

# Direzione e coordinamento di società: le responsabilità previste dall'art. 2497 del c.c.

Sintesi : Le insidie di un'opportunità: brevi riflessioni sulla fattispecie di responsabilità prevista dall'art. 2497 e seguenti del c.c.

Autore : **AVV. MARCO RIPONI - DOTT. MATTEO RIPONI**

## SOMMARIO

1. LA RESPONSABILITÀ DA ATTIVITÀ DI DIREZIONE E COORDINAMENTO. INTRODUZIONE.
2. LA RESPONSABILITÀ DA ATTIVITÀ DI DIREZIONE E COORDINAMENTO. GENERALITÀ.
3. L'ATTIVITÀ DI DIREZIONE E COORDINAMENTO, I PRINCIPI DI CORRETTA GESTIONE SOCIETARIA E IMPRENDITORIALE DELLE SOCIETÀ COORDINATE E L'ART. 2086, COMMA 2, C.C.
4. LA NATURA DELLA RESPONSABILITÀ DA ATTIVITÀ DI DIREZIONE E COORDINAMENTO.
5. I SOGGETTI ATTIVI DELL'AZIONE DI CUI ALL'ART. 2497 C.C.
6. I SOGGETTI PASSIVI DELL'AZIONE DI CUI ALL'ART. 2497 C.C.
7. GLI ELEMENTI COSTITUTIVI DELLA FATTISPECIE
8. GLI ASPETTI DEDUTTIVI E PROBATORI, TITOLO, NESSO CAUSALE E DANNO, CRITICITÀ.
9. CONTROLLO CONTRATTUALE E "CONTRATTO DI COORDINAMENTO", CENNI.

## CONCLUSIONI

## 1. LA RESPONSABILITÀ DELL'ESERCENTE L'ATTIVITÀ DI DIREZIONE E COORDINAMENTO. INTRODUZIONE.

La complessità ed attualità dell'argomento, testimoniata dai numerosi interventi dottrinali <sup>(1)</sup> e giurisprudenziali in merito, impone innanzi tutto una precisazione sui limiti delle seguenti brevi annotazioni che avranno ad oggetto solo alcuni aspetti e solo alcune delle norme dettate in materia dal codice civile, ponendosi quale obiettivo quello di condividere le criticità insite nell'opportunità di azione offerta a due categorie di soggetti: da un lato, i soci di minoranza della società oggetto dell'attività di direzione e coordinamento (d'ora innanzi: società coordinata) e, dall'altra, i creditori di quest'ultima, laddove, si vedrà in che modo, essa rimanga vittima dell'illecito esercizio di tale "attività" da parte di quella che, d'ora innanzi, sarà designata società madre <sup>(2)</sup>.

La realtà economica sottesa all'attività di direzione e coordinamento, quella dei cd. "gruppi" societari <sup>(3)</sup>, rende evidente il rilevante interesse pratico delle questioni ad essa inerenti.

Tuttavia, il Codice civile non definisce il "gruppo" di imprese ed anzi nemmeno usa la parola "gruppo".

Vedremo che questa non è l'unica lacuna delle norme di cui al capo IX° del codice civile.

Riferimenti ai "gruppi" si rinvencono invece in normative, specifiche o di settore, il cui esame esula dalle presenti annotazioni e, da ultimo in ordine cronologico, nel nuovo Codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza che ha, a sua volta, inciso la materia: certamente in modo diretto, laddove ha disciplinato, in chiave più procedurale che sostanziale, il fenomeno della crisi dei "gruppi" di società <sup>(4)</sup> e forse, anche indirettamente, laddove, con norme "accessorie" peraltro già in vigore, ha modificato tra l'altro, l'atteggiarsi dei compiti dell'imprenditore e di chi governa una impresa, anche societaria, modificando, tra gli altri, l'art. 2086 c.c.; modifiche delle quali si tratterà oltre.

<sup>1</sup> La mole degli interventi sulle molteplici questioni è imponente e costringe qui a rinviare, quanto alla bibliografia istituzionale, a quelle contenute nelle seguenti opere: GALGANO – SBISA', *Direzione e coordinamento di società*, artt. 2497-2497 septies, in *Commentario del codice civile e Codici collegati*, diretto da Scialoja – Branca - Galgano, II° ed. Zanichelli, 2014, Bologna, XV – XXVIII; CARUSO, *Inizio e cessazione della direzione e coordinamento e recesso del socio*, Giappichelli, Torino, 2012, 238 ss.; la completezza delle quali si può ritenere assicurati gli strumenti per un adeguato approfondimento anche sulle posizioni precedenti la riforma del 2003.

<sup>2</sup> Già nel 2007, allorché il complesso di norme di cui agli art. 2497 e seguenti si poteva dire agli esordi, uno dei più autorevoli studiosi delle questioni inerenti i cd. "gruppi" societari, scriveva «trattare in unico scritto tutti i molteplici e complessi problemi suscitati dalle disposizioni in materia di direzione e coordinamento di società», peccerebbe o di presunzione o di superficialità) MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Rivista delle società*, 2007, 317 ss.

<sup>3</sup> «Il gruppo di società è fenomeno largamente diffuso nella pratica. E' questo infatti l'assetto organizzativo tipico assunto dalle imprese di grande e grandissima dimensione, a carattere sia nazionale sia multinazionale» Campobasso, *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società*, 9° ed., Wolters Kluwer UTET Giuridica, Milano, 2019, 283. Fenomeno che, dal punto di vista giuridico, è da sempre sensibile: «al centro del fenomeno si pone un vero e proprio paradosso logico: l'esigenza cioè di pervenire all'identità delle differenze armonizzando la molteplicità delle figure soggettive societarie con l'unità oggettiva dell'impresa tramite esse esercitata» MAUGERI, *Interesse sociale, interesse dei soci e interesse del gruppo*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2012, I, 66 ss.

<sup>4</sup> Il D. Lgs. n. 14 del 10 gennaio 2019 dedica 9 articoli, dal 284 al 293, alla regolazione della crisi o dell'insolvenza di gruppo; gruppo che è definito all'art. 2, comma 1, lettera h (ed i per i gruppi di imprese di rilevante dimensione) nel seguente modo «l'insieme delle società, delle imprese, e degli enti, escluso lo stato, che, ai sensi degli articoli 2497 e 2545 septies del codice civile, sono sottoposti alla direzione e coordinamento di una società, di un ente o di una persona fisica, sulla base di un vincolo partecipativo o di un contratto; a tal fine si presume, salvo prova contraria, che: 1) l'attività di direzione e coordinamento di società sia esercitata dalla società o ente tenuto al consolidamento dei loro bilanci; 2) siano sottoposte alla direzione e coordinamento di una società o ente le società controllate, direttamente o indirettamente, o sottoposte a controllo congiunto, rispetto alla società o ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento» (mentre lo schema di decreto legislativo recante disposizioni integrative e correttive a norma dell'art. 1, comma 1, della legge 8 marzo 2019, n. 20, approvato dal Consiglio dei Ministri, in sede di esame preliminare lo scorso 13 febbraio 2020, ha così modificato il testo: «l'insieme delle società, delle imprese, e degli enti, esclusi lo stato e gli enti locali, che, ai sensi degli articoli 2497 e 2545 septies del codice civile, esercitano o sono sottoposti alla direzione e coordinamento di una società, di un ente o di una persona fisica, sulla base di un vincolo partecipativo o di un contratto; a tal fine si presume, salvo prova contraria, che l'attività di direzione e coordinamento di società sia esercitata: 1) dalla società o ente tenuto al consolidamento dei loro bilanci; 2) dalla società o ente che controlla le predette, direttamente o indirettamente, anche nei casi di controllo congiunto); tale definizione non pare in perfetta assonanza con quella deducibile dalla lettera delle disposizioni del codice civile. Sulla crisi dei gruppi si segnalano tra gli altri e senza pretesa di esaustività: BOTTAL, *I gruppi di imprese nella riforma concorsuale*, in D'INNELLA-TRIPODI, *La riforma del diritto societario: direzione e coordinamento di società*, Wolters Kluwer CEDAM, Milano, 201, 69 ss.; D'ATTORRE, *I concordati di gruppo nel codice della d'impresa e dell'insolvenza*, in *Il Fallimento*, 2019, 3, 277 ss.; G. SCOGNAMIGLIO, *I gruppi di imprese nel CCI: fra unità e pluralità*, in *Le Società*, 2019, 4, 413 ss.; SPIOTTA, *Codice della d'impresa e dell'insolvenza – La disciplina dei gruppi*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2019, 8-9, 1943 ss.

## 2. LA RESPONSABILITÀ DELL'ESERCENTE L'ATTIVITÀ DI DIREZIONE E COORDINAMENTO. GENERALITÀ

Il codice civile, a decorrere dal 1° gennaio 2004, dedica alla "direzione e coordinamento di società" il capo IX°, titolo V°, del libro V°.

Si tratta di sette articoli, dal 2497 al 2497 *septies*, tutti introdotti *ex novo* (5).

Oggetto di tale disciplina è l'attività di direzione e coordinamento, non il "gruppo" di imprese. Di quest'ultima fattispecie, come già rilevato, non vi è traccia nel testo delle norme pur essendo la stessa sottesa, quanto meno quale fenomeno economico, all'intero capo.

D'altre parte, come rilevato sin dai primi interventi (6), altre norme del codice civile si "occupano di" o "rilevano rispetto al" tema in esame.

Precisamente gli articoli: 2381, comma 5, 2399, 2403 bis, comma 2, 2409 comma 2 e 2409 *quinquies* c.c. (7)

Oggi tale elenco deve tener conto anche dell'art. 2086, comma 2, c.c., il cui (nuovo) disposto disciplina le modalità di "gestione" dell'impresa o, meglio, i doveri dell'imprenditore e forse influisce anche sulla lettura delle norme in tema di attività di direzione coordinamento.

Prima però di indagare le eventuali prospettive di tale ipotesi, è opportuno tentare una succinta sintesi di alcuni aspetti rilevanti.

Si è già detto che il codice civile non definisce il "gruppo" di imprese; si deve ora aggiungere che il codice civile non definisce nemmeno in che cosa consista l'"attività di direzione e coordinamento", né quali siano i "principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale" la violazione dei quali, se compiuta per un interesse (imprenditoriale) estraneo alla coordinata (per essere "proprio" della società madre o "di altri"), comporta la illiceità della prima.

