezione della nota integrativa un prospetto riepilogativo dei dati essenziali dell'ultimo bilancio della società o dell'ente dominante e l'obbligo di indicare nella relazione sulla gestione i rapporti intercorsi con chi esercita l'attività di direzione e coordinamento e con le altre società che vi sono soggette, nonché l'effetto che tale attività ha avuto sull'esercizio dell'impresa sociale e su suoi risultati, non può non osservarsi che, al di là dell'iniziale impressione di accuratezza della previsione, essa appare in realtà abbastanza generica. Si pensi, ad esempio, alla locuzione «dati essenziali» utilizzata dal legislatore per indicare il contenuto del prospetto riepilogativo relativo all'ultimo bilancio della capogruppo, da esporre nella nota integrativa della dominata, espressione, con tutta evidenza, priva di ulteriori specificazioni, che non consente di ricavare, con sufficiente precisione, neppure il contenuto minimo dell'informativa necessario per adempiere correttamente al disposto dell'art. 2497 bis. Imprecisione — già riscontrabile nel dettato dell'art. 2429, 3o co., c.c. in materia di società collegate — che appare poi ancora più grave se si considera che il prospetto riepilogativo di cui all'art. 2497 bis è parte integrante del bilancio della società dominata e dunque potenzialmente idoneo, se viziato, a pregiudicarne la validità. È chiaro, infatti, che nel caso in cui si dovesse ritenere incompleta o insufficiente l'allegazione posta in essere dagli amministratori della società soggetta all'attività di direzione e coordinamento, ciò potrebbe comportare l'impugnativa

del bilancio di quest'ultima e il conseguente rischio di una pronuncia di invalidità dello stesso.

Tenuto conto del citato difetto di specificità della disposizione e del conseguente rischio di arbitrarietà nella determinazione del contenuto minimo richiesto dalla legge, è evidente che gli amministratori della società eterodiretta, per evitare impugnative, sceglieranno di allegare alla nota integrativa l'intero bilancio della società che esercita la direzione unitaria ⁶⁵.

È inoltre previsto che, nella relazione sulla gestione, gli amministratori della società dominata indichino i cosiddetti «rapporti infragruppo» e cioè i rapporti intercorsi con la dominante e con le altre società assoggettate al medesimo potere di direzione e coordinamento, adempimento che costituisce una sorta di obbligo di resoconto periodico rivolto in primo luogo ai soci, e secondariamente, grazie alla pubblicità cui è sottoposto il bilancio, ai terzi interessati, mediante il quale è possibile illustrare la struttura del gruppo e le modalità con cui si estrinseca l'attività di direzione e coordinamento, nonché gli effetti di quest'ultima sull'impresa sociale. Anche in questo caso, la disposizione non brilla certo per accuratezza, non essendo stato precisato se l'obbligo debba sostanziarsi nella mera indicazione della tipologia dei

⁶⁵ Alcuni autori ritengono che il contenuto minimo dell'informativa richiesta dall'art. 2497 bis, 4o co., c.c., possa ricavarsi, data l'analogia di espressione, dalle interpretazioni fornite in dottrina con riferimento all'art. 2429, e quindi che i dati essenziali richiesti si sostanzino nell'indicazione: per lo stato patrimoniale dei totali di immobilizzazioni e disponibilità a breve e a lungo termine per l'attivo e dei valori complessivi del capitale, delle riserve, dei fondi e dei debiti per il passivo; per il conto economico della differenza tra il valore e i costi della produzione, del totale dei proventi ed oneri finanziari, delle rettifiche di valore di attività finanziarie, del totale dei proventi e oneri straordinari, delle imposte correnti, differite ed anticipate e, infine, dell'utile o della perdita di esercizio; così IRACE, *Commento all'art. 247c.c.*, in *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, Torino, 2003, 327; nello stesso senso GIARDINO, cit., 1083.

rapporti intrattenuti con le altre società del gruppo, oppure abbia ad oggetto l'illustrazione dettagliata di tutte le operazioni intercorse in seno all'aggregazione, nel corso dell'esercizio a cui la relazione sulla gestione si riferisce, anche se, al fine di giungere ad un'interpretazione della norma che non comporti una sostanziale inutilità della stessa, come accadrebbe se si seguisse il primo degli orientamenti citati, né un'eccessiva estensione dell'obbligo informativo, che comporterebbe un enorme impegno per gli amministratori e una maggiore difficoltà d'esame per soci e creditori, si potrebbe seguire l'orientamento di chi ritiene che la prescrizione verrebbe correttamente adempiuta con l'indicazione delle categorie di operazioni di maggiore importanza compiute con le società controllate, controllanti e collegate durante ciascun esercizio, con il relativo ammontare e con la specificazione delle condizioni a cui tali operazioni sono state compiute⁶⁶. La soluzione proposta sembra essere perfettamente in linea con la disciplina del Capo IX, soprattutto perché rende possibile ai soci e ai terzi interessati di venire a conoscenza, in modo diretto, non soltanto delle singole operazioni compiute all'interno del gruppo, ma, soprattutto, dei riflessi, vantaggiosi o pregiudizievoli, che le stesse hanno prodotto nelle economie delle singole società coinvolte, ponendoli nella condizione di accertare, con maggiore attendibilità, la sussistenza o meno dei presupposti per agire in giudizio ai sensi dell'art. 2497 e di determinare la ricorrenza di eventuali vantaggi compensativi virtualmente idonei, secondo quanto previsto

⁶⁶ Indicando altresì, nel caso di operazioni compiute a condizioni particolari, cioè non concluse a prezzi di mercato, «se e in quale misura ciò abbia influito sul risultato dell'esercizio e come sia stato evitato ogni pregiudizio alla società»; tale tesi è stata elaborata con riferimento agli obblighi informativi previsti dall'art. 2428, 1o co., n. 2, c.c., ed appare ormai consolidata; v. COLOMBO, cit., 157.

dall'ultimo capoverso del primo comma di tale articolo, ad influenzare l'esito terminale della proponenda azione.

E' indubbio, comunque, che l'effettivo conseguimento degli obiettivi di trasparenza che l'art. 2497 bis, 4o e 5o co., si prefigge, dipende essenzialmente dal funzionamento delle dinamiche di cooperazione all'interno del gruppo⁶⁷ : infatti, soltanto laddove vi sia un'effettiva collaborazione nello scambio di dati e informazioni tra gli amministratori delle società che esercitano il potere di direzione e coordinamento e quelli delle società che vi sono soggette, sarà possibile, per questi ultimi, ottemperare agli obblighi di *disclosure* previsti dalla legge; in presenza di comportamenti ostruzionistici o omissivi, invece, l'adempimento risulterà estremamente difficoltoso, se non addirittura impossibile, soprattutto nel caso in cui il blocco del flusso informativo sia intenzionale e volto ad occultare l'esistenza del gruppo.

2.2 (Segue) L'obbligo di motivazione delle decisioni.

Considerazioni in gran parte analoghe possono essere formulate con riferimento all'obbligo di motivazione delle decisioni delle società soggette all'attività di direzione e coordinamento, quando da questa influenzate, così come previsto dall'art. 2497 ter. Questa disposizione, infatti, risponde alle medesime esigenze di trasparenza già analizzate con riferimento agli obblighi pubblicitari ex art. 2497 bis, ponendosi, però, in un rapporto di maggiore funzionalità (se non addirittura di completamento) con la fattispecie della responsabilità di cui all'art. 2497.

⁶⁷V. MURATORE, commento agli artt. 2497 bis-2497 ter c.c., in *Il nuovo diritto societario*, commentario diretto da Cottino e Bonfante - Cagnasso - Montalenti, Bologna, 2004, 2205.

Appare evidente, infatti, che il legislatore, affiancando all'obbligo di motivare analiticamente le decisioni che sono frutto del potere di eterogestione esercitato dalla capogruppo, anche quello di dare puntuale indicazione delle ragioni e degli interessi la cui valutazione ha inciso sulle stesse, ha voluto rendere più facilmente conoscibili a tutti coloro che hanno il diritto di accedere a tali informazioni, fonti e ragioni dei processi decisionali, attraverso i quali si formano gli atti di gestione [ma anche quelli assembleari e degli altri organi della società⁶⁸] che sono frutto della soggezione all'altrui potere di direzione e coordinamento, al chiaro scopo di consentire la pronta identificazione delle operazioni della società dominata che, di fatto, promanano dalla dominante e l'individuazione di tutti gli interessi che sono entrati in gioco in sede di decisione. In altre parole, la motivazione si presenta come uno strumento di chiarezza sulle eventuali situazioni di conflitto di interessi in presenza delle quali le deliberazioni degli organi sociali sono state adottate, diventando altresì un utile elemento per la valutazione *ex post* di quel bilanciamento tra benefici e pregiudizi che costituisce il fulcro della teoria dei vantaggi compensativi. E' chiaro, infatti, che in presenza di decisioni pregiudizievoli per la società dominata, che non sarebbe corretto assumere, se non in virtù di possibili compensazioni nella logica dei vantaggi compensativi, la verifica della sussistenza di detti vantaggi sarà più facile, laddove le deliberazioni siano accompagnate da esplicite motivazioni idonee a svelarne «ragioni e interessi».

⁶⁸ Sostengono la tesi interpretativa in base alla quale gli atti da motivare possono essere sia decisioni dell'organo amministrativo, sia deliberazioni assembleari, sia provvedimenti degli altri organi sociali, IRACE, cit., 331; e MURATORE, cit., 2200.

Scopo ulteriore di questi obblighi, e` quello di rendere noti ai soggetti dotati di legittimazione attiva ai sensi dell'art. 2497, elementi indispensabili per valutare la conformità, o meno, dell'agire della dominante ai principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale e, di conseguenza, per determinare se sia ammissibile, o meno, un'azione di responsabilità nei confronti della società o dell'ente che esercita il potere di direzione e coordinamento, anche in considerazione di quanto previsto dall'ultima parte del primo comma di tale articolo. E` evidente, tuttavia, che in quelle società (ad esempio, le s.p.a.), in cui i soci non possono venire a conoscenza diretta delle delibere degli amministratori, in quanto i verbali delle stesse non sono ispezionabili, le valutazioni di cui si e` detto, potranno avvenire soltanto in forma indiretta, attraverso la relazione sulla gestione di cui all'art. 2428 c.c. Proprio a questo fine, infatti, il legislatore delegato ha previsto, nel capoverso dell'art. 2497 ter, che delle decisioni venga dato adeguato conto nella relazione di gestione⁶⁹, così` da consentire a soci, terzi e creditori la conoscenza delle ragioni e degli interessi posti a fondamento delle stesse, attraverso la pubblicità del bilancio.

Si noti, inoltre, che la disposizione di cui all'art. 2497 ter si pone chiaramente nel solco tracciato dall'art. 2391, 2o co., c.c., in materia di interessi degli amministratori: anche in quest'ultimo caso, infatti, l'obbligo del consiglio di amministrazione di motivare adeguatamente le deliberazioni, indicando le ragioni e la convenienza per la società dell'operazione nella quale uno o più

⁶⁹ Si ritiene che la formula utilizzata dal legislatore «di esse viene dato adeguato conto nella relazione di cui all'art. 2428», consenta agli amministratori di non riportare analiticamente le motivazioni delle decisioni, potendo farne una sintesi da cui sia possibile evincere il loro contenuto; v. MURATORE, cit., 2203.

amministratori abbiano dichiarato di avere interessi per conto proprio o di terzi, ha come scopo principale quello di stimolare una *governance* improntata alla massima trasparenza, in presenza di operazioni il cui compimento richiede un bilanciamento di interessi diversi e potenzialmente confliggenti.

Accogliendo un tale parallelismo, si potrebbe, conseguentemente, usufruire delle conclusioni cui la dottrina è giunta con riferimento all'art. 2391, ad esempio, per determinare i casi nei quali la motivazione della decisione si rende effettivamente necessaria ai sensi dell'art. 2497 ter, soprattutto al fine di escludere che l'eccesso di informazioni – che si verrebbe a determinare laddove tutte le decisioni influenzate dall'attività di direzione unitaria dovessero essere motivate – si trasformi in sostanziale disinformazione – per l'uso di clausole di stile, non idonee a rendere realmente intelleggibili le ragioni e gli interessi sottesi alle deliberazioni medesime. È chiaro, infatti, che, così come si è ritenuto eccessivamente gravoso per l'organo gestorio della società monade e sostanzialmente inutile ai fini dell'attuazione del principio di trasparenza, che gli amministratori debbano adempiere agli obblighi di informazione e di motivazione previsti dall'art. 2391 c.c., in presenza di interessi del tutto irrilevanti o marginali (tali cioè da non influire sulle loro scelte di gestione)⁷⁰, per gli stessi motivi, si potrebbe escludere un'interpretazione dell'art. 2497 ter che imponesse agli organi della società dominata di motivare qualunque decisione potenzialmente influenzata dall'appartenenza al gruppo, indipendentemente dalla sussistenza di un reale rischio di pregiudizio per la stessa. In altri termini, al fine di non cadere nel pericolo che un'inflazione di informazioni

⁷⁰ Così ENRIQUES, Art. 2391, cit., 759 ss.; PAOLUCCI, cit., 1096.

porti ad esiti opposti a quelli perseguiti dalla norma e ad un inutile aggravio di attività burocratica per gli organi sociali, bisognerebbe fare della stessa un'applicazione equilibrata, interpretando l'espressione «decisioni influenzate» dall'attività di direzione e coordinamento in senso restrittivo: non, quindi, tutte le decisioni prese in situazione di soggezione, ma solo quelle prese in conflitto di interessi e/o a condizioni diverse da quelle normali di mercato⁷¹.

Considerato, inoltre, che la disposizione richiede che la motivazione sia analitica e che l'indicazione delle ragioni e degli interessi sia puntuale, la limitazione del numero delle decisioni da motivare appare ancor più logica, soprattutto al fine di escludere il rischio che una mole eccessiva di adempimenti porti gli organi sociali ad eseguire gli obblighi di chiarezza in modo generico e superficiale, ad esempio attraverso formule di stile o tratte⁷²; è ovvio, infatti, che soltanto un'indicazione puntuale delle ragioni economiche e imprenditoriali dell'operazione può essere effettivamente utile al fine di stimarne la correttezza e di consentirne un inquadramento reale in termini di costi/benefici per la società.

Da ultimo, come già accennato, il legislatore ha previsto che, delle decisioni influenzate dalla capogruppo e delle relative motivazioni dovrà essere fatta menzione anche nella relazione sulla gestione, adempimento che appare necessario al fine di garantire soprattutto ai creditori (ma nelle s.p.a. anche ai soci) della società la conoscibilità di informazioni indispensabili per poter esercitare

⁷¹ In tal senso, IRACE, cit., 331.

⁷² V. sempre MURATORE, cit., 2200.

l'azione di responsabilità ex art. 2497 c.c. che, diversamente, cioè in assenza delle formalità pubblicitarie cui sono assoggettati il bilancio e la relativa relazione, rimarrebbero accessibili soltanto ad un nucleo ristretto di soggetti all'interno della compagine sociale.

3. Altri strumenti di tutela del socio delle controllate: nuove ipotesi di recesso.

Si è già accennato ai delicati problemi di tutela che l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento di società può porre in relazione agli interessi di quei soggetti che si trovano a subirla in modo passivo⁷³: è stato, infatti, proprio al fine di tutelare la posizione di questi ultimi, che il legislatore ha voluto introdurre l'azione di responsabilità di cui all'art. 2497 c.c.

A completamento di tale forma di tutela delle minoranze nei gruppi di società, la riforma ha altresì introdotto il rimedio del diritto di recesso, esercitabile dal socio della società controllata in tre ipotesi tipiche disciplinate dall'art. 2497 quater.

Appare di immediata evidenza, però, che i due strumenti di tutela offerti al socio si pongono su piani totalmente diversi: l'uno risarcitorio, l'altro risolutorio, entrambi tra loro indipendenti, ma suscettibili di essere esercitati anche cumulativamente, laddove ne ricorrano i presupposti. La *ratio* alla base all'esercizio del diritto di *exit* è, infatti, quella di consentire al socio l'interruzione del rapporto sociale, al ricorrere di accadimenti che comportano il mutamento del profilo di rischio dell'investimento, con conseguente liquidazione del valore della partecipazione; l'azione

⁷³ Il riferimento è, ovviamente, ai soci delle società dominate e ai creditori delle stesse.

risarcitoria, invece, come si vedrà, mira a far sì che il socio ottenga il ristoro del danno eventualmente sofferto a causa del comportamento illegittimo della dominante, senza però consentirgli la contestuale fuoriuscita dall'orbita di un gruppo di cui, evidentemente, non condivide più la gestione.

Il primo, inoltre, appare più facilmente invocabile, in quanto può essere esercitato al semplice ricorrere dei presupposti richiesti dall'art. 2497 quater c.c., mentre il secondo potrebbe risultare di più incerto esito, anche alla luce delle difficoltà informative sulla gestione sociale che contraddistinguono i soggetti legittimati ad esercitare l'azione.

Trattandosi di strumenti volti ad ottenere forme di tutela fra loro differenti, tuttavia, la dottrina ritiene che non vi sia ragione per impedirne il concorso, esattamente come previsto dalla disciplina generale dei contratti, ove la domanda di risarcimento del danno resta completamente autonoma rispetto a quella di risoluzione, pur non negandosi la possibilità di cumulo⁷⁴, il recesso, infatti, costituisce una particolare applicazione della disciplina generale in tema di risoluzione del contratto per inadempimento, rispetto alla quale la domanda di risarcimento è naturalmente indipendente; come noto, inoltre, il rimedio risarcitorio mira alla liquidazione di un danno eventualmente sofferto, mentre quello risolutorio è finalizzato alla liquidazione del valore della partecipazione sociale, con conseguente esclusione del rischio di duplicazione degli effetti, nel caso in cui il socio decida di attivarli entrambi.

⁷⁴ Secondo CARIELLO, *Direzione e coordinamento*, cit., 1264, «trattasi, infatti, di rimedi che sembrano non alternativi, bensì cumulabili»; *contra*, DE BIASI, Sull'attività di direzione e coordinamento di società, in *Le società*, 2002, 12, 950, il quale ritiene invece che i due rimedi debbano essere alternativi, al fine di non duplicarne gli effetti.

Tale conclusione sembra trovare conferma nel disposto dell'art. 2497 quater, lett. b) il quale, riconoscendo il diritto di recesso al socio che abbia ottenuto una pronuncia esecutiva di condanna al risarcimento del danno ai sensi dell'art. 2497 c.c., sancisce in modo indubitabile la liceità dell'esercizio di entrambi i rimedi, benché in tempi diversi.

E' del tutto ragionevole, infatti, pensare che, in presenza di una sentenza di condanna che abbia accertato la contrarietà ai principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale e la concreta portata lesiva per i soci cosiddetti esterni, della condotta posta in essere dalla dominante nell'esercizio della direzione unitaria, il socio sia indotto a interrompere senza indugio il legame che lo unisce alle sorti della controllata, sia per il venir meno della fiducia nella bontà del suo investimento, sia per la delusione delle aspettative in ordine al futuro andamento dell'impresa sociale, sia in ragione del possibile deterioramento dei rapporti tra maggioranza e minoranza o del pericolo del ripetersi di comportamenti abusivi. L'art. 2497 quater, lett. b), risponde specificamente a questa ragionevole esigenza⁷⁵, ponendo il socio nella condizione di risolvere il rapporto sociale, con la coerente precisazione che il recesso potrà essere esercitato soltanto per l'intera partecipazione⁷⁶.

A tale proposito, non può sfuggire, infatti, che la decisione giudiziaria di cui all'art. 2497 c.c., ha ad oggetto, prioritariamente,

⁷⁵ V'è chi ha efficacemente definito tale facoltà in termini di "diritto di divorzio" della minoranza alla luce delle condotte di vertice del gruppo, in tal senso, v. VENTORUZZO, *Brevi note sul diritto di recesso in caso di direzione e coordinamento di società (art. 2497-quater), c.c.*" in *Rivista delle società*, 2008, 5, 1184.

⁷⁶ Il disinvestimento parziale sarebbe del tutto illogico in questo caso, in quanto l'intento perseguito dal socio è proprio quello di svincolarsi dal gruppo e non semplicemente di ridurre la propria quota di partecipazione.

l'accertamento di una gestione da parte della dominante contraria ai principi di correttezza che devono governare i rapporti infragruppo e regolare le aspettative del mercato ma, indirettamente, anche quello della capacità di tale condotta di alterare il profilo futuro dell'investimento posto in essere dal socio, in quanto idonea a rendere del tutto imprevedibili i rischi cui resteranno esposti la redditività e il valore della partecipazione sociale, in caso di permanenza nel gruppo.

L'alterazione, in questo caso, non è dovuta alle trasformazioni dell'assetto imprenditoriale o strutturale dell'aggregazione [come accade, invece, nelle ipotesi di cui alle lett. a) e c) dell'art. 2497 quater, v. *infra*], bensì, come detto, al modo di esercitare la direzione unitaria che, non essendo in linea con i canoni «classici» della corretta amministrazione, può avere come effetto conseguenze dannose per tutti coloro che la subiscono e tali da legittimare l'esercizio del diritto di *exit* da parte del socio.

Resta, comunque il fatto che le innegabili difficoltà di ordine probatorio che rendono problematico l'ottenimento di una condanna al risarcimento dei danni ex art. 2497, c.c., salvo, ovviamente, nei casi di maggiore gravità ed evidenza degli abusi posti in essere dalla dominante, dovrebbero limitare, di fatto, la possibilità di invocare questa ipotesi di recesso, rendendola meno frequente rispetto alle altre ipotesi previste.

Poiché il diritto di recesso di cui alla lett. b) può essere conseguenza di una pronuncia di condanna «esecutiva»⁷⁷, e,

⁷⁷ Ritengo che il riferimento alla "decisione esecutiva" di cui all'art. 2497-quater, lett. b), c.c., vada inteso in senso restrittivo e quindi riferito soltanto alle sentenze in senso formale, con esclusione di altri provvedimenti giudiziari, quali ad esempio i provvedimenti d'urgenza originati da ricorsi ex art. 700 c.p.c.; vi è però chi ritiene che

quindi, in base al principio contenuto nell'art. 282 c.p.c., potrà giustificare l'esercizio del diritto di recesso, anche se di primo o secondo grado e soggetta a gravame, dunque, anche se non ancora passata in giudicato. È evidente che nell'ipotesi in cui, esercitato il recesso in base ad una pronuncia immediatamente esecutiva, quest'ultima venga poi riformata o annullata in sede di gravame, si potrà determinare una situazione del tutto anomala, dato che il recesso, in quanto validamente esercitato, non potrà più essere rimesso in discussione, pur essendone venuta meno la «giusta causa»⁷⁸.

3.1. (Segue) Altre cause di recesso.

Passando ad esaminare le altre cause di recesso previste dall'art. 2497 quater c.c., si può osservare che esse risultano giustificate dal mutamento delle originarie condizioni di rischio dell'investimento effettuato dal socio della società controllata, in modo ancor più chiaro ed evidente di quanto non accada nell'ipotesi sopra esaminata, ove invece risulta certamente preminente – benché non esclusivo – l'aspetto legato al venir meno del rapporto di fiducia con la società⁷⁹.

Secondo quanto previsto dalla lett. a) del citato articolo, infatti, il socio della società soggetta all'attività di direzione e coordinamento può recedere da quest'ultima nel caso in cui la

una diversa valutazione vada fatta in relazione al lodo arbitrale il quale, a fronte di un prodromico giudizio positivo circa l'arbitrabilità della materia in esame, se dotato del requisito di esecutività, dovrebbe poter legittimare l'esercizio del diritto di exit; v. sempre, VENTORUZZO, cit. 1184.

⁷⁸ In tal senso RORDORDE, cit., 548.

⁷⁹ Se non si consentisse al socio il diritto di *exit* nel caso di condanna della dominante per abusivo esercizio della direzione unitaria, infatti, questi rischierebbe di rimanere prigioniero di una società di cui non condivide più la gestione e che ha già deluso le sue aspettative.

dominante abbia deliberato una trasformazione che implichi il mutamento del suo scopo o del suo oggetto sociale, sempre che sia tale da alterare, in modo sensibile e diretto, le condizioni economiche e patrimoniali della dominata; allo stesso modo, alla lett. c), si prevede che il socio possa recedere all'inizio e alla fine dell'attività di direzione, quando non si tratti di società con azioni quotate in mercati regolamentati, qualora ne derivi un'alterazione delle condizioni di rischio dell'investimento e non venga promossa un'offerta pubblica di acquisto.

E' evidente che, in entrambi i casi, al recesso e' attribuita la funzione di mezzo di tutela del socio a fronte di cambiamenti sostanziali dell'assetto societario, in relazione ai quali quest'ultimo non ha alcun potere di contrattazione. L'universo di gruppo del quale la società dominata e' satellite, infatti, non consente ai suoi soci di partecipare in modo diretto alle decisioni della dominante, ponendoli anzi nella condizione ineluttabile di subirne passivamente gli effetti, ma, a fronte di tale soggezione, il legislatore ha potenziato il diritto di *exit* del socio esterno alla società che esercita l'attività di direzione e coordinamento, attraverso l'introduzione di nuove cause di recesso che hanno finito per ampliare ulteriormente un istituto che, per quanto attiene le società di capitali, la riforma aveva già provveduto a dilatare in senso più favorevole e permissivo rispetto al passato.

In pratica, a fronte del fatto che il socio resta escluso dal diritto di partecipare attivamente a decisioni che, concretamente, sono idonee a produrre i propri effetti sulla società di cui lo stesso e' parte, si e' attribuita al recesso una funzione sostitutiva di quel diritto di veto che, nei confronti delle scelte della dominante, il

socio della dominata non potrà mai esercitare⁸⁰: al recesso viene, cioè , attribuita con tutta evidenza una funzione di compensazione del sacrificio imposto al socio esterno a causa della soggezione della società eterodiretta al potere della capogruppo.

Fra le ulteriori esigenze che sembrano aver spinto il legislatore all'introduzione di nuove cause di recesso nell'ambito dei gruppi di società, non va dimenticato l'intento di facilitare il disinvestimento, soprattutto in relazione a quelle realtà societarie (s.r.l. e s.p.a. non quotate) nelle quali l'uscita dalla compagine sociale presenta spesso aspetti problematici, a causa dell'assenza di un mercato di negoziazione delle partecipazioni. Intento che risulta evidente nel disposto dell'art. 2497 quater, lett. c), ove si attribuisce al socio il diritto di recesso in coincidenza dell'inizio e della fine dell'attività di direzione e coordinamento, sempre che non si tratti di società quotata e non venga promossa un'offerta pubblica di acquisto. E' ovvio, infatti, che mentre in queste due ultime ipotesi la posizione del socio viene comunque salvaguardata attraverso strumenti che si ritengono di per se stessi sufficienti a garantire il diritto al disinvestimento, lo stesso non accade, invece, nelle società cosiddette chiuse nelle quali, a fronte del mutamento delle condizioni dell'investimento, il socio rischia di rimanere all'infinito prigioniero della società.

Con l'introduzione delle nuove ipotesi di recesso, quindi, il legislatore ha cercato di eliminare questo rischio, assicurando

⁸⁰ Considerazioni in parte analoghe possono essere effettuate per quanto concerne le altre cause di recesso introdotte dalla riforma in ordine alla società per azioni e alla società a responsabilità limitata; in tal senso si esprime, ad esempio, CALANDRA BONAURA, *Il recesso del socio di società di capitali*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2005, 3, 293, secondo il quale nel rapporto tra diritto di *exit* e diritti di *voice* l'ampliamento del primo vale a compensare la compressione dei secondi.

anche al socio di s.p.a. non quotata o di s.r.l., la possibilità di uscire agevolmente dalla compagine sociale, ottenendo una pronta liquidazione dell'investimento effettuato.

Se si passa poi ad esaminare distintamente le due ipotesi di recesso, si può osservare, quanto alla prima [art. 2497 quater, lett. a)], che essa è collegata a veri e propri mutamenti strutturali in seno alla capogruppo, quali la trasformazione che implichi un mutamento dello scopo della società e il cambiamento dell'oggetto sociale. Tuttavia, mentre nel primo caso, la disposizione non sembra richiedere ulteriori presupposti affinché si possa esercitare il diritto di *exit*, ritenendosi, evidentemente, sufficiente a determinare una possibile alterazione delle condizioni di rischio dell'investimento del socio di minoranza il verificarsi di una vicenda trasformativa che abbia determinato il cambiamento dello scopo sociale⁸¹; nel secondo caso, invece, il legislatore richiede, altresì, che la delibera di modifica dell'oggetto sociale sia idonea a produrre conseguenze negative sul profilo economico-patrimoniale dello *status* del socio, in assenza delle quali, evidentemente, il diritto di recesso non appare giustificato⁸². In quest'ipotesi, quindi, il socio, per poter essere legittimato all'*exit*, dovrà dimostrare, non soltanto, che vi è stato un cambiamento nel tipo di attività

⁸¹ Si tratta, ovviamente, delle trasformazioni c.d. eterogenee, previste dagli artt. 2500 octies e septies c.c. e delle trasformazioni di società di capitali in società cooperative (e viceversa) contemplate dall'art. 2545 decies c.c.; in entrambe le fattispecie, infatti, si verifica un mutamento del genere di appartenenza dell'ente che comporta inevitabilmente anche la modificazione dello scopo dello stesso.

⁸² La lett. a) dell'art. 2497 quater, infatti, prevede che il socio possa recedere «quando la società o l'ente che esercita attività di direzione e coordinamento ha deliberato una trasformazione che implica il mutamento del suo scopo sociale, ovvero ha deliberato una modifica del suo oggetto sociale consentendo l'esercizio di attività che alterino in modo sensibile e diretto le condizioni economiche e patrimoniali della società soggetta ad attività di direzione e coordinamento».

esercitata o potenzialmente esercitabile dalla capogruppo⁸³, ma che tale cambiamento comporta un'alterazione rilevante e immediata del profilo economico, organizzativo e patrimoniale della società dominata, con conseguenti ripercussioni sulle condizioni di rischio del capitale dallo stesso investito. Appare evidente che un tale condizionamento presuppone la sussistenza di una struttura di gruppo nella quale le singole entità sono tra loro a tal punto interdipendenti e connesse, da costituire una realtà imprenditoriale pressoché unitaria, nella quale le scelte di una società si ripercuotono in modo diretto (quando non addirittura amplificato) sulle prospettive dell'altra.

