

I "PRINCIPÎ DI CORRETTA GESTIONE SOCIETARIA E IMPRENDITORIALE" DELLE SOCIETÀ PER AZIONI ETERODIRETTE

EMILIANO MARCHISIO

ricercatore di diritto commerciale, Università di Roma Tor Vergata

- BOZZA -

Indice:

1	Considerazioni introduttive	1
2	L'esercizio della direzione e del coordinamento di società come attività, in principio, di mero fatto	4
3	I "principî di corretta gestione societaria e imprenditoriale" della società eterodiretta.....	11
3.1	(La violazione de)i "principî di corretta gestione societaria e imprenditoriale" della società eterodiretta	12
3.1.1	La deroga al principio di (stretta) congruità dell'agire della società al solo interesse sociale.....	14
3.1.2	La deroga al principio di (stretta) congruità dell'agire della società all'oggetto sociale.....	18
3.1.3	La deroga alla regola di tutela della segretezza dei dati e delle informazioni di pertinenza della società.....	19
4	Presupposti dell'azione ex art. 2497 cod. civ. La "eterodirezione virtuosa".....	21
5	In tema di responsabilità dell'amministratore che ha eseguito la direttiva dannosa.	26
5.1	In particolare: gli obblighi informativi che valgono ad esentare l'amministratore della società eterodiretta da responsabilità solidale ex art. 2497, co. 2, cod. civ.	28
6	Postilla: l'utilizzo processuale della violazione dei principî di corretta gestione societaria ed imprenditoriale come (elemento di) prova della "direttiva" pregiudizievole.	32

*** **

1 Considerazioni introduttive

La disciplina codicistica dell'attività di direzione e coordinamento presuppone che l'articolazione societaria soggetta alla direzione unitaria (poi: di un unico

soggetto in posizione sovraordinata o mediante meccanismi di concertazione paritetica) rappresenti una modalità “virtuosa” di esercizio dell’attività economica; presuppone, in altri termini, che l’articolazione stessa sia funzionale alla produzione di utilità *imprenditoriali* ulteriori rispetto a quelle disponibili per le società autonomamente considerate.

La tecnica di produzione di tale “plusvalore” da eterodirezione consiste, essenzialmente, nel compimento di operazioni tra le società unidirette a valori differenti da quelli di mercato¹ ovvero nell’accentramento, o comunque nella rilocalizzazione, di funzioni altrimenti autonomamente svolte da ciascuna società autonomamente².

Di conseguenza, il problema centrale della disciplina “del governo” nell’attività di eterodirezione consiste nel regolamentare i due opposti interessi coinvolti: quello della società di vertice (o comunque del “gruppo di comando”), interessata ad una direzione unitaria produttiva del più alto “plusvalore” da direzione e coordinamento possibile, e quello dei soci e creditori esterni delle società eterodirette, interessati a che tali società non siano degradate a “*mero strumento, privo di volontà, della società che le domina*” e che i rispettivi interessi (partecipativi e di credito) non siano arbitrariamente privati di valore³.

Se, infatti, l’attività di eterodirezione può in astratto configurarsi tanto compatibile, tanto divergente/indifferente, tanto incompatibile con l’interesse della società eterodiretta, la disciplina *della eterodirezione* ha riguardo

¹ Tali vantaggi possono derivare, in primo luogo, dalla particolarità delle condizioni praticate nelle operazioni intragrupo - particolarità che, si noti, rappresenta proprio l’elemento di differenziazione dalle operazioni di scambio sul mercato: ove lo scambio intragrupo avvenisse alle stesse condizioni praticate all’esterno dell’impresa articolata, infatti, non potrebbe giustificarsi la ragione della preferenza per l’articolazione in gruppo – così A. NIUTTA, *Il finanziamento intragrupo*, cit., pp. 18 s. M. MIOLA, *Le garanzie intragrupo*, p. 106, ha assai efficacemente notato che «*la disciplina del gruppo [è] in gran parte ipotizzabile, in via diretta o indiretta, come disciplina degli scambi e più in generale dei rapporti negoziali intercorrenti all’interno del gruppo*». Le ragioni della diversità di condizioni possono essere le più varie; esse sono tutte accomunate dall’intento di allocare costi, ricavi o altre variabili rilevanti dell’iniziativa alle imprese presso le quali ciò sia *comparativamente più conveniente*, così incrementando il saldo complessivo conteggiato all’iniziativa complessiva articolata plurisoggettivamente.

² Si noti come la produzione di vantaggi “da gruppo” possa essere propiziata non solo da operazioni di *scambio* tra le imprese eterodirette e coordinate, ma anche da modificazioni “strutturali” (in senso economico-industrialistico) delle imprese medesime, modificazioni con le quali si procede all’accorpamento ed alla allocazione “specializzata”, all’interno del gruppo, di funzioni altrimenti esercitate da ciascuno degli enti raggruppati: La pratica offre numerosi esempi al proposito, che vanno dall’accentramento della funzione di tesoreria a quella di centralizzazione delle funzioni di finanziamento e allocazione del credito (allora tipicamente esercitata dall’ente capogruppo), alla prestazione di garanzie, dalla funzione di approvvigionamento a quella della gestione degli ordini *etc.*: cfr., tra i numerosissimi: A. DACCÒ, *L’accentramento della tesoreria nei gruppi di società*, Milano, Giuffrè, 2002; M. MIOLA, *Le garanzie intragrupo*, Torino, Giappichelli, 1993.

³ Cfr. A. MIGNOLI, “Interesse di gruppo e società a sovranità limitata”, *Contr. e impr.*, 1986, pp. 729 ss.

essenzialmente a quest'ultima⁴ - le altre due non avendo ragione d'essere espressamente disciplinate sotto tale profilo.

Il bilanciamento delle contrapposte esigenze avviene, in primo luogo, mediante la definizione di standard di corretta gestione delle società eterodirette *parzialmente differenti* rispetto a quelli altrimenti vigenti per le società autonome. Ciò al fine di consentire che le regole di amministrazione della società eterodiretta, almeno nel caso della eterodirezione giuspoliticamente "virtuosa", siano adeguate alla gestione non più "atomistica" ma "molecolare" della società.

L'oggetto della presente riflessione è ricostruire il contenuto dei "*principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale*" delle società eterodirette, in relazione alla società per azioni.

Giova esplicitare sin da principio la convinzione metodologica per la quale la disciplina dettata dall'art. 2497 cod. civ. sia stata pensata e redatta adottando come *modello di riferimento* l'attività di direzione e coordinamento di natura gerarchica ("*verticale*") fondata su una *sovraordinazione di fatto*, presumibile al ricorrere del controllo (cfr. art. 2497 *sexies* cod. civ.).

Ciò non significa che tale disciplina non abbia valenza generale per qualsivoglia ipotesi di eterodirezione. Ciò è tanto vero che la legge, espressamente, estende tale disciplina anche ai casi in cui l'attività di eterodirezione gerarchica abbia fonte contrattuale (cfr. art. 2497 *septies* cod. civ. nonché art. 2545 *septies* cod. civ. in relazione al "gruppo cooperativo paritetico"⁵) ed a quelli in cui l'eterodirezione sia, invece, "*orizzontale*"⁶ (per via di interpretazione analogica dell'art. 2497 cod. civ. in relazione alla eterodirezione orizzontale *di fatto*⁷; *ex* art. 2497 *septies* cod. civ. per quella di natura contrattuale, cui *adde* l'art. 2545 *septies* cod. civ. sempre in relazione al "gruppo cooperativo paritetico").

Ciò significa, invece, che le condizioni di liceità dell'attività di direzione e coordinamento ed i "*principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale*" delle società eterodirette, quale che siano la fonte e la forma della eterodirezione, siano da ricostruire unitariamente sulla base del modello di riferimento adottato (seppure con gli adeguamenti necessari a seconda dei diversi modelli di eterodirezione cui devono essere, in concreto, applicati).

⁴ «Assiologicamente è palese che la situazione d'incompatibilità deve esser combattuta; che quella di compatibilità non c'è ragione che lo sia; che infine quella di divergenza-indifferenza lo può per la tutela di interessi ulteriori rispetto a quello sociale, come, esemplificando, l'interesse alla parità di trattamento dei soci» (P. SPADA, "L'amministrazione della società", cit., p. 237; modifiche dello stile del carattere nell'originale).

⁵ Che comprende ipotesi di gruppo cooperativo bensì paritetico ma strutturalmente "gerarchico".

⁶ Cfr. *supra*, nota n. 1.

⁷ Anche in relazione alla eterodirezione di natura paritetica, infatti, deve notarsi come la disciplina della responsabilità da attività di direzione e coordinamento si applica *sol che si verifichi storicamente la eterodirezione*, indipendentemente dal fatto che a fondamento di ciò si ponga un rapporto contrattuale o di mero fatto.

2 L'esercizio della direzione e del coordinamento di società come attività, in principio, di mero fatto

L'analisi dei "principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale" delle società eterodirette presuppone la definizione, a monte, della "attività di direzione e coordinamento di società" e della natura di tale attività. Seguendo il programma espositivo enunciato nell'introduzione, nella trattazione del tema si prenderà a modello l'ipotesi della eterodirezione gerarchica conseguente a rapporti non contrattuali.

Come già anticipato, la disciplina dettata dall'art. 2497 cod. civ. presuppone l'eterodirezione come rapporto di mero fatto (con la conseguenza che la responsabilità ivi prevista è di natura *extracontrattuale*).

La gestione della società, infatti, spetta esclusivamente ai suoi amministratori⁸ e qualsivoglia soggetto che non ricopra la carica di amministratore non può *vedersi legittimamente riconosciuta* alcuna competenza sulla gestione della società⁹.

L'esclusività di tale competenza non tanto deriva dall'art. 2380 *bis* cod. civ., che secondo autorevole dottrina sarebbe da interpretare come criterio di attribuzione di competenze tra gli organi interni alla società e non rispetto ai terzi¹⁰. Essa si rinviene, invece, negli artt. 2364, co. 1, n. 5 e 2392 segg. cod. civ., a mente dei quali gli amministratori sono inderogabilmente responsabili degli atti di gestione posti in essere. A tal punto ciò è vero che neanche l'autorizzazione assembleare può mandare gli amministratori esenti da responsabilità per gli atti espressamente autorizzati (cfr. art. 2364, co. 1, n. 5, cod. civ.).

Da un punto di vista sistematico, inoltre, l'unico caso di ri-localizzazione della funzione gestoria all'esterno della dotazione organizzativa della società, peraltro

⁸ Art. 2380 *bis*, co. 1, cod. civ. In dottrina cfr., tra i più recenti cfr. G. I. DE SANDOLI, "Commento all'art. 2380 *bis*", in N. ABRIANI e M. STELLA RICHTER (a cura di), *Codice commentato delle società*, Torino, Utet, I, 2010, p. 1032 ss., ove si rinvia per ulteriori riferimenti. Si noti la ben diversa disposizione prevista in materia di società a responsabilità limitata, per la quale «i soci decidono sulle materie riservate alla loro competenza dall'atto costitutivo, nonché sugli argomenti che uno o più amministratori o tanti soci che rappresentano almeno un terzo del capitale sociale sottopongono alla loro approvazione» (art. 2479, co. 1, cod. civ.), donde si è ragionato, in dottrina, di «società a rischio limitato nella quale l'organizzazione corporativa è solo residuale» (P. SPADA, "Classi e tipi di società dopo la riforma organica", *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 496).

⁹ Artt. 2364, 2380 *bis*, nonché 2391-2394, cod. civ. Anzi, come pure già osservato altrove, il legislatore del 2003 si è premurato di precisare espressamente l'unico caso in cui ha ritenuto di consentire una ri-localizzazione della funzione gestoria all'esterno della dotazione organizzativa della società, circondandolo di cautele e limitazioni; è il caso del c.d. "arbitraggio di merito societario" (Art. 37, d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 5).