Si può inoltre rilevare come nel Codice civile difetti anche solo un riferimento all'eventualità che la società madre o la coordinata possano essere di diritto estero, una indicazione sui margini temporali dell'attività ed ancora ed infine, un criterio per discernere se la fattispecie responsabilitaria operi o meno allorché società madre e coordinata siano gli estremi di un unico segmento (8).

Non a caso, la cernita di tali "assenze" è l'*incipit* tipico degli scritti in argomento.

Alla luce di quanto esposto. l'interpretazione del disposto dell'art. 2497 c.c. è dunque difficile per la dottrina ed insidiosa per i pratici: questi ultimi devono guidare, orientandosi tra le suddette lacune, la scelta dei propri assistiti tra la rassegnazione all'onta del (lamentato) danno e

<sup>5</sup> Solo l'articolo 2497 *septies*, nato per mitosi dal testo iniziale dell'art. 2497 *sexies*, è stato introdotto successivamente con il D. Lgs n. 37 del 6 febbraio 2004.

<sup>6</sup> ASSONIME, Associazione tra le società italiane per azioni, *Circolare n. 44* del 23 ottobre 2006, 3.

<sup>7</sup> Le norme richiamate riguardano rispettivamente: l'art. 2381, comma 5, l'obbligo degli organi delegati di riferire al Consiglio di amministrazione delle operazioni di maggior rilievo effettuate con le società controllate, l'art. 2399, alla lettera b), le incompatibilità alla carica di sindaco derivante da rapporti con soggetti operanti, tra l'altro, nelle controllate, l'art. 2403 bis, comma 2, il potere del collegio sindacale di scambiare informazioni con i colleghi delle controllate, l'art. 2409 che annovera tra i possibili danneggiati dalle gravi irregolarità gestorie degli amministratori le società controllate, l'art. 2409 *quinquies* che impedisce di assumere il ruolo di revisore in ragione dei ruoli ricoperti, tra l'altro, nelle controllate.

<sup>8</sup> D'INNELLA-TRIPODI, (nota 4), 15. Ammette la possibilità che l'attività di direzione e coordinamento possa riguardare anche solo società madre e coordinata, MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Rivista delle società*, 2007, 322.

l'opportunità di intraprendere un'azione di responsabilità che, anche per le caratteristiche della normativa, "potrebbe rilevarsi un'arma difficilmente utilizzabile" (9).

Questo il testo dell'art. 2497, comma 1, c.c.: "La società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società, agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società. Non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette."

Cominciando dalla parte finale della norma, si osserva che l'esclusione di responsabilità deriva dall'avvenuto risarcimento del danno (che è "integralmente eliminato" nella seconda ipotesi dell'ultimo periodo) oppure dall'assenza di esso (che è "mancante" nella prima ipotesi dell'ultimo periodo).

La teoria sottesa a tali previsioni è quella dei "vantaggi compensativi" che è stata accolta, come si suole osservare, dal legislatore della riforma (10).

Si rammenti che, nel testo della norma, è ben chiara la correlazione tra il vantaggio ed il soggetto che deve goderne: la società coordinata (11).

Il codice civile non chiarisce però ed è un'altra lacuna, quello che gli anglosassoni definirebbero il "timing" del calcolo dei vantaggi compensativi, ossia il momento di valutazione comparativa tra nocumento inflitto e ristoro offerto (o ragionevolmente previsto) dalla società madre (12).

Il problema è rilevante, sia perché costringe l'interprete, ed il pratico, ad un'indagine che colmi tale carenza, individuando il momento "giusto" del calcolo o della valutazione comparativa (o quello semplicemente "possibile" dato che, ammettendo un iato temporale tra danno e vantaggio, è giocoforza ammettere di dover talora "attendere", con le relative eventuali complicazioni processuali, il secondo), sia perché la scelta sul momento del calcolo o della valutazione comparativa muta l'effetto ed il titolo del ristoro.

Laddove il vantaggio affianchi "temporalmente" il danno, quest'ultimo potrà dirsi "mancante", laddove invece il primo segua il secondo non potrà fare altro che risarcirlo.

Ad ogni modo ed in estrema sintesi, si può dire che la norma escluda la responsabilità laddove il danno manchi o sia risarcito (13).

<sup>9</sup> L'espressione è di G. SCOGNAMIGLIO, *I gruppi e la riforma del diritto societario: prime riflessioni*, in *Dircomm.it, il diritto commerciale d'oggi*, 2003, 6; l'illustre Autrice prosegue, ivi, immaginando ed enumerando le difficoltà che la parte attrice sarebbe stata destinata ad incontrare; difficoltà che la pratica, di lì a qualche anno, ha confermato: il costo e la durata dell'eventuale processo, le difficoltà di prova della violazione dei principi di corretta gestione societaria, le possibili eccezioni di parte convenuta sulla sussistenza di vantaggi compensativi o sull'insussistenza dell'attività di direzione e coordinamento, la difficoltà di ottenere le informazioni rilevanti.

<sup>10</sup> RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Le Società*, 5/2004, 543; SBISA', (nota 1), 149. VELLA-BOSI, *Diritto ed economia delle società*, Il Mulino, Bologna, 2015, 344.

<sup>11</sup> Sulla scia della dottrina più recente, pare tuttavia possibile giungere ad una lettura della norma che, imperniata su quanto accade in materia bancaria, apra tale relazione biunivoca ad un'attribuzione del vantaggio anche ad un'altra entità del gruppo. Si vedano RICCIARDIELLO, *L'Unione Bancaria Europea, a cura di Mario P. Chiti e Vittorio Santoro*, Pacini Giuridica, 2016, 446 e ss.; RICCIARDIELLO, *Gli accordi di sostegno finanziario infragruppo nella crisi dei gruppi bancari*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, Pacini Giuridica, 2016, 4, 1 e ss.

<sup>12</sup> Al riguardo si vedano Cass. 11 dicembre 2006, n. 26325, e Cass. 14 ottobre 2010, n. 21250, in [www.pluris-cedam.utetgiuridica.it](http://www.pluris-cedam.utetgiuridica.it), anche per la considerazione che l'appartenenza ad un "gruppo" non basta, da sola, a dimostrare l'esistenza di vantaggi compensativi che andranno, viceversa, dedotti e provati.

<sup>13</sup> La norma sembra in effetti dire una ovvietà. Tuttavia, se la si guarda nella sua prospettiva "normativa", essa rivela il suo fine che è quello di disciplinare una modalità della compensazione o del risarcimento. Essi possono avvenire, per così dire, nella prospettiva "complessiva"

Tuttavia far venir meno il danno, o per "compensazione", o risarcendolo (anche con una sorta di "ravvedimento operoso"), implica di per sé, logicamente, l'esistenza della responsabilità in capo a colui che facendo ciò che non doveva ha commesso un "illecito".

Eppure, ciò nonostante, la norma intende escludere proprio quel giudizio di disvalore ed è per tale ragione che disciplina in maniera del tutto particolare il modo di operare degli strumenti compensativi – risarcitori previsti.

Continuando ora, per così dire, a "risalire" la norma, si incontrano i possibili danneggiati (ossia i futuri attori: soci di minoranza della coordinata o comunque "esterni" alla società madre e creditori della prima), i danni risarcibili <sup>(14)</sup> (o meglio: per i soci il pregiudizio, alla redditività e/o al valore della partecipazione; per i creditori la lesione, all'integrità del patrimonio sociale) per giungere poi alle modalità della condotta (che, letteralmente, può essere di società od ente ma non di persona fisica) <sup>(15)</sup>.

Dei danni, si dirà oltre, delle modalità della condotta, invece, si tratterà, seppur sinteticamente, ora, così da porre le basi per il prossimo paragrafo.

Prima di ciò preme incidentalmente osservare che i soci di minoranza della società madre sono esclusi dal novero dei possibili "beneficiari" della facoltà di invocare il titolo responsabilitario di cui si discute <sup>(16)</sup>

Sulla condotta, ai nostri fini, si osserva in primo luogo che l'azione ("agiscono", recita la norma) <sup>(17)</sup> debba avvenire: "esercitando" (quindi nel "mentre che" si fa) un'"attività" (quella di direzione e coordinamento).

Tale attività deve inoltre essere esercitata in un certo modo (in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società coordinate) e per un certo scopo (il perseguimento di un interesse proprio di chi agisce o comunque proprio di un soggetto diverso dalla coordinata).

L'esercizio dell'attività di coordinamento deve quindi essere "concreto", di fatto, tanto che riguardo ad esso si parla di "principio di effettività" <sup>(18)</sup>.

Che cosa sia ed in che cosa consista quell'attività di direzione e coordinamento è intuibile (il "gruppo" evoca un'orchestra diretta dalla società madre) quanto sfuggente.

---

dell'attività di direzione e coordinamento: si è sciolto il legame tra danno inflitto e risarcimento offerto, si è inteso legittimare quello che, paradossalmente, potremmo definire un risarcimento in forma "aspecifica", ossia non ripristinatoria (come sarebbe regola), né, tutto sommato, liquidatoria (nel senso di traduzione in numerario di una mancata rimessione in pristino) ma più elastica e duttile. Ai ridotti ricavi derivanti da una certa politica delle vendite potrà così rimediare un più facile o migliore accesso al credito, la rinuncia ad una porzione di territorio in una concessione di vendita in esclusiva a favore di altri, potrà essere emendata da una diminuzione del costo dei servizi amministrativi resi dalla società madre e così via. Aderendo all'impostazione che è stata proposta in relazione ai gruppi bancari (RICCIARDIELLO, nota 11), si potrebbe giungere sino allo scioglimento anche del legame tra danneggiato e soggetto risarcito, sicché si potrebbe parlare di risarcimento anche soggettivamente "aspecifico". In sintesi, in tal modo si sono ampliate le chances della società madre di evitare di subire l'azione di risarcimento.

<sup>14</sup> La dottrina e la giurisprudenza hanno rilevato che la disposizione porta al sovvertimento della regola che vuole risarciti i soli danni diretti; qui infatti ad essere risarcito dalla società madre è il danno da questa inflitto, non già alla vittima del suo agire, la coordinata, ma a coloro che o ne sono compartecipi e vedono diminuire la redditività ed il valore di quella interessenza, o ne sono creditori e ne vedono compromesso il patrimonio vedendo così diminuire le proprie possibilità di incasso.