Il legislatore, inoltre, richiede che il pregiudizio arrecato alla società dominata dal mutamento deliberato dalla controllante, affinché il socio di minoranza possa esercitare il diritto di recesso, sia «sensibile e diretto», con la conseguenza che non tutte le alterazioni che si riflettono sullo *status* delle società del gruppo legittimano il socio al diritto di *exit*, ma soltanto quelle realmente tangibili e che sono idonee ad influire in modo diretto sulle condizioni patrimoniali ed economiche delle stesse. Tale requisito non appare, però, di facile individuazione, sia perché definito attraverso il ricorso ad una clausola generale, per ciò stesso suscettibile di molteplici interpretazioni e dalla quale non è agevole determinare i parametri in base ai quali commisurare il variare delle condizioni di rischio, sia perché, così come formulato, sembrerebbe presupporre un accertamento a posteriori,

⁸³ Alcuni autori si sono domandati se si debba utilizzare quale termine di confronto l'oggetto sociale così come formalmente contemplato nell'atto costitutivo, oppure se si possa prendere in considerazione l'attività economica e produttiva effettivamente esercitata dalla società; v. *sub* art. 2497 quater, PASQUARIELLO, *Commentario breve al diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, 1156.

potenzialmente incompatibile con le finalità di tutela immediata del diritto al disinvestimento del socio, che la norma si propone⁸⁴. La soluzione adottata impone, infatti, al socio della società soggetta al potere di direzione unitaria un obbligo di costante controllo sullo statuto della dominante che può risultare di difficile adempimento e che, comunque, lo pone in una precaria situazione di permanente insicurezza circa la sorte del proprio investimento.

L'ultima ipotesi di recesso [art. 2497 quater, lett. c)], si collega al fatto dell'entrata o dell'uscita della società dal gruppo (o, più correttamente, all'inizio o alla cessazione della soggezione della stessa all'attività di direzione e coordinamento), sempre che tali vicende determinino un'alterazione delle condizioni di rischio dell'investimento societario e sempre che, come si è detto, non si tratti di una società quotata e non sia stata promossa un'offerta pubblica di acquisto.

Appare di immediata evidenza che ciò che distingue questa causa di recesso dalla precedente, è il mezzo attraverso il quale tale alterazione viene a prodursi: in un caso, infatti, essa è determinata dal cambiamento del tipo di attività svolta dalla capogruppo o, tutt'al più, dalla trasformazione dello scopo dalla stessa perseguito, nell'altro, invece, ciò che produce l'alterazione è la modifica dell'assetto strutturale ed organizzativo dell'aggregazione di appartenenza; nel primo caso, dunque, si tratterà di una modificazione dell'atto costitutivo di competenza dell'assemblea straordinaria, nel secondo, invece, di una riorganizzazione del gruppo idonea ad incidere sulle modalità di

⁸⁴ Così come formulata la norma non consente, infatti, di comprendere se il diritto di recesso sorge immediatamente, in conseguenza del mutamento dell'oggetto o dello scopo della controllante, o solo laddove se ne palesino le conseguenze sul patrimonio della società assoggettata a direzione unitaria.

esercizio dell'impresa e, di riflesso, sulle singole società coinvolte. Ne consegue che, in quest'ultima ipotesi, sarà particolarmente difficile individuare concretamente il momento in cui il diritto di recesso diventa esercitabile, sia per quel che riguarda la determinazione dell'inizio e/o della fine dell'esercizio della direzione unitaria, sia per quel che concerne l'accertamento degli effetti pregiudizievoli sulle condizioni dell'investimento, effetti che potrebbero prodursi in tempi molto lontani rispetto a quello in cui la società ha fatto il suo ingresso o è fuoriuscita dalla compagine di gruppo. Dal punto di vista formale, (e quindi degli elementi di prova della conoscenza del fatto che legittima il recesso) potrebbe essere utile, avvalersi degli adempimenti pubblicitari prescritti dall'art. 2497 bis, 1o e 2o co., e quindi della data di iscrizione e/o di cancellazione dalla sezione speciale del registro delle imprese delle società che sono assoggettate all'attività di direzione unitaria; è evidente, comunque, che, in questo modo, si finisce col valorizzare il sistema formale di pubblicità, togliendo valore al cosiddetto «principio di effettività» che, invece, come si è più volte sottolineato, è il criterio fondamentale per determinare l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento di società, ai sensi dell'art. 2497 c.c.

V'è da chiedersi, inoltre, se il diritto di recesso di cui alla lett. c) dell'art. 2497 quater, c.c., sorga soltanto quando una società, non soggetta a direzione unitaria, venga ad essere eterodiretta da un'altra società o ente e, specularmente, quando tale soggezione cessi del tutto e la società riacquisti la propria autonomia, oppure se tale facoltà possa essere esercitata anche nel caso in cui si verifichi una mera modificazione soggettiva dell'ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento e, dunque, alla

eterodirezione di un soggetto del gruppo si sostituisca quella di un altro all'interno del medesimo gruppo.

La lettera della norma è di poco aiuto in proposito, in quanto perfettamente adattabile ad entrambe le interpretazioni; più utile ad una risoluzione del quesito appare, quindi, un esame della *ratio* dell'istituto introdotto dal legislatore delegato, considerando che, ciò che determina il diritto di *exit* dei soci esterni alla capogruppo, non è soltanto il formale ingresso o la fuoriuscita dal gruppo delle società dominate, ma l'"alterazione delle condizioni di rischio dell'investimento" originario posto in essere dai soci di queste ultime che derivi dal sopraggiungere o dalla cessazione dell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento della dominante. Partendo da tale presupposto e ammesso che la funzione del diritto di recesso sia effettivamente quella di garantire tutela ai soci delle società eterodirette, in presenza di alterazioni delle condizioni di rischio degli investimenti dagli stessi effettuati nella compagine sociale di cui fanno parte, è evidente che anche il mero cambiamento del soggetto posto al vertice del gruppo, laddove sia tale da determinare una modificazione delle condizioni di rischio e redditività dell'investimento, così come previsto dall'art. 2497 quater, c.c. - per esempio, sotto il profilo della maggiore o minore affidabilità dello stesso - non potrà non legittimare l'esercizio del diritto di *exit*. Un'interpretazione restrittiva della norma comporterebbe, infatti, un'ingiustificabile disparità di tutela, pur a fronte di situazioni chiaramente caratterizzate dalla medesima rischiosità⁸⁵.

⁸⁵ Sostiene tale soluzione interpretativa anche VENTORUZZO, cit., 1187, conf. Associazione Disiano Preite, 424.

A parte le evidenti difficoltà di determinazione concreta dei presupposti che legittimano il diritto di *exit* nella fattispecie di cui alla lett. c) sopra evidenziate, non può comunque negarsi che l'appartenenza o meno al gruppo, sia effettivamente un fattore idoneo ad influire in misura rilevante sull'andamento economico di un'impresa, soprattutto quando essa svolge un'attività meramente funzionale alla politica del gruppo al quale appartiene, la cui «spendibilità» all'esterno di esso risulterebbe difficile, quando non addirittura impossibile. È chiaro, infatti, che, mentre in alcuni casi, la fuoriuscita dal gruppo, potrebbe comportare la mera perdita di occasioni favorevoli per la società dominata, fra le quali, ad esempio, la stipulazione di contratti infragruppo a condizioni più vantaggiose di quelle di mercato, o la possibilità di ottenere più agevolmente forme di finanziamento, in altri, invece, essa potrebbe addirittura compromettere la sopravvivenza della società figlia, che, fuori del gruppo, potrebbe non disporre dei mezzi e delle condizioni necessarie per svolgere la propria attività in modo concorrenziale⁸⁶. Ciò non toglie, naturalmente che, anche in questo caso, debba evitarsi la facile equazione secondo cui l'uscita della società dal gruppo comporti, sempre e comunque, un pregiudizio per la stessa e, di riflesso, un'alterazione delle condizioni di rischio dell'investimento; vero è, invece, che per giustificare il recesso del socio, l'eventuale influenza negativa dovrà essere oggetto di un accertamento effettivo, ancorato a dati tecnici e obiettivamente verificabili il cui costo, non essendo alla portata di ciascuno, potrebbe accrescere il depauperamento della società nei confronti

⁸⁶ V. PASQUARIELLO, *art. 2497 quater*, in *Commentario breve al diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, 1159.

della quale il diritto di *exit* viene concretamente esercitato⁸⁷. Il pericolo di erosione del patrimonio della società soggetta a direzione e coordinamento risulta, infatti, connaturato all'esercizio da parte dei soci di minoranza del diritto di recesso, in quanto determina l'obbligo per quest'ultima di procedere in tempi relativamente brevi alla liquidazione del valore della partecipazione sociale, col rischio che l'entità del rimborso comprometta l'equilibrio finanziario ed economico della società, con effetti destabilizzanti, non soltanto per i creditori della stessa, ma anche per l'esercizio dell'attività d'impresa, cui possono conseguire concrete ripercussioni sulle stesse possibilità di sopravvivenza della società. Tale rischio appare ancor più forte se guardato alla luce del dettato dell'art. 2497 quater, lett. c), che, escludendo la facoltà di recesso nell'ipotesi in cui la società sia quotata in mercati regolamentati e nel caso in cui sia stata promossa un'offerta pubblica di acquisto, è destinato ad operare prevalentemente nell'ambito di compagini societarie di piccole dimensioni ove, data la ristrettezza del numero di soci, i contraccolpi del recesso possono rendere molto incerta la stessa stabilità dell'impresa, soprattutto in presenza di un forte indebitamento e qualora non sussista una consistente patrimonializzazione⁸⁸.

E' chiaro, dunque, che il diritto di recesso, che nasce quale strumento di tutela individuale a fronte di operazioni societarie o di gruppo potenzialmente pregiudizievoli per il socio di minoranza, rischia di trasformarsi in un mezzo di condizionamento

⁸⁷ In tal senso DE ANGELIS, *Dal capitale «leggero» al capitale «sottile»: si abbassa il livello di tutela dei creditori*, in *Le società*, 12, 2002, 1461.

⁸⁸ V. sull'argomento, PAVONE LA ROSA, cit., 778; IRACE, cit., 339.

delle scelte della maggioranza, la quale di fronte al pericolo che la società non riesca a sostenere l'onere del rimborso e sia costretta allo scioglimento, potrebbe decidere di rinunciare ad operazioni convenienti, dovendo necessariamente anteporre la sopravvivenza dell'impresa, al suo sviluppo.

Meritevoli di una breve riflessione sono, infine, i due casi di esclusione del diritto di recesso indicati dall'art. 2497 quater, c.c., lett. c), che si verificano, rispettivamente, quando *“si tratta di società con azioni quotate”* o qualora *“venga promossa un'offerta pubblica d'acquisto”*.

Nel primo caso, si ritiene che l'esclusione del diritto di recesso debba essere ricondotta alle più agevoli modalità di disinvestimento della partecipazione, nell'ambito di società che accedono al mercato delle azioni quotate: il legislatore, evidentemente, ritiene che la quotazione in mercati ufficiali costituisca un sostitutivo più efficiente dell'*exit*, sul presupposto che i maggiori obblighi informativi e, in generale, le tutele assicurate ai partecipanti al capitale sociale dalla disciplina delle società quotate siano idonee a garantire un adeguato livello di protezione e una più facile liquidabilità delle azioni. Tale argomentazione trova, peraltro, riscontro, anche nella disciplina generale del recesso nelle s.p.a., (art. 2437, c.c.) ove, qualora la società ricada nella definizione di emittente quotato, i presupposti del recesso appaiono circoscritti, non essendo ammissibile l'introduzione di ipotesi facoltative di recesso a livello statutario.

Ritengo, tuttavia, che, per quanto questa soluzione possa essere condivisa nelle sue linee generali, nella pratica, invece, non sempre il mercato costituisce un'istituzione idonea a tutelare il

socio minoritario così come il diritto di recesso: si pensi, ad esempio, all'ipotesi, tutt'altro che infrequente, in cui l'organo amministrativo della società ponga in essere stratagemmi per deprimere artificialmente il valore di mercato delle azioni, con conseguente "espropriazione" delle ragioni dei soci uscenti; in questo caso, infatti, vi è sempre il rischio che il mercato reagisca negativamente alle operazioni congegnate dal *management*, a tutto vantaggio del gruppo di comando. Appare dunque evidente che soltanto il diritto di recesso potrebbe costituire un'effettiva garanzia minima per il socio, da prevedere come "alternativa" alla cessione delle azioni, anche in quelle situazioni in cui, pur trattandosi di società con titoli largamente negoziati, la tutela del mercato non sia in grado di operare efficacemente.

Per quanto attiene l'ipotesi in cui sia stata promossa un'offerta pubblica d'acquisto nei confronti della società dominata, si può ritenere che, anche in questo caso, il legislatore abbia voluto escludere il diritto di recesso, ritenendo l'o.p.a. un meccanismo ad esso alternativo, comunque idoneo a garantire la possibilità di smobilizzo dell'investimento del socio.

Fra i due istituti, in effetti, può sussistere una certa affinità economica e funzionale, per esempio, qualora l'offerta sia rivolta a tutti gli azionisti, per la totalità dei loro titoli e per un prezzo equo - cioè non significativamente inferiore rispetto a quello determinabile in base ai criteri di cui all'art. 2437 quater c.c., al fine della liquidazione delle azioni del socio recedente. In questo caso, evidentemente, l'effetto pratico dell'offerta non sarebbe molto diverso rispetto a quanto accadrebbe esercitando il recesso, qualora gli azionisti acquistassero le azioni del recedente. Sulla base di tale

affinità, risulterebbe quindi condivisibile la scelta del legislatore di escludere il diritto di *exit* in capo al socio della controllata, la cui posizione verrebbe, infatti, ad essere sufficientemente salvaguardata dall'o.p.a..

Preme, tuttavia, rilevare che l'espressione utilizzata dal legislatore nell'ultima parte della lett. c) dell'art. 2497 quater c.c., appare eccessivamente generica, mancando qualsivoglia indicazione circa i caratteri che l'offerta dovrebbe presentare (quantitativo di titoli che deve formarne l'oggetto, prezzo al quale l'offerta deve essere effettuata, momento nel quale l'offerta deve essere presentata, ...) perché sia idonea ad escludere il diritto di *exit*; tale scelta rischia, evidentemente, di far venir meno completamente l'equivalenza dei due istituti, in tutti quei casi in cui i requisiti dell'offerta non siano tali da far sì che essa si ponga come valida alternativa in termini di tutela dei soci di minoranza all'esercizio del diritto di recesso, perché, per esempio, lanciata ad un prezzo non equo o strutturata in modo tale da non garantire agli azionisti aderenti la pronta liquidazione delle azioni.

3.2. (Segue) Termini e modalità di esercizio del diritto di recesso.

Il legislatore non si è preoccupato di regolare con una disciplina *ad hoc* le modalità di esercizio del diritto di recesso nei casi di cui all'art. 2497 quater c.c., supplendo a tale mancanza, con un mero rinvio in bianco alle disposizioni dettate in materia di recesso del socio nella società per azioni e a responsabilità limitata. Questa scelta, oltre che carente, in quanto trascura di richiamare la disciplina delle società di persone (che, invece, possono essere parte di un gruppo) appare, in alcuni casi,

addirittura impropria, poiché lascia aperti rilevanti problemi applicativi, dovuti principalmente al fatto che il recesso nelle realtà di gruppo, non consegue *sic et simpliciter* ad una deliberazione della società di cui il recedente è socio ma, in molti casi, a circostanze relative ad una diversa società (cioè quella che esercita il potere di direzione unitaria) di cui il socio esterno potrebbe non aver avuto alcuna preventiva notizia. Si pensi, ad esempio, alla facoltà di recesso che consegue alla deliberazione di modifica dell'oggetto sociale o a quella di trasformazione dello scopo della società capogruppo [v. art. 2497 quater, lett. a)]: in entrambi i casi, applicando la disciplina prevista per le s.p.a. o per le s.r.l., il termine per l'esercizio del diritto di *exit* dovrebbe decorrere dalla data di iscrizione della delibera nel registro delle imprese, tuttavia, trattandosi di mutamenti che attengono alla società che esercita il potere di direzione e coordinamento e non a quella di cui il socio recedente fa parte, questi potrebbe anche trovarsi nella situazione di non avere notizia dell'assunta deliberazione in tempo utile per poter esercitare, nei termini, il diritto di recesso, vedendo così compromessa ogni possibilità di tutela.

Ma v'è di più. nel caso di mutamento dell'oggetto sociale, come già rilevato, il diritto di *exit* non ha come presupposto soltanto la deliberazione della dominante, ma anche l'alterazione delle condizioni economiche e patrimoniali della società soggetta a direzione e coordinamento; alterazione che, però, potrebbe divenire nota al socio soltanto a distanza di tempo dalla citata deliberazione e, dunque, in un momento nel quale i termini di decadenza previsti dagli artt. 2437 bis e 2473 c.c. siano ormai decorsi.

Sorge, allora, il legittimo dubbio che il termine entro cui esercitare il diritto di recesso, debba computarsi non dalla data di iscrizione della decisione nel registro delle imprese, ma dal momento in cui vengano effettivamente accertate le conseguenze negative che da tale decisione derivano⁸⁹.

Problemi ancora maggiori sorgono, poi, per la determinazione del termine di esercizio del recesso e del momento da cui lo si debba far decorrere, con riferimento all'ipotesi prevista dalla lett. c) dell'art. 2497-quater, non soltanto perché l'inizio e la cessazione dell'attività di direzione e coordinamento possono essere determinati non soltanto da deliberazioni, ma anche da fatti, con conseguente applicazione di termini di decadenza diversi, ma soprattutto perché, come si è più sopra accennato, il diritto di recesso non ha come unico presupposto la vicenda dell'ingresso o dell'uscita della società dal gruppo, ma anche quello del mancato promovimento di un'offerta pubblica di acquisto e quello dell'alterazione delle condizioni di rischio dell'investimento. È evidente, soprattutto se l'evento legittimante il socio all'*exit* non consista in una deliberazione, ma in una circostanza di fatto, che sarà necessario attendere l'accertamento di tutti i presupposti previsti dalla norma (compreso quello, negativo, del mancato promovimento dell'o.p.a.) e far decorrere il termine di trenta giorni dalla conoscenza di tali circostanze da parte del socio recedente che, comunque, rimarrà sempre esposto al rischio che la società capogruppo, o qualunque altro interessato, promuovano l'offerta

⁸⁹ In tal senso, RORDORF, cit., 549.

pubblica prima dell'avvenuta liquidazione della quota, così paralizzando gli effetti del suo recesso⁹⁰.

Meno problematica appare, invece, l'ipotesi di cui alla lett. b) dell'art. 2497 quater, nella quale la legittimazione del socio all'esercizio del diritto di *exit* sorge, senza alcun dubbio, dalla comunicazione del deposito della sentenza di condanna a carico della società che esercita la direzione unitaria: a partire da tale momento, infatti, il socio acquisisce conoscenza legale del fatto che lo legittima al recesso e dunque avrà trenta giorni per esercitarlo.

In conclusione, a parte quest'ultimo caso in merito al quale non sembrano sorgere particolari dubbi, appare evidente che, nelle altre ipotesi, il rinvio in bianco rischia di creare numerose incertezze applicative, sia per quel che concerne la legittimazione, sia, soprattutto, per quel che riguarda i termini e le modalità di esercizio del recesso, a fronte delle quali sarebbe auspicabile, in assenza di un intervento risolutivo da parte del legislatore, che gli amministratori della società che esercita l'attività di direzione e coordinamento, in applicazione del dovere di agire secondo principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, fossero sempre tenuti a comunicare formalmente alle società dominate, il verificarsi delle circostanze di fatto o l'assunzione delle deliberazioni, che la legge pone a base della facoltà di *exit*⁹¹.

Ma anche tale soluzione, per quanto interessante, comporterebbe un forte rischio di decadenza per i soci che volessero esercitare il diritto recesso, in tutti i casi in cui gli

⁹⁰ Sottolinea questo rischio, RORDORF, cit., 549.

⁹¹ In tal senso, IRACE, cit., 338; CALLEGARI, *Il nuovo diritto societario*, commentario diretto da Cottino e Bonfante - Cagnasso - Montalenti, Bologna, 2004, 2212.

amministratori della società capogruppo non adempissero diligentemente agli oneri di comunicazione di cui si è detto.

Ma v'è di più. È evidente, infatti, che, a ben guardare, tutte le decisioni assunte dalla società dominante, pur formalizzate in una delibera, debbono ritenersi in realtà un "fatto" esterno alla società cui i soci legittimati al recesso appartengono, rispetto al quale questi ultimi, in quanto soci della partecipata, non hanno alcun potere di partecipazione o influenza diretta, né, tanto meno, sono dotati di mezzi di conoscenza e di strumenti di informazione analoghi a quelli di cui dispongono in ordine alle delibere assunte nelle proprie società. Alla luce di tale constatazione, sembrano dunque venir meno le ragioni sostanziali per applicare la disciplina prevista per il recesso nel caso di delibere assembleari - disciplina la cui applicabilità verrebbe quindi a circoscriversi (anche perché poco vantaggiosa) a quei casi in cui il socio ha avuto la possibilità di partecipare ai lavori assembleari e in cui dispone di specifici diritti di informativa⁹² e, quindi, soltanto ai casi di delibere della società dalla quale il socio intende recedere.

In conclusione, nelle ipotesi di recesso di cui all'art. 2497 quater, dovrebbe trovare applicazione la normativa che prevede che il socio possa esercitare il diritto di recesso entro il più ampio termine di trenta giorni dalla conoscenza del fatto.

4. I finanziamenti infragruppo.

Con l'art. 2497 quinquies, che recita "ai finanziamenti effettuati a favore della società da chi esercita attività di direzione e

⁹² Accoglie tale tesi VENTORUZZO, cit., 1192.

coordinamento nei suoi confronti o da altri soggetti ad essa sottoposti si applica l'art. 2467"- il legislatore ha provveduto ad estendere ai gruppi di società l'istituto della postergazione dei crediti per i finanziamenti dei soci alla società, nonché l'obbligo di restituzione dell'eventuale rimborso dei prestiti effettuati, come previsto dall'art. 2467 in materia di società a responsabilità limitata. Disposizione che prevede in sintesi che, qualora i soci abbiano effettuato, in qualsiasi forma, un finanziamento a favore della società in un momento di eccessivo squilibrio dell'indebitamento della stessa rispetto al suo patrimonio netto o nell'ambito di una situazione finanziaria in cui sarebbe stato ragionevole effettuare un conferimento, il credito nascente dal diritto al rimborso dovrà essere postergato rispetto alla soddisfazione degli altri creditori sociali, mentre l'eventuale rimborso ottenuto nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento della società, dovrà essere restituito.

La *ratio* a base di questa disciplina va individuata nella volontà di evitare che il rischio dell'attività d'impresa venga sistematicamente traslato dai soci ai creditori sociali, attraverso forme di finanziamento che, ponendo i primi sullo stesso piano dei secondi, consentano, di fatto, ai soci di sottrarre i propri apporti allo schema giuridico-formale dell'aumento di capitale sociale e, di conseguenza, al necessario preventivo soddisfacimento degli altri creditori sociali.

A tale proposito, per "finanziamenti" dei soci si intendono gli apporti di danaro che questi ultimi pongono in essere a favore della società con obbligo di rimborso; proprio tale obbligo distingue gli apporti a titolo di finanziamento da quelli di altra natura ed in particolare, dai conferimenti imputati a capitale

sociale, che possono essere rimborsati soltanto allo scioglimento della società o con il procedimento di riduzione del capitale sociale, dai versamenti in conto capitale, per i quali non vi è obbligo di restituzione a carico della società e che vengono appostati in una riserva del patrimonio netto, nella misura in cui non vengono impiegati per ripianare le perdite; dai versamenti in conto futuro aumento di capitale, che sono anticipi versati dai soci per la sottoscrizione di azioni o quote di futura emissione e per tale ragione sono destinati all'imputazione a capitale, una volta perfezionata la procedura di aumento del capitale⁹³.

L'art. 2497 quinquies vuol costituire un «rimedio»⁹⁴ al diffuso problema della sottocapitalizzazione nominale che si verifica ogni qual volta la società, dotata di un capitale di rischio manifestamente insufficiente al perseguimento del suo oggetto sociale, viene messa in condizione di esercitare l'attività d'impresa attraverso prestiti da parte dei soci, anziché attraverso conferimenti. Prima della riforma, non sussistevano nel nostro ordinamento disposizioni espressamente volte ad arginare questo fenomeno, potendosi individuare, tutt'al più norme (si pensi, a tale proposito, alle disposizioni che impongono alle società di capitali di dotarsi di un capitale sociale minimo) volte a fare fronte, seppur in modo non risolutivo, al diverso fenomeno della sottocapitalizzazione materiale che contraddistingue, invece, quelle situazioni in cui il fabbisogno finanziario della società, dotata di un

⁹³Per tale distinzione, si veda estesamente, CAMPOBASSO, *Finanziamento del socio*, in *Banca Borsa e titoli di credito*, vol. LXI, Nuova serie, 2008, 441.

⁹⁴ Tale rimedio è stato inserito nel codice civile con la riforma del diritto societario del 2003, per risolvere l'annoso dibattito avente ad oggetto la sussistenza o meno, in caso di insolvenza della società sottocapitalizzata, del diritto dei soci finanziatori di partecipare al concorso su un piano di parità con gli altri creditori.

capitale inadeguato rispetto all'oggetto sociale, non viene coperto neppure attraverso prestiti dei soci o di terzi.

La sottocapitalizzazione nominale, che non presenta particolari problemi fino a che la società opera *in bonis*, in quanto i prestiti creano l'apparenza sul mercato di una ampia disponibilità di risorse finanziarie in capo alla stessa, diviene, invece, rischiosa, per i creditori sociali, in caso di liquidazione o di assoggettamento della società a procedura concorsuale, in quanto, quando i soci preferiscono ricorrere a finanziamenti realizzati secondo gli schemi di un comune rapporto creditizio, essi acquistano la veste di creditori della società e partecipano allo svolgimento dell'attività d'impresa sottraendo di fatto il loro apporto ai rischi conseguenti, concorrendo su un piano di parità con gli altri creditori sociali.

Proprio per disincentivare questo ricorso alla pratica dei finanziamenti «fuori capitale», cioè apporti di patrimonio, che non incidono sul capitale nominale della società, ma ne incrementano soltanto il patrimonio, il legislatore ha introdotto i due correttivi di cui all'art. 2467, creando così i presupposti per evitare il conflitto fra soci e creditori sociali, attraverso l'istituto della postergazione ed eventualmente reintegrare il patrimonio della società, a beneficio della massa, attraverso la revoca della restituzione del prestito, qualora, entro l'anno, dovesse sopravvenire il fallimento della società finanziata.

E' chiaro, tuttavia, che l'opposizione al fenomeno della sottocapitalizzazione non poteva essere realizzata dal legislatore attraverso un divieto assoluto di operare finanziamenti, idoneo a compromettere completamente la possibilità per i soci di venire in aiuto alla società in caso di effettivo bisogno della stessa,

considerato che, di per sé, non è irragionevole che un socio pratici alla propria società condizioni di finanziamento più vantaggiose di un finanziatore estraneo.

Per questo motivo, sono state introdotte due specifiche condizioni⁹⁵ (che, secondo il tenore letterale della norma, appaiono fra loro alternative⁹⁶) in assenza delle quali l'art. 2467 non trova applicazione: la prima, come già accennato, consiste nella necessaria presenza di un eccessivo squilibrio dell'indebitamento della società rispetto al suo patrimonio netto, la seconda, nella sussistenza di una consistenza finanziaria della stessa, in virtù della quale sarebbe stato ragionevole attendersi un conferimento da parte dei soci e non il ricorso a forme esterne di finanziamento.

Pur essendo evidente la difficoltà, che graverà sull'autorità giudiziaria, di operare un accertamento obiettivo e sicuro di questi requisiti, trattandosi di valutazioni di natura soggettiva che dovranno necessariamente essere supportate da motivazioni congrue e circostanziate, non si può non accogliere positivamente queste specificazioni, attraverso le quali il legislatore ha, evidentemente, cercato di realizzare il giusto equilibrio tra due fenomeni entrambi potenzialmente negativi: da un lato, l'esercizio dell'attività d'impresa mediante l'utilizzo di finanziamenti apparentemente esterni, per sopperire a capitali di rischio volutamente inadeguati, dall'altro, l'inibizione totale della facoltà

⁹⁵ Al contrario, ad esempio, della legge spagnola (artt. 92 e 93 *ley concursal* [2003]) la quale prevede che la postergazione dei finanziamenti operi di diritto.

⁹⁶ Di diverso avviso, CAMPOBASSO, cit., 444, secondo il quale in base all'art. 2467, secondo comma, il presupposto di postergazione dei finanziamenti dei soci è invece unico e consiste in una situazione patrimoniale e finanziaria della società tale da porre la stessa a rischio di insolvenza; in senso conforme, Cass. 24 luglio 2007, n. 16393, secondo cui la postergazione opera quando la società "aveva necessità di acquisire la provvista (del finanziamento) ma non sarebbe stata in grado di operare i rimborsi".

per i soci di supportare finanziariamente la propria società, in tutti i casi in cui l'apporto fuori capitale si presenta effettivamente come lo strumento più vantaggioso per la sua economia⁹⁷. È evidente, infatti, che se da un lato, il corretto ricorso al credito aumenta il valore dell'impresa, poiché l'utilizzo della leva finanziaria consente di incrementare investimenti e ricavi, generando inoltre vantaggi fiscali, data la deducibilità come costi degli interessi passivi, dall'altro, l'eccessivo indebitamento riduce il valore della società perché il mercato sconta il maggior rischio di insolvenza e i relativi costi.

La medesima esigenza di predisporre una tutela rafforzata nei confronti dei creditori delle società a responsabilità limitata, è stata avvertita dal legislatore anche con riferimento a coloro che, vantando crediti nei confronti di società che appartengono ad una realtà di gruppo, si trovano a dover agire in un contesto caratterizzato da legami e poteri che, seppure non possono dirsi sempre coincidenti con quelli che caratterizzano il rapporto socio-società sono, evidentemente, ritenuti potenzialmente idonei a pregiudicare i creditori cosiddetti esterni (in particolare quelli delle società dominate), esattamente nello stesso modo in cui ciò accade nell'ambito di una società a responsabilità limitata.