¹⁰ U. TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 108. Si noti sin d'ora, peraltro, che anche in tale interpretazione *minimale* la disposizione consente di escludere recisamente che al socio di maggioranza o all'assemblea possano spettare compiti di amministrazione e che gli «altri oggetti attribuiti dalla legge alla competenza dell'assemblea» possano rappresentare competenze di natura gestoria: art. 2364, co. 1, n. 5, cod. civ.

circondato di cautele e limitazioni, è espressamente e tassativamente previsto dalla legge ed è il c.d. “arbitraggio di merito societario” (peraltro in materia di s.r.l.¹¹).

La disciplina italiana della eterodirezione, insomma, non presuppone, né tantomeno legittima, alcun potere di diritto ad eterodirigere una società; l’attività di eterodirezione, infatti, viene esercitata non mediante l’esercizio di un *potere giuridico* di indirizzo o direttiva bensì mediante – si consenta la franchezza – un potere di “ricatto” (almeno nell’ipotesi della eterodirezione in esame, gerarchica e fondata su rapporti di controllo)¹².

Tale disciplina, al contrario, non presuppone, né legittima, alcuna *rilocalizzazione delle competenze e delle responsabilità gestorie* (come invece avviene nel caso del gruppo contrattuale di diritto tedesco¹³). Ed infatti, in linea di principio, la

¹¹ Art. 37, d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 5. Per una interpretazione che in tale “arbitrato” vede in realtà una ri-localizzazione di competenze gestorie cfr. P. SPADA, *L’amministrazione «arbitrata»*, in P. ABBADESSA e G.B. PORTALE, *Il nuovo diritto delle società – Liber Amicorum ian Franco Campobasso*, Torino, 2006, *passim*.

¹² Il ricatto, come è evidente, consiste nella minaccia di revoca dell’amministratore recalcitrante nel caso del controllo interno. Ragiona, al proposito, di direttive «non ... attuazione di un rapporto giuridico, ma esercizio di un potere di fatto, inerente “alla forza persuasiva o, se del caso, dissuasiva” derivante dal rapporto di controllo» G. SBISA, “Responsabilità della capogruppo e vantaggi compensativi”, *contr. impr.*, 2003, p. 605, peraltro facendo riferimento a F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, Cedam, Padova, 2003, p. 176; M.E. SALERNO, “Le regole di corporate governance nel diritto comune e nel diritto speciale”, in F. BELLÌ e M.E. SALERNO (a cura di), *La riforma del mercato finanziario*, cit., pp. 132 s. Cfr., tra i più recenti, uno per tutti: BUSSOLETTI e LA MARCA, “Gruppi e responsabilità da direzione unitaria”, in *Studi per Franco di Sabato*, III, I, Napoli, 2009, p. 189. La fattualità di siffatta situazione di potere deriva dal non avere origine né pattizia né normativa e dal non rappresentare, in conseguenza, una situazione azionabile coattivamente: A. NIUTTA, *Il finanziamento intragruppo*, cit., p. 26, il quale specifica come nonostante la natura fattuale di siffatta situazione si utilizzi comunque la nozione di “potere”, in ragione della “effettività” della situazione di dominio della holding sulle società figlie.

Nel caso di controllo esterno il ricatto consiste, invece, nella minaccia di interruzione dei «particolari vincoli contrattuali» (art. 2359, co. 1, n. 3, cod. civ.) vitali per la persistenza dell’impresa. Trattasi, evidentemente, di contratti quali quelli di somministrazione, licenza, agenzia *etc.* (G. OLIVIERI, G. PRESTI e F. VELLA, *Il nuovo diritto delle società*, cit., p. 80; L. SCHIUMA, *Controllo, governo, partecipazione al capitale*, Padova, 1997, pp. 109 ss.; F. GALGANO e R. GENGINI, *Il nuovo diritto societario*, op. cit., p. 147; A. PAVONE LA ROSA, *Le società controllate – i gruppi*, op. cit., p. 584).

¹³ L’esistenza di un “gruppo contrattuale” dipende, come è dato inferire dall’aggettivo, dalla stipulazione di un “contratto (di dominazione)”, il *Beherrshungsvertrag* (cfr. § 291 AktG). Per quanto qui interessa, con tale contratto l’impresa “dominante” (*beherrschendes Unternehmen*) acquista il diritto ad impartire all’organo amministrativo della società dipendente *istruzioni vincolanti* funzionali al perseguimento dell’interesse di un’altra impresa appartenente al gruppo (c.d. *Weisungsrecht*).

L’organo amministrativo della società dipendente, dal canto suo, in via generale non può rifiutarsi di eseguire le istruzioni impartite (§§ 308-309 AktG). Siffatta alienazione del “governo” della società dipendente altera gli ordinari meccanismi di responsabilità: rispondono, infatti, del pregiudizio subito dalla società dipendente i rappresentanti dell’impresa dominante, quando le istruzioni sono state impartite senza osservare l’ordinaria diligenza o eccedendo i limiti del *Weisungsrecht* (§ 309 AktG) e da tale responsabilità sono invece esclusi gli amministratori della società eterodiretta che

rilocalizzazione della competenza amministrativa di tipo decisionale (questa essendo, ci sembra, la traduzione in termini sistematici dell'espressione: "*obbligo di adempiere alla direttiva*")¹⁴ non può che accompagnarsi alla rilocalizzazione della *responsabilità gestoria* per i danni eventualmente conseguenti. Tale rilocalizzazione comporta, come è chiaro, l'esenzione dalla responsabilità degli amministratori della società eterodiretta per l'adempimento delle direttive dannose non occasionale o di fatto, come può pure avvenire in applicazione del diritto italiano, ma da una vera e propria *rilocalizzazione della responsabilità gestoria* in capo a chi esercita l'attività di direzione e coordinamento, come, non a caso, avviene nel modello tedesco¹⁵.

Nel diritto italiano, al contrario, la scelta di mantenere intatta la responsabilità degli amministratori per l'esecuzione delle direttive, tanto più se dannose, configura il potere/dovere dell'organo amministrativo delle società eterodirette di *verifica decentrata della compatibilità della direttiva di gruppo con gli interessi della (singola) società* – come è stato notato: di "*filtro*"¹⁶.

L'amministratore è sempre tenuto a verificare se l'attività di eterodirezione sia complessivamente *sfavorevole* per la società soggetta alla medesima ed a "*liberarsi*" dalla eterodirezione in caso contrario: mediante il recesso dal contratto di eterodirezione, quando l'esistenza di tale contratto renda l'esecuzione delle direttive obbligatoria in capo alla società eterodiretta (cfr. l'art. 2545 *septies*, co. 2, cod. civ., a mente del quale la cooperativa può recedere dal contratto di gruppo cooperativo paritetico senza che ad essa possano essere imposti oneri di alcun tipo «*qualora, per effetto dell'adesione al gruppo, le condizioni dello scambio risultino pregiudizievoli per i propri soci*»), mediante la disapplicazione delle direttive negli altri casi.

Ne consegue che le società soggette, di fatto, all'altrui attività di direzione e coordinamento *non sono (perché non possono essere) obbligate* ad eseguire le direttive emanate nell'ambito di tale attività – salvo il caso in cui ciò non sia espressamente previsto dalla legge (è il caso degli obblighi funzionali alla

hanno recepito le direttive dannose (§ 310, Abs 3, AktG). A fronte di tale situazione l'impresa dominante è tenuta, tra le altre, a ripianare le perdite annuali subite dalla società dipendente (§ 302, Abs. 1, AktG).

¹⁴ Per distinguerla da quella di tipo dichiarativo, senz'altro rimessa all'organo amministrativo della società eterodiretta.

¹⁵ Cfr. *infra*, nota n. 57 e testo cui si riferisce.

¹⁶ Come altrove notato, la capogruppo, in altri termini, si vede bensì attribuita la facoltà di emanare "*direttive*", ma la loro attuazione non può prescindere da una partecipazione attiva dell'organo amministrativo della società controllata, che è chiamato ad esercitare una attività di "*filtro*" di quelle direttive. La metafora del "*filtro*" è attestata anche in P. SCHLESINGER, "*Il gruppo polifunzionale*", cit., p. 299; U. TOMBARI, "*I gruppi di società*", cit., p. 236 e nota 206 – con l'avvertenza che questo ultimo Autore utilizza tale metafora nel contesto di una ricostruzione affatto differente da quella proposta nel testo.

redazione del bilancio consolidato¹⁷ ovvero derivanti da una disciplina di regolazione pubblicistica di settore¹⁸, certamente inadeguati ad essere interpretati estensivamente al di fuori delle rispettive fattispecie e portati precettivi).

Si condividono, in linea principio, le preoccupazioni di garantire effettiva tutela ai soci ed ai creditori esterni delle società eterodirette e si comprendono i conseguenti tentativi di ricostruire la responsabilità della capogruppo in termini contrattuali, onde consentire l'applicazione di una disciplina (artt. 1218 ss. cod. civ.) più favorevole all'attore¹⁹, al fine di limitare l'onere della prova ai soli inadempimento e danno, e riversare sul convenuto (sulla capogruppo) l'onere di provare i «*fatti che valgono ad escludere o ad attenuare*» la responsabilità²⁰.

¹⁷ Cfr. art. 43, co. 1, d. lgs. 9 aprile 1991, n. 127, a mente del quale “*le imprese controllate sono obbligate a trasmettere tempestivamente all'impresa controllante le informazioni da questa richieste ai fini della redazione del bilancio consolidato*”.

¹⁸ Nei settori finanziari, ad esempio, sono attestate nozioni specifiche di “gruppo”, il cui fondamento è da ricercare nell'esigenza, per le Autorità di settore, di attribuire alla società di vertice (finanziario) il ruolo di referente unico dell'Autorità di controllo sia in senso ascendente (in relazione, ad esempio, al trasferimento intragruppo delle informazioni necessarie alla redazione del bilancio consolidato di gruppo) sia in senso discendente, quando l'Autorità eserciti i propri poteri di vigilanza mediante istruzioni alla sola società capogruppo, cui il legislatore assegna il compito di emanare a sua volta disposizioni attuative delle istruzioni alle altre componenti, nell'esercizio dell'attività di direzione unitaria (per entrambi gli esempi citati cfr. l'art. 61, co. 4, TUB).

Per l'esercizio delle funzioni in senso “discendente” la legge attribuisce alla società capogruppo che eserciti attività di rilievo regolatorio prerogative *aggiuntive* rispetto a quelle di diritto comune (ad esempio: in materia di circolazione delle informazioni intragruppo, art. art. 60, co. 4, nonché 66 co. 4 e 5, TUB). Ciò non toglie, tuttavia, che tali nozioni di gruppo presuppongono la permeabilità tra le società unidirette *già prima e indipendentemente dalla disciplina regolatoria* (cfr., in relazione alle banche, l'art. 23 TUB, che definisce le condizioni alle quali considerare ricorrente siffatta permeabilità, vale a dire il “controllo”) (così Banca d'Italia, *Istruzioni di vigilanza per le banche*, tit. I, cap. II, sez. I, par. 1; A. NIUTTA, *Il finanziamento intragruppo*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 34 s.; L. SCHIUMA, *Controllo, governo e partecipazione al capitale*, Padova, Cedam, 1997, p. 336; P. MONTALENTI, “Conflitto d'interessi nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi”, *Giur. comm.*, 1995, I, pp. 710 ss.). In altri termini: la disciplina di settore non attribuisce alla capogruppo una sovraordinazione di natura differente da quella del diritto comune; al contrario, in presenza della sovraordinazione derivante da un potere di fatto, *attribuisce alla società sovraordinata poteri di marca regolatoria da esercitare mediante tale sovraordinazione*.