<sup>15</sup> Sul punto non può evitare di rilevarsi che, altrettanto letteralmente, la persona fisica può invece essere "madre" secondo la definizione di gruppo scritta nel Codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza (nota 4).

<sup>16</sup> GIOVANNINI, *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, 305, Giuffrè, Milano, 2007. L'Autrice, nel quadro di un ragionamento che legge l'intero fenomeno dei gruppi in una prospettiva di collegamento negoziale, giunge ad ammettere la legittimazione anche in capo ai soci di minoranza della società madre.

<sup>17</sup> Il testo è riferito all'azione ma pare da ritenere compresa anche l'omissione di comportamenti doverosi; in questo senso mi pare indirizzato NIUTA, *Sulla presunzione di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento di cui agli artt. 2497 – sexies e 2497 – speties c.c.: brevi considerazioni di sistema*, in *Giur. Comm.*, fasc. 4, 2004, 989.

<sup>18</sup> Principio che pervade l'impostazione dell'art. 2497 c.c. e che costituisce l'unico discrimine sul se e sul quando l'attività di direzione e coordinamento è stata iniziata, svolta, cessata. In questo senso Cass. 7 ottobre 2019, n. 24943, in [www.pluris-cedam.utegiuridica.it](http://www.pluris-cedam.utegiuridica.it). Ciò anche a prescindere dall'esecuzione o meno delle pubblicità previste dall'art. 2497 bis c.c. Sulla disciplina della pubblicità si veda CORSI, *La pubblicità dell'attività di direzione e coordinamento di società*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, 306, Giuffrè, Milano, 2008.

Essa rappresenta il tessuto connettivo (*id est* le scelte, le direttive e le regole organizzative) di qualsiasi attività plurisoggettiva finalizzata ad un risultato, tant'è che, sotto questo aspetto, non possono negarsi assonanze con alcuni dei profili dell'attività medica d'equipe (19).

In altri termini, l'attività di direzione e coordinamento è la sommatoria degli input strumentali a rendere l'agire di tanti come l'agire dell'uno, siano essi input provenienti dal grado più elevato di un qualsiasi insieme organizzato verticalmente, siano essi input condivisi in un qualsiasi insieme organizzato orizzontalmente.

La dottrina, rilevando comunque l'indeterminatezza intrinseca del testo, l'ha definita con diverse formule e sfumature (20).

Tenuto conto di questi presupposti, adatteremo la seguente definizione di attività di direzione e coordinamento: essa è "l'esercizio di una pluralità sistematica e costante di atti di indirizzo idonei ad incidere sulle decisioni gestorie dell'impresa, cioè sulle scelte strategiche ed operative di carattere finanziario, industriale, commerciale che attengono alla conduzione degli affari sociali" (21).

Così definita l'attività di direzione e coordinamento, per essere illecito il suo esercizio deve, come si è visto, perseguire un interesse estraneo alla coordinata, sia esso della società madre o di un terzo.

Diversamente, qualora l'interesse fosse riferibile alla coordinata, la norma non opererebbe.

Infine, l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, per essere fonte di responsabilità, deve avvenire in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società coordinate.

La società madre deve portare la coordinata a scelte non "diligenti", inopportune, non rispondenti alle regole del buon amministrare, scelte che, altrimenti, ossia prescindendo dall'appartenenza al "gruppo", non sarebbero prese e che, proprio per questo, devono essere motivate (22).

La individuazione di quei principi e la valutazione sulla loro violazione riverberano i propri effetti sull'impostazione dell'eventuale giudizio avente ad oggetto l'accertamento della responsabilità ex art. 2497 c.c., condizionando la definizione della *causa petendi* e del *petitum* nonché l'articolazione delle richieste istruttorie.

---

<sup>19</sup> Le due situazioni collimano sotto alcuni punti di vista: gruppo ed equipe sono formati da soggetti autonomi il cui agire deve essere coordinato per un fine ultimo comune, il coordinamento può essere gerarchico o paritario, volontario o no e può vedere "compressa" l'autonomia di qualche suo componente. Si pensi all'equipe di qualsiasi sala operatoria o all'ipotesi di più equipe, provenienti da diversi ospedali, che decidano di collaborare per l'effettuazione di un intervento che richiede competenze multidisciplinari (ad esempio la separazione di due gemelli siamesi) creando così, seppur momentaneamente, una equipe di equipe.

<sup>20</sup> «In via di estrema sintesi si può dire che la direzione ed il coordinamento, dei quali si tratta, in concreto dovranno consistere in indirizzi di orientamento diretti a rendere complementare o integrativa, secondo i casi, l'attività della società controllata rispetto a quella della controllante, in attuazione della finalità propria del gruppo societario, che il collegamento della controllante con la controllata ha prodotto» SALAFIA, *Responsabilità da direzione e coordinamento di società* in *Le Società*, 2017, 6. «L'interprete dovrà dunque rifarsi alla nozione di "direzione" e alla nozione di "coordinamento" che dottrina e giurisprudenza hanno fatto proprie, sulla base delle elaborazioni degli economisti, delle indagini comparatistiche e delle prassi in atto» così ALPA, *La responsabilità per la direzione e il coordinamento di società. Note esegetiche sull'art. 2497 co. Civ.*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2004, II, 659.

<sup>21</sup> MONTALENTI, (nota n. 2), 321; l'Autore precisa poi che "direzione unitaria non significa tuttavia totale eterodirezione delle singole imprese, non significa espropriazione dell'autonomia gestionale delle società subordinate, non significa compressione completa del potere di autodeterminazione"; la medesima definizione è adottata anche da ROSMINO, *La disciplina dei gruppi di società: attività di direzione e coordinamento, profili di responsabilità e lite temeraria*, in *Documento del 30 giugno 2016, Fondazione Nazionale dei Commercialisti*, 7.

<sup>22</sup> RORDORF, (nota 10), 547

### 3. L'ATTIVITÀ DI DIREZIONE E COORDINAMENTO, I PRINCIPI DI CORRETTA GESTIONE SOCIETARIA E IMPRENDITORIALE DELLE SOCIETÀ COORDINATE E L'ART. 2086, COMMA 2, C.C.

Quali siano i principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale (della coordinata) non è precisato dal legislatore, lo si è già notato sopra.

L'essenza del richiamo nondimeno è intuibile.

L'autonomia della coordinata e dei suoi organi può essere compressa ma non eliminata, essa può, in una certa misura, essere sacrificata ma solo se altrimenti "compensata"; non si può, insomma, sabotarne lo scopo che è e rimane quello di qualunque società.

Con riguardo ai principi menzionati si può assumere che essi siano costituiti, quanto al profilo societario, dall'insieme delle regole, codicistiche e no, che disciplinano la struttura ed il funzionamento della società come ente <sup>(23)</sup> e, quanto al profilo imprenditoriale, dall'insieme di quelle che guidano la ponderata adozione delle scelte di impresa (rispetto alle quali il rinvio ai criteri sviluppati dalla giurisprudenza in merito alla business judgement rule pare ineludibile) <sup>(24)</sup>.

Se dunque è vero che la norma sanziona, con l'insorgere della responsabilità, la violazione di tali principi, è altrettanto vero che la stessa non li eleva, almeno esplicitamente, a regola di condotta, non imponendo, in altri termini, degli obblighi comportamentali positivi.

Tale considerazione può essere estesa all'intero capo in esame.

Nonostante ciò, una lettura "come disciplina di organizzazione (organisationsrecht) di un peculiare modello di impresa" è già stata proposta. <sup>(25)</sup>

Il nuovo secondo comma dell'art. 2086 c.c., nel disciplinare la gestione dell'impresa, impone ampi e precisi doveri all'imprenditore e, forse, questa nuova disposizione può confermare la lettura delle norme sulla responsabilità da attività di direzione e coordinamento nel senso da ultimo ricordato.

Si è inoltre accennato alle altre novità, in itinere, in tema di crisi dei "gruppi" di cui al Codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza ed ancora a quelle che hanno riguardato altri settori, tra cui quello bancario.

Quale potrà essere la (futura) relazione di tali (nuovi) elementi, merita qualche riflessione partendo dal testo dell'art. 2086, comma 2, c.c.

"L'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi di impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale".

<sup>23</sup> Essi richiederanno "il rispetto sia degli obblighi generali di amministrare con diligenza e senza conflitto di interessi, sia degli obblighi specifici che la legge o lo statuto impongono agli amministratori delle società coordinate e dirette" SBISA', in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da MARCHETTI-BIANCHI-GHEZZI-NOTARI, Giuffrè Editore, 2012, 49.

<sup>24</sup> RORDORF, (nota 10), 541; si veda inoltre SBISA', (nota 1), 142 ss; GALGANO-SBISA', (nota 1), 193 ss.

<sup>25</sup> Le parole sono di G. SCOGNAMIGLIO, in *Rivista di diritto civile*, 2009, 6, 760; l'Autrice, facendo leva sul contenuto implicito dell'art. 2497 ter c.c. (individuato da un lato nell'obbligo della società madre di "disvelamento delle direttive di gruppo", così da consentire alla coordinata di recepirle nelle motivazioni delle proprie decisioni e nei propri documenti di bilancio, dall'altro nel divieto di direttive confidenziali), dimostra che la norma non esaurisce i propri effetti nella sola tutela dell'interesse dei terzi alla trasparenza dei legami di gruppo ed anzi che l'ossequio ad essa è aderenza ai principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale, sicché essa ascende a norma precettiva, organizzativa. Si veda anche PENNISI, La disciplina delle società soggette a direzione unitaria ed il recesso dai gruppi, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da Abbadessa e Portale, 3, 2007, 891. Considera le norme sull'attività di direzione e coordinamento come norme di comportamento, GIOVANNINI, (nota 16).

La norma, posta in un articolo ora rubricato "gestione dell'impresa", mi pare lasci pochi spazi al dubbio, prevedendo oltre che un modello legale, un obiettivo.

I doveri si spingono sin là dove è necessario (anche se si può immaginare che verranno nel tempo dettagliati attraverso l'introduzione di "protocolli" o "best practice" operative).

Sarà l'imprenditore a doversi rendere proattivo nel curarsi della propria organizzazione gestionale, amministrativa e contabile, adeguandola al contesto e spingendosi sino alla previsione ed al governo della crisi.

Così per una società monade, così per una coordinata, così, infine, per una società madre; nella prospettiva di quest'ultima però, il contenuto dell'art. 2086, comma 2, c.c., potrebbe definire compiti ulteriori e specifici.