Tale equivalenza è sicuramente più evidente se si pensa ad un gruppo costruito su rapporti di controllo partecipativo, ove la società che pone in essere il finanziamento (sia essa la controllante o una delle controllate) assume effettivamente la qualifica di socia della società finanziata e dunque si trova in una posizione del tutto

⁹⁷ Più rigorosa, in tal senso, è la legge austriaca (§ 2 *Eigenkapitalersatz-Gesetz* [2003]), la quale indica parametri di indebitamento oltre i quali si deve presumere che la società sia sottocapitalizzata.

analoga a quella prevista dall'art. 2467; meno immediata appare, invece, qualora l'attività di direzione e coordinamento sia esercitata sulla base di un contratto o di clausole statutarie, come è oggi consentito dall'art. 2497 septies. In questo caso, infatti, l'istituto della postergazione troverà applicazione – sia che il finanziamento venga concesso dalla capogruppo a favore di una società figlia, sia che venga effettuato fra società sorelle – in totale assenza di partecipazione sociale della finanziatrice nella finanziata e, dunque, senza che fra le parti sussista quel particolare legame associativo che parrebbe, invece, essere il presupposto della disciplina di cui all'art. 2467.

È evidente, allora, che la *ratio* di tale previsione debba essere ricercata *aliunde*, e ciò anche per il fatto che, se davvero si individuasse nella mera partecipazione sociale l'elemento che ne legittima l'applicazione, l'istituto della postergazione dovrebbe essere esteso a qualsiasi tipo di società e, dunque, anche alle società per azioni, cosa che, invece, ritengo debba essere esclusa per via del mancato inserimento, in tale ambito, di una norma *ad hoc* da parte del legislatore⁹⁸.

Può risultare utile, a tal fine, esaminare la disciplina della «nuova» società a responsabilità limitata, trattandosi del contesto originario, nel quale il legislatore ha voluto collocare le regole della

⁹⁸ Infatti, l'assenza della norma nell'ambito di una riforma che ha investito a tutto campo le società di capitali, rimarcando una netta distinzione tra il tipo s.r.l. e il tipo s.p.a., non può essere considerata una mera dimenticanza o una casualità, ma una vera e propria scelta sistematica; in tal senso v. IRACE, cit., 342; VALZER, *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto, Il nuovo diritto delle società*, diretto da Abbadessa e Portale, 3, 858, nt. 50; *contra*, SALAFIA, *I finanziamenti dei soci alla società a responsabilità limitata*, in *Le società*, 2005, 9, 1082; PRESTI - RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*, cit., Lezione XXXIV, 331; IRRERA, commento all'art. 2497 *quinquies* c.c., in *Il nuovo diritto societario*, commentario diretto da Cottino e Bonfante - Cagnasso - Montalenti, Bologna, 2004, 2214.

postergazione e dell'obbligo di rimborso, in caso di fallimento, dei finanziamenti concessi dai soci alla società. Appare immediatamente evidente che, in tale ambito, il socio ha assunto una posizione di grande centralità, alla quale si accompagnano poteri gestori molto penetranti ed un maggior controllo sugli atti di amministrazione, sia inteso come controllo in senso stretto, sia come garanzia di mantenimento dei rapporti fra i gruppi sociali⁹⁹. Proprio questo rafforzamento della figura e dei poteri del socio, che determina la possibilità per quest'ultimo di accedere, con maggiore facilità, alle informazioni relative alla situazione finanziaria della società, ritengo possa costituire il presupposto del trattamento «quasi sanzionatorio» previsto a carico di chi, pur essendo consapevole dell'esistenza di un eccessivo squilibrio tra indebitamento e patrimonio netto della società, o dell'esistenza di una situazione finanziaria nella quale sarebbe stato ragionevole effettuare un conferimento, ciò nonostante abbia deciso di porre in essere apporti «fuori capitale», al fine di addossare il rischio della gestione dell'impresa sociale, prevalentemente in capo ai creditori esterni della società.

Se questa è la *ratio* della disciplina, appare di immediata evidenza la sua estensibilità alle realtà di gruppo, ove una delle espressioni più frequenti dell'esercizio del potere di direzione unitaria è proprio quella della eterodeterminazione delle politiche di finanziamento – spesso realizzate attraverso prestiti diretti dalla dominante alle dominate o indiretti tra società sorelle su disposizione della capogruppo – cui, nella maggior parte dei casi, si accompagna altresì l'obbligo di redazione del bilancio

⁹⁹ Così, PAOLUCCI, *Manuale di diritto commerciale*, Padova, 2008, 324.

consolidato, nel quale viene rappresentata in modo unitario, la situazione finanziaria, patrimoniale ed economica del gruppo.

In altri termini, in presenza di adeguati strumenti di conoscenza, quali possono ritenersi quelli offerti dal bilancio consolidato o, ancora, dagli obblighi di motivazione delle decisioni di cui all'art. 2497 ter, si può ritenere che chi esegue il finanziamento, o chi ne dispone l'esecuzione quale mandante, si trovi effettivamente nella condizione di conoscere anche il potenziale pregiudizio che l'operazione potrebbe arrecare ai creditori della società finanziata e debba, di conseguenza, sottostare a tutte le cautele che la legge ricollega a tale condotta, sia in forma di postergazione del diritto al rimborso, sia in forma di restituzione del rimborso già conseguito, così come accade per i cosiddetti soci-finanziatori delle società a responsabilità limitata. Ciò che assume rilevanza per l'applicazione della disciplina di cui all'art. 2497-*quinquies*, quindi, non è la posizione di socio in capo al finanziatore, ma quella di soggetto che, in quanto dotato di peculiari poteri di gestione e controllo, può attingere con facilità a tutte le informazioni relative alla situazione della società finanziata¹⁰⁰.

In sostanza, anche nelle realtà di gruppo vige una sorta di presunzione di conoscenza o di conoscibilità del rischio di danno che certe forme di finanziamento possono arrecare ai creditori della società finanziata¹⁰¹.

¹⁰⁰ Tali considerazioni rafforzano la tesi secondo cui deve essere esclusa l'applicazione analogica dell'art. 2467, c.c., alle società per azioni, dato che l'azionista non ha di per sé poteri di informazione e/o di controllo neppure lontanamente paragonabili a quelli del socio di s.r.l.

¹⁰¹ V. SIMENON, *La postergazione dei finanziamenti dei soci nelle s.p.a.*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2007, 1, 91.

Tuttavia, mentre tale conclusione appare scontata quando il prestito viene effettuato a favore di una società figlia da parte della società o ente che esercita il potere di direzione unitaria, poiché quest'ultima, dalla posizione in cui si trova, è sicuramente in grado di conseguire, con maggiore facilità, la perfetta figurazione della situazione economico-finanziaria della dominata e di agire, conseguentemente, nel modo più vantaggioso; la stessa conclusione appare, invece, da verificare in concreto, nell'ipotesi in cui il finanziamento coinvolga due società sorelle, in quanto, in questo caso, non possono essere dati per scontati, né l'effettiva conoscenza della situazione della società finanziata da parte della finanziatrice, né i reali vantaggi che potrebbero derivare a quest'ultima da operazioni di prestito, soprattutto laddove effettuate in assenza di partecipazioni sociali nel soggetto finanziato. In questo caso, quindi, l'applicazione delle regole contenute nell'art. 2497 quinquies potrà verificarsi soltanto se verrà accertata, in concreto, la sussistenza di tutti i presupposti dallo stesso richiesti, e dunque, da un lato, l'esistenza di una forte sproporzione tra patrimonio netto e indebitamento della società finanziata, o, comunque, una irragionevole sottocapitalizzazione della stessa; dall'altro la disponibilità (diretta o mediata) di un patrimonio di informazioni completo della situazione della società finanziata, assimilabile a quello conseguibile dal socio che opera nell'ambito di una società a responsabilità limitata.

CAPITOLO TERZO

“LA RESPONSABILITÀ DA ATTIVITÀ DI DIREZIONE E COORDINAMENTO”

SOMMARIO: *1. La responsabilità da attività di direzione e coordinamento: la condotta rilevante – 2. Il problema della legittimazione ad agire della società soggetta all'attività di direzione e coordinamento – 3. L'esegesi del terzo comma dell'art. 2497 c.c. – 4. L'azione di responsabilità dei soci – 5. L'azione di responsabilità dei creditori – 6. La legittimazione passiva – 7. La responsabilità di chi ha tratto consapevole beneficio dal fatto lesivo – 8. Il problema della capogruppo persona fisica – 9. I vantaggi compensativi nella valutazione della responsabilità da attività di direzione e coordinamento di società.*

1. La responsabilità da attività di direzione e coordinamento: la condotta rilevante.

Nella Relazione al d.lg. n. 6/2003, quello della responsabilità della società che esercita attività di direzione e coordinamento, verso i soci e i creditori delle dominate, è definito come «il problema centrale del fenomeno del gruppo» ed infatti l'art. 2497 c.c. – norma che apre il Capo dedicato a tale attività – è rubricato proprio «responsabilità»¹⁰²; tale disposizione prevede

¹⁰² L'importanza di tale concetto, si nota anche ad un esame approfondito delle altre disposizioni del Capo IX, le quali si mostrano unite da un filo rosso che le ricollega più o meno direttamente al concetto di «responsabilità»; si veda, ad esempio, l'art. 2497 bis, 3o co., individua esplicitamente un obbligo risarcitorio in capo agli amministratori che omettono le formalità pubblicitarie richieste per le società che sono soggette o esercitano il potere di direzione unitaria, o l'art. 2497 ter c.c. che, come già accennato, apre possibili scenari di responsabilità degli amministratori della società dominata per mancata o non analitica motivazione delle decisioni influenzate dall'attività di direzione e coordinamento, o ancora l'art. 2497 quinquies che, inserendo regole di gestione dell'impresa di gruppo sotto il profilo finanziario,

che siano direttamente responsabili nei confronti dei soci e dei creditori delle dominate, le società o gli enti che, «esercitando attività di direzione e coordinamento di società, agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime (...)»¹⁰³.

Già ad una prima lettura, appare evidente che il testo dell'articolo si caratterizza per l'uso di espressioni generiche – a tratti quasi vaghe – che rischiano di porre nel nulla gli obiettivi che la norma si propone di realizzare, rendendo poco efficace la tutela effettiva dei soggetti che ne sono i destinatari¹⁰⁴: gli stessi principi di «corretta gestione societaria e imprenditoriale», ad esempio, non sono precisati in alcun modo ed, inoltre, vengono enunciati con locuzioni che non trovano precedenti omologhi nel nostro ordinamento; allo stesso tempo, non può sfuggire che essi

può essere visto come disposizione che fonda ipotesi di responsabilità per casi di non corretto finanziamento delle società aggregate. Ritengo che queste norme, al di là delle finalità precipue cui sono sottese, possano essere utili anche per concretizzare la vaghezza delle clausole generali di cui il legislatore si è avvalso (forse eccessivamente) nell'art. 2497 c.c.: gli adempimenti imposti da tali disposizioni, infatti, potrebbero essere utilizzati per individuare concretamente esempi di condotte idonee a far sorgere responsabilità risarcitorie in capo alla capogruppo o ai suoi organi; nello stesso senso v. PRESTI, RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale, Le società*, II, 326, secondo cui la previsione di doveri informativi a carico degli organi della società soggetta a direzione e coordinamento, laddove violata, costituisce indice del non corretto esercizio di tale attività.

¹⁰³Si noti che l'articolo introduce, per la prima volta nel nostro ordinamento, una forma di «responsabilità diretta» della capogruppo nei confronti dei soci e dei creditori della società controllata, con ciò innovando rispetto alla fattispecie di cui all'art. 90 della l. n. 270 del 1999 che, invece, sempre in ipotesi di direzione unitaria di imprese di gruppo, prevede la responsabilità dell'organo amministrativo della holding che ha abusato di tale direzione, in solido con gli amministratori della società dichiarata insolvente, laddove le direttive impartite da tale organo abbiano cagionato danni alla società medesima.

¹⁰⁴V., PORTALE, *Osservazioni sullo schema di decreto delegato in tema di riforma delle società di capitali*, in *Rivista di diritto privato*, 2002, 717, e ancora SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2003, I, 664.

costituiscono i limiti di legittimità all'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, il che rende imprescindibile tentarne una specificazione, ancorandoli a criteri obiettivi che consentano di capire, con sufficiente certezza, quando detta attività diventi patologica e causa di responsabilità in capo a chi la svolge¹⁰⁵.

Per poter definire il contenuto del «potere-dovere» di buon esercizio della direzione unitaria che compete alla capogruppo, fermo restando quanto già affermato con riferimento all'attività di direzione e coordinamento, occorrerà, in primo luogo, prendere in considerazione gli interessi che la norma si prefigge di salvaguardare, da un lato, la «redditività e il valore della partecipazione sociale»¹⁰⁶, la cui lesione determina la responsabilità della capogruppo verso i soci della dominata e, dall'altro, l'«integrità del patrimonio della società», il cui pregiudizio comporta responsabilità nei confronti dei creditori della stessa¹⁰⁷; solo individuando specificamente i beni giuridici

¹⁰⁵ Tale compito è stato affidato dalla stessa Relazione alla Riforma, a dottrina e giurisprudenza, in essa infatti si legge «spetterà a dottrina e giurisprudenza individuare e costituire i principi di corretta gestione imprenditoriale e societaria posti nel nuovo testo a tutela del bene partecipazione e ovviamente in concreto dottrina e giurisprudenza non potranno non tener conto delle infinite variabili e dell'incessante evoluzione economica ed operativa», in *Rivista delle società*, 2003, par. 13, 156.

¹⁰⁶ Queste espressioni hanno sostituito il riferimento al diritto all'utile e alla valorizzazione della partecipazione sociale, contenuto nello Schema governativo del 30-9-2002; tale sostituzione, che era stata suggerita nei pareri delle Commissioni riunite giustizia e finanza della Camera dei deputati e della Commissione giustizia del Senato, non può che essere accolta come un miglioramento, tenuto conto del fatto che l'introduzione di un diritto agli utili nelle società di capitali, avrebbe potuto scardinare il principio fondamentale secondo cui, in tali società, il diritto del socio al dividendo sorge solo a seguito di delibera assembleare o di decisione dei soci, trattandosi, prima, di una mera aspettativa soggetta alla discrezionalità dell'organo deliberante.

¹⁰⁷ Secondo l'art. 2497 c.c., infatti, le società che esercitano l'attività di direzione e coordinamento sono direttamente responsabili nei confronti dei soci delle società dominate per il pregiudizio arrecato alla redditività e al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società.

tutelati dalla norma, infatti, si può pensare di determinare quali siano le condotte capaci di pregiudicarli.

Tuttavia, mentre, per quanto concerne l'integrità del patrimonio sociale, tale compito appare facilitato dal fatto che si tratta di bene giuridico coincidente con quello posto ad oggetto dell'art. 2394 c.c., e quindi saranno rilevanti solo quei comportamenti della società che esercita il potere di direzione e coordinamento che siano idonei a ledere il patrimonio sociale delle dominate sino a renderlo insufficiente a soddisfare le ragioni dei creditori; per quel che riguarda la redditività e il valore della partecipazione sociale, invece, l'individuazione si mostra più difficoltosa, trattandosi di beni che sono comparsi per la prima volta nel panorama giuridico italiano con la riforma del diritto societario e che, dunque, dovranno essere oggetto di sforzi definitivi che non potranno giovare di alcun precedente diretto nella nostra esperienza giuridica¹⁰⁸.

In prima approssimazione, trattandosi di bene che fa capo al socio della società soggetta a direzione unitaria, si è avanzata l'ipotesi che la redditività debba essere identificata in termini di potenzialità della partecipazione sociale a produrre la remunerazione del capitale investito, potenzialità che, pur essendo *in re ipsa*, è resa effettiva dalla capacità gestionale degli amministratori della società e dalle scelte che pone in essere l'assemblea dei soci¹⁰⁹. Accogliendo tale interpretazione, appare evidente che si potrà parlare di gestione societaria e/o imprenditoriale scorretta (e dunque di *mala gestio*) ai sensi dell'art.

¹⁰⁸L'espressione utilizzata dal legislatore riecheggia infatti la formula americana dello *shareholder value* come elemento di riferimento per valutare la correttezza dell'agire sociale.

¹⁰⁹In tal senso, v. SALAFIA, cit., 396.

2497 c.c., ogni qual volta la condotta della dominante sia concretamente idonea ad impedire la trasformazione in qualità attuale di quell'attitudine alla remunerazione che è solo in potenza nella partecipazione che fa capo al socio della dominata.

In secondo luogo, per quel che riguarda il concetto di «valore della partecipazione sociale», c'è chi ha avanzato l'ipotesi che esso coincida con il complesso dei potenziali incrementi del valore nominale della partecipazione alla società, sul quale, peraltro, incidono diversi fattori tra cui l'andamento della gestione dell'impresa e la valutazione della società sul mercato¹¹⁰; secondo altri, invece, l'art. 2497 c.c. si riferisce al valore reale della partecipazione, calcolato non sulla base dei criteri di bilancio, ma tenendo conto del valore effettivo del patrimonio sociale anche in termini finanziari¹¹¹. Questo diverso approccio fa sì che la condotta rilevante ai fini di una eventuale responsabilità, venga a connotarsi in termini differenti: mentre nel primo caso, trattandosi di mera possibilità di incremento del valore della partecipazione, il comportamento della holding sarà foriero di conseguenze solo se si provasse l'esistenza di strategie alternative a quelle poste in essere nel gruppo e realmente idonee a trasformare in bene attuale ciò che *ab origine* appare solo una qualità potenziale; nel secondo caso, invece, trattandosi di un valore già esistente, la condotta censurabile dovrebbe consistere in azioni concretamente pregiudizievoli, idonee cioè ad essere identificate in termini di malfunzionamento della direzione unitaria così come effettivamente esercitata (ad esempio, si potrebbe trattare di

¹¹⁰V. sempre SALAFIA, cit., 396.

¹¹¹Tale tesi è richiamata da NIUTTA, cit., 400, nt. 98.

condotte capaci di gettare discredito sulla società dominata o di azioni che deprezzano il valore di scambio delle partecipazioni).

Appare, quindi, evidente che, per acquisire ulteriori elementi interpretativi, determinanti saranno le prime pronunce giurisprudenziali, grazie alle quali si potrà procedere, dapprima, alla qualificazione giuridica di questi «nuovi» beni e, conseguentemente, all'individuazione delle condotte rilevanti ai sensi dell'art. 2497 c.c. Sempre al fine di determinare con maggiore analiticità i principi generali di cui il legislatore si è avvalso per disciplinare la responsabilità della capogruppo che esercita attività di direzione e coordinamento, potrebbe essere utile trarre qualche indicazione dalle elaborazioni giurisprudenziali e dottrinali sino ad ora formulate con riferimento all'istituto della responsabilità degli amministratori ai sensi dell'art. 2392 c.c., i cui elementi costitutivi richiamano, in parte, quelli posti a fondamento della responsabilità ex art. 2497 c.c. Ciò vale, ad esempio, per quel che attiene l'uso della diligenza quale modo di essere della condotta: essa, infatti, se con riferimento agli amministratori, diviene parametro necessario per valutare la correttezza dell'adempimento¹¹², nonché indice utile per rilevare la sussistenza di eventuali responsabilità, allo stesso modo, con riferimento al gruppo, diventa la soglia di attenzione che la dominante è tenuta a rispettare nell'indirizzare la gestione delle società soggette all'attività di direzione unitaria.

Il concetto di diligenza appare, tuttavia, incerto, non potendo essere predeterminato per legge, né tanto meno

¹¹²V. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, in *Trattato Colombo e Portale*, IV, Torino, 1994, 352; CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 2. *Diritto delle società*, *La responsabilità degli amministratori verso la società*, 378.

univocamente definito in via astratta; cio` comporta la necessita` di ancorare il giudizio sulla condotta ai singoli casi concreti e alle valutazioni di natura soggettiva che, di volta in volta, influenzano le scelte dell'obbligato nell'adempimento del proprio incarico. In particolare, per quel che attiene all'attivita` di direzione e coordinamento, assume fondamentale rilevanza l'individuazione dell'interesse che deve essere perseguito da chi agisce, e cio` in quanto si potra` valutare la conformita`, o meno, del comportamento a diligenza, in base alla maggiore o minore corrispondenza di quest'ultimo a tale interesse. E` evidente, infatti, che in realta` come quelle imprenditoriali, caratterizzate da un'elevata discrezionalita` nella gestione e da forti esposizioni al rischio, la diligenza diventa prima ancora che regola generale per individuare eventuali responsabilita`, strumento indispensabile per identificare le prestazioni di volta in volta dovute, con la conseguenza che il creditore (o il socio) per far valere la responsabilita` della societa` che esercita il potere di direzione unitaria, dovra` prefigurare la condotta diligente che questa avrebbe dovuto tenere in considerazione dell'interesse che e` chiamata a perseguire, per poi fornire la prova che il comportamento tenuto, arrecando danno all'interesse gestito, risulta difforme da quello atteso¹¹³.

Resta, infine, un ulteriore aspetto che attiene alla determinazione dei criteri che i giudici dovranno utilizzare per valutare la correttezza della gestione societaria e imprenditoriale da parte della societa` dominante. Anche in quest'ambito puo`

¹¹³ Per una disamina del concetto di diligenza con riferimento alla responsabilita` degli amministratori di societa`, si veda STIRPE, *La diligenza come criterio di responsabilita` dell'obbligato*, in www.archivioceradi.luiss.it.

tornare utile applicare simmetricamente alla fattispecie di cui all'art. 2497, i limiti al giudizio di responsabilità che la giurisprudenza ha elaborato con riferimento agli amministratori di singole società e, in particolare, quello della cosiddetta «*business judgement rule*» che consente di distinguere, in sede di valutazione, il merito delle scelte gestionali poste in essere dagli amministratori, mai censurabile in ambito giudiziario, dalle ipotesi di mancato rispetto del principio generale di diligenza, così come richiesta dalla natura dell'incarico e dalle specifiche competenze loro attribuite¹¹⁴. Dall'applicazione di tale regola si ricava che il giudice, nel valutare la responsabilità degli amministratori, è chiamato a distinguere le conseguenze che sono il frutto del rischio proprio di ogni attività d'impresa, da quelle che derivano da comportamenti colposamente negligenti, posti in essere in palese violazione dei principi di buona amministrazione.

Trasponendo questo principio in seno al gruppo, si potrebbe concludere, quindi, che anche il giudizio sulla condotta della società capogruppo debba essere svolto senza operare arbitrarie valutazioni sul merito delle scelte di direzione e coordinamento poste in essere in attuazione della cosiddetta politica di gruppo¹¹⁵.

Alla luce di tali premesse e del disposto dell'art. 2497 c.c. (che richiama, come si è visto, i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale), l'oggetto di tale apprezzamento dovrebbe, dunque, essere il rispetto da parte della capogruppo dei principi di diligenza e correttezza nell'indirizzare la gestione delle

¹¹⁴ *Contra*, SACCHI, cit., 662, secondo cui non è irragionevole che la *business judgement rule* non operi in presenza di rapporti infragruppo, dato il maggior rischio di comportamenti opportunistici proprio di tali contesti.

¹¹⁵ Conf. DAL SOGLIO, cit., 2337.

società soggette alla sua influenza, sia da un punto di vista strettamente societario, relativo all'articolazione del gruppo inteso come macrostruttura che deve essere posta in grado di operare ad ogni livello, con efficienza e funzionalità; sia dal punto di vista imprenditoriale, il che implica, ad esempio, la formulazione e il rispetto di strategie operative di mercato di tipo globale che tengano conto e armonizzino (per quanto possibile) gli interessi di tutti i soggetti aggregati.

2. Il problema della legittimazione ad agire della società soggetta all'attività di direzione e coordinamento.

L'art. 2497 c.c. non si cura di menzionare la società sottoposta al potere di direzione e coordinamento tra coloro che sono dotati della legittimazione ad agire in responsabilità nei confronti della capogruppo che, pertanto, potrebbe essere chiamata a rispondere della propria negligente condotta soltanto nei confronti dei soci e dei creditori della dominata¹¹⁶.

Questa omissione, tuttavia, non viene considerata sufficiente a revocare in dubbio il fatto che i danni alla redditività e al valore della partecipazione sociale, eventualmente subiti dai soci della dominata per effetto della scorretta gestione da parte della capogruppo, o quelli subiti dai creditori della stessa, non siano

¹¹⁶Nello schema di decreto del 30-9-2002, *Rivista delle società*, 2002, 1423, il 3° co. dell'art. 2497, prevedeva: «l'azione di cui ai precedenti commi non pregiudica il diritto della società al risarcimento del danno ad essa cagionato e non è pregiudicata dalla rinuncia o transazione da parte della società»; la soppressione di tale previsione è stata giustificata sulla base della considerazione che l'azione non sarebbe stata finalizzata alla tutela di un interesse realmente rilevante, in quanto la decisione circa l'esercizio dell'azione sarebbe comunque caduta nella disponibilità della medesima maggioranza espressione dei soggetti legittimati all'esercizio del potere di direzione e coordinamento.

altro che il riflesso del pregiudizio patrimoniale o della lesione alla capacità di produrre reddito subiti, in primis, dalla società soggetta all'attività di direzione e coordinamento¹¹⁷. È evidente, infatti, che così come i risultati positivi di una gestione corretta da parte della controllante si producono direttamente nella sfera giuridica ed economica della società sottoposta a direzione unitaria e solo di riflesso su quella dei soci e dei creditori, allo stesso modo il danno arrecato al patrimonio della dominata, da operazioni imposte o sollecitate dagli enti controllanti, viene a proiettarsi sulle partecipazioni dei soci (cosiddetti beni di secondo grado) e sulle eventuali ragioni vantate dai creditori, soltanto in modo indiretto e, dunque, come conseguenza del pregiudizio primario subito dalla stessa società. Partendo da questa premessa, non può che accogliersi la tesi di coloro i quali ritengono che, pur nel silenzio della legge, la società soggetta all'attività di direzione e coordinamento sia anch'essa legittimata all'azione di risarcimento danni nei confronti della capogruppo¹¹⁸; è ovvio, infatti, che, specialmente in presenza di danni al patrimonio sociale (che l'ente capogruppo è disposto a subire in proporzione alla propria partecipazione nella dominata, a fronte di benefici più consistenti che conta di ricavare *aliunde*), l'azione della società dominata sarebbe l'unico rimedio realmente adeguato a garantire che il ristoro giunga a chi abbia effettivamente subito il danno.

¹¹⁷In tal senso, SALAFIA, cit. 393; DAL SOGLIO, *Direzione e coordinamento di società*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, Padova, 2005, III, 2317; RORDORF, cit., 542, CARIELLO, *Primi appunti sulla c.d. responsabilità da attività di direzione e coordinamento di società*, in *Rivista di diritto commerciale*, 4, II, 339.

¹¹⁸V. GALGANO, *I gruppi*, cit., 1030; CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società*, 6, 301; CARIELLO, cit., 339; FAVA, *I gruppi di società e la responsabilità da direzione unitaria*, in *Le società*, 9, 2003, 1197.

Non ci si può nascondere, tuttavia, che una tale eventualità risulterà, nella pratica, piuttosto infrequente considerato che la società danneggiata dovrebbe agire contro il proprio capitale di comando e, dunque, in definitiva contro se stessa e che un eventuale esito favorevole dell'azione tornerebbe, praticamente, nella disponibilità dello stesso soggetto «danneggiante»¹¹⁹.

3. L'esegesi del terzo comma dell'art. 2497 c.c..

Nel disposto dell'art. 2497 c.c., il legislatore non soltanto non include la società danneggiata tra i soggetti legittimati all'azione di risarcimento (1o co.) ma, addirittura, sembra introdurre, a suo carico, un'obbligazione risarcitoria in solido con quella della capogruppo, alla quale pare essere attribuito un «beneficio di preventiva escussione» (o beneficio d'ordine) del patrimonio della dominata (art. 2497, 3o co., c.c.)¹²⁰.

Se si accogliesse questa lettura del 3o co., in base alla quale sulla società dominante graverebbe una responsabilità meramente sussidiaria rispetto a quella della società figlia, verrebbe a delinearsi una situazione del tutto paradossale, nella quale, non soltanto il soggetto realmente danneggiato (società dominata) si troverebbe a dover indennizzare i propri soci e creditori in luogo dell'ente cui è riconducibile la condotta pregiudizievole, con la conseguenza che lo stesso socio-attore,

¹¹⁹Come rilevato da GALGANO, cit., 1030, l'unica ipotesi realistica potrebbe essere quella in cui la società controllata agisce contro la *holding* dopo che questa ha provveduto a cedere la propria partecipazione di controllo ad una nuova controllante.

¹²⁰Il 3o co. dell'art. 2497 c.c., infatti, dispone che «il socio ed il creditore sociale possono agire contro la società o l'ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento, solo se non sono stati soddisfatti dalla società soggetta all'attività di direzione e coordinamento».

restando nella compagine sociale, verrebbe a sopportare, proporzionalmente alla propria partecipazione sociale, il costo del risarcimento eventualmente ottenuto e di quello concesso ai creditori; ma addirittura, gli azionisti della dominata potrebbero vedersi preclusa la possibilità di agire nei confronti della società che ha esercitato il potere di direzione unitaria, da un'offerta di risarcimento proveniente dalla stessa società che ha subito il danno e che, anche in questo caso, dovrebbe far fronte a tale esborso con il proprio patrimonio¹²¹.

Al di là del paradosso, appare evidente che una tale esegesi del 3o co. si porrebbe in netto contrasto con la stessa *ratio* del *corpus* normativo che ruota intorno all'art. 2497 c.c., il cui obiettivo primario è stato, infatti, quello di introdurre nel nostro ordinamento giuridico un'ipotesi di responsabilità della società o ente capogruppo per i pregiudizi arrecati nell'esercizio del potere di direzione unitaria, prima sconosciuta, e che verrebbe invece vanificata, o, comunque, resa meramente residuale, nel caso in cui le si attribuisse un carattere di sussidiarietà, rispetto alla responsabilità della società eterogestita.

Ancor più oscura appare, poi, l'individuazione dei presupposti e del titolo per l'esercizio dell'azione di responsabilità

¹²¹L'esito paradossale è sottolineato da CARIELLO, cit., 1256; vedi anche JORIO, *I gruppi, La riforma delle società*, AA.VV., a cura di Ambrosini, Torino, 2003, 201; GUIZZI, *La responsabilità della controllante per non corretto esercizio del potere di direzione e coordinamento, Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, a cura di SCOGNAMIGLIO, 215; DE BIASI, cit., 950; *contra*, DAL SOGLIO, cit., 2325, il quale, con specifico riferimento all'azione dei creditori, sostiene che la preventiva escussione della dominata rilevi come condizione dell'azione la cui mancanza determina l'inammissibilità della domanda giudiziale; IRACE, cit., 321, secondo la quale l'azione contro la controllante è subordinata alla condizione che sia stata già esercitata l'azione nei confronti della società sottoposta ad attività di direzione e coordinamento; la volontà normativa, sempre secondo l'A., sarebbe desumibile dalla Relazione e consisterebbe nel non restringere eccessivamente il margine di iniziativa della società soggetta all'attività di direzione e coordinamento.

nei confronti della società dominata da parte dei soci e dei creditori della stessa, tenuto conto del fatto che il comportamento che si assume lesivo (l'attività di direzione e coordinamento) è imputabile ad un soggetto giuridicamente terzo rispetto ad essa e che il danno per cui si pretenderebbe di agire è – come si è detto – danno subito in primo luogo, dalla stessa società chiamata ad indennizzarlo¹²².