Sul tema sia consentito il rinvio a E. MARCHISIO, *Usi alternativi del gruppo di società - La regolazione dei gruppi tra disciplina del «governo» delle società e diritto settoriale delle imprese*, Napoli, Jovene, 2009.

¹⁹ N. ABRIANI, *Gruppi di società e criterio dei vantaggi compensativi nella riforma del diritto societario*, in AA.VV., *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi*, *Giur. comm.*, 2002, I, pp. 625; G. SCOGNAMIGLIO, *Poteri e doveri degli amministratori nei gruppi di società dopo la riforma del 2003*, in EAD., *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, Milano, 2003, p. 195; R. WEIGMANN, *Gruppi di società*, in AA.VV., *La riforma del diritto societario - Atti del convegno di Courmayeur 27-28 settembre 2002*, Milano, 2003, pp. 201 ss.; A. PAVONE LA ROSA, *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*, *Riv. soc.*, 2003, pp. 767 ss.; U. TOMBARI, *Riforma del diritto societario e gruppi di imprese*, *Giur. comm.*, 2004, I, pp. 61 ss.

²⁰ Così, in materia di responsabilità degli amministratori per *mala gestio*, Cass. 9 luglio 1979, n. 3925, in *Dir. fall.*, 1979, II, pp. 453 ss. La qualificazione della responsabilità di cui trattasi come responsabilità extracontrattuale, invece, impone sull'attore un onere della prova ben gravoso, consistente nella prova: del danno ingiusto; della colpa o dolo della società od ente che esercita

Pur tuttavia detti tentativi (i cui risultati di maggior rilievo possono, peraltro, essere raggiunti anche per via interpretativa nella ricostruzione ora proposta: cfr. *infra*, § 6) non sembrano doversi condividere. Ed infatti, per quanto ora rileva ed interessa, la fonte giuridica della eterodirezione consiste in un fatto: nel potere di “ricatto” derivante dal controllo di una società su un’altra, appunto.

Né, pur in assenza di contratto, il rapporto di eterodirezione e la conseguente responsabilità paiono passibili di essere “contrattualizzati”. L’argomento conduce *ad absurdum*, perché, come visto, né la società che esercita l’attività di direzione e coordinamento ha il potere di imporre il rispetto di una propria direttiva né la società eterodiretta ha il dovere di eseguirla.

Di più: se il rapporto fosse di natura contrattuale, l’attività di direzione e coordinamento dovrebbe essere *doverosa*. Ora: sarebbe ben strano (oltre che irragionevole per violazione del principio costituzionale di eguaglianza²¹) che una società o un ente possa essere obbligato ad esercitare una attività ... per l’esercizio della quale non è dotato di alcun potere.

A parte questo, l’attività dell’organo amministrativo è per legge funzionalizzata al perseguimento dell’interesse sociale della sola società da questi amministrata e non può essere funzionalizzata alla gestione di altre società (controllate o collegate ad altro titolo), e questo perché difettano già in astratto i requisiti per tale funzionalizzazione²².

l’attività di direzione e coordinamento; dell’esistenza della direttiva di gruppo e del suo contenuto; del nesso di causalità tra la condotta ed il danno lamentato – cioè: che l’esecuzione della direttiva ha determinato il danno in capo alla società eterodiretta (F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in ID., *Trattato di dir. comm. e dir. pubbl. dell’econ.*, XXIX, Padova, 2004, p. 189; S. GIOVANNINI, *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, Milano, 2007, pp. 87 s.).

²¹ La lesione del principio di eguaglianza, di cui all’art. 3 Cost., deriverebbe dalla imposizione al socio di riferimento della “società di gruppo” un obbligo di contenuto positivo non imposto al socio di riferimento della “società autonoma”, che determinerebbe, come è chiaro, il riconoscimento al socio di minoranza di società eterodiretta di un interesse tutelato e di un rimedio di cui sarebbe sfornito il socio di società autonoma. L’irragionevolezza della soluzione deriva, a nostro modesto avviso, dalla circostanza per la quale l’unica differenza tra l’una e l’altra potrebbe essere quella di essere eterodiretta la prima da una società unipersonale, la seconda da un socio persona fisica. Lo stesso soggetto avrebbe, di fatto, la medesima posizione nella società “figlia”, ma solo nel primo caso sarebbe tenuto a perseguire *positivamente* l’interesse di quest’ultima.

²² E cioè: una destinazione patrimoniale di gruppo, una sostituzione nell’azione di gruppo, un conteggio a favore del gruppo del saldo dell’attività complessiva (cfr., *mutatis mutandis*, P. SPADA, *La tipicità delle società*, Padova, Cedam, 1974, pp. 154 ss.; 162 ss.; 174 ss.; 178 ss.).

L’interpretazione contraria (quella, cioè, che ritiene anche l’attività di direzione e coordinamento funzionalizzata al perseguimento dell’“interesse sociale” delle società dipendenti o di un ipotizzato “interesse di gruppo”) ci sembra fortemente influenzata, e di conseguenza viziata, dalla metafora del gruppo come “impresa unica” o “impresa complessa” (cfr., due per tutti: F. SETTE, *Dal gruppo di imprese all’impresa di gruppo*, *Riv. dir. civ.*, 1988, I, p. 267; G. LEMME, *Il “governo” del gruppo*, Padova, 1997, pp. 17, 27 e 36 ss.). Non esiste, infatti, alcuna disposizione che, in concreto, preveda una funzionalizzazione dell’attività dell’organo amministrativo della società capogruppo al

Se, poi, vigesse una *funzionalizzazione* dell'attività di una società al perseguimento dell'interesse di altre società (controllate o collegate a vario titolo), dovrebbe conseguirne un obbligo della prima alla ripartizione del saldo dell'"iniziativa plurisocietaria" in capo alle seconde. Tuttavia, non vige, in materia di gruppi, alcuna regola analoga a quella di cui all'art. 2348, co. 1, cod. civ. e, dunque, in nessun modo la società che esercita l'attività di direzione e coordinamento è vincolata a rendere le società eterodirette partecipi *in misura paritaria* (o "equa", ovvero altra formula analoga) dei vantaggi prodotti dall'articolazione in gruppo²³. In termini più recisi: obbligo della capogruppo è solo quello di compensare lo svantaggio causato dall'attività di direzione e coordinamento con (parte de)i vantaggi derivanti dalla medesima, non certo riallocare tra le società soggette alla medesima direzione unitaria i vantaggi prodotti dalla politica di gestione aggregata²⁴.

E poi: da quale fatto scaturirebbe tale ipotizzato obbligo di eterogestire? Non certo dal controllo (o da altra forma di influenza societaria, interna od esterna che sia), ché la legge espressamente prevede il contrario²⁵.

Né un siffatto obbligo di eterodirigere può derivare dallo stesso esercizio dell'attività di direzione e coordinamento. L'insorgere di un obbligo di gestire affari altrui in ragione del semplice inizio di tale gestione presuppone che l'affare sia condotto dal gestore sino a che «*l'interessato non sia in grado di provvedervi da se*

perseguimento di interessi di tal guisa, né regole idonee a consentir loro di poter assolvere a siffatta (asserita) funzione.

Questo non è senza ragione: funzionalizzata è solo la condotta di chi abbia il *potere* d'influire sulla sfera giuridica altrui; di chi, in altri termini, sia titolare di un potere decisionale esercitato in sostituzione (in "rappresentanza", verrebbe da dire, pur se con i dovuti distinguo in relazione al caso degli amministratori di società, che solo *latamente* rappresentano i soci, in quanto *residual claimants* dell'attività sociale) del soggetto (o dei soggetti) titolare dell'interesse inciso dal e/o da perseguire mediante l'esercizio di quel potere. Funzionalizzata, al contrario, non può essere l'attività di direzione e coordinamento della capogruppo, che, come notato, *in senso giuridico* di potere non ne ha alcuno, potendo attuare quella attività solo attraverso la cooperazione, più o meno volontaria, degli amministratori della società controllata.

²³ La posizione contraria è pur autorevolmente sostenuta da G. SCOGNAMIGLIO, *Le prospettive della tutela dei soci esterni*, in EAD., *Autonomia e coordinamento*, cit., pp. 205 s.; nonché EAD., *La direzione dei gruppi e l'autonomia delle società controllate*, op. ult. cit., pp. 275 ss., in cui arriva a ipotizzare l'esistenza di un «*dovere di parità di trattamento, ossia di non avvantaggiare ingiustificatamente una delle società controllate rispetto alle (e a danno delle) altre*». Ci sembra, tuttavia, che siffatta visione sia da ricondurre alla ricostruzione "contrattualistica" del gruppo suggerita da quella Autrice (cfr. EAD., op. ult. cit., pp. 226 ss.).

²⁴ Il che non determina necessariamente una lesione degli interessi dei soci della società eterodiretta; essi, infatti, a seguito della eterodirezione potrebbero subire una perdita di redditività delle loro partecipazioni e, tuttavia, l'appartenenza al gruppo potrebbe determinare una maggiore stabilità e solidità dell'impresa.

²⁵ Che la *potenzialità* della eterodirezione non determini l'obbligo di eterodirezione discende pianamente dall'art. 2497 *sexies* cod. civ., laddove in presenza di un rapporto di controllo la legge presume l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento ma ammette la società controllante a fornire la prova contraria.

stesso»²⁶. Ora: in materia di gruppi non c'è alcuna incapacità della società eterodiretta di provvedere da se stessa all'attività gestoria. Di più: a ben vedere, non c'è neppure alcuna "gestione di un affare altrui", posto che la gestione della società eterodiretta è e continua ad essere effettuata dal relativo organo amministrativo – che, al limite, gestisce in proprio *recepto* direttive di terzi.

Nemmeno convince la "contrattualizzazione" della responsabilità da eterodirezione (e, a monte, del rapporto stesso) conseguente alla configurazione della medesima come violazione di "obblighi giuridici preesistenti"²⁷. Tale ricostruzione, infatti, presuppone che la società esercente l'attività di direzione e coordinamento sia *obbligata a perseguire, positivamente, la "corretta gestione societaria ed imprenditoriale" delle società eterodirette*. Riteniamo, al contrario, che l'obbligo incombente sulla società sia esclusivamente negativo, vale a dire un divieto: *divieto di travalicare il limite della "corretta gestione societaria ed imprenditoriale" della società eterodirette nell'esercizio del proprio potere di fatto (che include il non esercizio)*.

Non rilevano, in senso contrario, quelle disposizioni che sono pure definite in dottrina come "statuto organizzativo" del gruppo. Ed infatti esse si limitano a fornire informazioni sulla gestione²⁸ e sugli eventi più significativi che possono incidere sul valore delle società controllate²⁹, a dettare regole di incompatibilità per l'incarico di sindaco in presenza di rapporti idonei a comprometterne l'indipendenza³⁰, a consentire alla società capogruppo di recuperare la regolarità dei rapporti (di fatto) della società che esercita la direzione unitaria con le società eterodirette *prima* che possano dar luogo ad azioni di risarcimento *ex art. 2497 cod. civ.*³¹.

E non rilevano perché, a ben vedere, esse si applicano *non* in conseguenza dell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento *ma* in presenza di un rapporto di "controllo". Ciò significa, tra le altre, che esse continuerebbero ad applicarsi pur nel caso in cui la controllante non eserciti attività di direzione e

²⁶ Cfr. artt. 2028 segg. cod. civ.

²⁷ Così, invece, U. TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 36.

²⁸ Art. 2403 bis, co. 2, cod. civ., a mente del quale il collegio sindacale "può ... scambiare informazioni con i corrispondenti organi delle società controllate in merito ai sistemi di amministrazione e controllo ed all'andamento generale dell'attività sociale".

²⁹ Art. 2381, co. 5, cod. civ., a mente del quale gli organi delegati "riferiscono al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale ... sulle operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate".