La nuova articolazione dei doveri dell'imprenditore pare abbia la forza di imporre alla società madre, proprio perché tale, l'adozione di comportamenti ulteriori al semplice "non esondare" verso comportamenti capaci di innescare la responsabilità di cui all'art. 2497 e seguenti del codice civile.

Si pensi a quei "doveri di protezione" che talvolta vengono dedotti dalle parti attrici nelle cause aventi ad oggetto la responsabilità della società madre <sup>(26)</sup>.

Doveri di protezione che colgono la sintesi tra quanto impone oggi il secondo comma dell'art. 2086 c.c. ad ogni imprenditore e quanto si può ritenere imponga ad una società madre al fine del corretto esercizio della sua attività di direzione e coordinamento.

Il prisma dell'art. 2086, comma 2, c.c., può confortare la lettura delle norme di cui al capo IX° del codice civile in senso di disciplina organizzativa, ossia non più meramente definitoria del perimetro di un'eventuale responsabilità ove l'area di liceità dell'attività di direzione e coordinamento va costruita *a contrariis*, lettura peraltro già posta in evidenza dalla dottrina.

Anche lo sviluppo della normativa in tema di attività bancaria, secondo la prospettiva interpretativa proposta dalla dottrina più recente, porta verso la lettura appena accennata.

Con il recepimento, nel nostro paese, della direttiva 2014/59/UE (BRRD Bank Recovery and Resolution Directive) ad opera dei D. Lgs. 180 e 181 del 16 novembre 2015, sono stati introdotti, tra l'altro, gli accordi di sostegno finanziario di gruppo, quali elementi delle misure preparatorie e di intervento precoce rispetto alla crisi del gruppo o di sue entità (la direttiva legittima lo spostamento di risorse tra entità del gruppo la cui stabilità "complessiva" è ritenuta di rilievo pubblico).

La predisposizione di tali strumenti, necessariamente prodromica alla crisi e tesa a precostituire gli strumenti per gestirla e risolverla attraverso l'erogazione di finanziamenti provenienti da altre entità del gruppo, è una novità per il nostro ordinamento.

Novità che, nella prospettiva della società madre, pare istituire una serie di compiti il cui corretto svolgimento è necessario per poter valutare la sua attività di direzione e coordinamento come aderente ai principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale <sup>(27)</sup>.

Oggi, si può forse sostenere che l'omesso svolgimento di quei compiti, vuoi in chiave prodromica, di predisposizione delle misure, vuoi in chiave applicativa, di erogazione degli

<sup>26</sup> T. Bologna – Sezione Specializzata in materia di impresa, 11 ottobre 2019, n. 2190 in [www.giuraemilia.it](http://www.giuraemilia.it).

<sup>27</sup> Si veda RICCIARDIELLO, (nota 11). L'attività di direzione e coordinamento viene quindi proposta quale fonte (di obbligazioni e, quindi) dell'assunzione di una posizione di garanzia da parte della società madre, posizione tratta (anche ma non solo) dal suo dovere di predisporre quegli strumenti di prevenzione ed intervento della crisi previsti dalla direttiva menzionata nel testo.

interventi previsti, impedisce di considerare adempiuti i compiti di imprenditore della società madre come disegnati (anche) dal secondo comma dell'art. 2086 c.c.

Essa, infatti, avrebbe predisposto un assetto complessivamente inadeguato al suo ruolo di società madre ed avrebbe fallito il compito della prevenzione e gestione della crisi propria e, inevitabilmente, del gruppo e/o delle singole entità che ad esso appartengono.

Concludendo, i doveri e gli obiettivi fissati per ogni imprenditore dal nuovo secondo comma dell'art. 2086 c.c., laddove applicati ad una società madre, è da ritenere che attraggano all'area della disciplina fisiologica ciò che prima, almeno in prospettiva codicistica, si poteva ricavare solo *a contrariis* dalla definizione normativa dei confini dell'illiceità del fenomeno.

Quanto sopra confermerebbe anche la lettura in chiave contrattuale della responsabilità ex art. 2497 c.c.

#### 4. LA NATURA DELLA RESPONSABILITÀ DA ATTIVITÀ DI DIREZIONE E COORDINAMENTO

La natura, aquiliana o contrattuale, della responsabilità da attività di direzione e coordinamento ha occupato la dottrina in un vivace dibattito <sup>(28)</sup>.

La questione, ovviamente, aveva ed ha, un significativo interesse per i pratici.

Interesse che è, almeno in parte, giustificato: un conto è che sia la società madre a dover provare il proprio adempimento (*id est*, nel caso di specie, che l'attività svolta è stata contenuta nei limiti della liceità) o la non imputabilità dell'aver esondato dai limiti disegnati nel capo IX° del codice civile, un altro è immaginare che soci o creditori debbano dedurre prima e provare poi che l'azione od omissione (che costituisce la violazione dei limiti posti all'attività di direzione e coordinamento) sia stata dolosamente o colposamente compiuta dalla società madre.

Degli elementi costitutivi della fattispecie e dei relativi aspetti deduttivi e probatori ci occuperemo, però, oltre.

Tornando al dilemma iniziale ed al di là di sfumature testuali che, in effetti, possono essere evocative di tratti aquiliani della fattispecie, la scelta dovrà considerare sia il dato oggettivo dell'inesistenza di un pregresso rapporto negoziale tra la società madre ed i creditori della coordinata, sia la struttura della fattispecie, disegnata, lo si è osservato sopra, in termini, per così dire, "negativi" (nel senso di prevedere la ipotesi illecita senza premettere quella fisiologica).

Entrambi tali circostanze certamente non favoriscono una lettura "contrattualistica" (nemmeno nell'accezione più lata e quindi comprendente la responsabilità "da contatto") della fattispecie.

Tuttavia la tesi della natura contrattuale sembra preferibile; ciò anche a discapito della tesi "intermedia" che attribuiva natura contrattuale alla responsabilità verso i soci e aquiliana a quella verso i creditori della coordinata <sup>(29)</sup>.

<sup>28</sup> Si vedano, *ex plurimis*, tra i sostenitori della tesi sulla natura aquiliana, GALGANO-SBISA', (nota 1), 168 ss; D'INNELLA-TRIPODI (NOTA 4), 40; SBISA', (nota 23), 81; sul fronte dei sostenitori della natura contrattuale GIOVANNINI, (nota 16), 87 ss; SALAFIA, (nota 20). Per una sintesi SIMONETTI, in *Le Società*, 1, 2016, 27 ss. In argomento si vedano anche CAGNASSO, *La qualificazione della responsabilità per la violazione dei principi di corretta gestione nei confronti dei creditori della società eterodiretta*, in *Il Fallimento*, 2008, 12, 1439.

<sup>29</sup> RORDORF, (nota 10), 545

Gli elementi sistematici che depongono per tale opzione interpretativa sono stati individuati nel dovere della società madre di esercitare l'attività di direzione e coordinamento entro i limiti imposti.

Dovere di fonte legale e perciò idoneo, se violato, a fare sorgere una responsabilità contrattuale <sup>(30)</sup>.

L'introduzione del secondo comma dell'art. 2086 c.c., che, si è visto, impone all'imprenditore, anche societario, il dovere di dotarsi di mezzi adeguati allo svolgimento della propria attività, di essere un imprenditore accorto, tanto da dover essere in grado di prevedere la propria crisi, monitorando la propria attività, di avere un assetto adeguato alla natura ed alle dimensioni dell'impresa, è da ritenere, come già scritto, un ulteriore elemento, di diritto positivo, che conferma la lettura "contrattuale" dell'ipotesi di responsabilità di cui al capo IX° del codice civile.

A chiusura del paragrafo e prima di dedicare la nostra attenzione ai soggetti dell'azione, occorre comunque precisare che, a prescindere dalla sua qualificazione teorica, la responsabilità della società madre è diretta, ossia non sussidiaria di quella della coordinata, nemmeno in virtù del disposto dell'art. 2497, comma 3, c.c.

Tra società madre e coordinata non vi è solidarietà. Né patrimoniale, sicché possano rispondere entrambe dei debiti insoddisfatti dalla coordinata, né risarcitoria, sicché possano rispondere del risarcimento dovuto dalla società madre <sup>(31)</sup>.

## 5. I SOGGETTI ATTIVI DELL'AZIONE DI CUI ALL'ART. 2497 C.C.

Occorre innanzi tutto rilevare che l'azione della quale si tratta è autonoma; essa possiede elementi costitutivi propri che la definiscono e differenziano da ogni altra.

L'affermazione può sembrare ovvia ma non lo è.

L'autonomia della fattispecie della "responsabilità da attività di direzione e coordinamento" è, infatti, la premessa per affermare che essa non si sostituisce, non si sovrascrive, ad altre ipotesi, bensì le affianca.

Detto in altri termini, laddove, per i limiti soggettivi od oggettivi configurati, taluno non se ne possa giovare non per questo rimarrà privo di tutela risarcitoria.

I soggetti attivi "designati" appartengono a due categorie: soci di minoranza della coordinata, estranei alla società madre <sup>(32)</sup>, e creditori della prima.

La norma non lascia spazi.

A poter agire a quel titolo sono solo coloro che appartengono a tali categorie <sup>(33)</sup>.

<sup>30</sup> T. Milano, Sezione Specializzata in materia di Imprese, 26 febbraio 2016, n. 2575, in *Le Società*, 12, 2016, 1360, con nota di BERLOTTI, 1377; T. Bologna, Sezione Specializzata in materia di Imprese, in *Società*, 1, 2019, 114.

<sup>31</sup> Cass. 12 giugno 2015, n. 12254, in *Le Società*, 1, 2016; Cass. 5 dicembre 2017, n. 29139, in *Le Società*, 5, 2018, 550, annotata da CLARIZIO, *ivi*, 558.

<sup>32</sup> Indipendentemente dalla percentuale di capitale posseduta. Anche nel caso in cui le azioni siano sottoposte a sequestro, Tribunale Milano, 10 settembre 2018, in *Le Società*, 2, 2019, 193 ss. Non anche laddove soci unici, infatti "l'azione di risarcimento del danno, esperibile da parte del socio ex art. 2497 c.c., è volta alla tutela del socio di minoranza che subisce le scelte gestorie imposte dal socio che dirige e coordina la società. Tale azione, pertanto, non può essere proposta da parte del socio che detiene l'intero capitale sociale, essendo tale socio carente della posizione di soggezione alle scelte adottate nell'interesse del gruppo" T. Catania, Sezione Specializzata in materia di Imprese, in *Le Società*, 1, 2016, 73 ss.