Non si può non rilevare, inoltre, che né il socio, né il creditore potrebbero mai essere integralmente soddisfatti da parte della società soggetta a direzione e coordinamento per i danni subiti per effetto dell'attività di direzione unitaria: il primo, come si è già accennato, per il fatto che il risarcimento produrrebbe l'effetto inevitabile di deprimere la consistenza patrimoniale della società cui appartiene e dunque, di conseguenza, quella del valore e della redditività di tutte le partecipazioni sociali; il secondo, per il fatto che, laddove fosse costretto a compiere operazioni atte a cautelarsi dal rischio di una futura insoddisfazione dovuta alla lesione dell'integrità del patrimonio sociale, in presenza di un credito non ancora esigibile, non potrebbe comunque addossare i costi necessari a tali cautele sulla dominata, perché ciò andrebbe fatalmente ad incidere sull'integrità patrimoniale di quest'ultima, accrescendo il pericolo di una futura insolvenza. Tali pregiudizi

¹²²Queste problematiche assumono risvolti ancor più pregnanti se si considera che la liquidazione di somme al socio da parte della società cui lo stesso partecipa, al fine di compensare la riduzione del valore patrimoniale o della redditività della sua quota, potrebbe finire per attuare indebite forme di restituzione anticipata dei conferimenti, con violazione del principio di postergazione delle ragioni dei soci rispetto a quelle dei creditori sociali; in tal senso, RORDORF, cit., 544.

potrebbero, invece, essere interamente risarciti se soci e creditori agissero direttamente nei confronti della capogruppo¹²³.

A fronte di tali rilievi, la dottrina ha elaborato una pluralità di tesi, le quali, ciascuna su presupposti differenti, tentano di fornire interpretazioni del 3o co. che non siano in contrasto con le finalità generali della disciplina in materia di responsabilità da attività di direzione e coordinamento e che, allo stesso tempo, non ne comportino una sostanziale ed arbitraria disapplicazione.

Una prima tesi¹²⁴, partendo dal presupposto che la società eterogestita non possa essere coobbligata solidale passiva della capogruppo, in quanto soggetto che – come detto – subisce in prima persona i pregiudizi che possono discendere dall'attività di direzione e coordinamento, attribuisce a tale società il ruolo di coobbligata solidale attiva dei propri soci e/o creditori, ribadendo così l'esclusività della responsabilità della società dominante e risolvendo in senso affermativo la questione della legittimazione attiva in capo alla dominata. In sostanza, la società diretta e coordinata dovrebbe poter agire direttamente nei confronti della capogruppo, per poi ripartire quanto eventualmente ottenuto con gli altri coobbligati solidali attivi.

Per quanto interessante, questa tesi non appare, tuttavia, sostenibile per l'assenza nell'art. 2497 c.c. di una previsione normativa *ad hoc* che riconosca esplicitamente la sussistenza di un'ipotesi di solidarietà attiva in capo alla dominata, solidarietà

¹²³V. sull'argomento, più approfonditamente, MAGGIOLO, *L'azione di danno contro società o ente capogruppo*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2006, 33.2, 183.

¹²⁴V. CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società*, cit., 1257 e MAGGIOLO, cit., 179, i quali, tuttavia, la riportano criticamente.

che, infatti, in virtù di giurisprudenza ormai consolidata¹²⁵, non può essere oggetto di mere presunzioni, ma deve risultare espressamente dalla legge o dal titolo.

Su tutt'altro presupposto si basa, invece la tesi che individua nella società soggetta all'attività di direzione e coordinamento la mera «esecutrice materiale» di una prestazione risarcitoria dovuta unicamente dalla dominante e alla quale la prima dovrebbe far fronte utilizzando solo i mezzi messi a disposizione dalla seconda¹²⁶; secondo questa ipotesi, il 3o co. dell'art. 2497 c.c. non sancisce l'esposizione della società diretta e coordinata all'obbligo di preventive azioni in giudizio da parte di soci e creditori, ma al contrario contiene un mero onere di rivolgersi a quest'ultima prima di agire contro la capogruppo. In pratica, la soddisfazione dei soci e dei creditori, cui allude l'art. 2497, 3o co., c.c., avverrebbe mediante risorse della capogruppo (rese disponibili contestualmente al risarcimento del danno patito dalla stessa società eterogestita) cui la società dominata si rivolge senza agire in giudizio, ma semplicemente manifestandole le pretese risarcitorie esistenti; ciò comporterebbe l'evidente vantaggio, per i soggetti danneggiati, di ottenere la tacitazione dei pregiudizi sofferti, senza ricorrere a costose azioni giudiziarie e per la capogruppo di evitare il rischio di un eventuale contenzioso ai sensi dell'art. 2497, 1o co., c.c.. Questa interpretazione sembra trovare conforto nel dato testuale del 3o co. in cui, in effetti, non si rinvengono locuzioni simili a

¹²⁵V. Cass., 16-5-2006, n. 11366, in *Repertorio del foro italiano*, 2006 «Obbligazioni in genere», n. 43; Cass., 21-6-2002, n. 9067, in *AC*, 2002, 1184; Cass., 11-8-2000, n. 10725, in *Repertorio del foro italiano*, 2000, voce cit., n. 62.

¹²⁶Formula questa tesi CARIELLO, cit., 1257; un'ulteriore posizione si rinviene in SALAFIA, cit., 397, il quale, con riferimento alla «soddisfazione» di cui al comma dell'art. 2497, avanza l'ipotesi che essa consista in un ristoro attuale del pregiudizio subito dalla società controllata ad opera della sua controllante, tale da neutralizzarne gli effetti patrimoniali negativi.

quelle impiegate negli artt. 2268 e 2304 c.c., che possano far pensare all'introduzione di un vero e proprio *beneficium escussionis*, ne' si utilizzano espressioni idonee ad evocare, quale condizione per l'ammissibilita` della domanda giudiziale ex art. 2497, 1o co., l'esperimento di precedenti azioni in giudizio, come sarebbe accaduto, per esempio, se il legislatore avesse scelto il termine «risarciti» in luogo di «soddisfatti».

Si noti, inoltre, che accogliendo la tesi secondo cui la societa` diretta e coordinata e` semplice esecutrice materiale di una prestazione che e` e resta l'oggetto di un'obbligazione altrui, l'interprete non sarebbe neppure costretto a quelle forzature logiche che diventano invece inevitabili se si considera la societa` dominata, quale coobbligata solidale passiva della dominante: si pensi, ad esempio, alla difficolta` di individuare un valido titolo in base al quale legittimare soci e creditori ad escutere preventivamente la dominata, in un contesto in cui essa si presenta quale soggetto danneggiato dall'attivitaa` della controllante e non quale coautore della condotta illecita.

Merita, infine, un breve cenno la tesi di chi sostiene che il 3o co. dell'art. 2497 c.c., debba essere interpretato non come norma che ipotizza una sussidiarieta` della responsabilitaa` della capogruppo, rispetto a quella della societa` diretta e coordinata, quanto come disposizione volta alla delimitazione dell'oggetto dell'obbligazione risarcitoria e, dunque, essenzialmente, alla definizione del danno risarcibile ai sensi dell'art. 2497 c.c.¹²⁷. Secondo questa interpretazione, che si potrebbe definire a contrario, la regola dettata dal 3o co. di tale articolo, sarebbe in realta` volta non ad

¹²⁷V. MAGGIOLO, cit., 187.

escludere l'azione immediata di soci e creditori cosiddetti di minoranza nei confronti della società che esercita l'attività di direzione e coordinamento, ma a consentirla, limitatamente a quei pregiudizi che per loro stessa essenza non potrebbero essere risarciti dalla società eterogestita¹²⁸. In pratica, si sostiene che, in presenza di danni risarcibili solo ad opera della capogruppo, non avrebbe alcun senso subordinare la possibilità di agire contro quest'ultima alla condizione di una preventiva azione o escussione nei confronti di chi mai potrebbe interamente soddisfarli. Ciò comporta che, limitatamente a tali danni, la società soggetta a direzione e coordinamento resti fuori della vicenda risarcitoria, che coinvolgerà dunque solo la capogruppo e il socio o il creditore danneggiato.

Per quanto questa tesi appaia interessante, soprattutto per la prospettiva innovativa con cui affronta l'interpretazione della norma, ritengo, tuttavia, che la conclusione cui giunge non sia del tutto appagante, specialmente perché lascia irrisolti problemi di fondamentale importanza, fra i quali, ancora una volta, quello dell'individuazione del titolo in base al quale, seppure per una parte limitata dei pregiudizi subiti, soci e creditori potrebbero avere azione nei confronti della società dominata, anch'essa, come si è visto, danneggiata dalla gestione della capogruppo.

Nell'attesa delle prime applicazioni pratiche della norma e degli orientamenti giurisprudenziali che conferiranno

¹²⁸Si tratta, come già accennato, del danno che il socio subisce per la perdita pro-quota del valore o della redditività della propria partecipazione, laddove la soddisfazione avvenga ad opera della stessa società soggetta a direzione e coordinamento e del danno per il creditore determinato dal pericolo per la soddisfazione dell'interesse creditorio che sia cagionato da una lesione all'integrità del patrimonio sociale della società debitrice, dati i costi necessari a cautelarsi. V. sempre MAGGIOLLO, cit., 189.

«legittimazione formale» all'una o all'altra delle interpretazioni della disposizione, ritengo piu` apprezzabile la tesi che individua nella societa` dominata la mera esecutrice materiale dell'obbligazione risarcitoria che fa capo alla dominante, soprattutto alla luce delle difficolta` che provocherebbe l'applicazione del principio della sussidiarieta` della capogruppo rispetto a quello della singola societa` eterodiretta. Anche dal punto di vista della logica complessiva del sistema creato dalla nuova disciplina, infatti, non avrebbe senso far gravare sulla societa` dominata la responsabilita` (e quindi l'obbligo risarcitorio) nascente dalla condotta scorretta di un soggetto terzo (la dominante) che ha arrecato pregiudizio principalmente proprio a colei che verra` chiamata a risponderne; tale situazione rischierebbe, infatti, di togliere alla capogruppo ogni remora ad agire in danno dei soci e dei creditori della dominata, nella consapevolezza che la prima a risponderne sara` sempre tale ultima societa`. Meglio, allora, pensare che il 3o co. istituisca semplicemente un sistema di tacitazione volontaria dei danni arrecati da chi dirige e coordina, alternativo all'azione in giudizio e, quindi, meno costoso e piu` rapido. Tale ultima soluzione salvaguarderebbe, altresì, quanti tra soci e creditori della dominata abbiano deciso di non agire in responsabilita` nei confronti della capogruppo: e` chiaro, infatti, che se si accogliesse la tesi della sussidiarieta` della responsabilita` della dominante rispetto a quella della societa` eterodiretta, il risarcimento pagato dalla societa` che ha subito la lesione in via principale, andrebbe a detrimento di tutti coloro che pur essendo soci o creditori di essa, non hanno intentato l'azione, aggravando ancor di piu` il danno

già subito per effetto della condotta della società che esercita il potere di direzione e coordinamento.

4. L'azione di responsabilità dei soci.

Si è già precisato che l'azione di responsabilità prevista dall'art. 2497 c.c. è, in primo luogo, azione dei soci e dei creditori della società dominata, nonché, in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa o amministrazione straordinaria di tale società, azione che compete rispettivamente, al curatore fallimentare, al commissario liquidatore o al commissario straordinario.

In particolare, per quel che riguarda il socio, si prevede che questi potrà agire nei confronti della capogruppo laddove quest'ultima abbia esercitato il proprio potere di direzione unitaria in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, arrecando danno, in primo luogo, al patrimonio della società diretta e coordinata e, di riflesso, al valore e alla redditività di ciascuna partecipazione sociale.

Pur trattandosi di danno indiretto – in quanto conseguenza di quello subito dal patrimonio sociale – tuttavia, l'art. 2497 c.c. non sembra attribuire al socio una legittimazione ad agire in responsabilità quale mero sostituto processuale della società partecipata (la cui legittimazione attiva, come si è visto, non è neanche affermata in modo esplicito) ma, al contrario, pare riconoscere in capo a quest'ultimo il potere di agire direttamente nei confronti della dominante e dei suoi amministratori, senza

neppure richiedere, quale presupposto per l'esercizio dell'azione, il possesso di una determinata aliquota del capitale sociale¹²⁹.

Tale disposizione, così interpretata, deroga però in modo evidente ai principi generali che, nel diritto societario, governano l'esercizio delle azioni di responsabilità¹³⁰: si può infatti osservare che, laddove il legislatore ha scelto di legittimare il singolo socio ad agire in via risarcitoria nei confronti dei propri amministratori (ex art. 2395 c.c.), lo ha fatto condizionando inderogabilmente tale azione alla sussistenza di una lesione diretta del patrimonio di quest'ultimo; al contrario, in presenza di danni al patrimonio della società (cosiddetti danni sociali), la legittimazione ad agire è stata conferita solo ed esclusivamente a quest'ultima (ex art. 2393 c.c.), alla quale tutt'al più i soci, in caso di inerzia, possono surrogarsi in qualità di meri sostituti processuali (ex art. 2393 bis c.c.), sempre che rappresentino almeno un quinto del capitale sociale (o la diversa misura prevista nello statuto, v. art. 2393 bis, 1o co., c.c.), e solo al fine di reintegrare il patrimonio sociale medesimo.

In sostanza, pur a fronte di presupposti del tutto simili, costituiti da atti contrari alla legge, dannosi innanzitutto per il patrimonio della società e compiuti da parte di chi, di fatto, ne esercita la gestione, il legislatore sembra aver scelto strumenti di tutela affatto diversi: mentre nell'ambito di una società «monade», la legge riconosce unicamente a quest'ultima (e in via residuale ai

¹²⁹V. GALGANO, cit., 1031; sembra suggerire la soluzione contraria CARIELLO, cit., 340, secondo cui potrebbe trarsi dal sistema riformato una legittimazione dei singoli soci di società soggette ad attività di direzione e coordinamento ad agire in nome proprio, quali titolari di un'*actio pro socio* o *pro societate* contro la capogruppo e i suoi gestori; è lo stesso autore però a definire questa interpretazione come «temeraria» dal momento che «una siffatta ipotesi di sostituzione processuale sarebbe da riconoscere solamente a fronte di un'espressa previsione normativa che la tipizzasse».

¹³⁰In tal senso, SALAFIA, cit., 393; DAL SOGLIO, cit., 2319; RORDORF, cit., 542.

suoi creditori ex art. 2394 c.c.) il diritto di agire in via risarcitoria contro i propri amministratori per conseguire il ristoro dei pregiudizi sofferti, con la sola possibilita` per i soci di sostituirsi a questa in via meramente processuale; al contrario, laddove vi sia soggezione di una societa` all'altrui potere di direzione e coordinamento, l'art. 2497 sembra, invece, aver attribuito personalmente al socio la possibilita` di promuovere azione nei confronti dell'ente che abbia malamente esercitato tale attivita` (e dei suoi amministratori), per conseguire a proprio esclusivo vantaggio il risarcimento dei danni sofferti¹³¹.

E` evidente, quindi, che questa impostazione conduce ad una netta disparita` di trattamento del socio, a seconda che questi faccia valere il proprio diritto al risarcimento del danno nell'ambito di una societa` non controllata o comunque non sottoposta ad altrui direzione, ovvero che lo faccia valere in un contesto di gruppo. Nel primo caso, infatti, in presenza di danni indirettamente cagionati alla redditivita` e al valore della partecipazione sociale da una condotta degli amministratori che abbia immediatamente pregiudicato il patrimonio della societa`, il socio non potra` agire in via diretta contro gli stessi, perche` glielo impedisce il dettato dell'art. 2395 c.c. che, con l'avverbio «direttamente», esclude azioni di questo tipo; nel secondo caso, invece, il socio potra` trovare ristoro al medesimo danno, agendo direttamente contro la dominante o i suoi amministratori, non

¹³¹Con la conseguenza che il pregiudizio arrecato al socio potrebbe essere risarcito anche indipendentemente dalla reintegrazione del patrimonio della societa` immediatamente danneggiata dalla *mala gestio* della capogruppo; cosi` RORDORF, cit., 543.

essendo stato previsto dall'art. 2497 c.c. alcun discrimine in relazione al tipo di pregiudizio idoneo a legittimarne l'azione ¹³².

Tale disparità di trattamento potrebbe essere oggetto di intervento da parte della Corte costituzionale, la quale potrebbe consentire l'azione diretta del socio contro gli amministratori anche in presenza di pregiudizi che siano mero riflesso di quelli subiti dalla società, così armonizzando due situazioni fondamentalmente conformi, che oggi appaiono diversamente regolate¹³³.

Ritengo, però, che anche in questo caso, occorra operare delle distinzioni. Infatti, per quanto simili possano sembrare le fattispecie poste ad oggetto delle due azioni di responsabilità attribuite al socio, rispettivamente, dagli artt. 2395 e 2497 c.c., in quanto, come detto, in entrambi i casi vengono in considerazione condotte illegittime compiute da chi sostanzialmente gestisce o dirige (e coordina) una società e tali da arrecare pregiudizi di natura patrimoniale, non si può non tener conto del fatto che estremamente differente è invece il contesto nel quale esse si collocano, soprattutto per quel che attiene alla posizione e ai poteri di cui il socio può disporre. È evidente che, rispetto alla società che esercita il potere di direzione unitaria, l'azionista della dominata non può che considerarsi soggetto terzo, in quanto privo di quegli stessi diritti amministrativi di cui gode, invece, nella società cui partecipa e della quale, conseguentemente, assume i

¹³²In altre parole, l'accesso alla giustizia sarà molto più facile per i soci di minoranza che agiscono per fatti che assumono rilevanza di gruppo: in questo caso infatti non sussisterà neppure l'ostacolo del possesso di una minoranza qualificata di azioni; v. ENRIQUES, *Gruppi di società e gruppi di interesse*, in *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, in *Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, n. 246, 252.

¹³³Sostiene questa possibilità, SALAFIA, cit., 394.

rischi. Tale differente condizione rende giustificato il conferimento al socio della società eterogestita (nei confronti di chi la dirige) di strumenti di tutela diversi e ulteriori rispetto a quelli di cui dispone chi invece ha il potere di influire sulla gestione della società di cui fa parte. Ciò anche al fine di creare «deterrenti» nei confronti dell'ente che esercita il potere di direzione e coordinamento il quale, se, da un lato, gode dei vantaggi di una condizione di terzietà rispetto alle società che controlla e soprattutto rispetto ai loro soci, dall'altro, deve sapere di essere comunque esposto ad eventuali azioni di danno da parte di questi ultimi, laddove operi in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, arrecando loro danni patrimoniali, anche indiretti¹³⁴. Se si accoglie questa differenza tipologica tra società autonoma e società di gruppo, appare più agevole comprendere perché il legislatore abbia scelto di introdurre forme di tutela differenti in capo ai soci, pur in presenza di fattispecie caratterizzate da elementi costitutivi in gran parte conformi¹³⁵.

Non si dimentichi, infine, che l'azione di cui all'art. 2497 c.c. non si sostituisce, ma al contrario si aggiunge, a quelle che i soci possono esercitare nei confronti dei propri amministratori ai sensi degli artt. 2393 bis e 2395 (sempre che ne sussistano i presupposti), il che comporta un'estensione dei soggetti nei confronti dei quali l'azionista può far valere le proprie ragioni risarcitorie e,

¹³⁴V. in tal senso, GALGANO, cit. 1033; DAL SOGLIO, cit., 2320 ss.

¹³⁵*Contra*, SALAFIA, cit., 394, secondo cui la differenza di trattamento non ha alcuna giustificazione, attesa la somiglianza, se non l'identità delle due fattispecie; sempre secondo l'A. sarebbe stato più opportuno affidare il risarcimento del danno subito dalla controllata all'azione di responsabilità sociale dei soci, nei limiti previsti dall'art. 2393 bis, in maniera tale che il ristoro del patrimonio sociale si sarebbe poi riflesso sulle partecipazioni dei soci.

conseguentemente, un ampliamento delle possibili prospettive di tutela.

5. L'azione di responsabilita` dei creditori.

Così` come quella dei soci, anche l'azione dei creditori della dominata e` qualificabile in termini di azione diretta di cui si giova, dunque, chi agisce e non la societa`¹³⁶, che si configura, dal punto di vista strutturale, come identica a quella spettante ai soci, benchè` rivolta alla salvaguardia di un bene giuridico differente, e cioe` l'integrita` del patrimonio sociale, la cui individuazione appare facilitata dal fatto che, nel nostro ordinamento, tale valore e` gia` oggetto di altre forme di tutela. Si allude, naturalmente, all'azione di responsabilita` di cui all'art. 2394 c.c., azione che compete ai creditori della societa` nei confronti degli amministratori della stessa, proprio in caso di «inosservanza (da parte di questi ultimi) degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrita` del patrimonio sociale». A tale proposito, si osserva che la dottrina appare unanime nel ritenere che l'art. 2497 c.c. si sia limitato ad estendere la legittimazione attiva dei creditori anche nei confronti della capogruppo e dei suoi amministratori, senza interventi modificativi circa la natura o il contenuto di tale azione: in sostanza, si prevede che, in presenza di atti lesivi della garanzia generica offerta ai creditori dal patrimonio della societa` debitrice, questi ultimi possano agire non solo contro l'organo gestorio della

¹³⁶L'art. 2497 c.c. non consente dubbi circa la natura autonoma dell'azione spettante ai creditori, in quanto inserisce nel 1° co. l'avverbio «direttamente», così` recependo definitivamente quell'orientamento (ormai consolidato anche in giurisprudenza) che con riferimento all'art. 2394, riconosce all'azione dei creditori indiscutibile natura diretta ed autonoma, escludendone qualsivoglia carattere surrogatorio; conf. Cass., 22-10-1998, n. 10488.

stessa, ma anche contro il soggetto che abbia esercitato l'attività di direzione e coordinamento, in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale¹³⁷. Unica notazione può essere quella relativa alla mancata previsione nel dettato dell'art. 2497, di quella condizione che è inderogabilmente richiesta dal legislatore per l'esercizio dell'azione ex art. 2394 e che consiste nell'insufficienza del patrimonio sociale a soddisfare le richieste dei creditori; ciò comporta che, per agire contro la dominante, non sarà a carico dell'attore provare l'incapienza del patrimonio della dominata, essendo sufficiente, invece, che egli dimostri di non aver già ottenuto il soddisfacimento del proprio credito da parte di quest'ultima, così come richiesto dal 3o co. dell'art. 2497¹³⁸.

Analogamente a quanto previsto in materia di società per azioni (v. art. 2394 bis c.c.), l'ultimo capoverso dell'art. 2497 c.c., in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria, trasferisce la legittimazione attiva dai creditori al curatore fallimentare, al commissario liquidatore o al commissario straordinario. Tale azione si pone, chiaramente, nel solco tracciato dall'art. 90 della legge sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza (d.lg. 8-7-1999, n. 270), il quale letteralmente prevede che, nei casi di direzione unitaria delle imprese di gruppo, gli amministratori delle società che hanno abusato di tale direzione rispondono in solido con gli amministratori della società dichiarata insolvente, dei

¹³⁷In sostanza si ritiene che la responsabilità della capogruppo dipenda dalla violazione dei medesimi doveri che tradizionalmente sono alla base della responsabilità degli amministratori verso i creditori sociali.

¹³⁸V. RORDORF, cit., 542; *contra*, IRACE, cit., 321, secondo la quale per poter esercitare l'azione di cui all'art. 2497 c.c., i creditori devono dimostrare l'insufficienza rispetto al soddisfacimento delle loro ragioni del patrimonio della società che sia residuo dopo i danni determinatisi per effetto dell'attività di direzione e coordinamento.

danni da questi cagionati alla società stessa in conseguenza delle direttive impartite. Si noti che, già prima dell'introduzione dell'art. 2497, episodicamente, dottrina e giurisprudenza¹³⁹ avevano sostenuto la possibilità di estendere la responsabilità per abuso di direzione unitaria oltre che agli amministratori delle dominanti anche alle società medesime, o per estensione della responsabilità dai primi alle seconde ex art. 2049 c.c., o per responsabilità diretta ex art. 2043 c.c., in virtù della regola dell'immedesimazione organica, giocando altresì sull'ambigua collocazione nel testo della norma, dell'inciso «che hanno abusato di tale direzione», astrattamente riferibile tanto agli amministratori, quanto alle società. Appare evidente, dunque, che con la nuova disciplina il legislatore non ha fatto altro che recepire questa interpretazione estensiva, riconoscendo portata generale alla responsabilità dell'ente che dirige e coordina, anche a prescindere dall'insolvenza della società dominata.

Come si desume esplicitamente dal testo del 4o co. dell'art. 2497, solo l'azione spettante ai creditori si trasferisce in capo al curatore o al commissario liquidatore o straordinario – chiaramente per ragioni di concorsualità – mentre i soci di minoranza rimangono legittimati ad agire in proprio; l'oggetto e la portata dell'azione rimangono immutati, venendo a configurarsi, in questo caso, un mero trasferimento della legittimazione attiva in capo agli

¹³⁹V., T. Milano, 22-1-2001, in *Il fallimento*, 2001, 10, 1143; T. Alba, 25-1-1995, in *Giustizia civile*, 1995, I, 1635, che si riferisce alla portata generale dell'art. 3 della c.d. legge Prodi, anche al di fuori dell'insolvenza.

organi della procedura concorsuale e non la nascita di una nuova azione ¹⁴⁰.

6. La legittimazione passiva.

Il disposto dell'art. 2497 c.c., a differenza di quanto previsto dagli artt. 2394 e 2395, non considera direttamente responsabili per l'esercizio scorretto del potere di direzione e coordinamento gli amministratori della società che esercita l'attività di direzione e coordinamento, ma la società medesima¹⁴¹. Ciò non comporta, ovviamente, un'esenzione da tale responsabilità degli amministratori, ai quali sono concretamente imputabili i comportamenti da cui origina la violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale ma, implica che l'estensione della responsabilità all'organo gestorio della società capogruppo debba avvenire sulla base del 2° co., dell'art. 2497 c.c., il quale, nella sua prima parte, prevede esplicitamente la responsabilità solidale di «... chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo».

Soci e creditori della dominata non potranno, invece, invocare contro gli amministratori della holding, gli artt. 2394 e 2395 c.c., utilizzabili, tutt'al più, per esperire il rimedio risarcitorio nei confronti degli amministratori della propria società e non estensibili al di fuori dei confini di essa.

¹⁴⁰Si ritiene, infine, che non trovi più applicazione il 3o co., dell'art. 2497; in tal senso, DAL SOGLIO, cit., 2327.

¹⁴¹Tale soluzione, secondo GUIZZI, *op. cit.*, 449, si pone in netta controtendenza rispetto all'impianto generale della riforma, in cui, invece, appare chiara la volontà di attribuire in via esclusiva agli amministratori della società «monade» la gestione dell'attività d'impresa e, conseguentemente, la responsabilità che derivi dal cattivo esercizio di tale potere. Ciò comporta, secondo l'A., che la responsabilità degli amministratori possa essere fondata non già sulla violazione di un dovere di comportamento ad essi proprio, ma in qualità di semplici compartecipi di fatti altrui.

In concreto, dunque, soci e creditori disporranno della facoltà di agire nei confronti della capogruppo ex art. 2497, 1o co., facendo contestualmente valere la responsabilità in solido dei gestori della stessa e di quelli della propria società, ex art. 2497, 2o co.; oppure, potranno tenere distinte le sorti dell'azione contro la dominante da quelle dell'azione contro i propri amministratori, potendo così sperare, anche in caso di esito negativo della prima, in un accoglimento delle richieste risarcitorie ex artt. 2394 e/o 2395 c.c., i quali, come già accennato, si basano su presupposti in parte differenti rispetto a quelli richiesti dall'art. 2497 c.c.

La responsabilità che sorge in capo a «chi abbia preso parte al fatto lesivo» scaturisce da una condotta, omissiva o commissiva, che in quanto legata causalmente al fatto dannoso si pone in rapporto di equivalenza rispetto a quella dell'ente o società che esercita il potere di direzione unitaria; tale «parallelismo causale» giustifica, quindi, la previsione di solidarietà passiva della responsabilità di cui al 2o co. della norma, escludendo la possibilità di operare quelle distinzioni qualitative e quantitative in ordine all'entità del contributo di ciascun partecipante, che potranno tutt'al più essere fatte valere, successivamente, in sede di regresso ¹⁴².

Volendo determinare sinteticamente il novero dei soggetti cui la genericità dell'espressione utilizzata dal legislatore nella prima parte del 2o co. dell'art. 2497, consente di estendere la responsabilità del fatto lesivo, si possono citare: oltre agli amministratori della società capogruppo, a cui siano materialmente ascrivibili le condotte poste in essere in violazione

¹⁴²V., DAL SOGLIO, cit. 2335.

dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale dedotte in giudizio e all'organo gestorio della società soggetta all'altrui direzione e coordinamento, al quale sia imputabile di non aver svolto con diligenza ed efficacia il ruolo di filtro delle direttive ricevute dalla dominante¹⁴³, anche gli organi di controllo, a qualunque livello del gruppo, i quali, in base all'art. 2407, 2o co., c.c., concorrono con gli amministratori per i loro fatti e le loro omissioni, nel caso in cui i danni che si sono verificati avrebbero potuto essere evitati se i primi avessero vigilato in conformità al proprio incarico; o ancora gli organi di revisione (persone fisiche o società) cui sia stato affidato il controllo contabile, nel caso in cui si riuscisse a dimostrare la sussistenza di un nesso di causalità tra l'irregolarità della revisione contabile e il concreto esplicarsi della direzione unitaria, quali fattori determinanti del danno arrecato a soci e creditori¹⁴⁴.

Inoltre, non può escludersi che attraverso tale norma si riescano a colpire anche gli amministratori di fatto e i cosiddetti soci tiranni della capogruppo che abbiano contribuito fattivamente alla realizzazione di atti di gestione del gruppo, nonché gli organi di gestione delle società dominate diverse da quella direttamente danneggiata dall'attività di direzione e coordinamento, laddove, come spesso accade nelle grandi compagini, le direttive in cui si sostanzia la politica di gruppo e attraverso le quali si realizza concretamente l'abuso, siano il frutto delle riunioni di un informale

¹⁴³Osserva DAL SOGLIO, cit., 2321, che tale azione di responsabilità potrebbe assumere non solo e non tanto, finalità riparatorie, data la prevedibile incapienza del patrimonio personale degli amministratori, quanto scopi di prevenzione nei confronti dell'organo gestorio della dominata, il quale, di fronte al rischio di subire azioni risarcitorie, potrebbe essere più incentivato a svolgere con maggiore efficienza ed autonomia il vaglio delle direttive impartite dall'ente capogruppo.