³⁰ Art. 2399 cod. civ., a mente del quale è incompatibile con la carica di sindaco di una società l'essere amministratore o parente o affine entro il quarto grado degli amministratori delle società controllate, controllanti e delle società soggette a comune controllo (lett. b) o l'essere dipendente, consulente o legato da prestazione d'opera retribuita "ovvero da altri rapporti di natura patrimoniale che ne compromettano l'indipendenza" con le medesime (lett. c).

³¹ Art. 2409, co. 1, cod. civ., a mente del quale il rimedio è esperibile anche se agli amministratori si imputino gravi irregolarità che possono arrecare danno "a una o più società controllate".

coordinamento (potendo effettivamente provare il contrario *ex art. 2497 sexies* cod. civ.) mentre *non* si applicherebbero in tutti i casi in cui l'eterodirezione non discenda da rapporti di "controllo" (perché, ad esempio, paritetica/orizzontale ovvero basata su rapporti contrattuali).

Ciò, ci sembra, conferma la sensazione che tali disposizioni siano strutturalmente, oltre che funzionalmente, destinate alla risoluzione di questioni di carattere dominicale³² o, comunque, a prevenire l'instaurarsi di rapporti di *permeabilità* (tra società e/o tra quanti al loro interno ricoprono funzioni), e *non* alla soluzione dei problemi tipici della eterodirezione ("del governo" ovvero in riferimento a regole "di imputazione", per estendere ad una, più o tutte le imprese di gruppo l'applicazione di regole pensate in relazione alla società od ente "singolare").

Che, poi, all'interno del "fenomeno economico gruppo" tali discipline possano sovrapporsi ai (diversi) problemi *della eterodirezione* non è in dubbio; ciò non toglie che *altra* è la disciplina della eterodirezione, *altra* quella delle partecipazioni di controllo (analogamente a come *altra* è la *disciplina del bilancio consolidato*).

3 I "principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale" della società eterodiretta.

Tanto precisato, può passarsi all'indagine dei "principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale", con alcune avvertenze circa l'imputazione *soggettiva* ed il *referente oggettivo* di tali principi. Sotto tale profilo è necessario chiarire che:

- a. non esistono "principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale" del "gruppo" – o come si voglia definire la pluralità di società unidirette – posto che, come notato, *non esiste, giuridicamente, una unica "impresa" o "attività di gestione" del "gruppo"* – potendo vigere, al contrario, un "gruppo di attività di gestione" di società (dirette e coordinate unitariamente);
- b. lo scrutinio di congruità dell'attività sociale con i "principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale" è rimesso agli amministratori di ciascuna società; poi, con contenuti in parte differenti a seconda che tale società sia autonoma ovvero soggetta all'altrui attività di direzione e coordinamento e salvo quanto di seguito precisato;
- c. la soggezione della società alla eterodirezione non determina alcuna modificazione al regime ordinario delle società in presenza di illeciti *propri* compiuti dagli amministratori della società (pur) eterodiretta. In tal caso, il danno sociale (nel senso di danno subito al valore dell'azienda esercitata dalla società) può essere risarcito solo mediante

³² P. SPADA, "Gruppi di società", *Riv. dir. civ.*, 1992, II, pp. 221 ss.

azione sociale (nel senso che l'azione è esercitata *ex artt.* 2393 e 2393 *bis* cod. civ. ed il risarcimento ridonda a favore della società danneggiata).

Tali illeciti, pertanto, *prescindono* dalla eterodirezione e sono, di conseguenza, irrilevanti ai fini dell'applicazione dei relativi rimedi;

- d. quando la società sia soggetta alla eterodirezione di un terzo, ove l'illecito compiuto dagli amministratori della società eterodiretta promani da una "direttiva" del soggetto esercente la direzione unitaria, allora l'ordinamento imputa l'illecito a quest'ultimo soggetto e consente il risarcimento del danno sociale (sempre nel senso di danno subito al valore dell'azienda esercitata dalla società) *mediante un'azione individuale assimilabile, sotto tale profilo, a quella prevista dall'art. 2395 cod. civ.* (nel senso che l'azione è esercitata dal singolo socio e, soprattutto, il risarcimento ridonda a suo solo favore).

Tali premesse sollecitano l'interprete ad interrogarsi sui seguenti temi:

- a. al ricorrere di quali presupposti sia consentito *al singolo socio ed al singolo creditore di ottenere il risarcimento individuale del danno da parte del soggetto che esercita l'attività di direzione e coordinamento e degli altri legittimati passivi all'azione* (se, cioè, la disciplina in commento si applichi a tutte le ipotesi di eterodirezione o solo ad alcune di esse);
- b. a quali condizioni la condotta del soggetto che esercita la direzione unitaria sia qualificabile come "ingiusta" e, dunque, generatrice di un danno risarcibile (quali siano, in altri termini, i "*principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale*" della società eterodiretta la cui violazione, pur posta in essere dagli amministratori della società eterodiretta, è imputabile alla società che esercita la direzione unitaria);
- c. se, ed a quali condizioni, sia esposto all'azione di risarcimento del danno *per illecito proprio della società che esercita la direzione unitaria* anche l'amministratore della società eterodiretta che ha eseguito la direttiva dannosa (il che vale a dire: se ed a quali condizioni l'adempimento di direttive, pur dannose, configura nondimeno adempimento diligente, da parte dell'amministratore, dei propri obblighi).

3.1 (La violazione dei "*principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale*" della società eterodiretta

Si ritiene di procedere l'esame dei temi appena ricordati iniziando dal secondo, quello, cioè, dei "*principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale*" della società eterodiretta. Riteniamo, infatti, che l'esame di tali principi contribuisca in maniera determinante a definire i presupposti dell'azione *ex art.* 2497 cod. civ..

Può concedersi la natura di assioma all'affermazione per la quale in nessun caso una società può essere amministrata in contrasto con i "*principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale*" che ne disciplinano l'attività; tanto nel caso in cui la società è amministrata in maniera *autonoma* quanto nel caso in cui essa è, invece, soggetta ad altrui attività di direzione e coordinamento.

Il tema, tuttavia, *non è* se sia lecito amministrare una società in contrasto con i "*principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale*" alla medesima applicabili. Il tema è, invece, se i "*principi di corretta gestione*" di una società eterodiretta coincidano con quelli applicabili alla società autonoma o se, al contrario, l'esercizio dell'impresa sociale secondo una logica "molecolare" determini (o, quantomeno, possa determinare) una alterazione delle regole di scrutinio di "correttezza" della gestione societaria ed imprenditoriale.

È da ritenere che la risposta corretta sia questa ultima e che, pertanto, il *disegno* dei "*principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale*" della società eterodiretta in parte dipenda dal *colore dello sfondo* di applicazione della disciplina societaria³³.

Il fondamento principale di tale ipotesi ricostruttiva *per differenza* si rinviene nello stesso art. 2497 cod. civ. laddove, in principio, condiziona la propria applicabilità alla violazione dei "*principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale*" («... agiscono ... in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale ...»)³⁴. Ciò significa che *l'applicazione dell'art. 2497 cod. civ. è condizionata al ricorrere di condotte, imputabili agli amministratori, consistenti in violazioni delle ordinarie regole di "corretta gestione" della società, altrimenti qualificabili come illecite ai sensi degli artt. 2392 ss. cod. civ.*

D'altra parte lo stesso art. 2497 cod. civ. esclude la *responsabilità* del soggetto che esercita l'attività di direzione unitaria per alcune ipotesi di eterodirezione pur produttive di danno e, per tali ipotesi, esclude pure *l'illiceità* del fatto dannoso³⁵.

Ma allora ciò significa che lo scrutinio di congruità della gestione sociale con i "*principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale*" adotta, per le società eterodirette, un metro di valutazione parzialmente differente da quello vigente per le società autonome (potendo, tali principi, risultare rispettati all'esito del giudizio *ex art. 2497 cod. civ.* ma dovendo, per definizione, essere violati al fine della sua stessa applicazione).

³³ G. SCOGNAMIGLIO, "La responsabilità della capogruppo", in *Autonomia e coordinamento*, cit., nota 33 a p. 135; A. NIUTA, *Il finanziamento intragruppo*, cit., pp. 14 s..

³⁴ Tali principi, per maggior precisione, non definiscono un obbligo il cui perseguimento è rimesso alla società o ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento (né in capo ai suoi amministratori) bensì il confine esterno che quest'ultima non può oltrepassare nell'esercizio della direzione unitaria.

³⁵ In caso di eterodirezione "virtuosa", la compensazione, seppure successiva, parrebbe idonea ad escludere non solo il danno ma anche l'illiceità del fatto, mentre ciò non avverrebbe negli altri casi di eterodirezione. Sul tema cfr. le considerazioni svolte *infra*, nota n. 45.

Appare evidente, più in particolare, che i “*principî di corretta gestione societaria e imprenditoriale*” propri delle società eterodirette coinvolti nell’applicazione dell’art. 2497 cod. civ. non esauriscono l’insieme dei “*principî di corretta gestione societaria e imprenditoriale*” astrattamente disciplinanti la gestione sociale della società eterodiretta. Essi, al contrario, ineriscono a quelle regole che, nell’ambito della eterodirezione, subiscono *deroghe* ai principî altrimenti vigenti per le società autonome; deroghe funzionali a *stemperare* le regole di applicazione del vincolo dell’interesse sociale della società eterodiretta in favore di una logica “molecolare”.

3.1.1 La deroga al principio di (stretta) congruità dell’agire della società al solo interesse sociale.

Il primo ambito precettivo nel quale si rinvencono, nell’ambito della eterodirezione, deroghe ai principî di corretta gestione della società autonoma, consiste nella disciplina a tutela della congruità dell’agire della società all’interesse sociale.

In riferimento alla disciplina (generale) delle società autonome, lo scrutinio di liceità dell’operato degli amministratori ha come referente solo ed esclusivamente l’interesse della stessa società. La gestione non può perseguire interessi estranei alla società, tanto più se dal perseguimento di tali interessi derivi un detrimento per quest’ultima.

In ogni caso, l’assunzione di una decisione nell’interesse di un terzo rispetto alla società viene percepita, e valutata, come *patologica* e, in quanto tale, meritevole di sospetto. Quando, infatti, in una determinata operazione l’amministratore sia portatore di un interesse *estraneo* (proprio o di terzi) a quello della società, deve darne notizia agli altri amministratori ed all’organo di controllo della società; se amministratore delegato deve astenersi dalla decisione ed investire della stessa il consiglio, al quale la legge impone l’obbligo di motivare ragioni e convenienza dell’operazione; se amministratore unico deve darne notizia anche alla prima assemblea³⁶. Il mancato rispetto della disciplina di *disclosure* ovvero la delibera adottata con il voto determinante dell’amministratore interessato *possono essere impugnate* ove potenzialmente produttive di danno³⁷.

Nell’ambito dell’attività di direzione e coordinamento, al contrario, il perseguimento di interessi esterni a quello sociale si pone come *fisiologico*, posto che la produzione dei vantaggi da eterodirezione avviene proprio per mezzo di operazioni intragruppo a condizioni non di mercato nel contesto delle quali il perseguimento di un obiettivo vantaggioso a livello aggregato ben può determinare lo svantaggio (in riferimento a quella data operazione) di una delle società appartenenti al gruppo.

³⁶ Art. 2391, co. 1 e 2, cod. civ.

³⁷ Art. 2391, co. 3, cod. civ.

Se «il gruppo di società comporta ... che si presentino quali rapporti contrattuali fra soggetti giuridici distinti quelli che altro non sono, nella sostanza, che spostamenti di risorse fra diversi settori di una medesima unità economica»³⁸, è allora perfettamente razionale che l'esercizio della eterodirezione (“virtuosa”, nei termini che si diranno oltre) debba, prima che possa, «garantire una meritevolezza sul piano economico sociale ... a quei negozi che, fuori dal contesto delle relazioni intragruppo, forse ne sarebbero privi»³⁹.