<sup>33</sup> Con una precisazione: i creditori devono essere tali al momento, i soci ragionevolmente no. Ammesso e non concesso che taluno, non più socio, sia però in grado di provare l'esistenza di tutti i requisiti della fattispecie in relazione al periodo in cui rivestiva ancora tale qualità.

Restano quindi esclusi, lo si è scritto sopra, i soci della società madre estranei alla maggioranza di riferimento.

Nemmeno potranno giovarsene la società coordinata (questione ad oggi sostanzialmente risolta ma che ha occupato a lungo gli interpreti) ed i titolari di altri strumenti non associativi a quest'ultima (ad esempio obbligazioni convertibili, warrants, titolari di opzioni di acquisto) <sup>(34)</sup>.

Ciò non significa, come anticipato, che quest'ultima non potrà agire, ad altro titolo, verso la società madre ma solo che non potrà farlo invocando il titolo responsabilitario di cui all'art. 2497 c.c., né, tantomeno, avvalendosi della presunzione di cui all'art. 2497 sexies c.c. <sup>(35)</sup>

La coordinata potrà, ad esempio, invocare la tutela aquiliana oppure, se possibile, adoperare i normali meccanismi endosocietari.

Dunque l'iniziativa dei soci o creditori e quella della coordinata possono coesistere e ciò crea, a sua volta, un problema (la cui natura è sia processuale che sostanziale).

La questione è dibattuta, ma la soluzione proposta dalla giurisprudenza di merito pare preferibile.

L'eventuale coesistenza delle due iniziative andrà risolta alla luce del fatto che, laddove l'azione della società coordinata sia in grado, ad esempio perché riporta il patrimonio ad un livello tale da soddisfare i creditori oppure perché grazie ad essa la redditività è ripristinata, di elidere il danno lamentato da soci e creditori, l'azione di questi ultimi verrà privata di uno degli elementi costitutivi della fattispecie.

Detto altrimenti, il risultato favorevole dell'eventuale iniziativa della coordinata condiziona la pronuncia sull'azione di soci e creditori, la cui domanda dovrà essere respinta. <sup>(36)</sup>

Con l'avvertenza che i confini del danno potrebbero non coincidere e che le azioni potrebbero, quantomeno in ipotesi, non svolgersi nello stesso "vaso" processuale, almeno inizialmente.

Quanto sopra costituisce una criticità da affrontare nel decidere se intentare o meno causa.

L'azione dei creditori sociali, e solo questa, in caso di fallimento (liquidazione giudiziale nel nuovo lessico), LCA e Amministrazione Straordinaria della coordinata, sarà esercitata dal curatore di queste ultime procedure <sup>(37)</sup>.

## 6. I SOGGETTI PASSIVI DELL'AZIONE DI CUI ALL'ART. 2497 C.C.

<sup>34</sup> Si veda RIGHINI, *Responsabilità della capogruppo e tutela dei possessori di warrants azionari*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2009, II, 762.

<sup>35</sup> Si veda Cass. 5 dicembre 2017 (nota 30); Tribunale Milano, Sezione Specializzata in materia di Imprese, (nota 29); T. Milano, Sezione Specializzata in materia di Imprese, 27 febbraio 2019, n. 1958, in [www.pluris-cedam.utetgiuridica.it](http://www.pluris-cedam.utetgiuridica.it).

<sup>36</sup> Sul coordinamento tra le due azioni si veda Tribunale Milano, Sezione Specializzata in materia di impresa, 27 febbraio 2019 (nota 32), della cui motivazione merita di essere riportato un ampio stralcio: "Quanto previsto dal comma 3 dell'art. 2497 c.c., qualificato da ultimo dalla corte di legittimità (Cass sent.29139/2017) come fatto estintivo della responsabilità della capogruppo per danni cagionati al socio o al creditore dall'illegittimo esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, non è altro che la delimitazione della responsabilità in presenza della eliminazione del pregiudizio da parte della terza società eterodiretta attraverso il conseguimento dell'utilità spettante al socio o al creditore. Si tratta di fatto escludente la responsabilità la quale, è evidente, non si configura in difetto del danno; il fatto escludente la responsabilità deve essere dedotto e provato dalla società convenuta. Quindi, al fine di evitare la duplicazione del risarcimento del danno e per ritenere nell'iniziativa della società eterodiretta definitivamente assorbita e preclusa quella del socio o del creditore, è necessario che i danni (indiretti) del socio o del creditore, risarcibili autonomamente in applicazione della disciplina di cui all'art. 2497 c.c. siano stati soddisfatti dalla società eterodiretta o dalla sua iniziativa, espressione che "ricomprende ogni modalità che permetta al socio o al creditore il conseguimento dell'utilità loro spettante" (Cass cit 29139/2017). Il coordinamento tra l'esercizio dell'azione da parte della società controllata e la contemporanea azione del socio o del creditore fondata sui medesimi atti dannosi della controllante si realizza quindi nel processo e con l'allegazione in fatto e la dimostrazione del "soddisfacimento" dell'interesse del socio di minoranza o del creditore. L'azione ex art. 2497 c.c. avente ad oggetto il risarcimento del danno indiretto del soci di minoranza o dei creditori sarà infondata se la pretesa azionata dalla società controllata verso la controllante sarà tale da garantire il soddisfacimento dell'interesse specifico dedotto in giudizio dal socio di minoranza o dai creditori per i danni da loro lamentati. Si tratta di questione di fatto da verificare di volta in volta.", in [www.pluris-cedam.utetgiuridica.it](http://www.pluris-cedam.utetgiuridica.it).

<sup>37</sup> Quanto meno si deve rammentare che il Codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza (nota 4), all'art. 291, dispone "il curatore, sia nel caso di apertura di una procedura unitaria, sia nel caso di apertura di una pluralità di procedure, è legittimato ad esercitare le azioni di responsabilità previste dall'art. 2497 del codice civile".

Il soggetto chiamato a rispondere è l'ente <sup>(38)</sup> o la società madre, di capitali o di persone <sup>(39)</sup>, che ha esercitato, illecitamente, l'attività di direzione e coordinamento, sia essa socia o meno della coordinata <sup>(40)</sup>.

Non da sola però.

La norma, infatti, prevede che altri soggetti, indeterminati, possano essere tenuti a risarcire i danni (*rectius*, per i beneficiari, versare l'indennizzo).

La loro individuazione avviene attraverso due criteri: l'aver comunque preso parte al "fatto lesivo" o l'averne tratto beneficio, purché, in quest'ultimo caso, ve ne fosse la consapevolezza.

Non ci sono quindi limiti "soggettivi".

L'"aver comunque preso parte" è da intendersi nel senso più ampio e, anzi, l'indeterminatezza della formula certifica il suo fine che è la dilatazione dell'insieme dei possibili destinatari della richiesta risarcitoria.

Basterà dunque "aver preso parte", ma il ruolo potrà essere marginale, anche solo strumentale. Rispetto ad esso, ovviamente, non opera la presunzione di cui all'art. 2497 septies c.c.

A quest'ultimo titolo potranno così essere chiamati a rispondere dei danni, per fatto proprio e solidalmente con la società madre, gli amministratori della coordinata <sup>(41)</sup>, quelli della società madre, i soci di quest'ultima, i sindaci e/o i revisori di entrambe.

I soggetti elencati, peraltro, potrebbero essere in relazione non già con la società madre o la coordinata, ma con eventuali società "intermedie".

Non è da escludere che possano essere chiamati a rispondere gli istituti di credito o altri soggetti, ivi compresi i top manager, che abbiano dato un contributo all'attività.

Ovviamente, ognuno di costoro "prenderà parte" secondo il ruolo rivestito e per fatto proprio dovendosi, volta per volta, indagare quale sia il titolo dell'invocata responsabilità.

Dall'elenco dei soggetti "partecipanti" è invece da ritenere esclusa la stessa società coordinata.

Conclusione, quest'ultima, che oggi può dirsi acquisita nonostante il tenore letterale dell'art. 2497, comma 3, c.c. che, in effetti, ha indotto ad ipotizzare un "duplice ruolo" (danneggiante/danneggiata) della coordinata.

<sup>38</sup> Tra i quali gli enti pubblici non economici, le associazioni, le fondazioni, i comitati ma non lo stato per l'esclusione *ex lege* di cui all'art. 19, comma 6, del D.Lgs. n. 78 del 1 luglio 2009.

<sup>39</sup> "possono configurarsi come soggetti di imputazione dell'attività di direzione unitaria: (i) società di persone commerciali regolari; (ii) società di persone commerciali di fatto o occulte; (iii) società semplici, a meno che si ritenga, ma il punto è controvertibile, che l'attività di direzione debba configurarsi non solo come attività di impresa ma anche come attività di impresa commerciale" SCARPA, *Controllo societario nel fenomeno dei gruppi tra contrattualismo e interesse sociale*, in *Contratto e impresa*, 3, 2011, 676.

<sup>40</sup> nel testo si è sino ad ora discusso di società madre al singolare. Ciò non intende costituire una negazione della possibilità dell'esercizio anche congiunto, ossia da parte di più di un soggetto, dell'attività di direzione e coordinamento che, al contrario, non pare da escludere. Sulla questione si vedano PICCIAU, in *Sbisa*, (nota 23), 365; MONTALENTI (nota 2), 324; ASSONIME (nota 6), 10. Si rammenti anche che la definizione di gruppo data dal Codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza, art. 2, comma 1, lettere h) ed i), menziona, ai fini della presunzione di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, il controllo congiunto (già oggetto dell'art. 2341 bis, comma 1, lett. c), del codice civile, a proposito del contenuto dei patti parasociali tesi a pattuire l'esercizio, congiunto, di un'influenza dominante).