¹⁴⁴Ritengono possibile tale estensione SALAFIA, cit., 395 ss., DAL SOGLIO, cit., 2336, RORDORF, cit., 544, la cui posizione appare però più sfumata.

organo (cosiddetto *group board*) cui partecipano gli amministratori (o gli organi delegati) della capogruppo e quelli delle società eterogestite.

Infine, pur non potendosi riconoscere in capo all'assemblea alcun potere gestorio, in senso stretto, e' evidente che una qualche vocazione imprenditoriale puo` individuarsi anche nei soci della capogruppo che, sia attraverso l'individuazione dell'oggetto sociale, sia attraverso semplici deliberazioni assembleari potrebbero, di fatto, autorizzare o, quanto meno, indirizzare gli amministratori, all'attuazione di atti di eterogestione potenzialmente fonte di danno per i soci e i creditori delle società dominate, prendendo così parte attiva al «fatto lesivo».

In tutti questi casi, per ottenere il riconoscimento della responsabilità in capo ai diversi soggetti citati, sarà indispensabile, non solo dar prova dell'effettivo ruolo causale delle condotte poste in essere da ciascuno, ma anche degli altri elementi costitutivi della fattispecie di responsabilità richiesti dal 1o co. dell'art. 2497, e cioè la «violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale» e l'agire nell'«interesse imprenditoriale proprio o altrui». Saranno, dunque, rilevanti in tal senso, le condotte di coloro che, partecipando all'attività in cui si sostanziano la direzione e il coordinamento di società, abbiano abusato dei poteri loro conferiti, al fine di conseguire direttamente o far conseguire ad altri vantaggi suscettibili di tradursi in danno per chi e' soggetto passivo di tale attività .

Alla luce di quanto affermato, appare chiaro che l'azione concessa a soci e creditori dall'art. 2497, 2° co., potrebbe, in alcuni casi, sovrapporsi a richieste risarcitorie concorrenti, basate su titoli

diversi, ma esperite nei confronti dei medesimi soggetti e potenzialmente fondate sui medesimi fatti. Non si dimentichi, tuttavia, che spesso i presupposti richiesti dalla legge per il riconoscimento delle varie forme di responsabilità previste in capo ai soggetti legittimati passivi, divergono profondamente, con la conseguenza che le ipotesi di responsabilità potrebbero anche non coincidere: si pensi, ad esempio, al caso in cui l'atto lesivo posto in essere dall'amministratore della dominante ai sensi dell'art. 2497, non configuri alcuna violazione dei doveri imposti allo stesso nei confronti della società cui appartiene e non sia dunque idoneo a fondare una condanna ai sensi dell'art. 2392 c.c.; o ancora al caso in cui la condotta posta in essere dall'amministratore della dominata, che ha dato attuazione ad una direttiva illegittima della dominante, non sia idonea a cagionare un danno diretto al patrimonio del singolo socio: tale situazione potrebbe, ipoteticamente, legittimare quest'ultimo ad agire nei confronti del proprio amministratore, ex art. 2497, 2o co., c.c., ma non a far valere nei confronti dello stesso, l'azione prevista dall'art. 2395 c.c.

7. La responsabilità di chi ha tratto consapevole beneficio dal fatto lesivo.

In solido con la società che esercita il potere di direzione e coordinamento, rispondono anche coloro che abbiano consapevolmente tratto beneficio dal fatto lesivo, seppur nei limiti del vantaggio conseguito (art. 2497, 2o co., c.c.); appare evidente che, attraverso questa disposizione, il legislatore ha inteso estendere la responsabilità che può conseguire ad una politica di gruppo dannosa, nei confronti di coloro che, pur non prendendo

parte attiva all'esercizio del potere di direzione unitaria, si avvantaggiano consciamente dei frutti che ne derivano. Tale corresponsabilità prescinde da qualunque forma di partecipazione del soggetto al fatto altrui¹⁴⁵, richiedendo, quale unico presupposto, il mero approfittamento consapevole: cioè comporta, da un lato, il rischio evidente di un'estensione pressoché illimitata dei soggetti che potrebbero essere chiamati a risarcire il danno¹⁴⁶, ma dall'altro, anche il vantaggio, speculare, di rendere possibile il coinvolgimento nell'azione di responsabilità di quanti di regola ne restano indenni pur avendo approfittato, come e più di coloro che hanno agito, dello spostamento di ricchezza che l'operazione illecita ha determinato.

E' certo, infatti, che la formulazione della norma consente di estendere, pressoché illimitatamente, la responsabilità tanto all'interno del gruppo, sia in senso verticale che orizzontale¹⁴⁷, quanto all'esterno dei confini dello stesso, coinvolgendo tutti coloro nel cui interesse (mediato o immediato) l'attività di direzione e coordinamento è stata svolta¹⁴⁸. Ciò non toglie che

¹⁴⁵In ciò distinguendosi nettamente dalla fattispecie di responsabilità di chi ha direttamente provocato o preso parte al fatto lesivo.

¹⁴⁶Lo fa notare ENRIQUES, cit., 251 ss.

¹⁴⁷Nell'ambito di gruppi piramidali, l'estensione avverrà dal vertice (ente o società che esercita l'attività di direzione e coordinamento) sino alla base dell'aggregazione (società dominate), mentre nell'ambito di gruppi paritetici, la responsabilità si estenderà in linea orizzontale, sino a coinvolgere anche le società c.d. sorelle; in entrambi i casi, dunque, attraverso il 2o co. dell'art. 2497 c.c., seconda parte, potranno essere coinvolti nell'azione di responsabilità tutti quei membri del gruppo che hanno beneficiato dei vantaggi della direzione unitaria, pur senza aver partecipato all'emanazione delle direttive lesive.

¹⁴⁸Vi è, addirittura, chi estende il novero dei soggetti potenzialmente responsabili oltre che ai soci di controllo che non hanno incarichi di gestione e ai soci unici delle società del gruppo, anche agli istituti di credito che, ad esempio, abbiano continuato ad erogare denaro a società del gruppo insolventi o che si siano consapevolmente astenuti, per ragioni di opportunità, dal depositare istanze di fallimento nei confronti di società in evidente stato di decozione; o ancora ai familiari dei soci di maggioranza del gruppo che abbiano tratto profitto personale dalle operazioni

rimanga indispensabile la sussistenza di un nesso diretto tra il vantaggio di cui si è chiamati a rispondere e la condotta posta in essere dalla società o dall'ente capogruppo: la responsabilità di chi ha tratto consapevole beneficio dal fatto lesivo rimane, infatti, responsabilità accessoria rispetto a quella del 1o co. dell'art. 2497, potendo sorgere solo in dipendenza del fatto lesivo compiuto dalla dominante.

La potenzialità espansiva della disposizione viene, tuttavia, immediatamente limitata dallo stesso legislatore, attraverso la previsione di un elemento soggettivo essenziale della condotta che, pur essendo meno forte rispetto al dolo o alla colpa, può, comunque, circoscrivere considerevolmente le ipotesi in cui l'arricchimento – che consegue all'altrui condotta illecita – comporta responsabilità in capo a chi ne profitta. Per ottenere la condanna di chi ha beneficiato dell'azione lesiva della dominante e, infatti, necessario che l'approfittamento sia stato consapevole e che chi agisce sia in grado di dar prova del fatto che la provenienza del vantaggio da tale azione pregiudizievole fosse nota al soggetto che ne ha tratto beneficio¹⁴⁹. L'elemento psicologico della consapevolezza, da un lato, porta ad escludere che la

compiute; v. DAL SOGLIO, cit., 2334; ENRIQUES, cit., 251; secondo BADINI CONFALONIERI, commento all'art. 2497 c.c., in *Il nuovo diritto societario*, commentario diretto da Cottino e Bonfante, Cagnasso, Montalenti, 2170, più concretamente, la norma apre la via alle azioni contro i soci di minoranza della *holding*.

¹⁴⁹Suggerisce un'interpretazione più restrittiva del termine «consapevolmente», FAVA, cit., 1203, secondo la quale il legislatore ha inteso estendere la responsabilità solo a quei soggetti che abbiano posto in essere una condotta collusiva con chi esercita l'attività di direzione e coordinamento, con ciò lasciando intendere la necessità di una condotta intenzionale volta a danneggiare la società dominata anche da parte di chi non ha materialmente preso parte alle decisioni concernenti la politica di gruppo. Tale tesi rischia, a mio parere, di rendere inefficace la previsione di cui al 2o co. dell'art. 2497 c.c., restringendone eccessivamente il campo di applicazione e rendendo molto più arduo l'adempimento dell'onere della prova in capo a chi agisce.

responsabilità di cui al 2o co. dell'art. 2497, possa essere qualificata in termini di responsabilità oggettiva, dall'altro, caratterizza la fattispecie, differenziandola dal paradigma generale e residuale dell'arricchimento senza causa, a cui peraltro l'azione risulta chiaramente assimilabile, sia perché, anche in questo caso, l'approfittamento non appare giustificato da nessun interesse meritevole di tutela, sia in virtù del riferimento ai «limiti del vantaggio conseguito», posti all'obbligazione del soggetto beneficiario, che richiamano esplicitamente i «limiti all'arricchimento» di cui all'art. 2041 c.c.¹⁵⁰.

Alla luce di queste considerazioni, è giustificabile l'affermazione che l'obbligazione discendente da tale azione abbia natura indennitaria, distinta da quella di chi ha cagionato o partecipato al fatto lesivo a cui, invece, si riconosce natura risarcitoria: la prima, infatti, al contrario della seconda, non deve essere configurata come reazione al danno arrecato, ma piuttosto come ristoro per chi, a causa dell'incremento patrimoniale altrui, abbia dovuto subire un impoverimento; tale interpretazione trova ulteriore conferma nel fatto che la responsabilità di chi ha tratto beneficio dal fatto dannoso prescinde, come detto, da una qualunque forma di partecipazione attiva del soggetto alla condotta lesiva, essendo sufficiente invece che questi, passivamente, abbia tratto consapevole beneficio dall'altrui abuso. È proprio questo differente ruolo a giustificare, infine, la limitazione dell'indennizzo al vantaggio effettivamente conseguito dal convenuto: senza tale previsione si rischierebbe, infatti, di cadere in eccessi punitivi a carico di soggetti che, seppur consci di trarre beneficio da condotte contrarie ai principi di corretta

¹⁵⁰Conf. DAL SOGLIO, cit., 2346.

gestione societaria e imprenditoriale, in realta` non possono considerarsi alla stregua di veri e propri compartecipi del fatto lesivo.

8. Il problema della capogruppo persona fisica.

Il tema della legittimazione passiva non sarebbe completo se non si facesse cenno alla problematica questione legata alla mancata previsione nel testo dell'art. 2497, 1o co., dell'ipotesi – tutt'altro che infrequente nella prassi – in cui il potere di direzione e coordinamento viene esercitato da una persona fisica, anziche' da una societa` o da un ente collettivo. E` evidente che la mancanza di tale previsione non e` stata il banale frutto di una dimenticanza del legislatore, ma una scelta consapevole e volontaria da parte di quest'ultimo che, di fronte all'alternativa di utilizzare nell'*incipit* del 1o co. dell'art. 2497 c.c., il generico pronome «chi» (che compare nello schema did.lg. 30-9-2002) o specificare i soggetti passivi, potenziali convenuti nell'azione di responsabilita` prevista da tale disposizione, ha preferito quest'ultima soluzione, stabilendo altresì di circoscrivere il novero dei soggetti responsabili ai soli enti collettivi, in qualunque forma costituiti, così da escludere le persone fisiche.

Tale scelta ha comportato una vera e propria area di esenzione dalla responsabilita` per attivita` di direzione e coordinamento, che non appare giustificata da alcuna motivazione plausibile ed anzi pone la disposizione a rischio di incostituzionalita`. La limitazione di cui al primo comma, inoltre, appare ancor meno comprensibile, se la si confronta con quella del secondo comma che, come si e` piu` volte osservato, attribuisce la

responsabilità in capo a «chi» ha preso parte al fatto lesivo e a «chi» ha tratto beneficio da esso, senza escludere dal novero dei potenziali responsabili in solido nessuna categoria di soggetti, né esplicitamente, né implicitamente.

Da tale situazione, consegue inevitabilmente l'assoggettamento ad una «disciplina» differenziata a seconda che la struttura di gruppo faccia capo ad un ente costituito in forma collettiva, piuttosto che ad una persona fisica; in quest'ultimo caso, peraltro, bisognerà ulteriormente distinguere l'ipotesi in cui tale soggetto semplicemente possieda una partecipazione maggioritaria o amministrata, anche se solo in via di fatto, la capogruppo, da quella in cui, invece, non vi sia affatto un ente collettivo «intermedio» e il ruolo di *holding* spetti esclusivamente alla persona fisica.

In prima approssimazione, si potrebbe affermare che, mentre in un gruppo nel quale la posizione dominante è occupata da un soggetto collettivo (società di qualunque tipo, ente pubblico, associazione, fondazione...), si potrà agire nei confronti di quest'ultimo ai sensi dell'art. 2497, 1o co., ed eventualmente coinvolgere in responsabilità coloro che abbiano partecipato alla condotta lesiva o ne abbiano beneficiato (ex art. 2497, 2o co., c.c.), indipendentemente dal fatto che si tratti di persone fisiche o di enti, arrivando così a colpire anche quei soggetti che, sebbene attraverso lo schermo di una società, svolgono, di fatto, l'attività di direzione e coordinamento; al contrario, in una compagine nella quale la posizione apicale è occupata da una persona fisica che domina altre società, senza avvalersi di enti collettivi interposti, l'applicazione della nuova disciplina contenuta nell'art. 2497, 1o co., dovrà essere esclusa e, di conseguenza, soci e creditori

potranno tutelarsi solo utilizzando strumenti ordinari. In quest'ultimo caso, infatti, mancando la società o l'ente che esercita il potere di direzione unitaria, viene meno uno dei presupposti essenziali della fattispecie, in assenza del quale non potrà applicarsi il primo comma e ne', di riflesso, il secondo.

Inoltre, la scelta del legislatore di individuare, come presupposto della fattispecie, l'effettivo esercizio dell'attività di direzione e coordinamento (e, dunque, non la mera possibilità astratta di esercitare l'influenza dominante su altre società, dovuta, ad esempio, alla formale posizione apicale all'interno del gruppo, ma il concreto esercizio della stessa), potrebbe comportare il rischio di un'ulteriore restrizione dei casi di responsabilità, se non addirittura di un'esenzione totale dalla stessa. Infatti, se da un lato non si può non tener conto degli indici testuali che portano ad escludere la responsabilità da attività di direzione e coordinamento, laddove quest'ultima sia esercitata da un soggetto non costituito in forma collettiva, dall'altro non ci si può esimere dall'osservare che, in molti casi, l'interposizione del soggetto collettivo è soltanto di comodo, in quanto, di fatto, il potere di direzione e coordinamento viene effettivamente esercitato da una persona fisica, come socio tiranno o amministratore di una cosiddetta società «fantoccio». È evidente che, anche in questo caso, il presupposto essenziale della fattispecie, individuato, dall'art. 2497, nell'esistenza di un soggetto collettivo che si trovi concretamente in posizione di vertice all'interno del gruppo ed eserciti effettivamente la direzione unitaria dello stesso, non sussiste, in quanto tale ruolo è svolto da un diverso soggetto. In definitiva, se si parte dal presupposto che la disciplina della direzione e del coordinamento di società è costruita sulla

«fattualita`» dell'attivita`¹⁵¹ e, ove, sulla base di criteri di ricognizione empirica, si rilevi che il potere di eterogestione e` esercitato da una persona fisica, qualificabile come effettivo centro propulsore del gruppo, benché` dietro lo schermo di un soggetto collettivo, la societa`, potrebbe andare esente da responsabilita`, provando che l'effettivo esercizio del potere di direzione e coordinamento compete ad un altro soggetto, per conto del quale essa, supinamente, impartisce le direttive all'interno del gruppo; allo stesso tempo, il soggetto che effettivamente domina gli altri elementi della compagine, potrebbe anch'egli andare esente dalla responsabilita` prevista dall'art. 2497, 1o co., proprio in quanto persona fisica, rimanendo esposto, tutt'al piu`, ad un'azione di diritto comune ex art. 2043 c.c.

9. I vantaggi compensativi nella valutazione della responsabilita` da attivita` di direzione e coordinamento di societa`.

L'ultimo cpv. del 1o co. dell'art. 2497 impone, nel valutare la responsabilita` dell'ente che esercita l'attivita` di direzione e coordinamento, di considerare i risultati complessivi che discendono da tale attivita`, secondo una visione globale che tenga conto non soltanto della singola condotta posta in essere dalla societa` dominante, ma anche dell'appartenenza dei soggetti coinvolti al contesto di gruppo¹⁵².

Tale approccio appare del tutto logico sol che si consideri il fatto che, qualunque sia l'operazione compiuta nell'esercizio del

¹⁵¹Usa l'espressione, MONTALENTI, cit., 324.

¹⁵²La disposizione, infatti, prevede che «non vi e` responsabilita` quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attivita` di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a cio` dirette».

potere di direzione unitaria, essa è inevitabilmente destinata a produrre i propri effetti su una pluralità di soggetti giuridicamente distinti, ciascuno dei quali è portatore di interessi autonomi, non necessariamente coincidenti con quelli degli altri membri del gruppo: proprio questo stato di cose rende opportuna una considerazione della condotta di tipo sintetico e non analitico, ove cioè non vengano semplicemente messi a confronto atti isolati, ma si valutino, nell'insieme, il modo con cui l'attività di direzione e coordinamento viene svolta e il risultato che da essa complessivamente discende.

È questo uno dei momenti più stringenti della disciplina dell'attività di direzione e coordinamento, nel quale la prospettiva atomistica tipica della società monade viene effettivamente abbandonata e/o superata da una visione globale – si potrebbe dire finalmente «di gruppo» – nella quale, seppur in assenza di menzioni specifiche¹⁵³, la struttura molecolare dell'aggregazione viene ad assumere rilevanza concreta; il substrato in cui il potere gestorio viene esercitato diviene, infatti, fondamentale al fine di valutare quali atti siano fonte di responsabilità per la dominante e quali, invece, proprio perché «frammenti» di una corretta politica di gruppo, possano dirsi legittimi, pur essendo astrattamente idonei – laddove singolarmente considerati – a recare danno ad una o più delle società dominate: in sostanza, se non si vuole rischiare di disconoscere nei fatti, ciò che è finalmente stato riconosciuto dalla legge, diventa imprescindibile abbandonare la prospettiva unilaterale da cui normalmente si è abituati a giudicare la correttezza o meno di un'operazione e considerare

¹⁵³ Anche in quest'ambito, infatti, il termine gruppo non viene mai utilizzato esplicitamente.

ciascun atto compiuto in seno al gruppo, come parte di una politica complessa, i cui esiti – e la cui correttezza – andranno valutati soltanto nel loro insieme e nell'ambito di un ragionevole lasso di tempo.

La *ratio* di tale concezione consiste nell'attribuire rilevanza compensativa a quei vantaggi che il soggetto eterodiretto, pur concretamente pregiudicato dalla singola operazione della società che esercita la direzione unitaria, consegue dall'appartenenza al gruppo: tale compensazione non deve, però, essere il frutto di un mero bilanciamento tra poste attive e passive riferite ad atti specifici, bensì di una valutazione globale degli effetti della sottoposizione della società all'attività di direzione e coordinamento, da cui risulti che essa è stata svolta in linea con i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale.

In pratica risulterà «corretta», o meglio non idonea a costituire fonte di responsabilità, la condotta della società che avrà dato vita ad una politica di gruppo complessivamente vantaggiosa per le entità che ne fanno parte, pur a fronte di sacrifici imposti alle stesse in virtù di singole operazioni. Esiste, infatti, una chiara correlazione biunivoca tra lo svolgimento di una sana attività di direzione e coordinamento e il sorgere, o meno, della responsabilità in capo all'ente che la esercita: la prima sussiste in presenza di atti di eterodirezione che, siano o meno singolarmente corretti, complessivamente realizzano un adeguato bilanciamento di tutti gli interessi in gioco; la seconda, correlativamente, viene meno quando il risultato complessivo degli atti gestori è il frutto di tale adeguato temperamento. In conclusione, appare evidente che la prospettiva corretta da cui

guardare le singole operazioni per valutare la condotta ai fini dell'art. 2497 c.c., non può che essere quella generale dell'equa redistribuzione dei vantaggi e degli svantaggi che derivano a ciascuna delle società eterodirette dall'appartenenza al gruppo¹⁵⁴.

L'introduzione, da parte dell'art. 2497, 1o co., c.c., del criterio dei vantaggi compensativi solleva un ulteriore – peraltro già accennato – problema, e cioè quello dell'individuazione e della inevitabile graduazione dei molteplici interessi che rilevano all'interno di un gruppo: consentire la compensazione tra l'atto dannoso e il vantaggio che deriva alla singola società dall'appartenenza al gruppo [cosiddetta teoria dei vantaggi compensativi¹⁵⁵], infatti, impone, preliminarmente, di accertare quali siano gli interessi in gioco e, successivamente, di valutare quale di questi debba considerarsi preponderante, alla luce dei principi che tutelano l'interesse sociale, sia nella sua accezione più classica, sia nella peculiare veste che esso assume all'interno del gruppo.

Torna, quindi, in primo piano l'annosa questione relativa all'esistenza o meno del cosiddetto «interesse di gruppo», quale possibile parametro di riferimento per valutare la correttezza della condotta posta in essere dalla capogruppo nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento.

¹⁵⁴Così BADINI CONFALONIERI, cit., 2161 ss.

¹⁵⁵La teoria dei vantaggi compensativi era già stata accolta dalla giurisprudenza di legittimità prima della riforma del diritto societario, in particolare la Corte di Cassazione, già in una pronuncia del 1998, aveva affermato «al fine di verificare se l'operazione abbia comportato o meno per la società che l'ha posta in essere un depauperamento effettivo occorre tener conto della complessiva situazione che, nell'ambito del gruppo, a quella società fa capo, potendo l'eventuale pregiudizio economico che da essa sia direttamente derivato aver trovato la sua contropartita in un altro rapporto e l'atto presentarsi come preordinato al soddisfacimento di un ben preciso interesse economico, sia pure mediato e indiretto» (v. Cass., 5-12-1998, n. 12325; Cass., 24-8-2004, n. 16707).

E` evidente, infatti, che coloro i quali sostengono che tale interesse sia concretamente identificabile e scindibile rispetto all'interesse di ciascuna societa` appartenente al gruppo, individuano proprio nella teoria dei vantaggi compensativi – cosi` come ora enunciata nell'art. 2497 – una conferma di tale «esistenza», identificando nell'interesse di gruppo il confine oltre il quale l'esercizio della direzione unitaria diviene illegittimo e fonte di responsabilita` per chi lo pone in essere. In altre parole, secondo questa prospettiva, il parametro di valutazione della condotta della societa` dominante non dovrebbe essere limitato all'interesse immediato della societa` dominata, cosi` da considerare illecito ciascun atto gestorio che comporti il depauperamento del patrimonio di tale societa`, ma ampliato ad una prospettiva piu` vasta che tenga conto del contesto nel quale la dominante e` chiamata ad agire, cosi` da considerare leciti gli atti gestori che perseguono un super interesse di tipo «collettivo».

A ben guardare, tuttavia, non sembra che il legislatore delegato sia riuscito, attraverso l'ultima parte del 1o co., dell'art. 2497, a dare effettivo riconoscimento, nel nostro ordinamento giuridico, all'esistenza di un vero e proprio «interesse di gruppo», in nome del quale valutare la legittimita` o meno della condotta di chi esercita la direzione unitaria: e` evidente, infatti, che, per quanto il parametro di valutazione in base al quale giudicare gli atti gestori sia stato notevolmente ampliato, al punto che risulta, oggi, costituito dal «risultato complessivo dell'attivitaa` di direzione e coordinamento» e non dall'esito della singola operazione, cio` nondimeno, l'interesse che viene in considerazione, al fine di valutare la sussistenza del danno, e` sempre e soltanto quello della societa` singolarmente considerata. La norma, infatti, non prevede

che la responsabilita` della dominante venga meno laddove l'operazione, pur nell'immediato dannosa per qualcuno, sia idonea ad aumentare il benessere complessivo del gruppo, ma prevede esplicitamente che, la responsabilita` venga meno, quando dal risultato complessivo del potere di eterogestione si sia prodotto un vantaggio idoneo a compensare la societa` danneggiata, atomisticamente considerata; non e` dunque il perseguimento di un beneficio per il gruppo a rendere legittima l'attivita` di direzione e coordinamento, ma l'assenza di danno per i singoli soggetti che lo compongono. Il legislatore, quindi, non attribuisce esplicito riconoscimento all'interesse di gruppo, *tout court*, ma soltanto in funzione dei vantaggi compensativi che dalla politica complessiva del gruppo possono derivare ai suoi membri, secondo una visione che, dal punto di vista degli interessi coinvolti, rimane fondamentalmente monistica: i parametri di comparazione, o meglio di compensazione, non sono, infatti, l'interesse di gruppo, da un lato, e quello della singola societa`, dall'altro, ma i vantaggi e gli svantaggi che possono derivare a ciascun soggetto dall'appartenenza al gruppo.

Tuttavia, appare evidente che, se con l'espressione «interesse di gruppo» si volesse intendere il mero contemperamento degli interessi delle societa` che sono soggette a direzione unitaria, la questione dell'esistenza o meno di tale interesse si ridurrebbe drasticamente, diventando nulla piu` che un problema nominalistico. Un conto e`, infatti, ritenere che in astratto sia possibile individuare, a priori, un interesse «superiore» dotato di propria autonomia, comune e, al tempo stesso, diverso da quello di tutte le entita` del gruppo, in nome del quale giustificare l'imposizione di direttive pregiudizievoli nei confronti delle

società dominate¹⁵⁶; un conto è, invece, qualificare come interesse di gruppo, l'opportunità che l'andamento della direzione unitaria sia volto ad un bilanciamento degli interessi delle società che ad essa sono soggette, che restano distinti ed autonomi l'uno dall'altro, nonché potenzialmente sacrificabili in vista di futuri vantaggi compensativi che possono derivare, anche in modo mediato o riflesso, dall'appartenenza al gruppo. Tale ultima interpretazione risulta anzi fondamentale per attribuire ulteriore legittimazione al concetto di direzione unitaria, la cui essenza deve essere individuata proprio nella capacità di coordinare tra loro una pluralità di soggetti giuridicamente autonomi, ciascuno dei quali titolare di un proprio interesse, in vista del perseguimento di obiettivi comuni, per il cui raggiungimento – secondo quanto si può dedurre dall'ultima parte del 1o co. dell'art. 2497 – sembra ora ammettersi anche l'imposizione di sacrifici in capo ad una o più parti, purché successivamente compensati o eliminati dall'attuazione di una politica di gruppo finalmente volta al riequilibrio di tutti gli interessi in gioco.

Cio non significa necessariamente dilatare il concetto di interesse sociale sino a ricomprendere in esso quello degli altri membri del gruppo o della capogruppo, dando così vita ad un «super-interesse» il cui perseguimento legittimi, a priori, il pregiudizio delle entità che lo compongono, ma più semplicemente adottare un criterio di valutazione più complesso che non si fermi alle singole operazioni, bensì tenga conto del «risultato complessivo» dell'attività di direzione unitaria svolta

¹⁵⁶ Interesse che, come è già stato fatto notare (v., ENRIQUES, *Art. 2391*, cit., 761), è rimasto nella penna del legislatore delegato e si rinviene solo in quella del legislatore delegante, non essendo citato né richiamato in nessuno dei sette articoli che compongono il Capo IX.

dalla capogruppo e dei vantaggi che possono derivare alle singole società dalla partecipazione ai frutti che l'impresa sociale di gruppo è in grado di generare.

Potrà quindi accadere che il singolo atto gestorio sia compiuto dalla capogruppo in pregiudizio della società dominata per perseguire finalità che, di fatto, esulano dall'interesse di quest'ultima, ma tale comportamento che, in sé considerato, è evidentemente in contrasto con i principi generali di corretta gestione societaria e imprenditoriale e dà luogo ad una violazione che è potenziale fonte di responsabilità risarcitoria in capo a chi l'ha posta in essere, dovrà essere collocato all'interno della più generale politica perseguita dalla società che esercita il potere di direzione e coordinamento, per valutare se gli effetti pregiudizievoli che da esso discendono, possano dirsi compensati dai vantaggi derivanti dall'appartenenza al gruppo. La mancanza di danni al patrimonio della società dominata – frutto dell'equo contemperamento tra vantaggi e svantaggi all'interno del gruppo medesimo – fungerà, in questo caso, da esimente facendo venir meno, non tanto la violazione in sé, quanto la responsabilità del soggetto agente.

Una volta stabilito che la condotta rilevante consiste nell'esercizio del potere di direzione unitaria in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, in assenza di una politica che sia in grado di attuare la redistribuzione dei vantaggi e degli svantaggi, il problema si sposta, necessariamente, sull'onere della prova; ci si potrebbe chiedere, infatti, se coloro che agiscono nei confronti della capogruppo, siano tenuti a dar prova, oltre che della scorrettezza dell'agire di quest'ultima, anche

dell'assenza dei vantaggi compensativi. Tale soluzione sembra, tuttavia, da respingersi sulla base, non soltanto dei principi generali in tema di prova, ma anche di alcune considerazioni di ordine sistematico desumibili dalla restante disciplina dettata dal legislatore in materia direzione e coordinamento di società. Sotto il primo profilo, si può osservare che, qualora la prova fosse posta a carico dell'attore (socio o creditore della dominata), essa si risolverebbe in una «prova negativa», difficile da fornire e non unanimemente accolta nel nostro ordinamento giuridico; inoltre, in considerazione del fatto che i vantaggi compensativi dovrebbero essere il frutto di operazioni compiute dalla società o dall'ente posto al vertice della struttura di gruppo, è evidente che anche il cosiddetto «criterio di vicinanza della prova», verrebbe rispettato soltanto con l'attribuzione dell'onere di dimostrare i benefici, idonei a compensare gli effetti negativi delle operazioni compiute dalla capogruppo, agli organi amministrativi della stessa. Sotto il profilo sistematico, militano a favore della tesi che addossa la prova alla convenuta (società che esercita il potere di direzione unitaria) la previsione di cui all'art. 2497 ter, che impone agli amministratori di motivare le decisioni influenzate dall'attività di direzione e coordinamento e di recare puntuale indicazione delle ragioni e degli interessi che le hanno determinate, e la previsione di cui all'art. 2497 bis che obbliga gli amministratori ad indicare, nella relazione sulla gestione, i rapporti con chi esercita l'attività di direzione e coordinamento e gli effetti di tale attività sull'impresa sociale e sui suoi risultati. È evidente, infatti, che pur trattandosi di oneri posti specificamente in capo agli amministratori delle società dominate, essi presuppongono direttive ed indicazioni, più o meno esplicite, da parte di chi ha elaborato la strategia di gruppo,

che, di conseguenza, sarà nella posizione più favorevole per fornire la prova dei vantaggi che da quella stessa strategia discendono¹⁵⁷.