In tale materia la giurisprudenza ha chiaramente riconosciuto che il perseguimento di «progetti imprenditoriali di tipo unitario o quantomeno coordinato» possa determinare una situazione di «conciliabilità (non conflitto) d'interessi» nell'ambito di operazioni tra società unidirette⁴⁰.

Tale *alterazione* delle regole di applicazione del vincolo dell'interesse sociale⁴¹ della società eterodiretta⁴² in favore di una logica “molecolare” si traduce in numerose conseguenze precettive, tra le quali possono menzionarsi:

- a. la possibilità che l'organo amministrativo della società eterodiretta scientemente recepisca una direttiva dannosa per la società dal medesimo amministrata e favorevole invece a terzi (soggetti alla medesima attività di direzione e coordinamento).

In tal caso, la “correttezza” del recepimento della direttiva – e, dunque, la sua liceità – è condizionata a che il danno causato alla società eterodiretta dal recepimento della direttiva pregiudizievole sia compensato (e dunque risulti “*mancante*”) dal risultato complessivo

³⁸ P. SPADA, “L'amministrazione della società per azioni tra interesse sociale ed interesse di gruppo”, *Riv. dir. civ.*, 1989, I, p. 238, citando F. GALGANO, “Circolazione delle partecipazioni azionarie all'interno dei gruppi di società”, *Contr. e impr.*, 1986, p. 363

³⁹ A. NIUTTA, *Il finanziamento intragruppo*, cit., pp. 14 s.. Esempio tipico è quello del c.d. “finanziamento intragruppo”.

⁴⁰ Nella prestazione di una fidejussione da parte di una s.a.s. a favore di una diversa società “di gruppo”, cfr. tra le altre Cass. 26 agosto 1998, n. 8472 (in *Foro it.*, 2000, I, c. 2938, con nota di G. LA ROCCA; *Notariato*, 1999, 1, p. 7, con nota di F. TASSINARI).

⁴¹ Così riteniamo di leggere C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, cit., p. 139. Cfr. anche G. FERRI, “Concetto di controllo”, cit., pp. 72 ss., *Id.*, “Le società”, cit., p. 1023.

⁴² G. SCOGNAMIGLIO, “La responsabilità della capogruppo”, in *Autonomia e coordinamento*, cit., nota 33 a p. 135. Considerazioni analoghe si trovano anche in A. NIUTTA, *Il finanziamento intragruppo*, cit., pp. 14 s., ove riconosce l'idoneità dell'appartenenza ad un gruppo a «garantire una meritevolezza sul piano economico sociale ... a quei negozi che, fuori dal contesto delle relazioni intragruppo, forse ne sarebbero privi». In giurisprudenza, cfr. tra le altre Cass. 26 agosto 1998, n. 8472 (in *Foro it.*, 2000, I, c. 2938, con nota di G. LA ROCCA; *Notariato*, 1999, 1, p. 7, con nota di F. TASSINARI): in cui si riconosce espressamente che il perseguimento di «progetti imprenditoriali di tipo unitario o quantomeno coordinato», derivante da partecipazioni «complessivamente tal[i] da garantir[e] il controllo», sia fatto idoneo a determinare una situazione di «conciliabilità (non conflitto) d'interessi» nella prestazione di una fidejussione da parte di una s.a.s. a favore di una diversa società “di gruppo”.

dell'attività di direzione e coordinamento, ovvero sia integralmente eliminato a seguito di operazioni a ciò dirette⁴³.

L'avvenuta compensazione o eliminazione del danno consente, nell'ambito della disciplina in esame, di qualificare come *lecito* il compimento di atti pur programmaticamente dannosi per la società eterodiretta⁴⁴ e, pertanto, *previene* il ricorso all'azione di risarcimento del danno, *esclude* la giusta causa di revoca degli amministratori e, infine, *non consente* il ricorso alle azioni previste dagli artt. 2408 e 2409 cod. civ.

La verifica della compensazione o eliminazione del danno deve essere effettuata al più tardi nell'ambito dell'esercizio sociale, in sede di approvazione del bilancio (posto che è in sede di approvazione del bilancio che vengono resi disponibili ai soci le informazioni rilevanti ai fini del relativo scrutinio);

- b. la possibilità che i componenti l'organo amministrativo della società assumano la qualità di amministratori o direttori generali in società concorrenti, se unitariamente dirette e coordinate, anche (è da

⁴³ Il problema che si pone è come, ed a quali condizioni, tali compensazioni valgano ad esimere da responsabilità i legittimati passivi dell'azione *ex art.* 2497 cod. civ. Al proposito si osserva:

a. determinazione del *quantum*. Quando l'eterodirezione è "virtuosa" la legge consente di valutare l'idoneità della misura compensativa ad esimere la capogruppo e gli altri legittimati passivi da responsabilità mediante una valutazione di natura sistemica e non ragionieristica (C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Cedam, Padova, 2003, p. 143; A. NIUTTA, "I gruppi", cit., pp. 361 s.).

Al contrario, quando l'eterodirezione non è disciplinata dai "*principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale della società eterodiretta*", di cui all'art. 2497 cod. civ. (ad esempio: perché l'interesse *extrasociale* al cui perseguimento è piegata l'attività della società eterodiretta è di natura non imprenditoriale *etc.*), la "compensazione" richiesta per l'esenzione dall'azione di responsabilità dovrebbe limitarsi ad un confronto ragionieristico tra partite di segno opposto *a ciò espressamente dedicate*. In ogni caso, lo si nota per inciso, in quest'ultima ipotesi la compensazione non parrebbe impedire la revoca per giusta causa degli amministratori o l'eventuale esercizio dell'azione *ex art.* 2409 cod. civ. qualora l'evento dannoso fosse espressivo di gravi irregolarità di gestione;

b. tempistica della compensazione o eliminazione del danno. Nonostante la legge nulla preveda circa la tempistica della compensazione o eliminazione del danno derivante dalla esecuzione di una direttiva pregiudizievole, è da ritenere che essa non possa estendersi, almeno in linea di principio, oltre l'esercizio in cui si è recepita la direttiva medesima. In caso contrario, si concretizzerebbe il rischio di non poter esercitare l'azione di risarcimento a fonte di un futuro (imprecisato) impegno a compensare il danno.

⁴⁴ Viceversa, *al di fuori della disciplina in commento* l'illiceità sembrerebbe esclusa solo nel caso di prevenzione del danno *ché*, in caso di sua eliminazione *ex post*, tale "compensazione" varrebbe bensì a far venire meno l'interesse al risarcimento del danno ma non farebbe venir meno l'illiceità della condotta dell'amministratore che avesse recepito la direttiva pregiudizievole. Rimarrebbero, pertanto, disponibili gli altri rimedi previsti dall'ordinamento in reazione contro atti di *mala gestio*, quali la revoca per giusta causa degli amministratori e, in caso di fatto dannoso espressivo di gravi irregolarità, la soggezione al procedimento disciplinato dall'art. 2409 cod. civ.

ritenere) senza l'autorizzazione assembleare e senza che l'inosservanza di tale divieto legittimi la revoca dall'ufficio e la responsabilità dei danni *ex art. 2390 cod. civ.*;

- c. la disapplicazione, almeno in parte, dell'art. 2391 cod. civ. *alle operazioni poste in essere dagli amministratori della società eterodiretta in esecuzione di direttive della società che esercita la direzione unitaria, in presenza di eterodirezione "virtuosa"* (nei termini di seguito precisati). Il tema richiede qualche, seppur sommaria, precisazione.

Si è detto che l'art. 2391 cod. civ. prevede una disciplina di *informazione* circa l'interesse proprio o di terzi; di *astensione* dal compimento dell'operazione nel caso dell'amministratore delegato; di *scrutinio della convenienza* dell'operazione da parte del consiglio di amministrazione; di *invalidità* della deliberazione consiliare assunta in violazione della disciplina anzidetta; di *responsabilità per danni* derivanti alla società dall'azione od omissione dell'amministratore.

Ora: non ha senso imporre il rispetto degli obblighi di informazione e di scrutinio di convenienza previsti dall'art. 2391 cod. civ. a fronte della previsione di obblighi analoghi, ma certo più adatti alla realtà della eterodirezione, nell'art. 2497 *ter* cod. civ.

Poco senso avrebbe anche imporre l'obbligo di astensione dell'amministratore delegato – beninteso: rispetto alle sue competenze *gestorie* e non alle sue competenze *dichiarative* in relazione ad operazioni decise dal consiglio: in tal modo si impedirebbe il compimento dell'operazione da parte del soggetto, in ipotesi, meglio informato sulla stessa e si rimetterebbe la decisione (e la conseguente responsabilità) ad amministratori, sempre in ipotesi, meno informati fino al limite degli amministratori "indipendenti"⁴⁵.

Quanto alla responsabilità per danni, ci sembra che la disciplina dettata dall'art. 2391 cod. civ. sia *disfunzionale* rispetto alle esigenze di gestione della società eterodiretta e che, a tal fine, lo strumento più idoneo a disciplinare il risarcimento del danno causato dall'amministratore nell'ambito della eterodirezione sia quello di verificare se, ed in che misura, a questi sia imputabile l'aver "*preso parte al fatto lesivo*" (art. 2497, co. 2, cod. civ.).

⁴⁵ ASSONIME, Circolare n. 44/2006 - Direzione e coordinamento di società. Profili di organizzazione e responsabilità del fenomeno del gruppo, § 1.2.

3.1.2 La deroga al principio di (stretta) congruità dell'agire della società all'oggetto sociale.

I principî di corretta gestione della società autonoma subiscono deroghe nell'ambito della eterodirezione anche in relazione alla disciplina a tutela della congruità dell'agire della società all'oggetto sociale.

L'amministrazione della società autonoma è, in linea generale, vincolata dalla legge all'interno delle attività indicate come oggetto sociale, che delimita il perimetro entro il quale si svolge la gestione della società⁴⁶ e, seppure l'estraneità di un atto all'oggetto sociale non possa in principio essere opposta ai terzi⁴⁷, nondimeno può rappresentare giusta causa di revoca dell'amministratore, fonte di responsabilità sociale di questo ultimo nonché, ove espressione di una gestione gravemente irregolare, l'accesso ai rimedi di cui agli artt. 2408 e 2409 cod. civ.

Lo scrutinio di congruità con l'oggetto sociale dell'operato degli amministratori è, invece, attenuato quando l'atto altrimenti estraneo all'oggetto sociale si pone in termini di strumentalità con l'esercizio della eterodirezione "virtuosa" – e cioè l'atto sia destinato alla produzione di un "plusvalore" da eterodirezione.

Ed allora la giurisprudenza ha riconosciuto che la fidejussione (ma lo stesso può osservarsi per la concessione di altre forme di garanzia) rilasciata da una società del "gruppo" a favore di altra società al medesimo appartenente debba essere considerata *«preordinat[a] ad un interesse sia pure mediato e indiretto della società, ma giuridicamente rilevante, e non p[ossa] pertanto, a causa della semplice mancanza di controprestazioni contrattualmente esigibili, essere considerat[a] contrari[a] e estrane[a] al conseguimento dell'oggetto sociale della società che l[a] ha compiut[a]»*⁴⁸.

Più in generale, è stato osservato che l'accertamento della congruità di un atto con l'oggetto sociale deve essere condotto *«tenendo conto non dei soli effetti strettamente giuridici, ma anche di quelli pratici ed economici»* dell'atto stesso⁴⁹ e che, pertanto, l'operazione deve qualificarsi *intra vires* ogni qualvolta nel compimento della stessa sussista un interesse economico della società, ancorché mediato ed indiretto, *«attestato da vantaggi, anche solo fondatamente prevedibili, che la società può obiettivamente trarre dal medesimo atto»*⁵⁰.