<sup>41</sup> Gli amministratori della coordinata conservano intatti i loro obblighi verso la società che gestiscono e dunque hanno il compito di valutare la liceità di quanto la società madre "chiede" ed eventualmente il dovere di rifiutare quanto richiesto. Non sempre sarà semplice: si pensi al caso dei vantaggi "ragionevolmente attesi", ossia non contemporanei a quanto richiesto; qui deve ritenersi che il dovere degli amministratori si sposti verso la prudente, adeguata ed informata valutazione dell'aspettativa, venendo a tal fine in rilievo l'obbligo di motivazione delle decisioni di cui all'art. 2497 ter. In tema si vedano D'INNELLA-TRIPODI (NOTA 4), 36; ASSONIME (nota 6), 6; SIMONETTI, *Le Società*, 3, 2012, 265; ROSSOTTO-CRESTA, *Direzione e coordinamento di gruppo: prime riflessioni*, in *Corriere Giudico*, 6, 2003, 823. Si consideri, al contrario, che essi dovranno andare esenti da responsabilità in tutti i casi in cui, abbiano si posto in essere un'operazione potenzialmente dannosa ma abbiano, nel contempo, adempiuto agli oneri di esplicitazione, valutazione e motivazione previsti.

Da ultimo, passando ai "beneficiari", si deve innanzi tutto rilevare che costoro, il cui novero è semplicemente illimitato, posto che un beneficio può andare a chiunque, rispondono sì nei limiti del beneficio ricevuto, ma senza aver fatto nulla.

Detto altrimenti, l'aver ricevuto non implica l'aver partecipato.

Il disvalore che giustifica l'obbligo risarcitorio (*rectius*, indennitario) in questo caso è dato dalla percezione "consapevole" del beneficio o, se si vuole, dal suo mancato rifiuto (da ritenere doveroso se si parte dall'idea che il percipiente abbia "consapevolezza", ad esempio, del fatto che beneficia di fondi "dirottati" all'esito di un'attività di direzione e coordinamento in violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale della coordinata).

Tra l'altro, il requisito della "consapevolezza" pare vada inteso nel senso non già propriamente volitivo, bensì semplicemente rappresentativo: non serve cioè che il beneficio fosse lo scopo determinante il soggetto, bastando che il soggetto fosse cosciente della illiceità di quanto stava accadendo (42).

In questo senso l'ipotesi, più che a un vincolo risarcitorio solidale, potrebbe far pensare ad un obbligo restitutorio di una utilità indebitamente percetta.

## 7. GLI ELEMENTI COSTITUTIVI DELLA FATTISPECIE

Perché possa configurarsi, la fattispecie di cui all'art. 2497 c.c. richiede la presenza degli elementi già menzionati nel paragrafo 2.

Rammentiamoli.

Innanzitutto, l'esercizio – concreto ed effettivo – dell'attività di direzione e coordinamento, esercizio da effettuarsi in spregio ai principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale e per perseguire interessi propri dell'esercente l'attività o di terzi ma non della coordinata.

In secondo luogo, il danno, anzi, come si è visto, i danni che, ovviamente, dovranno essere conseguenza dell'attività.

Sarà quindi necessaria la lesione, causalmente correlata, alla redditività od al valore della partecipazione (danno dei soci) o all'integrità del patrimonio (danno dei creditori) (43).

Viene inoltre richiesta l'assenza di vantaggi compensativi o di iniziative risarcitorie della società madre ed infine che l'eventuale iniziativa della coordinata nei confronti della società madre non sortisca effetti ripristinatori o, quanto meno, che essi siano parziali (44).

A rigore, gli elementi di natura risarcitoria o compensativa appena accennati non possono, almeno in senso proprio, essere definiti costitutivi e quindi essi sono, in realtà, eventualmente estintivi (ed il primo, se coevo, può considerarsi forse una condizione di inoperatività della norma: laddove al danno sia affiancato il vantaggio, la norma non opera, ma si potrebbe anche dire che, se il vantaggio è pari al danno, il secondo, semplicemente, non c'è).

Parte attrice ha quindi innanzi a sé un compito, come si è accennato, non semplice, anche laddove si acceda alla tesi della natura contrattualistica di tale responsabilità.

<sup>42</sup> SBISA<sup>1</sup>, (nota 23), 105; GALGANO-SBISA<sup>1</sup>, (nota 1), 218;

<sup>43</sup> Si veda T. Pescara, Sezione Specializzata in materia di impresa, 3 febbraio 2009, in *De Jure*, banche dati editoriali Giuffrè Francis Lefebvre.

<sup>44</sup> così ALPA (nota 20), 660. Nello stesso senso BEI, *Il commento*, *Le Società*, 1, 2016, 78.

## 8. GLI ASPETTI DEDUTTIVI E PROBATORI, TITOLO, NESSO CAUSALE E DANNO, CRITICITÀ

L'oggetto del paragrafo rende necessaria una brevissima premessa.

Si è scritto sopra di preferire la tesi della natura contrattuale della responsabilità da attività di direzione e coordinamento a quella della sua natura aquiliana.

Non è possibile, in questa sede, sviscerare quali siano le conseguenze di una simile scelta sui termini di prescrizione <sup>(45)</sup> e sulla risarcibilità del solo danno prevedibile, mentre può essere opportuno spendere due parole in merito agli oneri incombenti a parte attrice nelle due prospettive.

A ben vedere, esse divergono quanto alla prova del dolo o della colpa del danneggiante che, nella prospettiva aquiliana, dovranno essere provate da parte attrice mentre in quella contrattuale no, essendo, al contrario, parte convenuta a dover provare la non imputabilità a sé della causa del proprio inadempimento.

Non pare invece esservi differenza rispetto la deduzione ed alla prova del "titolo" della richiesta: nel caso di specie, il titolo è un'"attività" e dunque sarà quest'ultima a dover essere dedotta e provata dall'attrice, il che accomuna le due ipotesi.

Dovendosi ulteriormente precisare che, anche in chiave contrattuale, andrà comunque dedotto un inadempimento, che qui diventa la ragione, il motivo, l'*ubi consistant* dell'illiceità dell'attività di direzione e coordinamento, plausibilmente capace (id est, causalmente efficiente) di provocare il lamentato danno.

Diversamente, quanto meno a livello deduttivo, verrebbe meno sia il titolo, sia il profilo causale tra il titolo ed il danno e ciò impedirebbe a parte convenuta di difendersi <sup>(46)</sup>.

E' possibile ora indossare la veste di parte attrice.

Escludiamo, innanzi tutto, di essere in presenza di una situazione di perfetta aderenza al modello legale sotto il profilo della discovery dell'attività di direzione e coordinamento (pubblicità al Registro Imprese, motivazione delle decisioni, indicazione nei documenti di bilancio, adesione a eventuali regolamenti di esercizio).

Non perché tale situazione escluda per forza l'ipotesi di abusi ma solo perché non sarà necessario provare lo svolgimento dell'attività di direzione e coordinamento che risulterà documentalmente circostanziata e spiegata <sup>(47)</sup>.

<sup>45</sup> Il termine di prescrizione, in tale prospettiva, sarebbe decennale e non quinquennale ex 2949 c.c. (o 2947 c.c.).

<sup>46</sup> T. Milano, Sezione Specializzata in materia di impresa, 26 febbraio 2016 (nota 29). "la natura contrattuale della responsabilità della "capogruppo" nei confronti di soci e creditori delle società eterodirette non esime costoro dalla prova dei comportamenti della impresa holding concretamente posti in essere, la presunzione di direzione e coordinamento non valendo certamente ad invertire l'onere della prova in relazione alla allegazione di inadempimento dei (supposti) obblighi contrattuali. Tale onere di allegazione e prova riguarda sia il comportamento della "holding" sia il nesso causale tra tali condotte ed il danno lamentato dall'attore in giudizio: laddove – in particolare – non può legittimamente concepirsi l'inadempimento della capogruppo per il sol fatto del mancato raggiungimento del risultato atteso dal creditore o dal socio, dal momento che la legge è chiarissima nel distinguere tra posizione di coordinamento e direzione e "violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale" attuata in conflitto di interessi della capogruppo (a favore proprio o altrui), cioè nell'esigere il concreto abuso della direzione, che in nessun modo può essere presunto ma – vale ribadire – è oggetto di onere di specifica allegazione e prova ad opera di chi affermi la responsabilità de qua". Così T. Brescia, Sezione Specializzata in materia di impresa, 4 novembre 2017, n. 3171, in [www.obgc.unibs.it](http://www.obgc.unibs.it).

<sup>47</sup> L'ipotesi è diversa da quella che si verifica allorché ad essere effettuata è la sola pubblicità senza che ad essa si affianchino gli altri elementi. In tale ultima ipotesi la prova del concreto esercizio dell'attività di direzione e coordinamento dovrà essere data poichè la pubblicità, da sola, non giova a dimostrarla, così come, al contrario, la mancanza della pubblicità non può documentare l'assenza dell'esercizio. Si Veda anche Cass. 7 ottobre 2019, n. 24943 (nota 18).

Socio e creditore dovranno ovviamente dedurre e dimostrare di essere tali. Il tenore letterale della norma non richiede, per il creditore, un titolo esecutivo, pur dovendo il credito essere esistente.

Occorrerà, allora, dedurre e provare l'esercizio (effettivo) dell'attività di direzione e coordinamento e ciò implicherà il dover valutare se tale ostacolo possa essere superato o meno con l'ausilio delle presunzioni di cui all'art. 2497 sexies c.c.

Tale norma prevede che "si presume salvo prova contraria che l'attività di direzione e coordinamento di società sia esercitata dalla società o ente tenuto al consolidamento dei loro bilanci o che comunque le controlla (sempre le coordinate) ai sensi dell'art. 2359 c.c." <sup>(48)</sup>

Per concorde opinione, la norma implica che il soggetto che controlla non è detto eserciti effettivamente l'attività di direzione e coordinamento. Si tratta infatti di due fattispecie diverse.

L'esercizio dei diritti di socio, anche in modo "deciso", non consente alla società madre di ingerirsi nella gestione, ingerenza che è invece il tratto tipico dell'attività di direzione e coordinamento.

La presunzione, in quanto vincibile, sposta ma non risolve il problema di parte attrice, che dovrà dedurre e provare una delle tre fattispecie di cui all'art. 2359 c.c. oppure i presupposti dell'obbligo di consolidamento.

Non è questa la sede per approfondire l'art. 2359 c.c., tuttavia occorrerà tener conto delle differenze fra "controllo contrattuale" e "contratto di coordinamento"; di ciò però si tratterà nel prossimo paragrafo volendo qui rimanere concentrati sulle criticità dell'impostazione dell'eventuale lite.