Alquanto problematico appare, infine, stabilire quale sia il confine temporale entro il quale deve essere operata la citata compensazione: si tratta, cioè, di capire se il risultato complessivo cui allude l'art. 2497 debba essere valutato in esito all'esperienza aggregativa della società dominata, e dunque al momento dell'uscita dal gruppo, oppure, rimanendo in un ambito temporale più limitato, alla chiusura dell'esercizio nel corso del quale l'operazione pregiudizievole è stata compiuta e ha prodotto i suoi effetti, o invece in un momento ancora diverso da quello in cui si verifica la manifestazione lesiva e cioè il tempo in cui è instaurato il giudizio di responsabilità nei confronti della capogruppo.

Mentre la prima ipotesi sembra essere poco realistica, a causa della lontananza potenzialmente eccessiva dell'ambito temporale di riferimento rispetto a quello del compimento dell'atto pregiudizievole, nonché a causa dell'assoluta incertezza in ordine all'evento dell'uscita dal gruppo che potrebbe anche non verificarsi mai – e la seconda meno aderente al testo della disposizione che, facendo espresso riferimento non al singolo atto, ma al risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento, sembra accogliere una lettura più ampia del principio dei vantaggi

¹⁵⁷In tal senso BADINI CONFALONIERI, cit., 2178 ss.; CIAMPOLI, "I vantaggi compensativi" nei gruppi di società, in *Le società*, 2005, 2, 179; in giurisprudenza, v. Cass., sez. I, 11-12-2006, n. 26325, in *Massimario del Foro italiano*, 2006, 2153, secondo la quale «l'amministratore ha l'onere di allegare e provare gli ipotizzati benefici indiretti, connessi al vantaggio complessivo del gruppo, e la loro idoneità a compensare efficacemente gli effetti immediatamente negativi dell'operazione compiuta», e ancora Cass., sez. I, 24-8-2004, n. 16707, in *Foro italiano*, 2005, I, 1844, con nota di NAZZICONE.

compensativi; la terza soluzione appare invece la piu` sostenibile, sia perche` piu` aderente al testo normativo, sia perche` idonea a collocare la valutazione della condotta nel momento in cui essa e` effettivamente richiesta dal soggetto che se ne dichiara pregiudicato. A tale proposito, appare chiaro altresì che, qualora prima dell'inizio del giudizio, il danno risultasse integralmente mancante, l'azione di soci e creditori della societa` dominata risulterebbe carente dell'interesse ad agire¹⁵⁸.

Inoltre, tale valutazione circa la sussistenza o meno della responsabilita` in capo alla societa` che esercita l'attivitaa` di direzione e coordinamento, secondo la progressione segnata dall'art. 2497, non comprende solo il caso in cui il danno risulti eliso dai vantaggi che la societa` ha ricavato dall'appartenenza al gruppo, ma anche quello in cui il danno risulti integralmente eliminato da un'operazione specificamente a cio` diretta; in pratica, si consente (ulteriormente) alla capogruppo di realizzare una sorta di «ravvedimento operoso»¹⁵⁹, per precludere l'esercizio dell'azione risarcitoria, qualora il danno patrimoniale arrecato alla societa` eterodiretta non risulti altrimenti compensato dal risultato complessivo dell'attivitaa` di direzione e coordinamento.

Anche in questo caso, pero`, il legislatore non ha previsto limiti temporali per il compimento dell'operazione diretta ad eliminare il danno, con l'effetto di scoraggiare le reazioni ostili dei soggetti pregiudicati dall'atto gestorio, limitando notevolmente la forza deterrente dell'art. 2497; e` chiaro, infatti, che consentire alla capogruppo di compiere operazioni volte ad eliminare il danno,

¹⁵⁸ (99) In tal senso, WEIGMANN, *I gruppi di societa`, La riforma del diritto societario. Atti del convegno di Courmayeur, 27-28 settembre 2002*, AA.VV., Milano, 2003, 206.

¹⁵⁹ Usa questa efficace espressione RORDORF, cit., 543.

anche dopo il promovimento dell'azione di responsabilita`, significa rendere inutile ogni pronuncia sul merito, non essendo risarcibile un danno venuto meno nel corso del giudizio, ed impedire la prosecuzione dello stesso, essendo ormai cessata la materia del contendere. L'auspicio e` , dunque, che tale potenziale disincentivazione venga combattuta dalla giurisprudenza attraverso la valutazione della cosiddetta soccombenza virtuale, che consentirebbe, infatti, di porre le spese del giudizio a carico dei convenuti, ogni qual volta il danno sia stato eliminato da operazioni intervenute successivamente al promovimento del giudizio.

Resta, infine, un'ultima considerazione: il legislatore, come si e` detto, ha previsto esplicitamente che se il danno – identificato nel pregiudizio arrecato alla redditivita` ed al valore della partecipazione sociale, per il socio, e nella lesione del patrimonio della societa` per il creditore sociale – risulta integralmente eliminato a seguito di operazioni a cio` dirette da parte della capogruppo, non sussiste responsabilita` in capo all'ente che esercita il potere di direzione e coordinamento, con la conseguenza che, soci e creditori sociali non potranno conseguire alcun risarcimento.

E` evidente, tuttavia, che i risultati economici di cui questi ultimi potrebbero beneficiare nel caso in cui una sentenza accordasse loro il diritto al risarcimento del danno, sarebbero ben diversi da quelli di cui potrebbero fruire nel caso in cui si verificasse il cosiddetto «ravvedimento operoso» da parte della dominante; nel primo caso, infatti, soci e creditori avrebbero diritto ad un risarcimento diretto dei pregiudizi subiti; nel secondo caso,

invece, l'operazione sarà direttamente rivolta ad eliminare la lesione inferta al patrimonio della società soggetta all'altrui direzione e coordinamento e, soltanto indirettamente, produrrà effetti anche su soci e creditori, che dovranno, dunque «accontentarsi» dei benefici riflessi che discenderanno da tali operazioni.

CAPITOLO QUARTO

“IL GRUPPO COOPERATIVO PARITETICO”

SOMMARIO: 1. *Gruppo e mutualità: contesto normativo di riferimento e profili di compatibilità* – 2. *Il concetto di pariteticità* – 3. *Il contratto istitutivo del gruppo paritetico* – 4. *La disciplina del gruppo cooperativo paritetico.*

1. Gruppo e mutualità: contesto normativo di riferimento e profili di compatibilità.

Con l’art. 2545 septies è stata introdotta nel codice civile la figura del gruppo cooperativo paritetico, definito come contratto con cui più cooperative, anche appartenenti a categorie diverse, regolano la direzione e il coordinamento delle rispettive imprese.

La previsione è estremamente innovativa, in primo luogo, perché si tratta dell’unico caso in cui, nel codice civile, compare esplicitamente il termine «gruppo», termine che non viene mai utilizzato nel capo relativo all’attività di direzione e coordinamento, mentre dovrebbe, invece, costituire la disciplina di riferimento per tale tipo di organizzazione tra imprese; in secondo luogo, perché la scelta di fare uso di tale espressione con specifico riferimento ad un modello di integrazione fra società, basato sul contratto, piuttosto che sul possesso di partecipazioni societarie, unitamente all’inserimento dell’art. 2497 septies c.c.¹⁶⁰, nel capo IX, evidenzia che il legislatore mira a superare una visione del gruppo fondata soltanto sul controllo, nell’ottica di attribuire effettiva legittimazione a forme di integrazione tra imprese realizzate

¹⁶⁰ Per cui v. *supra*.

mediante modelli contrattuali, il cui scopo è, evidentemente, quello di creare strutture organizzative con compiti di direzione e coordinamento dell'attività gestionale dei soggetti affiliati.

Altro aspetto estremamente rilevante consiste, infine, nel fatto che si sia finalmente, ed in modo esplicito, riconosciuta legittimazione alla formazione di gruppi tra società cooperative non basati sulle partecipazioni detenute, ma su accordi negoziali. L'impresa mutualistica è stata, invero, per lungo tempo, identificata con la società monade, assumendo che tale connotato fosse coesenziale alla mutualità, pur in un ambito tendenzialmente improntato, per sua natura e per le sue finalità istituzionali, alla cooperazione con altre imprese mutualistiche.

A questa naturale vocazione alla collaborazione tra cooperative ha, però, fino ad ora, fatto paradossalmente riscontro un regime legale contrassegnato dalla sostanziale inconciliabilità tra le regole cooperative e le tipiche modalità di funzionamento dei gruppi societari, modalità riconducibili al carattere verticale dei gruppi di imprese e alla eterodirezione e, quindi, alla presenza di un ente dominante dotato di poteri tali da garantire il coordinamento delle imprese operanti nell'ambito del gruppo.

La costituzione di strutture di gruppo basate sul controllo, infatti, è sempre stata ostacolata dal principio del voto capitario, che impedisce, di fatto, alla società cooperativa di controllare l'assemblea della società cooperativa dominata, dalla previsione dei limiti massimi di partecipazione al capitale di cui all'art. 2525 c.c., nonché dallo stesso principio della «porta aperta», la cui applicazione renderebbe perennemente instabile l'eventuale

controllo acquisito, a causa dell'incessante mutamento dell'«assetto proprietario» della cooperativa medesima¹⁶¹.

Il passaggio da questa sostanziale negazione fisiologica del fenomeno aggregativo fra cooperative, al riconoscimento della legittimità del gruppo cooperativo paritetico fondato sul contratto, non è tuttavia avvenuto in modo estemporaneo, ma come conseguenza del progressivo sviluppo del quadro normativo di riferimento.

La prima esperienza aggregativa “di gruppo” fra cooperative può essere individuata nell'impiego, da parte delle imprese mutualistiche, del contratto di consorzio, al fine di dar vita a forme di collaborazione imprenditoriale certamente coerenti con lo scopo mutualistico, ma tendenzialmente prive di strumenti coercitivi.

Con l'espressione “consorzio” si vuol fare riferimento non soltanto all'accordo fra più imprese con operatività meramente interna, di cui all'art. 2602 del codice civile o alla creazione di strutture comuni dotate di autonomia operativa verso i terzi, di cui all'art. 2612 del codice civile, ma anche a tutte quelle figure organizzative previste in ambito cooperativo, dagli articoli 27 e seguenti della Legge Basevi: oltre alla storica figura del consorzio di cooperative ammissibile ai pubblici appalti” (istituito con la legge 25.06.1909, n. 422) – nel quale però risulta del tutto estraneo lo scopo di dirigere in modo unitario le attività delle cooperative associate, trattandosi di strutture create soltanto per favorire e

¹⁶¹ V. 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, 4, Torino, 2007.

consentire agli enti mutualistici di eseguire lavori per conto dello Stato e degli enti pubblici - a partire dal 1971, ritroviamo, infatti, anche i consorzi di cooperative disciplinati dall'art. 27 del d.lg.c.p.s. 14 dicembre 1947, n. 1577 e i consorzi di cooperative per il coordinamento della produzione e degli scambi (art. 27 *ter*, d.lg.c.p.s. 14 dicembre 1947, n. 1577). I primi, (consorzi di società cooperative) rappresentano una sorta di cooperativa di secondo grado la cui finalità è quella di agevolare la realizzazione dello scopo mutualistico delle associate: si tratta, dunque di uno scopo di integrazione e di ausilio delle economie individuali dei soci delle cooperative di base, non dissimile rispetto a quello che si può realizzare con l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento all'interno di una aggregazione di gruppo "classica", la quale può essere anch'essa indirizzata, in alcune sue declinazioni, al potenziamento e al completamento delle economie dei soggetti partecipanti; i consorzi di cooperative per il coordinamento della produzione e degli scambi sono, invece, considerati veri e propri consorzi: si tratta, infatti di un contratto tra più società cooperative esercenti una medesima attività o attività economiche connesse, che ha per oggetto la disciplina delle attività stesse mediante un'organizzazione comune che, per quanto non possa essere ritenuta un elemento imprescindibile all'interno del gruppo, in molti casi rappresenta, comunque, il mezzo attraverso cui l'attività di direzione unitaria viene concretamente esercitata.

È evidente, quindi, che l'opzione consortile rappresenta una forma di integrazione fra cooperative non necessariamente

alternativa alla creazione di un'organizzazione di gruppo¹⁶² ma, in alcuni casi, funzionale al perseguimento di obiettivi spesso coincidenti (l'elaborazione di politiche imprenditoriali comuni a tutti i soggetti partecipanti, l'integrazione dei rispettivi sistemi produttivi, la gestione accentrata di un'impresa economicamente unitaria, benché articolata in più soggetti giuridicamente autonomi) obiettivi che, prima della riforma, non potevano essere perseguiti in altre forme all'interno del sistema cooperativo, data la caratterizzazione segnatamente "atomistica" del regime normativo precedente l'introduzione dell'art. 2545 septies c.c..

Restano, naturalmente, alcuni elementi di distinzione tra la nozione comune di gruppo societario e la sua traduzione in ambito consortile, innanzitutto perché il consorzio si pone come una sorta di "gruppo rovesciato" nel quale la pseudo capogruppo rappresenta uno strumento di servizio alle imprese partecipanti e subisce le loro scelte di coordinamento piuttosto che esserne l'artefice¹⁶³; ma anche perché il gruppo, a differenza del consorzio, non può acquisire soggettività giuridica, né divenire centro di imputazione di autonomia giuridica, con la conseguenza che la responsabilità delle società facenti parte del gruppo per le obbligazioni contratte con i terzi non si estende al gruppo, così come non si estende alle altre società partecipanti.

Decisiva per la creazione di una prospettiva di gruppo all'interno del mondo cooperativo è stata, poi, l'introduzione, nella

¹⁶² Conf. PUPO, *commento all'art. 2545 septies, c.c.*, in *Il nuovo diritto delle società*, Commento sistematico al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, a cura di Maffei Alberti, Padova, 2005, 2875.

¹⁶³In tal senso, GENCO, *Gruppi cooperativi e gruppo cooperativo paritetico*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2005, 4, I, 508.

Legge Basevi, dell'art. 27 quinquies¹⁶⁴, che ha consentito l'acquisizione di partecipazioni in società per azioni e a responsabilità limitata da parte di società cooperative, e quindi la piena utilizzabilità dello strumento della società di capitale e la realizzazione, attraverso il controllo, di vere e proprie strutture di collegamento tra imprese cooperative e non, con la possibilità di attuare, al loro interno, strategie imprenditoriali espressione di una vera e propria direzione unitaria.

Tale apertura ha indubbiamente rappresentato un salto di qualità per il mondo cooperativo, risolvendo quell'ineludibile esigenza che si presentava ogni qual volta l'impresa raggiungeva un grado di complessità tale da rendere opportuna, quando non addirittura necessaria, l'attuazione di una vera e propria sinergia gestionale ed imprenditoriale con altri soggetti economici. La normativa relativa alle società cooperative, infatti, era ormai troppo vecchia per consentire loro di mantenere un ruolo di protagoniste in un contesto economico che implicava la ricerca di nuovi spazi in cui operare, al di fuori dei confini abituali, con le stesse armi delle imprese ordinarie.

La nuova prospettiva di gruppo, tuttavia, non poteva non porre il problema della compatibilità della partecipazione di un soggetto ispirato a criteri di mutualità, a strutture societarie completamente estranee a tale filosofia. È evidente, infatti, che la partecipazione della società cooperativa come socio di una società lucrativa può comportare la distorsione della causa della società

¹⁶⁴Tale introduzione è avvenuta con la legge 19 marzo 1983, n. 72, mediante la quale non soltanto si è consentito alle cooperative di costituire ed essere socie di società di capitali, ma si è superato quel nanismo finanziario che fino a qualche tempo prima ne era stato il grande limite, aumentando i limiti massimi della quota che ciascun socio poteva sottoscrivere e modificando i criteri di remunerazione del capitale sociale.

partecipante e ciò per quanto le cooperative non possano più essere ritenute ancorate ad un'applicazione ristretta dei principi di mutualità, intesa nel suo significato tradizionale di "gestione di servizio", dovendo tale concetto essere ampliato anche ad altri aspetti quali, ad esempio, il miglioramento della qualità del prodotto acquistato, la stabilità dell'occupazione, il potenziamento delle occasioni di scambio o, più in generale, il vantaggio derivante al socio dalla possibilità di partecipare direttamente alla funzione imprenditoriale per il soddisfacimento dei propri interessi di lavoratore utente¹⁶⁵.

Il problema che ci si poneva prima dell'introduzione dell'art. 27 quinquies era, infatti, quello di individuare se e a quali condizioni lo scambio mutualistico con i soci cooperatori potesse realizzarsi non direttamente con l'impresa mutualistica, ma attraverso prestazioni di imprese di carattere lucrativo dalla prima partecipate e, dunque, in modo mediato e indiretto.

Fra gli argomenti che militavano contro il riconoscimento di legittimazione alla c.d. mutualità mediata, si possono, brevemente, citare: la pretesa inidoneità a realizzare la funzione tipica della società mutualistica mediante scambi di soci cooperatori con imprese diverse da quella da essi amministrata e la presunta incompatibilità della mutualità mediata con i principi che sembrano imporre il governo diretto dell'impresa mutualistica da parte dei soci cooperatori. Ma il primo argomento appariva, in realtà, il frutto di un pregiudizio dogmatico privo di fondamento normativo, non essendo richiesta da nessuna norma positiva la coincidenza tra il regime di esercizio dell'impresa mutualistica e la

¹⁶⁵ Così PAOLUCCI, *La partecipazione delle cooperative nelle società di capitali e i gruppi cooperativi*, in i Gruppi di società, Atti del convegno internazionale di studi, cit., 1735.

partecipazione sociale a quella società. Se si ritiene che lo scopo mutualistico si realizzi ogni qual volta la società cooperativa è in grado di creare un “nuovo mercato” in cui i soci possono realizzare uno scambio a condizioni più vantaggiose di quelle reperibili dai terzi, si può anche ritenere che tale scambio possa essere realizzato attraverso imprese formalmente imputate a soggetti giuridici diversi dalla società cooperativa, purché facenti parte di un unitario sistema di relazioni economiche, quale può essere, ad esempio, quello consistente nel gruppo “gerarchico” di cui all’art. 27 quinquies, in cui la cooperativa risulta soggetto dominante. Le modalità di attuazione dello scambio mutualistico possono, infatti, riconoscersi sia nelle ipotesi in cui le prestazioni ai soci sono rese direttamente dalle società cooperative, sia nelle ipotesi in cui per il tramite delle partecipazioni sociali in altre entità societarie, si può accedere a rapporti contrattuali con le società partecipate “a valle”.

Anche la seconda obiezione, non poteva meritare accoglimento, considerando che l’unico limite dato dalle norme imperative che regolano l’attuazione della causa mutualistica, consiste nel fatto che le specifiche modalità dell’integrazione mutualistica devono essere coerentemente rappresentate e attuate sia in sede statutaria, sia sul piano economico-gestionale, non essendo, invece, imposta da alcuna norma la partecipazione diretta del socio cooperatore al governo dell’impresa mutualistica.

Con l’introduzione dell’art. 27 quinquies nella legge Basevi, si è quindi superata la tesi che negava alle società cooperative di costituire ed essere socie di società di capitali e si è aperta la strada alla realizzazione di strutture di gruppo fra imprese al cui vertice si pongono le cooperative medesime, tuttavia, sono rimasti aperti

alcuni rilevanti problemi come, ad esempio, il caso estremo in cui la cooperativa capogruppo assume la veste di mera *holding* di partecipazione in società lucrative, con la conseguenza che il servizio mutualistico finisce con l'essere prestato esclusivamente da società che mutualistiche non sono e il vantaggio realizzato dalla cooperativa proviene unicamente da un'attività di tipo capitalistico, in quanto conseguito mediante la gestione di partecipazioni in società lucrative.

Anche in questo caso l'unico limite alla realizzazione di una tale ipotesi potrebbe rinvenirsi nell'art. 2361 c.c. che vieta l'assunzione di partecipazioni in altre imprese se per la misura e per l'oggetto della partecipazione ne risulta sostanzialmente modificato l'oggetto sociale determinato dallo statuto: ciò che ci si domanda, in pratica, è se sia compatibile con lo scopo mutualistico il fatto che la cooperativa si dedichi unicamente ad un'attività di acquisto e gestione di partecipazioni in altre imprese.

Pur accogliendo la tesi che considera l'art. 2361 c.c. applicabile alle società cooperative, in forza della nuova formulazione dell'art. 2519 c.c., non si deve comunque dimenticare che tale articolo si limita a parlare di modifiche sostanziali all'oggetto sociale e, soltanto indirettamente, può costituire un limite all'assunzione di partecipazioni quando queste incidano negativamente sul perseguimento dello scopo. È vero che la distinzione tra oggetto e scopo perde di definizione in ambito cooperativo, in quanto proprio in funzione della mutualità che lo ispira, sussiste un maggior collegamento tra il primo ed il secondo, tanto che in molti casi si può addirittura parlare di confusione o quanto meno di una connessione così forte che il limite posto

dall'art. 2361 c.c. può servire indirettamente quale elemento di tutela del perseguimento dello scopo mutualistico, ciò non toglie, tuttavia, che si debba riconoscere in tale disciplina un limite espresso all'acquisizione di partecipazioni, al punto tale da ritenerla lecita soltanto quando sia in funzione del perseguimento della mutualità¹⁶⁶. Anche in questo caso, si deve, quindi, concludere per la piena ammissibilità della partecipazione, pur senza dimenticare che una tale apertura rischia di porre i soci della cooperativa in posizione di totale subordinazione alle scelte degli amministratori, che, di conseguenza, potrebbero spingersi sino al punto di far funzionare la cooperativa come *holding* pura. È evidente, infatti, che la disciplina di cui all'art. 27 *quinquies*, in quanto estremamente generalizzata e permissiva, manca di elementi che possano arginare le scelte dell'organo gestorio che, una volta fatte acquisire alla società le partecipazioni, potrebbe decidere di ridurre l'attività della cooperativa alla mera gestione delle stesse, facendo venir meno il collegamento funzionale tra tale acquisizione e il perseguimento dello scopo mutualistico; meglio sarebbe stato allora prevedere un maggiore potere di controllo da parte dei soci - ad esempio una delibera assembleare di autorizzazione o ratifica successiva - o l'attribuzione di specifici poteri di controllo all'autorità di vigilanza.

Resta inteso, infatti, che, pur in assenza di previsioni specifiche, la partecipazione delle cooperative alle società di capitali dovrebbe sempre rimanere in rapporto di strumentalità con gli scopi mutualistici delle società partecipanti, rapporto che deve

¹⁶⁶ Conf. PAOLUCCI, *Commento all'art. 27 quinquies, d.lg. c.p.s., 14 dicembre 1947, n. 1577, in Codice delle cooperative, cit., 252.*

essere garantito non soltanto nel momento in cui la partecipazione viene assunta, ma anche durante tutta la sua gestione.

È proprio in questo contesto normativo di progressivo riconoscimento della legittimità della “mutualità di gruppo” che va ad inserirsi il gruppo cooperativo paritetico di cui all’art. 2545 *septies* c.c., il quale, come detto, costituisce una reale novità nel nostro panorama legislativo.

Questa tipologia aggregativa è, infatti, caratterizzata da una certa omogeneità dei partecipanti, essendo circoscritta, in linea di principio¹⁶⁷, alle sole società cooperative, caratteristica che contraddistingue il gruppo cooperativo paritetico rispetto al gruppo gerarchico di cui all’art. 27 quinquies della Legge Basevi - al quale, come visto, la cooperativa partecipa in veste di controllante di società di tipo lucrativo - mentre lo avvicina ad altre forme di integrazione fra cooperative (consorzi di cooperative e cooperative di secondo grado), dalle quali, tuttavia, il gruppo cooperativo paritetico si distingue per le caratteristiche cui si è già accennato.

Altro elemento di novità, consiste nel fatto che il gruppo cooperativo nella nuova veste introdotta dal 2003, si configura come gruppo orizzontale, in quanto il rapporto aggregativo non è basato sul controllo, ma sul contratto.

Restano, di conseguenza, escluse, sia le ipotesi di gruppo cooperativo verticale, le quali risultano, in ogni caso,

¹⁶⁷ La disposizione, infatti, sembra rivolta, in generale, a disciplinare gruppi costituiti da sole cooperative - si pensi, ad esempio, al primo comma, il quale si riferisce al contratto con cui “...più cooperative (...) regolano, anche in forma consortile, la direzione e il coordinamento delle rispettive imprese...”, o al secondo, nel quale il potere di recesso viene riconosciuto alle sole cooperative aderenti - ma poi, al numero 3 del primo comma, fa riferimento all’eventuale partecipazione di “altri enti pubblici o privati”.

giuridicamente impossibili, atteso che il principio “una testa un voto”, che caratterizza la società mutualistica, impedisce il controllo societario di una cooperativa su altre cooperative; sia le ipotesi di partecipazione di cooperative ad altre cooperative, sia le ipotesi di partecipazione di cooperative a società lucrative, sia, infine, le ipotesi di controllo contrattuale da parte di società cooperative su società lucrative, che restano, pertanto, disciplinate dall’art. 27 quinquies della Legge Basevi.

2. Il concetto di pariteticità.

Il legislatore ha previsto che il gruppo cooperativo debba essere costituito mediante contratto e che debba avere carattere «paritetico» senza, tuttavia, specificare il significato da attribuirsi a tale espressione.

A tale proposito, si può osservare che, tradizionalmente, il termine paritetico, inteso nella sua accezione più classica, viene riferito a strutture di gruppo “non piramidali”, all’interno delle quali non si individua alcuna situazione di sovraordinazione di una società rispetto alle altre ed in cui, al contrario, tutti i soggetti partecipanti debbono concorrere in posizione tendenzialmente paritaria alla determinazione delle scelte e delle politiche comuni.

Interpretazione che sembrerebbe perfettamente coerente col mondo cooperativo nel quale, come già in parte anticipato, l’eterodirezione, intesa quale forma di coordinamento gestionale che determina situazioni di oggettiva sovraordinazione e di vera e propria dipendenza economica di una associata dall’altra, è sempre stata ritenuta non compatibile, in quanto non rispettosa delle

istanze autonomistiche e degli interessi mutualistici particolari delle imprese affiliate.

Nel 1o co., n. 2, dell'art. 2545 septies, tuttavia, si prevede che il contratto istitutivo del gruppo cooperativo paritetico debba indicare la cooperativa o le cooperative cui è attribuita la direzione del gruppo ed i relativi poteri, senza richiedere che in tale società siano rappresentate tutte le componenti delle altre società contraenti o, comunque, che tale società funga necessariamente da veicolo per la formazione democratica e concertata della "volontà comune", lasciando quindi spazio al dubbio che il gruppo cooperativo possa essere strutturato anche come gruppo gerarchico con a capo una sola società cooperativa e senza alcun obbligo o diritto delle società contraenti di partecipare all'attività di direzione e coordinamento.

Letta isolatamente, tale previsione potrebbe, addirittura, indurre a pensare che, il legislatore delegato abbia voluto configurare, in questo caso, un vero e proprio contratto di dominazione fra cooperative, mediante il quale, pur in assenza di controllo, una società si assoggetta all'altra, in virtù del vincolo contrattuale, abdicando preventivamente alla propria autonomia decisionale¹⁶⁸, interpretazione che sarebbe in contrasto, non soltanto con i principi generali del diritto societario, che non consentono di sottrarre (legittimamente) alla competenza degli organi sociali le decisioni relative all'amministrazione della società, devolvendole a soggetti esterni alla compagine sociale, ma anche

¹⁶⁸ Configurano tale accordo in termini di contratto di dominio debole, basato sul presupposto di una relazione di dipendenza delle imprese aderenti alla cooperativa di direzione, ZOPPINI, *I gruppi cooperativi (modelli di integrazione tra imprese mutualistiche e non nella riforma del diritto societario)*, in *Rivista delle società*, 2005, 773; PUPO, cit., 2871.

con la definizione del gruppo, appunto, di tipo «paritetico» in cui tutti i soggetti aggregati dovrebbero essere posti nella condizione di partecipare all'elaborazione delle decisioni e della politica comune.

Pur a fronte di tali elementi di incompatibilità, non è mancato chi, in dottrina, andando "*al di là della denominazione adottata (gruppo cooperativo paritetico)*" ha sostenuto la tesi della ammissibilità di un contratto di dominio che veda come ente dominante una società cooperativa e come soggetti dominati altre società appartenenti al medesimo *genus* il quale, tuttavia, deve essere caratterizzato da regole che non consentano alla società, che esercita il potere di direzione e coordinamento, di sfruttare impunemente la società dominata¹⁶⁹.

In pratica, ciò che dovrebbe essere garantito affinché possa ritenersi rispettato il criterio della pariteticità di cui all'art. 2545 septies c.c. sarebbe, esclusivamente, l'equilibrio nella distribuzione dei vantaggi derivanti dall'attività comune, escludendosi, di conseguenza, la necessità di una equiordinazione effettiva tra i soggetti partecipanti.

È evidente, tuttavia, che una tale interpretazione, finirebbe col ridurre la locuzione "gruppo cooperativo paritetico" ad un mero esercizio terminologico, legittimando la costituzione di gruppi cooperativi effettivamente gerarchici, in cui si consente la sovraordinazione di una cooperativa rispetto ad altre ed in cui la equiordinazione evocata dallo stesso concetto di pariteticità,

¹⁶⁹ In tal senso v. COSTI, *Il gruppo cooperativo bancario paritetico*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2003, I, 383.

verrebbe (riduttivamente) riferita ai soli interessi coinvolti nel gruppo, imponendone la compensazione.

Non si può non rilevare, tuttavia, che tale compensazione, nel nostro ordinamento giuridico, risulterebbe comunque "obbligata", in virtù del principio che non consente in alcun caso alle società di abdicare preventivamente e legittimamente alla propria autonomia decisionale, subordinando il proprio interesse a quello c.d. di gruppo. Accettando tale postulato, è evidente, dunque, che il richiamo alla pariteticità del gruppo, se ridotta al significato qui criticato, risulterebbe del tutto superfluo e sovrabbondante.