Ne consegue che il compimento di un atto *formalmente estraneo* all'oggetto sociale, per come definito nell'atto costitutivo, può essere ritenuto comunque ricadere al

⁴⁶ Art. 2380 *bis* cod. civ.

⁴⁷ Salvo che si provi che questi avviano intenzionalmente agito a danno della società, beninteso: art. 2384, co. 2, cod. civ.

⁴⁸ Cass. 14 settembre 1976, n. 3150, *Riv. dir. comm.*, 1978, II, p. 220, nota G. FERRI.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ R. SANTAGATA, "Oggetto sociale ed articolazioni dell'attività imprenditoriale", *Riv. Soc.*, 2007, p. 126; cfr. altresì M. DE LUCA DI ROSETO, "Operazioni rientranti nell'oggetto sociale, interessi di gruppo e vantaggi compensativi", *Giur. comm.*, 2008, pp. 811 ss.;

suo interno quando esso sia destinato a consentire il funzionamento della eterodirezione virtuosa.

Notiamo, per inciso, che tale estensione sembra doversi limitare alla violazione dell'oggetto sociale quanto ad operazioni di "finanziamento", in senso ampio⁵¹, tra società unidirette. Appare, invece, difficile ricondurre nel perimetro dell'oggetto sociale della società eterodiretta l'esercizio di attività *imprenditoriali* estranee a quelle previste come "oggetto" dall'atto costitutivo di quest'ultima.

3.1.3 La deroga alla regola di tutela della segretezza dei dati e delle informazioni di pertinenza della società.

L'ultimo ambito in cui è possibile apprezzare una deroga ai principî di corretta gestione della società autonoma è quello della tutela della segretezza dei dati e delle informazioni di pertinenza della società.

Nell'ambito della società autonoma, infatti, la segretezza dei dati e delle informazioni di pertinenza della società stessa (tanto più quando commercialmente sensibili) trovano tutela assoluta; l'utilizzo di tali dati ed informazioni, d'altra parte, è consentito al solo fine del perseguimento dell'oggetto sociale della medesima da parte degli organi competenti – salvo, ovviamente, che la comunicazione a terzi non sia espressamente prevista (o consentita ovvero ancora *pretesa*) dalla legge, come accade in relazione allo scambio di informazioni "sull'andamento delle operazioni sociali o su determinati affari" tra i sindaci di società legate da rapporti di controllo (*e non necessariamente di eterodirezione*)⁵², di consolidamento dei bilanci⁵³ ovvero dalla disciplina speciale dei settori in cui vige un regime di vigilanza pubblicistica⁵⁴.

⁵¹ Nel senso di messa a disposizione di risorse di un soggetto a favore dell'iniziativa economica di un soggetto diverso, indipendentemente dalla circostanza per la quale siffatta messa a disposizione si concretizzi nella somministrazione attuale o solo promessa e dalla sua idoneità a qualificare come debitoria (in senso stretto) la posizione del beneficiario. Una nozione parimenti ampia di "finanziamento" è adottata da M. MIOLA, *Le garanzie intragrupo*, cit., pp. 7 s..

⁵² Art. 2403 *bis*, co 2, cod. civ.

⁵³ Nonché, entro certi limiti, nella disciplina del bilancio consolidato, cui sono tenuti gli amministratori della società controllante e nel quale sono comprese tutte le società da questa controllate (artt. 29, co. 1 e 2, 25 s., d. lgs. 127/1991; L. SCHIUMA, *Controllo, governo*, cit., p. 363; G. FIGÀ TALAMANCA, "Direzione e «proprietà transitiva» del controllo di società", *Riv. dir. civ.*, 1993, II, p. 341). La seconda classe di regole non interessa in questa sede, nonostante sia idonea ad evidenziare «i punti di composizione tra autonomia ed eteronomia decisionali», posto che essa non rappresenta *in sé e per sé* una forma di disciplina della eterodirezione, laddove non richiede, né presuppone, la prova della eterodirezione, né della sua possibilità (L. SCHIUMA, *Controllo, governo*, cit., p. 359; P. SPADA, "Gruppi di società", cit., p. 223).

⁵⁴ È il caso dell'obbligo di trasferire informazioni all'interno del gruppo quando tali informazioni siano funzionali all'esercizio della c.d. "vigilanza consolidata" sul gruppo. Sia consentito rinviare, per il tema, a E. MARCHISIO, *Usi alternativi del gruppo di società - La regolazione dei gruppi tra disciplina del «governo» delle società e diritto settoriale delle imprese*, Napoli, Jovene, 2009.

A titolo d'esempio, l'organo amministrativo può rifiutare l'accesso ad informazioni riservate ai soci che ne facciano richiesta in assemblea⁵⁵ e financo agli ausiliari e ai dipendenti dei sindaci⁵⁶.

Tanto è vero che «l'amministratore risponde ... dei danni che siano derivati alla società dalla utilizzazione a vantaggio proprio o di terzi di dati, notizie o opportunità di affari appresi nell'esercizio del suo incarico»⁵⁷ e ciò indipendentemente dalla circostanza che all'amministratore sia stata concessa l'autorizzazione di cui all'art. 2390 cod. civ.⁵⁸. La disposizione, infatti, può essere interpretata come una responsabilità da perdita di *chance*⁵⁹ in favore di terzi e, può aggiungersi, in mancanza di qualsivoglia interesse proprio a che il terzo quella chance utilizzi.

Diversamente avviene in presenza di eterodirezione societaria. La soggezione a direzione unitaria può infatti valere, a determinate condizioni, come esimente della responsabilità degli amministratori e dei sindaci per la comunicazione *volontaria* di informazioni (anche "commercialmente sensibili") riguardanti la società da questi amministrata in favore della società che esercita l'attività di direzione e coordinamento⁶⁰. E ciò, ovviamente, anche e soprattutto quando la società

⁵⁵ Gli amministratori possono sollevare l'eccezione di riservatezza, a sostegno della decisione di non fornire chiarimenti al socio in assemblea, a condizione che sia riferita ad obiettive e rilevanti ragioni di riservatezza, dalla violazione delle quali può derivare un danno in capo alla società (Cass., 27 aprile 2004, n. 8001, *Impresa*, 2005, 2003; Cass., SS. UU., 21 febbraio 2000, n. 27, *Nuova Giur. Civ.*, 2001, I, 331 nota di BUTTURINI; Trib. Milano, 23 agosto 2007, *Corriere del Merito*, 2008, 1, 22).

⁵⁶ Art. 2403 *bis*, co. 5, cod. civ.

⁵⁷ Art. 2391, co. 5, cod. civ. Sul tema cfr. U. TOMBARI, "Problemi in tema di alienazione della partecipazione azionaria e attività di *due diligence*", Banca borsa, 2008, pp. 65 ss.; VENTORUZZO, "Commento all'art. 2391 cod. civ.", *Commentario Marchetti*, p. 490; CANDELLERO, "Commento agli artt. 2390-2391", *Commentario Cottino*, p. 759; BARACHINI, "L'appropriazione delle corporate opportunities come fattispecie di infedeltà degli amministratori di s.p.a.", in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, cit., pp. 605 ss.

⁵⁸ Così L. SAMBUCCI, "Commento all'art. 2391", in N. ABRIANI e M. STELLA RICHTER (a cura di), *Codice commentato delle società*, Torino, Utet, I, 2010, p. 1120, cui sia consentito rinviare per ulteriori riferimenti.

⁵⁹ Così sempre L. SAMBUCCI, "Commento all'art. 2391", in N. ABRIANI e M. STELLA RICHTER (a cura di), *Codice commentato delle società*, Torino, Utet, I, 2010, p. 1120, ove pure ulteriori riferimenti.

⁶⁰ Sotto il profilo della disciplina dei "dati personali" (d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196 – c.d. "Codice in materia di protezione dei dati personali"), il trasferimento da parte della società eterodiretta verso un'altra società soggetta alla medesima direzione unitaria di informazioni che riguardano la prima non presenta particolare rilevanza, laddove la società, in veste di soggetto "interessato" dal trattamento (cioè "la persona fisica, la persona giuridica, l'ente o l'associazione cui si riferiscono i dati personali", come definito dall'art. 4, lett. i, d. lgs. 196/2003), può liberamente disporre dei propri dati personali. Viceversa, il trasferimento di dati che riguardano soggetti terzi è, in principio, soggetto alla disciplina della *privacy* indipendentemente dal fatto che esso avvenga tra società unidirette. La direzione unitaria, tuttavia, per espressa previsione di legge può, in alcuni casi, consentire:

a. il trattamento anche in assenza del consenso dell'interessato (art. 24, co. 1, lett. g, d. lgs. 196/2003, ai sensi del quale "il consenso non è richiesto, oltre che nei casi previsti nella Parte II, quando il trattamento: ... con esclusione della diffusione, è necessario, nei casi individuati dal Garante sulla base dei principi sanciti dalla legge, per perseguire un legittimo interesse del titolare o di un terzo destinatario dei dati, anche in riferimento all'attività di gruppi bancari e di società controllate o

soggetta alla medesima eterodirezione, beneficiaria delle informazioni, le sfrutti a proprio vantaggio. Ciò in quanto, sistematicamente, tale comunicazione non determina un danno in senso stretto, posto che il soggetto che esercita la direzione unitaria è tenuto a compensare il danno derivante dal trasferimento delle informazioni e della chance.

La conclusione suggerita, giova precisarlo per inciso, non consente di inferire l'insorgenza di alcun *obbligo* di comunicazione delle informazioni di cui trattasi in capo all'organo amministrativo della società eterodiretta. Più semplicemente, in presenza di rapporti di eterodirezione *la comunicazione di informazioni riservate può essere qualificata come lecita* e, pertanto, esimere l'amministratore dalla soggezione all'azione di responsabilità per danni, dalla revoca per giusta causa e, ove ne ricorrano i presupposti specifici, dalle azioni *ex artt.* 2408 e 2409 cod. civ.

La disapplicazione dell'art. 2391, co. 5, cod. civ. sembra dover valere in tutti i casi in cui la comunicazione delle informazioni in favore di altra società eterodiretta sia necessaria all'attività di direzione e coordinamento, *nei limiti* in cui sia necessaria a tal fine e purché sia contenuta entro i limiti della "eterodirezione virtuosa" – di cui si dirà meglio oltre.

4 Presupposti dell'azione ex art. 2497 cod. civ. La "eterodirezione virtuosa".

Come già notato, l'esercizio dell'impresa sociale secondo una logica "molecolare" può determinare una alterazione delle regole di scrutinio di "correttezza" della gestione societaria ed imprenditoriale, laddove i "*principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale*" delle società eterodirette consentono di *stemperare* le regole di applicazione del vincolo dell'interesse sociale della società eterodiretta in favore di una logica "molecolare".

L'applicazione delle deroghe di cui trattasi non è riconducibile a qualsivoglia ipotesi di eterodirezione ma è condizionata alla circostanza che essa sia funzionale all'esercizio della eterodirezione "virtuosa" (cioè destinata e necessaria alla produzione dei "vantaggi" che le scienze economiche ed aziendalistiche collegano alla attività di direzione e coordinamento, fonte di un vero e proprio "paradigma assiologico di favore" per l'aggregazione societaria e

collegate, qualora non prevalgano i diritti e le libertà fondamentali, la dignità o un legittimo interesse dell'interessato") ovvero

- b. il trasferimento di dati personali verso paesi extra-UE (art. 44, co. 1, lett. a, d. lgs. 196/2003, ai sensi del quale "*il trasferimento di dati personali oggetto di trattamento, diretto verso un Paese non appartenente all'Unione europea, è altresì consentito quando è autorizzato dal Garante sulla base di adeguate garanzie per i diritti dell'interessato ... individuate dal Garante anche in relazione a garanzie prestate con un contratto o mediante regole di condotta esistenti nell'ambito di società appartenenti a un medesimo gruppo. L'interessato può far valere i propri diritti nel territorio dello Stato, in base al presente codice, anche in ordine all'inosservanza delle garanzie medesime*").

per la direzione e il coordinamento unitari delle società che di quella aggregazione fanno parte al fine di trarne vantaggi "da gruppo"⁶¹).