La prova del controllo può essere relativamente facile nel caso di cui al n. 1 del primo comma dell'art. 2359 c.c. ma è di certo più insidiosa negli altri due.

Si consideri poi che, nelle configurazioni particolarmente complesse, la difficoltà è destinata ad aumentare in tutte e tre le ipotesi.

Lo stesso discorso vale per l'obbligo di consolidamento, i cui presupposti dovranno essere, a loro volta, dedotti e provati.

Laddove parte convenuta si difenda asserendo che, nonostante sia controllante o consolidante, non ha esercitato l'attività di direzione e coordinamento <sup>(49)</sup>, parte attrice dovrà reagire confutando quanto dedotto a prova contraria sull'operare della presunzione oppure dimostrando, al di là dell'operare della presunzione stessa, il concreto esercizio dell'attività di cui si tratta da parte della convenuta.

Quanto sinora osservato vale per le ipotesi comprese nell'art. 2497 sexies c.c. ma non vale riguardo alle due ipotesi previste dall'articolo successivo, ossia allorché l'attività di direzione e coordinamento sia esercitata "sulla base di un contratto con le società medesime o di clausole dei loro statuti".

<sup>48</sup> La dizione della norma può indurre a ritenerla una doppia presunzione (si presume l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento in capo a coloro di cui si è presunto l'esercizio del controllo ai sensi dell'art. 2359, comma 2, c.c.). Sul punto si veda NIUTA (nota 16), 2 ss. La norma si presta altresì ad un dubbio sul suo oggetto: se ad essere presunto, sia l'esercizio "effettivo" dell'attività di direzione e coordinamento o se, dovendo quest'ultimo essere provato, si possa poi presumere che a porlo in essere sia la controllante. Si veda quanto rilevato da ROSSI, *I molti problemi "aperti" della disciplina dei gruppi: considerazioni a margine di una recente ordinanza cautelare*, in *Le Società*, 5, 2014, 588; secondo l'Autore la norma "potrebbe essere intesa nel senso che si presume l'imputazione dell'attività, non anche l'attività stessa".

<sup>49</sup> "si tratta di una prova negativa e la possibilità che venga raggiunta è molto remota" così osserva CORAPI, Il commento, in *Le Società*, 12, 2015, 1410.

Qui la deduzione e la prova possono apparire, in quanto documentali, più facili, ma quanto meno riguardo all'ipotesi contrattuale, tale impressione è fallace.

Il testo, il documento, necessario ai fini probatori ed inteso in senso materiale, non è infatti detto che sia nella disponibilità dei soggetti agenti (soci o creditori).

Parte attrice dovrà quindi dedurre e provare il titolo ed il concreto esercizio dell'attività di cui si tratta da parte della convenuta.

Dedurre e provare l'esercizio "concreto" dell'attività di direzione e controllo significa dimostrare che la società convenuta ha, per riprendere la definizione data sopra, emanato, sistematicamente e costantemente, atti di indirizzo idonei ad incidere sulle scelte strategiche ed operative di carattere finanziario, industriale, commerciale che attengono alla conduzione degli affari sociali.

Non basterà quindi rinvenire, ad esempio, un documento od un verbale, dal quale risulti, episodicamente, una direttiva, un'istruzione, oppure far leva su un accadimento risultato condizionante per la coordinata.

Sono stati ritenuti indici dell'esercizio di attività di direzione e coordinamento: l'esistenza di un regolamento "di gruppo" che disciplini i rapporti tra società madre e coordinata, a condizione che non rimanga lettera morta, la redazione da parte della società madre di piani strategici, industriali, fiscali o finanziari, l'accentramento delle funzioni di tesoreria, eventualmente assistite da comuni sistemi e modelli contabili, la predisposizione di schemi contrattuali comuni, l'esistenza di clausole contrattuali che consentano una influenza sulla gestione, non quindi, come si vedrà oltre, qualsiasi clausola, pur stringente, che conferisca diritti (anche ampi) alla società madre ma solo quelle che permettono di ingerirsi nella gestione. <sup>(50)</sup>

Del pari lo saranno, ovviamente, le eventuali tracce nel contenuto degli atti degli organi della società, le annotazioni in bilancio, eventuali patti parasociali finalizzati allo scopo, frequenti e sistematici incontri del top management della società madre e delle coordinate.

Come si è scritto sopra, oltre alla dimostrazione del titolo, ossia dell'esercizio concreto dell'attività di direzione e coordinamento da parte della convenuta, parte attrice dovrà individuare e dedurre il (o i) profilo (i) di illiceità dell'attività di direzione e coordinamento, lamentati e ritenuti astrattamente idonei a causare il danno lamentato. <sup>(51)</sup>

Con riguardo all'ipotesi di azione del creditore, pare che la norma non imponga a quest'ultimo la dimostrazione dell'incapienza del patrimonio della coordinata bastando che dimostri di non essere stato soddisfatto.

Laddove parte convenuta, non contestando di avere svolto attività di direzione e coordinamento, si difenda asserendo di averla legittimamente esercitata, parte attrice dovrà reagire confutando quanto sostenuto a prova della liceità dell'attività oppure dimostrando quanto dedotto a sostegno dell'illecito concreto esercizio dell'attività di cui si tratta da parte della convenuta.

<sup>50</sup> GALGANO-SBISA, (nota 1), 114; non sono invece stati considerati indicativi dell'esercizio di attività di direzione e coordinamento la comunanza di sede sociale, la parziale coincidenza dei componenti il consiglio di amministrazione o la corrispondenza del presidente del collegio sindacale delle società coinvolte, il fatto che un alto dirigente della società madre provenisse da una consorella, l'assenza di specifici atti di direzione e coordinamento negli atti o documenti delle società coinvolte; T. Mantova, Sezione Specializzata in materia di Impresa, 16 ottobre 2014, in *Le Società*, 12, 2015, 1405; a proposito si veda il dissenso sulla significatività dell'ultimo indice di CORAPI (nota 42).

<sup>51</sup> E' quindi da condividere l'impostazione della sentenza annotata.

Le argomentazioni spendibili da parte convenuta non si esauriscono però in quelle già esaminate.

Vinta sull'effettivo ed illecito esercizio dell'attività di coordinamento, infatti, parte convenuta potrebbe sostenere l'esistenza di vantaggi compensativi (coevi od auspicati) oppure intervenire per risarcire il danno.

Va da sé che essa dovrà provare l'esistenza di quei vantaggi o la loro ragionevole ottenibilità laddove futuri (rispetto alla causa s'intende, perché essi potrebbero esser stati futuri all'epoca dei fatti ma non esserlo più al tempo della lite ed in questo caso dovranno essere provati nel loro concreto esistere).

La complessità della prognosi riguardo ai vantaggi futuri è evidente ed al riguardo deve ritenersi spendibile il patrimonio di conoscenze acquisito in relazione alle valutazioni prognostiche sulla fattibilità economica degli strumenti concorsuali.

Occorrerà quindi ponderare (anche) l'evoluzione temporale dei vantaggi compensativi rispetto a quella del processo e del regime delle decadenze istruttorie.

Più semplice sarà provare l'eventuale risarcimento avvenuto a seguito di "operazioni a ciò dirette", le quali però, dovendo tener conto di quanto scritto appena sopra, dovranno essere poste in essere, o almeno pianificate, in tempo utile per la loro deduzione e successiva prova.

A fronte di ciò, parte attrice potrà contestare la esistenza o la effettiva capacità compensativa dei vantaggi oppure, per quelli "attesi", "auspicati", potrà contestare (anche) la attendibilità dei metodi di prognosi che li riguardano.

Dovrà poi essere dedotto e provato il danno, che andrà individuato, quantificato e posto in relazione causale con l'illecito.

Altro cimento piuttosto arduo e non privo di insidie.

In primo luogo, perché parte attrice dovrà dedurre e provare un danno che non ha subito e provare e quantificare un danno subito da altri, già solo per questo, non è facile.

I soci di minoranza e i creditori della coordinata, infatti, chiedono direttamente alla danneggiante, la società madre, il risarcimento di un danno subito dalla coordinata e questa probabilmente è la più significativa novità del capo IX° del codice civile, quanto meno a livello sistematico, poiché vulnera il principio, quello dell'art. 1223 c.c., secondo il quale non è ammesso a risarcimento il danno riflesso ma solo quello diretto <sup>(52)</sup>.

In secondo luogo, perché l'attività deve aver condotto alla decisione dannosa e quest'ultima deve essere la causa del danno (alla redditività, al valore o al patrimonio a seconda dei casi).

È infatti evidente che una diminuzione patrimoniale, o una minore redditività, possono essere l'*exitus* di una congerie di decisioni, non tutte frutto dell'attività (illecita) di direzione e coordinamento.

In terzo luogo, per ragioni più pragmatiche: socio e creditore non hanno accesso, almeno diretto ed immediato, alla documentazione sociale.

Nemmeno è facile dimostrare una riduzione della redditività di una partecipazione, redditività che non va confusa, almeno nelle società di capitali, con l'erogazione degli utili.

<sup>52</sup> Tribunale Milano, Sezione Specializzata in materia di Impresa, 20 dicembre 2013, ordinanza, in *Le Società*, 5, 2014, 560 ss. Si vedano anche Rossi, (nota 36), 571 ss; GUIZZI-PAGNI, *Noterelle in tema di legittimazione ad agire e interessi protetti nell'ipotesi di illecito esercizio del potere di direzione e coordinamento di società*, in *Le Società*, 5, 2014, 589 ss. Entrambi i contributi commentano la sentenza meneghina citata.

Detto altrimenti, se la società madre, con il proprio voto assembleare, destina gli utili a riserva non solo non svolge attività di direzione e coordinamento, non solo non compie alcunché di illecito, ma nemmeno provoca alcun danno.

La compromissione della redditività si potrà desumere dalla chiusura di stabilimenti, dalla cessione di brevetti, di macchine, dalla compromissione di rapporti commerciali ma tutte tali circostanze dovranno essere dedotte e provate.

Va inoltre considerato che la riduzione del valore, in termini assoluti, della partecipazione, non è di per sé un danno.

Lo diventa solo laddove vi sia una vendita o una proposta e quella diminuzione di valore si concretizza in un minor prezzo, o nella perdita di una *chance* di miglior vendita <sup>(53)</sup>.