Credo, al contrario, che anche all'indomani della riforma, debba considerarsi del tutto esclusa la possibilità di considerare legittima una struttura di gruppo in cui sia più o meno implicitamente accettata la possibilità che venga lesa l'interesse sociale di taluno dei partecipanti e che a tale principio debba attribuirsi portata generale, riferibile cioè a tutte le strutture di gruppo, sia quando costituite da società lucrative, sia quando create da enti che si ispirano a criteri di mutualità.

Ritengo, altresì, che al termine "paritetico" riferito al gruppo cooperativo di cui all'art. 2545 septies c.c., debba attribuirsi un significato specifico, idoneo cioè a distinguere i gruppi caratterizzati da un assetto di tipo "democratico", in cui tutti i soggetti partecipanti concorrono alla formazione e/o all'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, attraverso un coordinamento gestionale equordinato ed un'elaborazione concertata delle decisioni strategiche ed in cui non si generano situazioni di oggettiva dipendenza economica di un'associata

dall'altra, dai gruppi gerarchici, in cui, invece, attraverso il controllo, una società è posta, quale conseguenza naturale della partecipazione azionaria, nella condizione di esercitare, unilateralmente, il potere di direzione unitaria sugli altri membri dell'aggregazione.

Perché la pariteticità sia concretamente realizzata, nella prima tipologia di gruppo, l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento deve necessariamente avvenire in modo concertato, e cioè attraverso la partecipazione di tutti i soggetti contraenti alla definizione della politica comune in modo concorrente e paritario. Proprio questa "non unilateralità" dell'esercizio del potere di direzione unitaria può consentire, inoltre, di distinguere il gruppo costituito mediante contratto, da quello basato su contratti di dominazione o di dominio debole: mentre nel primo, infatti, si ha un costante concorso alla democratica formazione delle decisioni di gruppo e l'interesse di gruppo diventa, conseguentemente, il risultato del temperamento degli interessi particolari di ciascuna società o ente aderente al sodalizio; nella seconda ipotesi, invece, si ha l'abdicazione preventiva alla propria autonomia decisionale da parte di tutti i soggetti associati e il c.d. interesse di gruppo non è altro, in realtà, che la mera estrinsecazione della volontà del soggetto dominante.

In un tale contesto, la cooperativa di direzione del gruppo di cui al n. 2 dell'art. 2545 septies c.c., non può rappresentare dunque una società controllante o dominante, ma un'entità strumentale alla formazione della volontà comune, la cui legittimazione deve provenire da tutti i soggetti che partecipano alla stipulazione del

contratto i quali, con pari diritti, investono la società cooperativa del potere di direzione e coordinamento.

È evidente, inoltre, che la fisionomia e la disciplina della cooperativa di direzione muteranno a seconda dei poteri e dei compiti alla stessa attribuiti dal contratto di gruppo, potendo fungere, ad esempio, da ufficio esecutivo delle decisioni del gruppo o da mera struttura di coordinamento delle entità aggregate.

In alternativa alla designazione di una cooperativa di direzione, la formazione democratica della volontà di gruppo potrebbe essere garantita, altresì, dalla presenza di un comitato direttivo di gruppo, composto da un egual numero di rappresentanti delle società associate ed investito di una funzione ponderatoria e compositoria degli interessi, potenzialmente divergenti, delle società aderenti¹⁷⁰.

In conclusione, con l'art. 2545 septies c.c., viene ribadita la legittimazione di strutture aggregative di gruppo tra società cooperative, basate sullo strumento contrattuale; tali strutture, tuttavia, non potranno avere carattere gerarchico, in quanto incompatibile con le regole poste a presidio della mutualità e, in particolare, con la necessaria autonomia della singola cooperativa a perseguire lo scopo mutualistico.

Preme, infine, un'ultima considerazione: come si è più sopra accennato, con riferimento al concetto di pariteticità, sono state formulate anche tesi che, legittimando la creazione di gruppi gerarchici anche in ambito cooperativo, lo qualificano

¹⁷⁰ Per una disamina delle possibili tipologie dei gruppi cooperativi paritetici, v. SANTAGATA, *Il gruppo cooperativo paritetico (una prima lettura dell'art. 2545 septies c.c.)*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2005, 4, 530 e ss.

semplicemente in termini di «pari dignità» dell'interesse sociale dei membri del gruppo¹⁷¹, giustificando tale interpretazione anche con il richiamo, di cui al n. 5 del 1o co. dell'art. 2545 septies, ai criteri della compensazione e dell'equilibrio nella distribuzione dei vantaggi derivanti dall'attività comune.

Pur non condividendo, come si è detto, di degradare il richiamo alla pariteticità sino al punto di farlo diventare pleonastico, si può tuttavia considerare l'ipotesi di attribuire a tale requisito un significato ulteriore, rispetto a quello consistente nella equiordinazione dei soggetti appartenenti al gruppo, che sia idoneo a qualificare tale equiordinazione non soltanto in termini di necessaria partecipazione paritaria alle decisioni o alla formazione della politica comune del gruppo, ma anche in termini di doverosa "pariteticità" degli interessi coinvolti all'interno del gruppo.

E' evidente, infatti, che assicurare la partecipazione alle decisioni attinenti alla politica di gruppo ad ogni soggetto che ne faccia parte, non garantisce che la decisione finale vada a vantaggio dell'interesse di tutti, soprattutto se il meccanismo con cui si attua tale partecipazione non è basato sull'unanimità, ma sul principio di maggioranza dei componenti; al contrario, tale risultato potrà essere effettivamente realizzato, se si parte dal presupposto che la finalità da perseguire all'interno del gruppo, sia quella di garantire pari dignità agli interessi delle società coinvolte, anche attraverso meccanismi di riequilibrio come, ad esempio, quello dei vantaggi compensativi¹⁷², che, nel caso del gruppo cooperativo paritetico,

¹⁷¹V. PUPO, cit., 2887.

¹⁷²V. PUPO, cit., 2888, per il quale questa accezione del termine pariteticità potrebbe essere estesa ad ogni contratto istitutivo di un gruppo, eliminando così l'aprioristica contrapposizione tra assetti di gruppo basati sul dominio e assetti di gruppo

vengono, peraltro, esplicitamente richiamati dall'art. 2545 septies, 1 co., n. 5, c.c..

Il concetto di pariteticità, dunque, non deve essere limitato alla configurazione "orizzontale" - e, quindi, non gerarchica - del gruppo, intesa come assenza di dominazione effettiva di un soggetto sugli altri, ma deve essere arricchito di un contenuto ulteriore: la qualificazione delle modalità di esercizio dell'attività di "direzione" in un ottica di reale "coordinamento" al fine di realizzare un comune disegno imprenditoriale, che deve svolgersi in modo tale da garantire pari dignità agli interessi di tutti i soggetti coinvolti nel gruppo.

Tale interpretazione, che ritengo possa essere utilizzata ogni qual volta il legislatore faccia riferimento a gruppi costituiti mediante contratto, ma che è ancora più valida con riferimento ai gruppi cooperativi, appare coerente, sia con i principi generali del diritto societario, i quali vietano l'alienazione convenzionale del governo della società sia, a maggior ragione, con la natura e le finalità dell'impresa cooperativa che devono necessariamente essere tutelate anche laddove la società entri a far parte di un gruppo; gruppo che, anzi, in un tale contesto, deve essere costituito proprio per realizzare, con maggior efficacia, le finalità mutualistiche delle società che lo compongono e dei soci di esse, nell'ottica di una reale «mutualità di gruppo»¹⁷³.

paritetici, in quanto in entrambi i casi il gruppo sarebbe legittimo soltanto se caratterizzato da una effettiva pari dignità tra gli interessi dei suoi componenti.

¹⁷³V. PAOLUCCI, *Il gruppo cooperativo paritetico, Le società cooperative dopo la riforma*, Padova, 2004, 156.

3. Il contratto istitutivo del gruppo paritetico.

Uno dei primi interrogativi che si pongono con riferimento al contratto istitutivo del gruppo cooperativo paritetico, così come succintamente disciplinato dall'art. 2545 septies c.c., riguarda l'individuazione dell'organo sociale competente alla stipulazione dello stesso.

La norma, infatti, non fornisce alcuna indicazione in proposito, rendendo necessaria l'individuazione di una soluzione interpretativa che non può certamente prescindere dalle conclusioni cui si è giunti in ordine alla natura e al contenuto dell'accordo di gruppo.

È evidente, infatti, che laddove si accogliesse la tesi che riconosce legittimazione alla costituzione di gruppi cooperativi solo nominativamente paritetici, ma di fatto gerarchici, in quanto basati sull'effettiva sovraordinazione di una o più società cooperative rispetto alle altre entità appartenenti al gruppo e, quindi, sull'alienazione convenzionale del governo dell'impresa, la stipulazione del negozio dovrebbe essere considerata, non un mero atto gestorio, ma una decisione a forte valenza organizzativa, con la conseguenza che tale stipulazione dovrebbe essere ricondotta nell'alveo degli atti di competenza assembleare ed, in particolare, nell'ambito degli atti di competenza dell'assemblea ordinaria, se si ritenesse applicabile in via analogica l'art. 2361, 2 co. c.c.; dell'assemblea straordinaria, se la partecipazione al gruppo e l'intensità dei poteri affidati alla capogruppo fossero tali da

modificare, nella sostanza, se non nella forma, la struttura organizzativa delle cooperative associate¹⁷⁴.

Ad una diversa conclusione, invece, si deve giungere laddove si ritenga, come sopra proposto, che il gruppo cooperativo paritetico, si caratterizzi per la necessaria equiordinazione dei soggetti partecipanti: in questo caso, infatti, l'estraneità di relazioni di dominio-dipendenza al modello organizzativo di gruppo, comporta che le scelte di gruppo siano affidate alla decisione paritetica di tutte le società partecipanti le quali, di conseguenza, non subiscono alcun trasferimento di poteri: il negozio istitutivo si presenta, di conseguenza, come un mero atto di gestione di competenza esclusiva dell'organo amministrativo (art. 2380 bis c.c.). È innegabile, tuttavia, che trattandosi di un atto che comporta rilevanti implicazioni sui rapporti mutualistici dei soci, tale attribuzione non dovrebbe poter essere delegata al comitato esecutivo o agli amministratori delegati¹⁷⁵.

Relativamente al contenuto del contratto, l'art. 2545 septies c.c. prevede espressamente che l'aspetto centrale dell'accordo sia rappresentato dalla disciplina dell'attività di direzione e coordinamento, attività che nel contesto sistematico del gruppo cooperativo paritetico assume un significato in parte differente rispetto a quello tipico delle strutture di gruppo di tipo gerarchico: se, da un lato, infatti, trova applicazione, anche in questo caso, il principio di effettività, in base al quale l'attività di direzione

¹⁷⁴ Così TOMBARI, *Società cooperative e gruppi di imprese (gruppo cooperativo paritetico e gruppo cooperativo eterogeneo)*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2007, 6, I, 750; 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, 1112.

¹⁷⁵ Così SANTAGATA, cit. 538.

unitaria si configura in termini di potere di fatto, di dirigere e coordinare le società aderenti secondo un progetto unitario, dall'altro, come già accennato, non si determina un vero e proprio accentramento di potere in seno alla capogruppo, essendo, invece, più intenso l'aspetto relativo al "coordinamento" di una o più delle funzioni essenziali delle imprese aggregate - quali, ad esempio, quella finanziaria, quella relativa alle vendite e agli acquisti o all'organizzazione del personale - al fine di realizzare con maggiore efficacia le finalità mutualistiche delle società aderenti.

Procedendo poi all'analisi degli elementi che, secondo il dettato dell'art. 2545 septies c.c., devono essere indicati nel contratto di gruppo, occorre, in primo luogo, osservare che il modello fornito dal legislatore delegato non sembra essere vincolante in tutti i suoi aspetti: è evidente, infatti, che laddove il legislatore avesse voluto prevedere come essenziali tutte le indicazioni prescritte nella disposizione in esame, avrebbe dovuto, esplicitamente, indicare la sanzione della nullità del contratto in caso di omissione di una di esse; tale rigidità interpretativa, inoltre, contrasterebbe palesemente con il principio generale della conservazione del contratto.

Quanto all'indicazione della durata del contratto, il legislatore non specifica alcun termine di durata del sodalizio, al contrario di quanto accade in materia di consorzi; ciò ha portato una parte della dottrina ad escludere che il contratto possa avere durata illimitata, ritenendo applicabile in via analogica e suppletiva il termine decennale previsto dall'art. 2604 c.c.¹⁷⁶; altra parte a ritenere, invece, che, proprio l'assenza di indicazioni in

¹⁷⁶ In tal senso, SANTAGATA, cit., 535.

proposito, consenta alle parti di stabilire liberamente il limite temporale di durata del sodalizio¹⁷⁷. Credo, tuttavia, che qualora le cooperative aderenti stabiliscano di vincolarsi al gruppo a tempo indefinito, debba essere necessariamente prevista dal contratto un'ipotesi di recesso, liberamente esercitabile dagli aderenti mediante preavviso, anche in assenza di giusta causa, non diversamente da quanto accade per la società a tempo indeterminato.

Il numero 2 dell'art. 2545 septies c.c., prevede, come già anticipato, che il contratto debba specificare *“la cooperativa o le cooperative cui è attribuita la direzione del gruppo, indicandone i relativi poteri”*.

Al di là degli aspetti problematici che tale previsione comporta con riferimento alla potenziale incompatibilità con la richiesta pariteticità del gruppo, di cui si è già detto nel paragrafo precedente, preme rilevare come tale disposizione crei una riserva esclusiva a favore di società cooperative, escludendo che il compito di direzione del gruppo sia attribuito agli altri *“enti pubblici o privati”* che possono, eventualmente, far parte del gruppo cooperativo, così come previsto dall'art. 2545 septies, 1 co., n. 3, c.c..

Proprio su questo ultimo punto si registrano differenti orientamenti dottrinali.

Da un lato, si afferma la possibilità che al gruppo possano partecipare anche società lucrative, ritenendosi che soltanto l'aggregazione nel suo complesso e non le singole società, debba

¹⁷⁷ Sostengono tale interpretazione, PAOLINI, *Il gruppo cooperativo*, in *Contratto e impresa*, 2003, 2, 622; PAOLUCCI, art. 2545 septies, in *Codice delle cooperative*, Torino, 2005, 139.

osservare il principio mutualistico. A sostegno di questa tesi si afferma, in particolare, che le riserve espresse in passato alla partecipazione di società lucrative a cooperative possano dirsi ormai superate e che, di conseguenza, nulla dovrebbe ostare alla partecipazione delle medesime società al gruppo, ove la mutualità è ritenuta meno incidente. Resta inteso che, in questo caso, la società di capitali non potrà rivestire il ruolo di capogruppo, in quanto tale compito, in base al dettato dell'art. 2545 septies, 1 co., n. 2), dovrà necessariamente essere attribuito ad una o più delle cooperative aderenti¹⁷⁸.

Da parte di altri, invece, viene esclusa del tutto la possibilità della partecipazione al gruppo di società lucrative per il fatto che l'inclusione di tali soggetti potrebbe orientare il sodalizio al perseguimento di finalità diverse da quelle mutualistiche, frustrando così lo spirito della riforma¹⁷⁹. L'art. 5, 1 co., lettera f) della legge delega, infatti, riferendosi al gruppo cooperativo come ad un "insieme formato da più società cooperative", invitava esplicitamente il legislatore delegato a disciplinare soltanto gruppi cooperativi omogenei, escludendo, di conseguenza, la partecipazione di società lucrative.

Tenuto conto di questa circostanza, che, diversamente opinando, porrebbe la norma a rischio di essere viziata da un eccesso di delega, ed in assenza di una chiara indicazione legislativa che consenta la partecipazione al gruppo di società

¹⁷⁸ Così PAOLINI, cit., 623, secondo la quale presumibilmente, potrà altresì trovare seguito, anche con riferimento al gruppo, quell'orientamento che, per le cooperative, richiede una partecipazione "non prevalente" da parte di società con finalità di lucro; Trib. Milano 3-3-1989, in *Le Società*, 1989, 742; Cass. 7-11-1990, n. 10739, in *Giurisprudenza commerciale*, 1992, II, 942 e ss.

¹⁷⁹ Così IRACE, *Art. 2545 septies c.c.*, in *La riforma delle società. Società cooperative. A cura di Sandulli Santoro*, Torino, 2003, 186.

lucrative, ritengo che tale ultima tesi debba considerarsi più in linea con il tenore dell'art. 2545 septies, il quale, in effetti, nel riferirsi ai membri del gruppo, li qualifica sempre come cooperative e crea addirittura una sorta di "esclusiva" a favore di queste ultime, per quel che concerne l'attribuzione dei poteri di direzione del gruppo, nonché per l'esercizio del diritto di recesso, nel caso in cui l'adesione al sodalizio venga a condizionare le condizioni dello scambio mutualistico.

Dovendosi, comunque, attribuire un significato positivo alla previsione di cui al n. 3) del 1 co. dell' art. 2545 septies, si potrebbe tutt'al più considerare ammissibile l'adesione al gruppo cooperativo paritetico di altri enti mutualistici, pubblici o privati¹⁸⁰ e, tutt'al più, delle società consortili, in quanto tali soggetti non presentano il rischio di fuorviare il perseguimento dello scopo mutualistico all'interno del gruppo, purché, come richiesto, ciò risulti espressamente previsto nel contratto.

L'art. 2545 septies prevede, altresì, che il contratto indichi i criteri e le condizioni di adesione e di recesso dal contratto, riecheggiando così il disposto dell'art. 2603 in materia di consorzi.

Tale previsione sottolinea la natura aperta del contratto associativo di gruppo, lasciando all'autonomia delle parti la determinazione delle caratteristiche da ritenersi essenziali per la partecipazione al sodalizio¹⁸¹.

¹⁸⁰ Si allude alle Casse di Previdenza, all'Istituto autonomo case popolari ed agli altri enti previsti dalla legislazione speciale in materia di edilizia popolare ed economica, nonché ai consorzi di cooperative ammissibili ai pubblici appalti e alle associazioni, riconosciute e non che perseguono lo scopo mutualistico (società di mutuo soccorso, associazioni agrarie di mutua assicurazione).

¹⁸¹ Secondo PAOLINI, cit., 623, non sarebbe da escludere neppure che il contratto possa prevedere l'esborso di un contributo di natura economica.

Il diritto di recesso viene, inoltre, attribuito per previsione di legge (art. 2545 septies, 2co., c.c.), in ogni caso, a ciascuna delle cooperative aderenti, qualora per effetto della partecipazione al gruppo, le condizioni dello scambio risultino pregiudizievoli per i rispettivi soci. Con tale previsione, il legislatore ha chiaramente individuato nel diritto di recesso dal gruppo lo strumento principale di tutela delle minoranze, nell'ambito di strutture aggregative che, per quanto caratterizzate da pariteticità, possono sempre essere alveo di pregiudizi sistematici, o comunque significativi, dovuti alla soggezione - ancorché volontaria - della singola impresa alle decisioni prese dalla maggioranza dei soggetti aderenti ed impartite dal comitato o dalla cooperativa di direzione. Poiché le cooperative associate non dispongono, in linea di principio, di poteri di veto idonei a paralizzare l'attività del gruppo; il diritto di *exit* costituisce chiaramente un efficace strumento per consentire a ciascun aderente di sottrarsi, senza oneri aggiuntivi, ad un regolamento di gruppo del quale non condivide più le linee direttive e che non risulta più conforme ai propri interessi.

Preme, comunque, sottolineare che, accanto al diritto di recesso, quale sistema di protezione della cooperativa associata, si colloca anche il generale principio di buona fede nell'esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.), il quale potrebbe essere utilizzato, sia per impedire abusi nel procedimento di concertazione della volontà comune all'interno del gruppo, sia per evitare il costante e sistematico pregiudizio dell'interesse di un ente associato. È evidente, tuttavia, che l'espreso riconoscimento nel contratto, del diritto di recesso in caso di violazione dei doveri di correttezza e buona fede posta in essere dagli altri membri del gruppo o dal

comitato/cooperativa di direzione, ai sensi dell'art. 2545 septies, 1 co., n. 4, c.c., attribuirebbe alla singola impresa aderente un vero e proprio "diritto potestativo di *exit*", rendendo indubitabilmente più certa la tutela delle minoranze.

Il numero 5 del 1 co. dell'art. 2545 septies c.c., prevede, inoltre, che il contratto debba indicare i criteri di compensazione e l'equilibrio nella distribuzione dei vantaggi tra le partecipanti al gruppo. Emerge con tutta evidenza da questa disposizione, da un lato, la stretta connessione con il richiamo operato dall'art. 2497 c.c. alla teoria dei vantaggi compensativi, dall'altro, la maggiore intensità con cui tale principio trova applicazione nella prospettiva del gruppo cooperativo, rispetto a quanto accade nella disciplina generale dell'attività di direzione e coordinamento. È evidente, infatti, che mentre in quest'ultimo caso, la compensazione tra i vantaggi e i pregiudizi cagionati dall'attività di direzione e coordinamento può servire ad escludere la responsabilità della società capogruppo per i danni arrecati al valore e alla redditività della partecipazione sociale, nonché all'integrità del patrimonio sociale, nell'esercizio del potere di direzione unitaria; nel regime del gruppo paritetico, invece, il legislatore impone una valutazione positiva e, soprattutto, preventiva degli interessi coinvolti nel sodalizio, essendo obbligatorio indicarli già nel contratto costitutivo del gruppo.

Ritengo, come già più sopra accennato, che tale previsione sia perfettamente in linea con la natura "paritetica" del gruppo cooperativo, ed anzi che ne determini l'effettiva realizzazione: è evidente, infatti, che, accettando il presupposto secondo cui il gruppo cooperativo si caratterizza come gruppo orizzontale, nel

quale sussiste una sostanziale equiordinazione dei soggetti partecipanti, la predeterminazione di criteri in base ai quali tale equiordinazione possa realizzarsi concretamente, con riferimento agli interessi degli aderenti al gruppo, diventa elemento pressoché imprescindibile, affinché la menzionata pariteticità non si riduca a mero esercizio terminologico.

Sarebbe, in effetti, del tutto inutile imporre la partecipazione di tutti i soggetti associati alla determinazione delle decisioni di gruppo, senza prevedere meccanismi attraverso i quali garantire un'effettiva pari dignità degli interessi di cui gli stessi sono portatori.

La pariteticità del sodalizio, in altre parole, dovrà essere riferita non soltanto alla globale programmazione strategica, industriale e finanziaria concertata dal gruppo, ma anche alla distribuzione dei vantaggi (e ovviamente delle eventuali perdite) dell'attività comune.

L'ultimo comma della norma in esame, prevede, infine, che le cooperative aderenti ad un gruppo, depositino in forma scritta l'accordo di partecipazione presso l'Albo delle società cooperative, recentemente istituito ai sensi dell'art. 15, d.lgs. n. 220 del 2002, dal Decreto min. Attività produttive 23 giugno 2004. Tale previsione comporta, evidentemente, la necessità della forma scritta del contratto che, tuttavia, non sembra essere richiesta né quale condizione di validità del negozio istitutivo del gruppo, né ai fini della prova, bensì soltanto quale mera pubblicità notizia. Proprio l'obbligo di deposito presso l'Albo, gestito dal Registro delle imprese, sembra implicarne, altresì, la forma pubblica¹⁸² (atto

¹⁸² Così come previsto dall'art. 11, 4 co., d.p.r. n.581 del 1995.

pubblico o scrittura privata autenticata), indipendentemente dal silenzio della legge sul punto.

L'art. 2545 septies non prevede, tuttavia, un'apposita sezione per i gruppi cooperativi, sicché il contratto andrà iscritto nella sezione delle cooperative a mutualità prevalente o non, a seconda che le società partecipanti al sodalizio, siano esclusivamente cooperative ammesse alle agevolazioni oppure ne siano escluse.

Per quanto vi siano state notevoli aperture, infatti, la prospettiva della mutualità di gruppo sembra ancora non aver trovato, nel nuovo ordinamento, una considerazione esplicita: i parametri individuati rigorosamente dall'art. 2513 c.c. ai fini della prevalenza, si basano in via esclusiva su dati di bilancio dell'impresa cooperativa e risulta del tutto irrilevante l'ipotesi che una parte dell'attività sociale si svolga attraverso rapporti di gruppo. Ad ulteriore conferma di quanto detto, si può notare, infine, che lo stesso art. 2545 septies, nell'attribuire il diritto di recesso, considera evidentemente lo scopo mutualistico - potenzialmente pregiudicato dall'adesione al sodalizio - come attributo della singola cooperativa e non come caratteristica del più elevato livello di svolgimento dell'attività del gruppo.

4. La disciplina del gruppo cooperativo paritetico.

L'art. 2545 septies c.c. si limita a legittimare la figura contrattuale del gruppo cooperativo, stabilendo soltanto parzialmente il contenuto e la disciplina del contratto; restano pertanto da identificare le regole organizzative alle quali devono

sottostare le società, allorquando si trovano ad operare all'interno della struttura di gruppo.

A tale proposito, può risultare utile richiamare il disposto dell'art. 2497 septies c.c., il quale prevede che le norme contenute negli artt. 2497 ss. *“si applicano altresì alla società o all'ente che, fuori dalle ipotesi di cui all'art. 2497 sexies, esercita attività di direzione e coordinamento di società sulla base di un contratto con le società medesime”*. Tale norma si presta, evidentemente, a costituire un collegamento tra la disciplina generale dell'attività di direzione e coordinamento e il gruppo cooperativo paritetico, poiché consente l'estensione delle disposizioni contenute nel Capo IX, a tutte le ipotesi di gruppo non fondato sul controllo, ma istituito su base contrattuale; estensione che pare legittimata, altresì, dalla sostanziale transtipicità¹⁸³ della disciplina generale dell'attività di direzione e coordinamento, idonea ad essere applicata, a prescindere da ogni considerazione relativa al tipo societario assunto dall'impresa, e dunque, sia nel caso in cui le società assoggettate abbiano carattere lucrativo, sia nel caso in cui perseguano uno scopo mutualistico.

Ciò comporta, ad esempio, che il diritto di recesso competa non soltanto alle società aderenti al gruppo, così come previsto dal 2 co. dell'art. 2545 septies, ma anche al singolo socio, ogni qual volta ricorrano i presupposti di cui all'art. 2497 quater. L'assonanza tra le due norme, infatti, è soltanto apparente, trattandosi di disposizioni basate su esigenze in gran parte coincidenti, ma destinate ad operare in modo del tutto autonomo, di tal che la presenza dell'una non sembra escludere, in virtù del principio di

¹⁸³ L'efficace espressione è di TOMBARI, cit., 751 ed è ripresa anche da GENCO, cit., 518.

specialità, l'applicazione dell'altra: a ritenere diversamente, si rischierebbe, infatti di privare il socio della cooperativa di un diritto di salvaguardia che compete, invece, al socio di società lucrativa, pur in presenza di presupposti del tutto analoghi.

Allo stesso modo, in materia di formalità pubblicitarie, si ritiene che le disposizioni dettate dall'art. 2545 septies u.c., in base al quale *"le cooperative aderenti ad un gruppo sono tenute a depositare in forma scritta l'accordo di partecipazione presso l'albo delle società cooperative"*, debbano essere integrate attraverso l'obbligo di indicare la soggezione all'altrui direzione e coordinamento negli atti e nella corrispondenza della società oggetto di direzione unitaria, nonché dall'iscrizione effettuata a cura degli amministratori, nell'apposita sezione istituita presso il registro delle imprese, ove verranno indicate le cooperative centrali di direzione e le società a questa sottoposte¹⁸⁴. Anche in questo caso, naturalmente, l'inottemperanza all'obbligo di iscrizione nel registro delle imprese comporta responsabilità per gli amministratori della cooperativa e/o per i componenti del comitato di direzione, per i danni che la mancata conoscenza dell'esistenza dei rapporti di gruppo abbia arrecato a soci o soggetti terzi.

Non pone problemi, neppure l'estensione al gruppo cooperativo paritetico dell'art. 2497 ter, il quale prevede che le decisioni assunte dalle affiliate, allorché influenzate dall'attività di direzione e coordinamento, debbano essere analiticamente motivate, recando puntuale indicazione delle ragioni e degli interessi la cui valutazione ha inciso sulla decisione. Nella relazione sulla gestione allegata al bilancio, inoltre, gli amministratori

¹⁸⁴ Conf. GENCO, cit., 520; SANTAGATA, cit., 537.

dovranno dar conto sia dell'effetto generale che tale attività produce sull'esercizio dell'impresa della singola cooperativa affiliata, sia dei rapporti particolari con le imprese collegate, anche tramite il contratto di gruppo paritetico, nonché delle decisioni gestionali influenzate dalla politica di gruppo.

Quanto alla norma cardine della disciplina contenuta nel Capo IX, cioè quella che stabilisce la responsabilità della società che esercita l'attività di direzione e coordinamento in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, sia nei confronti dei soci delle società soggette a tale attività, sia nei confronti dei creditori, per il pregiudizio arrecato alla redditività e al valore della partecipazione sociale e, rispettivamente, per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio sociale, preme rilevare, da un lato, la perfetta compatibilità di tale disposizione con strutture di gruppo di tipo paritetico, in quanto anch'esse esposte, al pari se non più delle strutture di tipo gerarchico, a possibili abusi da parte di chi, pur dovendo svolgere il ruolo di mero ufficio esecutivo del gruppo, approfitta della posizione di centro direzionale dell'aggregazione (sia che si tratti di cooperativa, sia che si tratti di comitato direttivo) per prevaricare gli interessi delle cooperative aderenti; dall'altro, il potenziale ampliamento della fattispecie in esame a comportamenti lesivi del servizio mutualistico. È certo, infatti, che, in ambito cooperativo, *“il valore e la redditività della partecipazione sociale”*, intesi in senso lato, si arricchiscono di un significato ulteriore, legato al perseguimento dello scopo mutualistico: in estrema sintesi, si potrebbe dire, cioè, che il socio partecipa alla cooperativa, in primo luogo, per poter fruire di beni, servizi o occasioni di lavoro a condizioni più favorevoli di quelle che potrebbe ottenere sul mercato e, soltanto

secondariamente, per poter conseguire dividendi. Il valore della partecipazione sociale, quindi, non è dato soltanto dal rilievo strettamente economico della stessa, ma anche dal vantaggio mutualistico che da tale partecipazione il socio può conseguire. È evidente, dunque, che una direzione del gruppo esercitata in modo tale da pregiudicare il perseguimento dello scopo mutualistico delle società aderenti, risulterebbe in contrasto con i principi di corretta gestione “cooperativa” e, di conseguenza, potenzialmente idonea a compromettere quel valore ulteriore che la partecipazione sociale acquisisce in questo peculiare ambito, realizzando così i presupposti per l’esercizio dell’azione di responsabilità ai sensi dell’art. 2497 c.c..