I "principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale" delle società eterodirette sopra passati in rassegna, pertanto, rappresentando regimi di favore per la eterodirezione in deroga alla disciplina della società autonoma non trovano applicazione ai fenomeni di eterodirezione giuridicamente indesiderabili.

I confini esterni della "eterodirezione virtuosa" (e, dunque, dell'applicabilità dei "principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale" della società eterodiretta in deroga ai principi di corretta gestione della società autonoma) sembrano poter essere tracciati sui seguenti presupposti in fatto:

- a. che l'attività di eterodirezione svolta sia rispettosa della causa della società eterodiretta (lucrativa/mutualistica/consortile). Ciò non impedisce, evidentemente, che l'esecuzione delle singole direttive possa determinare per i soci della società eterodiretta un mancato guadagno ovvero un pregiudizio in relazione ai vantaggi mutualistici (cooperativi o consortili) attesi.

Viceversa, la congruità della gestione con la causa sociale deve essere verificata all'esito delle "compensazioni" operate ex artt. 2497 e 2545 septies cod. civ. L'ambito temporale entro il quale conteggiare danni e compensazioni sembra essere quello dell'esercizio sociale (posto che è in sede di approvazione del bilancio che vengono resi disponibili ai soci le informazioni rilevanti ai fini del relativo scrutinio);

- b. che l'attività svolta sia destinata a perseguire interessi *estranei* a quello della società eterodiretta e, dunque, sia volta alla direzione unitaria di società differenti;
- c. che gli interessi perseguiti siano di natura *imprenditoriale* (art. 2497, co. 1, cod. civ.). È da ritenere che il requisito della "imprenditorialità"

⁶¹ G. SCOGNAMIGLIO, "I gruppi e la riforma", cit., p. 593: «la norma efficiente è quella che favorisce e premia il gruppo efficiente: un modello, cioè, di articolazione organizzativa e di gestione dell'impresa plurisocietaria, tale da comportare, attraverso le sinergie di gruppo e l'eliminazione di diseconomie di scala, un vantaggio complessivo superiore a quello conseguibile nell'ambito delle singole unità giuridiche del gruppo e la redistribuzione di detto vantaggio fra le singole società ...». In realtà la dottrina è sostanzialmente concorde nel riconoscere al fenomeno economico "gruppo" un giudizio positivo, in ragione della sua idoneità a produrre incrementi di efficienza o risparmi di spesa. Cfr., tra gli altri, F. GALGANO, "Il regolamento di gruppo nei gruppi bancari", *Banca borsa tit. cred.*, 2005, spec. pp. 87 s.; F. D'ALESSANDRO, "Il diritto delle società da i «battelli del Reno» alle «navi vichinghe»", *Foro it.*, 1988, V, c. 51; nonché i numerosi interventi raccolti in AA.VV., *La disciplina dei gruppi di imprese: il problema oggi* - Atti del convegno della Fondazione centro internazionale su diritto società ed economia Courmayeur, Milano, Giuffrè, 1997; AA.VV., *Responsabilità limitata e gruppi di società*, Milano, Giuffrè, 1987; BALZARINI P., CARCANO G. e MUCCIARELLI G. (a cura di), *I gruppi di società. Atti del convegno internazionale di studi* tenuto a Venezia il 16-17-18 novembre 1995, 3 voll., Milano, Giuffrè, 1996.

assuma un particolare rilievo nel selezionare le ipotesi di eterodirezione “virtuosa” rispetto a quelle, invece, giuspoliticamente indesiderabili.

Appare arduo il tentativo di definire *esaurientemente* in che cosa consista tale requisito. In via di prima approssimazione possono evidenziarsene i seguenti requisiti:

- i.* perseguimento di un “plusvalore” da direzione e coordinamento consistente in utilità lecite - al fine di escludere dalla portata della disciplina le aggregazioni societarie volte a perseguire interessi non meritevoli di tutela quali le semplici interposizioni societarie nell’esercizio dell’impresa⁶²;
- ii.* tendenziale stabilità e durata. È ragionevole credere, infatti, che solo l’eterodirezione stabile (perché fondata su relazioni idonee ad attribuire un potere di eterodirezione, seppure di fatto, come il controllo, ovvero di diritto mediante un contratto di eterodirezione) e durata nel tempo (“attività”⁶³, appunto), sia ritenuta meritevole della disciplina di favore riservata dall’art. 2497 cod. civ.

In linea di principio, l’eterodirezione instabile o momentanea (un singolo “atto”, dunque) parrebbe porsi in contrasto con il requisito del perseguimento di un “plusvalore” da direzione e coordinamento di cui al precedente punto *i.* ⁶⁴;

⁶² Diverse voci in dottrina segnalano l’opportunità di differenziare il regime legale dell’articolazione dell’iniziativa a fini di produzione di vantaggi da gruppo da quello dell’articolazione finalizzata *esclusivamente* all’elusione della disciplina inderogabile delle società, in modo particolare di quella relativa alla responsabilità patrimoniale per le obbligazioni sociali: cfr. M. GARCEA, “I «gruppi finti». Appunti in tema di gruppi di società e interposizione nell’esercizio dell’impresa”, *Riv. dir. civ.*, 2005, *passim* ma spec. pp. 214 ss.

Ques’ultima Autrice, in particolare, sottolinea la disfunzionalità delle regole dettate dagli artt. 2497 ss. cod. civ. quando applicate a casi di mera interposizione nell’attività imprenditoriale e propone che tali casi debbano più propriamente essere affrontati applicando le regole del “superamento della personalità giuridica” – non trattandosi di disciplinare governo e imputazione di una pluralità di soggetti ma, al contrario, di palesare l’apparenza di tale pluralità a soli fini elusivi di discipline imperative.

⁶³ Intendendosi con “attività” un “insieme di atti di diritto privato coordinati o unificati sul piano funzionale dalla unicità dello scopo”: G. AULETTA, voce “Attività”, in *Enc. dir.*, III, Milano 1958, p. 982.

⁶⁴ Fermo restando che, ai fini dell’applicazione della disciplina di sfavore alla società che esercita l’eterodirezione, solo si richieda che tale esercizio “avvenga” e, pertanto, è sufficiente che l’eterodirezione si sia storicamente verificata (fino, forse, al caso limite del singolo atto di eterodirezione) e non è invece necessario che sia pronosticabile in conseguenza dei rapporti intercorrenti tra le società eterodirette.

È il caso, ad esempio, della eterodirezione (tanto gerarchica che paritetica) derivante dalla coincidenza soggettiva degli organi di amministrazione (cc.dd. “*interlocking directorates*”), peraltro espressamente prevista dalla legislazione in talune specifiche definizioni di eterodirezione

- iii.* rispetto (ma questo requisito viene presentato come mera ipotesi), nei settori soggetti a regolazione a garanzia della “autonomia” societaria per il perseguimento di un interesse pubblico, dei limiti di tale “autonomia qualificata”⁶⁵.

Si osservi, per inciso, che la disapplicazione di tali principî non sembra legittimare la disapplicazione ai fenomeni di eterodirezione indesiderabili *di tutta la disciplina* dettata dagli artt. 2497 ss. cod. civ.

Sembra, invece, soluzione razionale, equilibrata e giuspoliticamente sostenibile quella di mantenere applicabili, pur nell’ambito della eterodirezione “non virtuosa” (ad esempio perché lesiva della causa lucrativa della società eterodiretta o destinata al perseguimento di interessi non imprenditoriali), le regole a tutela dei diritti dei soci e dei creditori esterni, *in primis*: di responsabilità del soggetto che esercita l’attività di eterodirezione (e degli altri legittimati

(beninteso: a fini differenti), come avviene in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi (cfr. art. 80, co. 1, lett. b, n. 3, d. lgs. 8 luglio 1999, n. 270), nella definizione di “controllo” nel c.d. “sistema integrato delle comunicazioni” (SIC) (art. 2, co. 18, l. 249/1997) nonché in quella di “gruppo” nella disciplina dei conglomerati finanziari (art. 1, co. 1, lett. t, d. lgs. 30 maggio 2005, n. 142).

È ben fondata la perplessità che un gruppo possa “costituirsi” solo sulla base della coincidenza soggettiva degli organi amministrativi: «una direzione unitaria così realizzata non tarderebbe a rivelarsi instabile e precaria, in quanto intimamente correlata alla permanenza in carica ed al comportamento univoco degli amministratori comuni» (così R. SANTAGATA, *Il gruppo paritetico*, cit., pp. 4 s., ma, si noti, nell’anno 2001, dunque prima dell’emanazione del d. lgs. 6/2003). E tuttavia non è questo il punto. Né il punto è chiarire se la coincidenza soggettiva degli organi amministrativi sia la causa ovvero l’effetto del potere di una società su un’altra.

Il tema, al contrario, è *se* si è verificata attività di eterodirezione, poi connotata da tendenziale stabilità e durata, su una società *come fatto storico* e non valutare se i legami esistenti tra le società in esame consentano di pronosticare l’esercizio di un potere di eterodirezione stabile e duratura in futuro.

Quest’ultima ipotesi può portare, è da concedere, a problemi applicativi in relazione a porzioni di disciplina codicistica, primo fra tutti dell’art. 2497 *bis* cod. civ., dedicato al tema della “pubblicità” dei rapporti di soggezione a direzione e coordinamento. La semplice coincidenza degli organi amministrativi, infatti, non è di per sé sola un indizio di direzione e coordinamento, né di tale attività rappresenta un antecedente sufficiente *in senso giuridico stretto*: i preposti ai due organi amministrativi, infatti, rimangono vincolati al perseguimento dell’oggetto sociale di ciascuna delle due società ed ai relativi obblighi di diligenza e fedeltà verso ciascuna delle due compagini sociali (cfr. gli artt. 2380 *bis* e 2392 cod. civ.), senza alcuna eccezione.

Ne consegue che l’iscrizione nell’apposita sezione del registro delle imprese potrebbe conseguire – ma l’affermazione è ipotetica ed affatto dubitativa – alla sola ipotesi in cui alla nomina come amministratori dei medesimi soggetti *consegua l’intenzione di sottoporre entrambe le società a direzione e coordinamento unitari*.

Ciò non toglie che, indipendentemente dalla iscrizione o meno, le regole di cui agli artt. 2497, 2497 *ter*, 2497 *quater* e 2497 *quinquies* cod. civ. ben potrebbero rimanere applicabili a seguito del solo esercizio dell’attività di direzione e coordinamento.

⁶⁵ Sul tema sia consentito rinviare a E. MARCHISIO, *Usi alternativi del gruppo di società - La regolazione dei gruppi tra disciplina del «governo» delle società e diritto settoriale delle imprese*, Napoli, Jovene, 2009, *passim*. Cfr. altresì M. MAUGERI, “Esternalizzazione di funzioni aziendali e “integrità” organizzativa nelle imprese di investimento”, *Banca borsa tit. cred.*, 2010, pp. 418 ss.

passivi previsti dall'art. 2497 cod. civ.) e di postergazione del finanziamento anomalo⁶⁶.

È ragionevole ritenere, peraltro, che in tali casi siano comunque disponibili per i soci ed i creditori esterni anche i rimedi previsti dall'ordinamento in reazione alle articolazioni plurisoggettive cui non corrisponde una articolazione "virtuosa" dell'iniziativa economica (come sono stati efficacemente chiamati: i cc.dd. "gruppi finti"⁶⁷), ispirati alla teoria dell'abuso del diritto⁶⁸ e volti a coinvolgere la responsabilità diretta per le obbligazioni sociali del soggetto interponente "come conseguenza della "defunzionalizzazione" di uno strumento giuridico offerto dall'ordinamento ai privati"⁶⁹.