Se poi, come spesso accade, ad agire è il curatore della coordinata decotta occorrerà porre attenzione al fatto che andrà distinto il minor valore derivante dal dissesto da quello derivante dall'illecita attività di direzione e coordinamento, con la conseguenza che laddove il primo sia maggiore del secondo, quest'ultimo è destinato a venir meno.

## 9. CONTROLLO CONTRATTUALE, “CONTRATTO DI COORDINAMENTO”, CONTRATTI DI DOMINANZA, CENNI

Altro aspetto rilevante nell'approcciare una eventuale lite per la responsabilità della società madre è costituito dalle differenze tra le fattispecie di controllo contrattuale (2359, comma 1, n. 3, c.c.) e controllo fondato su di un contratto di coordinamento o di dominazione.

Sgomberiamo, innanzi tutto il campo da quest'ultima fattispecie che è da ritenersi non coerente con l'assetto del diritto delle società, laddove intesa nel senso di consentire la costruzione negoziale di vincoli tali da imporre alla coordinata l'obbligo di adeguarsi alle indicazioni della società madre. <sup>(54)</sup>

Le altre due fattispecie, controllo contrattuale e contratto di coordinamento, sono concettualmente ben distinte <sup>(55)</sup> eppure, ciò nonostante, la loro sovente articolazione in via, per così dire gradata può rendere meno netta tale demarcazione.

Talvolta, lo stesso contratto (ad esempio di concessione di vendita) che è intercorso tra le parti viene utilizzato, in via principale, come elemento probante il controllo contrattuale ex art. 2359, comma 1, n. 3, c.c., assumendo il ruolo di tramite per “arrivare” alla presunzione di cui all'art. 2497 sexies c.c. e, in via gradata, laddove ritenuto non sufficiente a provare l'influenza dominante, come “base” di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento (ossia come contratto di coordinamento).

Il contratto che, per il proprio contenuto, consente di esercitare una influenza dominante, senza entrare qui nel merito dell'art. 2359, comma 1, n. 3, c.c., è un contratto (franchising, distribuzione, concessione di vendita in esclusiva, agenzia, subfornitura) che, incidentalmente, implica un effetto

<sup>53</sup> Tribunale Milano 9 gennaio 2018, n. 90, Sezione Specializzata in materia di Impresa, inedita.

<sup>54</sup> La conclusione può ritenersi acquisita. BE, *Il commento, Le Società*, 1, 2016, 80. TOMBARI, *Studio n. 248 – 2009, Consiglio Nazionale del Notariato*. Opta per la loro nullità per illiceità della causa e dell'oggetto, SBISA', (nota 1), 131. Sull'incoerenza del contratto di dominazione all'impostazione “in fatto” dell'attività di direzione e coordinamento, vedi SBISA', (nota 23), 384

<sup>55</sup> Per una completa disamina delle diverse fattispecie si veda TOMBARI, (nota 40).

(l'influenza dominante) dal quale, a sua volta, scaturisce quel controllo che consente di presumere l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento da parte della controllante. <sup>(56)</sup>

E' perciò facile immaginare che le caratteristiche del contratto che inducono a ritenerlo foriero di una influenza dominante (controllo contrattuale) possano indurre, se non raggiungono il primo fine, a considerarlo una possibile solida "base" per l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento.

Con l'avvertenza che però, in tale ultima prospettiva, il contenuto negoziale andrà esaminato rispetto alla sua attitudine a consentire alla società madre di ingerirsi nella gestione della società e non riguardo all'influenza dominante di cui alla presunzione di controllo.

Quella appena esaminata è una delle possibili forme di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento "sulla base di un contratto". Anche in tal caso, come per il controllo ex art. 2359, comma 1, n. 3, c.c., l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento è un "riflesso" del contenuto negoziale.

L'attività di direzione e coordinamento può però anche essere l'oggetto del contratto, non più il riflesso di un contenuto vocato a perseguire altri scopi.

In tale altro caso, potrà aversi un contratto che costituisce (e regola) il rapporto di direzione e coordinamento (non solo orizzontale ma anche gerarchico), oppure che si limita a regolare un rapporto che già c'è, oppure ancora che lo estingue (così da recidere ogni rischio per la società madre) <sup>(57)</sup>.

Laddove invece il contratto di coordinamento regoli (anche o solo) l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, ci si troverà di fronte ad un "regolamento di gruppo". Tali regolamenti, la definizione del cui contenuto, salva diversa disposizione statutaria, appartiene all'organo amministrativo <sup>(58)</sup>, possono essere condivisi indipendentemente dall'eziologia contrattuale del rapporto di direzione e coordinamento e sono destinati semplicemente a regolarne l'esercizio concreto.

In tutte le ipotesi di esercizio di attività di direzione e coordinamento "sulla base di un contratto", occorrerà quindi che il contratto consenta alla società madre di incidere sulla gestione della coordinata: tale capacità sarà automatica laddove l'esercizio sia l'oggetto del contratto, mentre sarà da dimostrare laddove così non sia) <sup>(59)</sup>.

Offrire la possibilità di ingerirsi nella gestione non significa che il contratto posto a "base" dell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento possa consentire l'esercizio di un "potere

<sup>56</sup> ASSONIME, (nota 6), 6.

<sup>57</sup> Si veda TOMBARI, *Poteri e doveri dell'organo amministrativo di una s.p.a. "di gruppo" tra disciplina legale e autonomia privata (appunti in tema di Corporate Governance e gruppi di società)*, in *Rivista delle Società*, 2009, 132, secondo il quale devono "considerarsi astrattamente lecite ed ammissibili tutte quelle manifestazioni di autonomia privata ("contratti di coordinamento gerarchici", "regolamenti di gruppo", "contratti di servizio intercompany", clausole statutarie) finalizzate a costituire o a "disciplinare" il gruppo".

<sup>58</sup> SCOGNAMIGLIO, (nota 25), 781.

<sup>59</sup> Di norma tali regolamenti, nelle loro premesse, "recepiscono" o "danno attuazione" alle norme di cui al capo IX° del codice civile dichiarando quale scopo quello di voler regolare l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento "nel rispetto" dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale e dell'autonomia delle società coordinate garantendone altresì la redditività ed il patrimonio. Spesso essi contengono, in termini più o meno precisi, l'elencazione degli "scopi", "indirizzi od "obiettivi" del gruppo con la specificazione delle "aree", "funzioni" o "risorse" attraverso cui ci si propone di perseguirli (gestione dei costi, della contrattualistica, dei processi industriali o amministrativi, dell'analisi e gestione dei rischi, dei dati e del personale). Nelle configurazioni più complesse è talvolta prevista un'attività di audit interna, che può essere amministrativa, finanziaria o qualitativa. Quasi sempre è dettagliatamente disciplinata la gestione dei reciproci flussi informativi ed è spesso previsto il benessere della società madre alle operazioni "di rilievo" (ad esempio acquisizioni, fusioni, scissioni). Da segnalare infine che, talvolta, si rinviene un meccanismo sanzionatorio o della mancata (ed immotivata) condivisione del regolamento o del suo mancato rispetto da parte della coordinata. Sanzione è spesso la sostituzione degli amministratori (ovviamente laddove il controllo lo permetta).

decisionale" in capo alla società madre, quanto meno intendendo tale sintagma come espressivo della compressione dell'autonomia decisionale della coordinata.

Si deve ritenere, infatti, che la coordinata mantenga, anzi debba mantenere, la capacità di valutare autonomamente la bontà, l'aderenza ai principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale della decisione, iniziativa, azione od omissione, che è chiamata ad intraprendere dalla casa madre.

Diversamente, la soggezione ad un "potere decisionale" della casa madre implicherebbe la deriva del contratto e del suo contenuto da contratto "sulla base" del quale si svolge attività di direzione e coordinamento a contratto "di dominio", fattispecie da ritenere incompatibile, come scritto poc'anzi, con i principi generali del nostro ordinamento.

## CONCLUSIONI

In ultima analisi, la decisione di intraprendere o meno un'azione per responsabilità da illecito esercizio di attività di direzione e coordinamento è senz'altro delicata.

L'intuizione dell'eccessiva difficoltà dello strumento rispetto allo scopo che si proponeva si è rivelata aderente alla realtà.

Si riscontra infatti un ingente numero di sentenze di rigetto delle domande di condanna ex art. 2497 c.c. <sup>(60)</sup>

L'esito negativo delle cause intentate è raramente dipeso dalla dimostrazione dell'esistenza di vantaggi compensativi o iniziative risarcitorie da parte della società convenuta <sup>(61)</sup>.

Nel maggior numero dei casi, al contrario, è stata parte attrice a non riuscire a provare gli elementi costitutivi della fattispecie invocata.

La prova dell'effettività dell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento è sensibile ed è spesso fallita per il mancato accesso alla presunzione di cui all'art. 2497 sexies c.c., anch'essa derivante da un difetto di prova <sup>(62)</sup>.

Di conseguenza, l'opportunità offerta a soci di minoranza e creditori mostra, come tale, parecchi limiti. In altre parole, il capo IX° del codice civile, letto come disciplina della sola responsabilità, non soddisfa le aspettative.

L'eventuale mutazione di tale prospettiva può però espanderne il ruolo.

L'introduzione dell'art. 2086, comma 2, c.c. può aiutare tale mutamento di approccio e consolidare una lettura in chiave di disciplina organizzativa delle norme codicistiche.

Tale lettura è coerente con l'elevazione del gruppo da fatto economico a modello organizzativo positivamente definito e capace di costituire, in caso di violazioni, il fondamento della classificazione come contrattuale dell'ipotesi responsabilitaria in esame.

<sup>60</sup> T. Pescara 3 febbraio 2009 (nota 41); T. Milano 17 giugno 2011, in *Le Società*, 3, 2012, 258; T. Milano, 2 febbraio, 2012, in *Giurisprudenza Italiana*, luglio, 2012, 1604; T. Catania (nota 31); T. Milano 26 febbraio 2016 (nota 29); T. Milano 14 dicembre 2016, n. 16636, inedita; T. Brescia 4 novembre 2017, (nota 44); T. Milano 9 gennaio 2018, n. 90 (nota 51); T. Milano 27 febbraio 2019 (nota 34); T. Bologna 7 gennaio 2020 n. 18, inedita.

<sup>61</sup> Tale prova è fallita in T. Roma, 5 febbraio 2008, n. 2688, in *Le Società*, 4, 2009, 491, con nota di V. SCOGNAMIGLIO, 498.

<sup>62</sup> T. Bologna (nota 54).