Vi è, poi, un ulteriore aspetto che merita di essere rilevato: l’art. 2497 fa riferimento alla violazione dei “principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale”, senza però precisarne in alcun modo il contenuto; come già più sopra accennato, tale genericità rischia di rendere poco efficace la tutela effettiva dei soggetti che ne sono i diretti destinatari, rendendo la norma di difficile applicazione. Si deve, tuttavia, rilevare come nella disciplina del gruppo cooperativo paritetico, il legislatore preveda la determinazione dei “criteri di compensazione” e dell’“equilibrio nella distribuzione dei vantaggi derivanti dall’attività comune”, quali elementi naturali del contratto, così fornendo una chiara indicazione circa quelle che dovrebbero essere le linee secondo cui orientare l’attività di direzione e coordinamento all’interno del gruppo. Ritengo che queste previsioni del contratto possano essere utilizzate quali indicatori del corretto agire della cooperativa (o del comitato) di direzione, la cui violazione può comportare

l'esposizione della stessa all'azione di responsabilità ai sensi dell'art. 2497 c.c..

Resta, infine, da considerare la possibile estensione al gruppo cooperativo paritetico della disciplina dettata dall'art. 2497 *quinquies* in materia di finanziamenti tra società soggette all'attività di direzione e coordinamento. Appare evidente, in proposito, che sul piano sostanziale, non possa ritenersi estranea anche ai gruppi orizzontali la necessità di contrastare il fenomeno della sottocapitalizzazione nominale; allo stesso tempo, pur in assenza di partecipazioni azionarie di controllo, può ben giustificarsi anche in questo contesto, la presunzione legislativa circa l'esistenza di una particolare consapevolezza della situazione economica e finanziaria delle società aderenti al sodalizio, a maggior ragione, laddove si presentino situazioni caratterizzate da legami personali negli organi amministrativi delle cooperative coinvolte nell'attività di direzione e coordinamento o in presenza di accentramento in una finanziaria di gruppo della funzione di tesoreria.

Sussistendo identità di *ratio* e di presupposti, ritengo, come la maggior parte della dottrina¹⁸⁵, che la postergazione dei finanziamenti nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento sia idonea a garantire anche nell'ambito dei gruppi cooperativi paritetici la *par condicio creditorum* tra i creditori delle società aggregate, scongiurando ingiustificati privilegi a favore della società beneficiaria del finanziamento e che, dunque, nulla osti all'integrazione della disciplina del gruppo cooperativo paritetico con il disposto dell'art. 2497 *quinquies* c.c.

¹⁸⁵ Così, Genco, *Gruppi cooperativi*, cit., 519; Santagata, *Il gruppo cooperativo paritetico*, cit., 543.

BIBLIOGRAFIA

DOTTRINA:

- ABBADESSA P., *La responsabilità della società capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2008, I, 279;
- ABBADESSA P., *Rapporto di dominio ed autonomia privata*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1999, 5, I, 545;
- ABBADESSA P., *I gruppi di società nel diritto italiano*, in *I gruppi di società*, Bologna 1982, 103;
- ABBADESSA P., *La circolazione delle informazioni all'interno del gruppo*, in *Gruppi di società, Rivista delle società*, Atti del Convegno internazionale di studi, Venezia 16/17/18-11- 1995, II, 567;
- ABRIANI N., *Gruppi di società e criterio dei vantaggi compensativi nella riforma del diritto societario, Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2002, I, 616;
- ALLEGRI V., *Brevi appunti in tema di tutela degli azionisti esterni nei gruppi di società*, in *Gruppi di società, Rivista delle società*, Atti del Convegno internazionale di studi, Venezia 16/17/18-11- 1995, II, 603;
- ANGELICI C., *La riforma delle società di capitali: lezioni di diritto commerciale* 2, Padova, 2006;
- BADINI CONFALONIERI A., *Commento all'art. 2497 c.c.*, in *Il nuovo diritto societario*, commentario diretto da Cottino e Bonfante - Cagnasso - Montalenti, Bologna, 2004, 2151;

- BADINI CONFALONIERI A., *Commento all'art. 2497 sexies c.c.*, in *Il nuovo diritto societario*, commentario diretto da Cottino e Bonfante - Cagnasso - Montalenti, Bologna, 2004, 2216;
- BADINI CONFALONIERI A., *Commento all'art. 2497 septies c.c.*, in *Il nuovo diritto societario*, commentario diretto da Cottino e Bonfante - Cagnasso - Montalenti, Bologna, 2004, 2218;
- BARBA V., *Il gruppo di società nella giurisprudenza*, in *Contratto e impresa*, 1999, 3, 969;
- BASSI A., *La disciplina dei gruppi*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di Vincenzo Buonocore, Torino, 2003, 199;
- BONELLI F., *La responsabilità degli amministratori*, in *Trattato Colombo e Portale*, IV, Torino, 1994, 352;
- BUTTÀ C., *Una metodologia per l'approccio economico aziendale allo studio dei gruppi di società*, in *I gruppi di società*, Bologna, 1982, 29;
- BUTTARO L., *La responsabilità degli amministratori della capogruppo*, in *Gruppi di società, Rivista delle società*, Atti del Convegno internazionale di studi, Venezia 16/17/18-11- 1995, II, 739;
- CALANDRA BONAURA V., *Il recesso del socio di società di capitali*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2005, 3, 291;
- CALLEGARI M., *Commento al 2497 quater*, in *Il nuovo diritto societario*, commentario diretto da Cottino e Bonfante - Oreste Cagnasso - Montalenti, Bologna, 2004, 2206;
- CAMPOBASSO G., *I gruppi di società*, DC, 2, *Diritto delle società* 6, Torino, 2006, 286;
- CAMPOBASSO G., in *Gruppi di società, Rivista delle società*, Atti del Convegno internazionale di studi, Venezia 16/17/18-11- 1995, II, 785;
- CAMPOBASSO M., *Finanziamento del socio*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2008, 4, I, 441;

- CANNARI L. - GOLA C., *La diffusione dei gruppi industriali in Italia*, in *Gruppi di società, Rivista delle società, Atti del Convegno internazionale di studi, Venezia 16/17/18-11- 1995, II, 813*;
- CARIELLO V., *Dal controllo congiunto all'attività congiunta di direzione e coordinamento di società*, in *Rivista delle società, 2007, 1, 1*;
- CARIELLO V., *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, *Rivista delle società, 2003, 6, 1229*;
- CARIELLO V., *Primi appunti sulla c.d. responsabilità da attività di direzione e coordinamento di società*, *Rivista di diritto commerciale, 4, II, 331*;
- CARRARA C., *Analisi comparata fra la disciplina italiana e tedesca in tema di finanziamenti dei soci*, agosto 2006, in *www.archivioceradi.luiss.it*;
- CERRAI A., *Il controllo della formazione dei gruppi*, in *Gruppi di società, Rivista delle società, Atti del Convegno internazionale di studi, Venezia 16/17/18-11- 1995, II, 915*;
- CIAMPOLI G., *I "vantaggi compensativi" nei gruppi di società*, in *Le società, 2005, 2, 164*;
- CIRCOLARE ASSONIME n. 44/2006, *Direzione e coordinamento di società. Profili di organizzazione e responsabilità del fenomeno del gruppo*, *Rivista delle società, 2006, 5-6, 1097*;
- CIVERRA E., *Conflitto di interessi di amministratori di società soggetta ad attività di direzione e coordinamento*, in *Le società, 11, 2008, 1385*;
- COSTI R., *Il gruppo cooperativo bancario paritetico*, in *Banca, borsa e titoli di credito, 2003, 4, 379*;
- COTTINO G., *Divagazioni in tema di conflitto di interessi*, in *Gruppi di società, Rivista delle società, Atti del Convegno internazionale di studi, Venezia 16/17/18-11- 1995, II, 1073*;

- D'ALESSANDRO F., *Il dilemma del conflitto di interessi nei gruppi di società*,
in *Gruppi di società, Rivista delle società*, Atti del Convegno
internazionale di studi, Venezia 16/17/18-11- 1995, II, 1085;
- DAL SOGLIO P., *Direzione e coordinamento di società*, *Il nuovo diritto delle
società*, a cura di Maffei Alberti, Padova, 2005, III, 2302;
- DE ANGELIS L., *Dal capitale «leggero» al capitale «sottile»: si abbassa il livello
di tutela dei creditori*, *Le società*, 12, 2002, 1456;
- DE BIASI P., *Sull'attività di direzione e coordinamento di società*, *Le società*,
7, 2003, 946;
- DENOZZA F., *Rules vs. standards nella disciplina dei gruppi: l'influenza delle
compensazioni virtuali*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2000, I,
327;
- DI SABATO F., *Rapporti Intragruppo e rapporti creditizi di gruppo*, in *Gruppi
di società, Rivista delle società*, Atti del Convegno internazionale
di studi, Venezia 16/17/18-11- 1995, II, 1153;
- DOCUMENTO ARISTEIA, *Direzione e coordinamento di società nella riforma
del diritto societario*, documento n. 35, ottobre 2003, in
http://ishop1.zucchetti.com/isroot/aristeia/documenti/doc_ari35c.pdf
- DONATIVI V., *I confini del controllo congiunto*, in *Giurisprudenza
commerciale*, 1996, I, 553;
- EMMERICH - SONESCHEIN - HABERSACK, *Konzernrecht*7, Munchen, 2001,
157;
- ENRIQUES L. - POMELLI A., *Art. 2391, Il nuovo diritto delle società*, a cura
di Maffei Alberti, Padova, 2005, 758;
- ENRIQUES L., *Gruppi di società e gruppi di interesse*, in *Il nuovo diritto
societario fra società aperte e società private*, 246, *Quaderni di
giurisprudenza commerciale*, 247; FAVA, *I gruppi di società e la
responsabilità da direzione unitaria*, *Le società*, 9, 2003, 1197;

ENRIQUES L., *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 D., Preite, Verso un nuovo diritto societario (a cura di F. Ghezzi, P. Benazzo e S.Patriarca), Bologna, 2002, pp. 247;

FAVA I., *I gruppi di società e la responsabilità da direzione unitaria, in Le società, 2003, 9, 1197;*

GALGANO F., *I gruppi nella riforma delle società di capitali, Contratto e impresa, Saggi 3/2002, 1015;*

GALGANO F., *Il regolamento di gruppo nei gruppi bancari, Banca, borsa e titoli di credito, 2005, 1, I, 86;*

GALGANO F., *Globalizzazione e conglomerazione, in Contratto e impresa, 2006, 1, 73;*

GENCO R., *Gruppi cooperativi e gruppo cooperativo paritetico, in Giurisprudenza commerciale, 2005, 4, I, 508;*

GIARDINO A., *La disciplina della pubblicità ex art. 2497 bis c.c., Le società, 9, 2004, 1080;*

GRANDE STEVENS F., *La circolazione del controllo all'interno del gruppo e l'obbligo, in Gruppi di società, Rivista delle società, Atti del Convegno internazionale di studi, Venezia 16/17/18-11- 1995, II, 1351;*

GUIZZI G., *La responsabilità della controllante per non corretto esercizio del potere di direzione e coordinamento, in Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società, a cura di Giuliana Scognamiglio, Milano, 2003, 207;*

GUIZZI G., *Eterodirezione dell'attività sociale e responsabilità per mala gestio nel nuovo diritto dei gruppi, Rivista di diritto commerciale, 2003 fasc. 5-8, pt. 1, 439;*

- IRACE A., *Commento all'art. 2497 c.c.*, in *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, Torino, 2003, 314;
- IRRERA M., *Commento all'art. 2497 quinquies c.c.*, in *Il nuovo diritto societario*, commentario diretto da Cottino e Bonfante - Cagnasso - Paolo Montalenti, Bologna, 2004, 2214;
- JAGER P., *Le società del gruppo tra unificazione e autonomia*, in *Gruppi di società, Rivista delle società*, Atti del Convegno internazionale di studi, Venezia 16/17/18-11- 1995, II, 1425;
- JORIO A., *I gruppi*, in *La riforma delle società*, AA.VV., a cura di Ambrosini, Torino, 2003, 201;
- LIBONATI B., *Responsabilità nel e del gruppo (Responsabilità della capogruppo, degli amministratori, delle varie società)*, in *Gruppi di società, Rivista delle società*, Atti del Convegno internazionale di studi, Venezia 16/17/18-11- 1995, II, 1489;
- LAMANDINI M., *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;
- LAMANDINI M., *Qualche spunto esegetico sulla nozione di controllo ai fini del consolidamento integrale*, in *Gruppi di società, Rivista delle società*, Atti del Convegno internazionale di studi, Venezia 16/17/18-11- 1995, II, 1453;
- MAFFEIS D., *Il nuovo conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni e a responsabilità limitata*, *Rivista di diritto privato*, 2003, 3, 517;
- MAGGIOLO M., *L'azione di danno contro società o ente capogruppo*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2, 2006, 176;

- MARCHETTI P., *Sul controllo e sui poteri della controllante*, in *Gruppi di società, Rivista delle società, Atti del Convegno internazionale di studi*, Venezia 16/17/18-11- 1995, II,1547;
- MINERVINI G., *Gli interessi degli amministratori di s.p.a.*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2006, I, 147;
- MINERVINI G., *Cronache della grande impresa*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2004, 4, I, 889;
- MINERVINI G., *La capogruppo e il governo del gruppo*, in *Gruppi di società, Rivista delle società, Atti del Convegno internazionale di studi*, Venezia 16/17/18-11- 1995, II, 1565;
- MONTALENTI P., *I gruppi piramidali tra libertà d'iniziativa economica e asimmetrie del mercato*, in *Rivista delle società*, 2008, 2/3, 318;
- MONTALENTI P., *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Rivista delle società*, 52, 2007, 317;
- MONTALENTI P., *Gruppi e conflitto di interessi nella riforma del diritto societario, Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2002, I, 624;
- MONTALENTI P., *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Gruppi di società, Rivista delle società, Atti del Convegno internazionale di studi*, Venezia 16/17/18-11- 1995, II, 1627;
- MOSCO GD., *Il controllo tramite sindacato di voto: uno studio empirico*, in *Gruppi di società, Rivista delle società, Atti del Convegno internazionale di studi*, Venezia 16/17/18-11- 1995, II, 1651;
- MUCCIARELLI F., *Il ruolo dei vantaggi compensativi nell'economia del delitto di infedeltà patrimoniale degli amministratori, Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2002, I, 630;

- MUCCIARELLI G., *Accordi intra-gruppo e divieto d'intese anticoncorrenziali*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2007, 2, I, 195;
- MUCCIARELLI G., *Problemi in tema di gruppi e oggetto sociale*, in *Gruppi di società*, *Rivista delle società*, Atti del Convegno internazionale di studi, Venezia 16/17/18-11- 1995, II, 1651;
- MURATORE A., *Commento agli artt. 2497 bis - 2497 ter c.c.*, in *Il nuovo diritto societario*, commentario diretto da Cottino e Bonfante - Cagnasso - Montalenti, Bologna, 2004, 2185;
- NAZZICONE L., nota a Cass., sez. I, 24-8-2004, 16707, in *Foro italiano*, 2005, fasc. 6, I, 1844;
- NIUTTA A., *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*, *Giurisprudenza commerciale*, I, 2004, 983;
- NIUTTA A., *La novella del codice civile in materia societaria: luci ed ombre della nuova disciplina sui gruppi di società*, *Rivista di diritto commerciale*, 5-8, I, 2003, 373;
- NIUTTA A., *La nuova disciplina delle società controllate: aspetti normativi dell'organizzazione del gruppo di società*, in *Rivista delle società*, 2003, 8, 780;
- PANZANI L., *L'azione di responsabilità ed il coinvolgimento del gruppo di imprese dopo la riforma*, in *Le società*, 2002, 12, 1477;
- PAOLINI E., *Il gruppo cooperativo*, in *Contratto e impresa*, 2003, 2, 619;
- PAOLUCCI L.F., *Il dilemma dell'amministratore gentiluomo. Alcune considerazioni ex art. 2391 c.c.*, *Le società*, 9, 2007, 1095;
- PAOLUCCI, L.F., *Codice delle cooperative*, Torino, 2005;
- PAOLUCCI L.F., *Il gruppo cooperativo paritetico, Le società cooperative dopo la riforma*, Padova, 2004, 156;

- PAOLUCCI L.F., *La partecipazione delle cooperative nelle società di capitali e i gruppi cooperativi*, in *Gruppi di società, Rivista delle società, Atti del Convegno internazionale di studi, Venezia 16/17/18-11-1995*, II, 1733;
- PAOLUCCI L.F., *Imprese in crisi (Amministrazione straordinaria)*, in *Digesto/comm.*, VII, Torino, 1992;
- PASQUARIELLO C., *Art. 2497 quater*, in *Commentario breve al diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, Padova, 2007, 1155;
- PAVONE LA ROSA A., *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*, *Rivista delle società*, 2003, 765;
- PAVONE LA ROSA A., *Proposte di disciplina dei gruppi societari*, in *Rivista delle società*, 2000, 3/4, 577;
- PAVONE LA ROSA A., *I gruppi di società, Ricerche per uno studio critico*, Bologna, 1982;
- PORTALE G., *Il sistema dualistico: dall'allgemeines deutsches handelsgesetzbuch (1861) alla riforma italiana della società per azioni*, Relazione letta al Convegno "Sistema dualistico e governance bancaria" organizzato dall'Associazione Gian Franco Campobasso e dall'AEDBF (Napoli 1-2 febbraio 2008);
- PORTALE G., *Riforma delle società di capitali e limiti di effettività del diritto nazionale*, in *Corriere Giuridico*, 2003, 2, 145;
- PORTALE G., *Osservazioni sullo schema di decreto delegato in tema di riforma delle società di capitali*, *Rivista di diritto privato*, 2002, fasc. 2, 701;
- PENNISI R., *La disciplina delle società soggette a direzione unitaria ed il recesso nei gruppi*, in *Il nuovo diritto delle società*, diretto da Abbadessa e Portale, 3, Torino, 2007, 890;
- PRESTI - RESCIGNO, in *Corso di diritto commerciale, Le società*, II, Bologna, 2007, 331;

- PUPPO C.E., *Commento all'art. 2545 septies*, in *Il nuovo diritto delle società*, *Commento sistematico al D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6*, a cura di Maffei Alberti, 2866, Padova, 2005;
- RIMINI E., *Il controllo contrattuale: spunti per una riflessione*, in *Gruppi di società*, *Rivista delle società*, Atti del Convegno internazionale di studi, Venezia 16/17/18-11-1995, II, 1903;
- RONDINONE N., *Contro una normativa societaria speciale per i gruppi a struttura gerarchica*, in *Gruppi di società*, *Rivista delle società*, Atti del Convegno internazionale di studi, Venezia 16/17/18-11-1995, II, 1947;
- RORDORF R., *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, *Le società*, 5/2004, 538;
- ROSSI G., *Il fenomeno dei gruppi ed il diritto societario: un nodo da risolvere*, in *I gruppi di società*, *Rivista delle società*, Atti del Convegno internazionale di studi, Venezia 16/17/18-11-1995, I, 17;
- ROVELLI L., *La responsabilità della capogruppo*, in *Il fallimento*, 2000, 10, 1098;
- SACCHI R., *Sulla presunzione di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento di cui agli artt. 2947-sexies e 2947-septies c.c.: brevi considerazioni di sistema*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2004, I, 983;
- SACCHI R., *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, *Giurisprudenza commerciale*, 2003, I, 661;
- SALAFIA V., *La responsabilità della holding nei confronti dei soci di minoranza delle controllate*, *Le società*, 2 bis, 2003, 390;
- SALAFIA V., *I finanziamenti dei soci alla società a responsabilità limitata*, *Le società*, 2005, 9, 1077;

- SALINAS F., *Responsabilità degli amministratori, operazioni infragruppo e vantaggi compensativi*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2005, 3, II,256;
- SANTAGATA R., *Oggetto sociale ed articolazioni dell'attività imprenditoriale*, in *Rivista delle società*, 2007, 6, 1255;
- SANTAGATA R., *Il gruppo cooperativo paritetico (una prima lettura dell'art. 2545-septies c.c.)*; in *Giurisprudenza commerciale*, 2005, 4, 524;
- SANTAGATA R., *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, 4, Torino, 2007, 799;
- SBISÀ G., *Responsabilità della capogruppo e vantaggi compensativi*, in *Contratto e impresa*, 2003, 2, 591;
- SCHIANO DI PEPE G., *Il diritto di recesso nei gruppi*, in *Le società*, 2003, 9, 1205;
- SCOGNAMIGLIO G., *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, in *Il nuovo diritto delle società*, diretto da Abbadessa e Portale, 3, Torino, 2007, 947;
- 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 Giuliana Scognamiglio, Milano, 2003, 189;
- SCOGNAMIGLIO G., *Appunti sul potere di direzione nei gruppi di società*, in *Gruppi di società, Rivista delle società, Atti del Convegno internazionale di studi*, Venezia 16/17/18-11- 1995, II, 2107;
- SCOTTI CAMUZZI S., *I gruppi fra diritto delle società e diritto dell'impresa*, in *Gruppi di società, Rivista delle società, Atti del Convegno internazionale di studi*, Venezia 16/17/18-11- 1995, II, 2139;

- SIMEON M., *La postergazione dei finanziamenti dei soci nelle s.p.a., Giurisprudenza commerciale*, 2007, 1, 69;
- SPADA P., *L'alienazione del governo della società per azioni (contributo alla costruzione di un modello conoscitivo)*, in *Gruppi di società, Rivista delle società, Atti del Convegno internazionale di studi, Venezia 16/17/18-11- 1995, II*, 2175;
- STIRPE A., *La diligenza come criterio di responsabilità dell'obbligato, (aprile 2006)*, in www.archivioceradi.luiss.it;
- TOMBARI U., *Società cooperative e gruppi di imprese (gruppo cooperativo paritetico e gruppo cooperativo eterogeneo)*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2007, 6, I, 739;
- TOMBARI U., *Riforma del diritto societario e gruppo di imprese*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2004, 1, I, 61;
- TOMBARI U., *Gruppi e diritto societario: profili metodologici, individuazione del problema e tecniche di ricostruzione della disciplina*, in *Gruppi di società, Rivista delle società, Atti del Convegno internazionale di studi, Venezia 16/17/18-11- 1995, II*, 2217;
- VALZER A., *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, in *Il nuovo diritto delle società*, diretto da Abbadessa e Portale, 3, Torino, 2007, 831;
- VENTORUZZO M., *Brevi note sul diritto di recesso in caso di direzione e coordinamento di società (art. 2497-quater, c.c.)*, in *Rivista delle società*, 2008, 5, 1179;
- VENTORUZZO M., *Ad art. 2391 c.c.*, in *Amministratori*, a cura di Ghezzi, in *Comm. Marchetti ed altri*, Milano, 2005, 423;
- VISENTINI G., *Assunzione di partecipazioni: direzione e coordinamento di società*, in www.archivioceradi.luiss.it, giugno 2007;

- WEIGMANN R., *I gruppi di società*, in *La riforma del diritto societario. Atti del convegno di Courmayeur, 27-28 settembre 2002*, AA.VV., Milano, 2003, 201;
- ZAMPERETTI G.M., *Responsabilità della società del gruppo e abuso della direzione unitaria della controllante*, in *Il Fallimento*, 2001, 10, 1143;
- ZOPPINI A. - TOMBARI U., *Intestazione fiduciaria e nuova disciplina dei gruppi di società*, *Contratto e impresa*, 2004, 3, 1104.
- ZOPPINI A., *Profili della mutualità di gruppo*, in *Il nuovo diritto delle società: liber amicorum*, Gian Franco Campobasso, diretto da Abbadessa e Portale, 4, Torino, 2007, 1089;
- ZOPPINI A., *I gruppi cooperativi (modelli di integrazione tra imprese mutualistiche e non nella riforma del diritto societario)*, in *Rivista delle società*, 2005, 4, 760;

GIURISPRUDENZA:

Legittimità:

- Cass. 24-7-2007, n. 16393 in *Le società*, 2009, 4, 453;
- Cass., 11-12-2006, n. 26325, in *Massimario del Foro italiano*, 2006, 2153
- Cass., 16-5-2006, n. 11366, in *Repertorio del foro italiano*, 2006, n. 43;
- Cass., 24-8-2004, n. 16707, in *Foro italiano*, 2005, I, 1844
- Cass., 21-6-2002, n. 9067, in *AC*, 2002, 1184;
- Cass., 11-8-2000, n. 10725, in *Repertorio del foro italiano*, 2000, n. 62.
- Cass., 5-12-1998, n. 12325, in *Foro italiano*, 2000, I, 2936;
- Cass., 22-10-1998, n. 10488.
- Cass., 11-3-1996, n. 2001, in *Foro italiano*, 1996, I, 1222;
- Cass. 13-2-1992, n.1759, in *Le società*, 1992, 796;
- Cass. 8-5-1991, n. 5123, in *Giustizia civile*, 1992, I, 2509;
- Cass. 7-11-1990, n. 10739, in *Giurisprudenza commerciale*, 1992, II, 942
- Cass. 2-7-1990, n.6769, in *Le società*, 1990, 1613;

Cass. 27-6-1990, n. 6548, in *Archivio civile*, 1990, 1002;
Cass., 26-2-1990, n.1439, in *Diritto fallimentare*, 1990, II, 1005;
Cass. 17-3-1989, n. 1320, in *Giustizia civile*, 1989, I, 1047;
Cass. 8-2-1989, n. 795, in *Giurisprudenza italiana*, 1989, I, 1123;
Cass. 9-12-1982, n. 6712, in *Giurisprudenza italiana*, 1983, I, 1, c. 201;
Cass. 19-12-1981, n. 6151, in *Foro italiano*, 1982, I, 1, c. 2897
Cass. 14-12-1981, n.6594, in *Giurisprudenza italiana*, 1982, I, 1, c. 328;
Cass. 25-3-1971, n. 848, in *Giurisprudenza italiana*, 1971, I, 1, c. 708;

Merito:

A. Milano, 30-3-2001, in *Giurisprudenza commerciale*, 2002, II, 200;
T. Milano, 22-1-2001, in *Il fallimento*, 2001, 10, 1143;
A. Torino, 4-12-2000, in *Giurisprudenza italiana*, 2001, 1675;
Trib. Catania, 3-1-1997, in *Diritto fallimentare* 1997, II, 414;
A. Catania 18-1-1997, in *Diritto fallimentare*, 1997, II, 426;
A. Torino, 28-9-1995, in *Giurisprudenza italiana*, 1996, I, 2, c. 583, 584;
Trib. Milano, 2-3-1995, in *Giurisprudenza italiana*, 1995, I, 2, 712;
T. Alba, 25-1-1995, in *Giustizia civile*, 1995, I, 1635
Trib. Napoli, 2-2-1994, in *Foro italiano*, 1995, I, 1, c. 1676;
A. Milano 21-1-1994, in *Le società* 1994, 929;
Trib. Torino, 24-7-1993, in *Diritto fallimentare*, 1993, II, 1105;
A. Milano 19-10-1993, in *Le società*, 1994, 55;
Trib. Velletri, 27-4-1992, in *Diritto fallimentare*, 1993, II, 358;
A. Milano, 11-6-1991, in *Le società*, 1991, 1665;
Trib. Napoli, 5-12-1991, in *Il fallimento*, 1992, 627;
Trib. Venezia, 14-12-1990, in *Nuova giurispr. civile comm.*, 1992, I 902;
Trib. Verona 7-2-1990, in *Le società*, 1990, 802;
Trib. Milano, 3-3-1989, in *Le Società*, 1989, 742;
A. Roma, 27-10-1987, in *Foro italiano*, 1990, I, c. 1176;
A. Roma, 23-6-1988, in *Foro italiano*, 1989, II, 434;

A. Milano, 9-9-1988, in *Rivista di diritto commerciale*, 1989, II, 215;
Trib. Milano, 2-10-1986, in *Le società*, 1986, 301;
Trib. Roma, 7-4-1984, in *Diritto fallimentare*, 1984, II, 872;
A. Roma, 1-7-1985, in *Il fallimento*, 1986, 971;
Trib. Roma 15-2-1983, in *Diritto fallimentare*, 1983, II, 903;
Trib. Roma 17-11-1982, in *Diritto fallimentare*, 1983, II, 926;
Trib. Roma 3-7-1982, in *Foro italiano*, I, 1, c. 2879;
Trib. Venezia 6-8-1982, in *Diritto fallimentare*, 1983, II, 744;
Trib. Roma 14-4-1982, in *Diritto fallimentare*, 1982, II, 1143;
Trib. Roma 1-4-1982, in *Diritto fallimentare* 1982, II, 1156;
Trib. Roma, 10-11-1981, in *Diritto fallimentare*, 1982, II, 193;
Trib. Roma, 13-11-1981, in *Diritto fallimentare*, 1982, II, 193;
Trib. Roma 15-3-1980, in *Giurisprudenza commerciale*, 1980, II, 958;
Trib. Roma 29-3-1980, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1980, II, 502;
Trib. Genova 26-1-1979, in *Giurisprudenza commerciale*, 1980, II, 958;

LEGISLAZIONE:

da art. 2497 a 2497 septies, 2545 septies c.c.;

l. 25-6-1999, n. 422 (costituzione di consorzi di cooperative per appalti di lavori pubblici)

d.lg. c.p.s. 14-12-1947, n.1577 (Provvedimenti per la cooperazione)

l. 3-4-1979, n. 95 (conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 30-1-1979, n. 26, concernente provvedimenti urgenti per l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi);

d.lg. 9-4-1991, n. 127(attuazione delle direttive n. 78/660/CEE e 83/349/CEE in materia societaria, relative ai conti annuali e consolidati, ai sensi dell'art. 1, 1o co., della l. 26-3-1990, n. 69);

d.lg. 1-9-1993, n. 385 (t.u. delle leggi in materia bancaria e creditizia);

- d.lg. 24-2-1998, n. 58 (t.u. delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli artt. 8 e 21 della l. 6-2-1996, n. 52);
- d.lg. 8-7-1999, n. 270 (nuovadisciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, a norma dell'art. 1, della l. 30-7-1998, n. 274);
- l. 3-10-2001, n. 366 (delega al Governo per la riforma del diritto societario);
- d.lg. 2-8-2002, n. 220 (Norme in materia di riordino della vigilanza cooperativa ai sensi dell'art. 7, primo comma, della legge 3 aprile 2001, n. 142).