La proposta di consentire l'applicazione alla eterodirezione "indesiderabile" della disciplina *sfavorevole* disciplinata dagli artt. 2497 ss. cod. civ., tuttavia, sembra garantire quattro vantaggi rispetto alla proposta appena menzionata: innanzitutto quello di essere oggetto di codificazione espressa; secondariamente, quello di estendere la platea dei legittimati passivi dell'azione di responsabilità anche a quanti abbiano preso parte al fatto lesivo ovvero, nei limiti del vantaggio conseguito, ne abbiano consapevolmente tratto beneficio; in terzo luogo, quello di consentire l'applicazione della disciplina anche ad ipotesi di eterodirezione non coerente con la fattispecie codicistica ma non ancora qualificabile come *abuso del diritto* o *defunzionalizzazione della eterodirezione* (è il caso, ad esempio, del danno conseguente ad una direttiva dannosa emanata *per il perseguimento di un interesse della società eterodiretta*); infine, quello di estendere la tutela dei terzi anche oltre la mera responsabilità risarcitoria del soggetto che esercita la direzione unitaria (in modo particolare: alla postergazione dei "finanziamenti anomali" *ex art. 2497 quinquies* cod. civ.).

⁶⁶ Se così non fosse, l'eterodirezione *meno desiderabile* (quella, ad esempio, orientata a finalità non imprenditoriali) sarebbe disciplinata con più favore dall'ordinamento (in quanto soggetta alle ordinarie regole di responsabilità *dei soli amministratori della società danneggiata*, senza che i soci ed i terzi possano rivalersi sulla più platea di legittimati passivi prevista dall'art. 2497 cod. civ.). Al contrario, ci sembra che il ricorrere dei requisiti di "virtuosità" della eterodirezione non condizioni l'applicazione delle regole di responsabilità e di postergazione dei prestiti anomali, bensì *la sola disciplina "di favore" disegnata dagli artt. 2497 ss. cod. civ.*, ed in primo luogo quella dei cc.dd. "vantaggi compensativi".

⁶⁷ Sui quali cfr. M. GARCEA, *I gruppi di società di persone*, Napoli, Jovene, 2008, pp. 109 ss.

⁶⁸ Come nota la stessa Garcea, tale prospettiva "risulta oggi rafforzata proprio in considerazione delle nuove e più facilmente accessibili opportunità che il legislatore della riforma ha offerto ai privati per godere del vantaggio della limitazione del rischio di impresa", consistenti nelle discipline dell'attività di direzione e coordinamento, dei patrimoni destinati e delle società unipersonali (EAD., *op. cit.*, pp. 110 s.). Cfr., sul tema, P. Rescigno, *L'abuso del diritto*, Bologna, il Mulino, 1998; GAMBARO, "Abuso del diritto. II) Diritto comparato e straniero", in *Enc. giur.*, I, 1988.

⁶⁹ GARCEA, *op. cit.*, p. 112.

5 In tema di responsabilità dell'amministratore che ha eseguito la direttiva dannosa.

Si è notato che l'illecito disciplinato dall'art. 2497 cod. civ. è un illecito proprio della società (o ente) che esercita l'attività di direzione e coordinamento. Si è, parimenti, notato che, in solido con quest'ultima, rispondono dei danni causati da tale illecito anche quanti abbiano comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, quanti ne abbiano consapevolmente tratto beneficio.

Nella prospettiva di indagine adottata nel presente scritto appare opportuno verificare se, ed a quali condizioni, di tale illecito rispondano anche gli amministratori della società eterodiretta che abbiano dato esecuzione ad una direttiva dannosa.

Si potrebbe osservare che l'atto dannoso per la società eterodiretta è sempre compiuto dagli amministratori di quest'ultima (ché l'atto imputabile al soggetto che esercita l'eterodirezione non è l'atto gestorio in sé, bensì l'emanazione della direttiva che tale atto richiede) e, dunque, che *gli amministratori siano sempre corresponsabili per l'illecito di cui all'art. 2497 cod. civ. in quanto inevitabilmente vi hanno preso parte.*

Tale soluzione appare inaccettabile. La disciplina dettata dall'art. 2497 cod. civ. ha formalmente riconosciuto la liceità della eterodirezione e, coerentemente, ha previsto per la società eterodiretta *specifici "principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale"* funzionali al miglior funzionamento della eterodirezione "virtuosa".

Ha, poi, espressamente previsto che, l'illiceità degli atti compiuti in esecuzione di direttive nell'ambito della eterodirezione sia, in principio, da imputare in via principale e diretta al soggetto autore della direttiva.

In tale contesto, già ad un esame *pregiuridico*, appare desiderabile consentire all'amministratore della società eterodiretta di agire "correttamente" nell'adempimento di una direttiva dannosa, anche nell'ipotesi in cui per il medesimo fatto si configuri la responsabilità del soggetto che esercita l'attività di direzione e coordinamento *ex art. 2497, co. 1, cod. civ.*, purché la condotta dell'amministratore sia informata, prudente e diligente *sulla base di un giudizio ex ante* rispetto al compimento dell'atto dannoso.

Se così non fosse, si determinerebbe un regime di responsabilità "assoluta" dell'amministratore di società eterodiretta poco coerente con l'affermata legittimità della direzione unitaria. Inoltre, si impedirebbe all'amministratore di *"far bene il proprio lavoro di amministratore"* quando adempie ad una direttiva dannosa – cosa che legittimerebbe sempre, nei suoi confronti, la revoca per giusta causa (ipotesi pensabile soprattutto nei casi di trasferimento del controllo della società eterodiretta o di eterodirezione orizzontale).

Tale soluzione non si pone in contraddizione con le regole a mente delle quali la competenza al perseguimento dell'oggetto sociale compete esclusivamente all'organo amministrativo della (singola) società, seppure eterodiretta, tale competenza è funzionalizzata al perseguimento dell'interesse sociale della sola società amministrata e, soprattutto, il regime della responsabilità dell'organo amministrativo per *mala gestio* della società amministrata è, in principio, inderogabile⁷⁰.

Ed infatti:

- a. l'illecito disciplinato dall'art. 2497 cod. civ. è un *illicito proprio della società che esercita la direzione unitaria*;
- b. il riconoscimento della provenienza eteronoma, rispetto all'organizzazione della società eterodiretta, della decisione gestoria non presuppone, né consente, né determina la *rilocalizzazione della competenza gestoria e della relativa responsabilità* in capo alla società che esercita la direzione unitaria – come invece avviene nel gruppo contrattuale di diritto tedesco, nel quale l'azione di responsabilità non può *mai* essere esercitata nei confronti dell'amministratore della società eterodiretta in quanto la responsabilità dell'atto è *trasferita*, insieme alla competenza gestoria da cui essa consegue, in capo all'amministratore della società che esercita la direzione unitaria⁷¹;
- c. da quanto sopra consegue che la responsabilità dell'amministratore della società eterodiretta non è esclusa per il solo fatto che il danno è conseguito alla esecuzione di una direttiva dannosa e, tuttavia, non sussiste a meno che l'amministratore non abbia agito in violazione delle regole che condizionano la liceità del recepimento della direttiva medesima.

In presenza di direttive dannose, è da credere che l'amministratore possa andare comunque esente da responsabilità, in particolare, a tre condizioni:

- a. che sussistano i presupposti che consentono di qualificare l'attività di direzione e coordinamento come "virtuosa" (cfr. *supra*, § 3.2);

⁷⁰ Oltre agli Autori citati alla nota n. 20 cfr., altresì, U. TOMBARI, *Il gruppo di società*, cit., p. 281; R. SANTAGATA, *Il gruppo paritetico*, cit., p. 13.

⁷¹ Anzi: esattamente al contrario, ci sembra che nel contesto della riforma introdotta nel 2003 debbano considerarsi indebolite le considerazioni di quanti ritenevano valido il negozio di alienazione del governo societario purché autorizzato o disposto nell'atto costitutivo, subordinato ad un vaglio di meritevolezza e comunque soggetto al sindacato «*cui soggiace ogni altro atto di amministrazione*» (Così P. SPADA, "Alienazione del governo della società per azioni", cit., pp. 2186 ss.). Come notato, il legislatore del 2003 si è premurato di precisare espressamente l'unico caso in cui ha ritenuto di consentire una ri-localizzazione della funzione gestoria all'esterno della dotazione organizzativa della società, circondandolo di cautele e limitazioni; è il caso del c.d. "arbitraggio di merito societario" – sul quale cfr. *supra*, nota n. 9.

- b. che siano rispettati i “*principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale*” della società eterodiretta (cfr. *supra*, § 3.1) e, in particolare, che il danno sia già stato oggetto di compensazione, sia contestualmente compensato ovvero sarà oggetto di compensazione futura a fronte di impegni della società che esercita la direzione unitaria che, sulla base di un giudizio *ex ante*, sono da ritenere ragionevolmente affidabili;
- c. che il recepimento della direttiva *non sia “clandestino”* e, dunque, che il medesimo amministratore abbia adempiuto agli obblighi pubblicitari previsti dalla legge (obblighi che, all’evidenza, in questo ambito valgono come *oneri* per esentare l’amministratore dalla responsabilità solidale di cui all’art. 2497, co. 2, cod. civ.).

5.1 In particolare: gli obblighi informativi che valgono ad esentare l’amministratore della società eterodiretta da responsabilità solidale ex art. 2497, co. 2, cod. civ.

Il tema degli obblighi/oneri pubblicitari appena riferito merita, forse, qualche considerazione specifica.

Gli obblighi pubblicitari conseguenti alla eterodirezione incombono sugli amministratori delle società eterodirette (circostanza che, sia notato per inciso, fa ritenere corretto che il relativo adempimento possa mandare esenti questi ultimi da responsabilità).

Tali obblighi si articolano su tre livelli:

- a. al livello della soggezione della società alla altrui attività di direzione e coordinamento. In tal caso l’obbligo consiste nella identificazione del soggetto che effettivamente esercita l’attività di eterodirezione negli atti e nella corrispondenza, oltre che mediante l’iscrizione presso la sezione del registro delle imprese (2497 *bis* cod. civ.).

Tale obbligo è adempiuto, in positivo, una sola volta, al momento dell’assoggettamento della società alla eterodirezione (oltre che alla modifica del soggetto che esercita quest’ultima attività ed al ritorno alla modalità autonoma di determinazione della gestione). Esso consente di *rendere opponibile ai soci ed ai terzi* l’inizio e la fine della soggezione alla altrui direzione unitaria.

Si noti che la mancata tempestiva⁷² pubblicità dell’assoggettamento alla altrui eterodirezione, oltre che della interruzione di tale attività,

⁷² In mancanza di espressa indicazione è dibattuto se sia da ritenere applicabile il termine “generale” di 30 giorni dall’evento [favorevole V. CARIELLO, “La pubblicità del gruppo (art. 2497 *bis* c.c.): la trasparenza dell’attività di direzione e coordinamento tra staticità e dinamismo”, *Riv. dir. Soc.*, 2009; dubbioso, invece, A. BLANDINI, “Commento all’art. 2497 *bis*”, in N. ABRIANI e M. STELLA RICHTER (a cura di), *Codice commentato delle società*, Torino, Utet, II, 2010, p. 2193].

comporta conseguenze ben rilevanti per la società (oltre che per i suoi amministratori⁷³) laddove, in mancanza dell'adempimento pubblicitario formale, non inizia a decorrere il termine⁷⁴ entro il quale ciascun socio può recedere "all'inizio ed alla cessazione dell'attività di direzione e coordinamento", se da ciò "deriva un'alterazione delle condizioni di rischio dell'investimento"⁷⁵. Il rischio, evidentemente, è rappresentato dal fatto che ciascun socio potrebbe sostenere di essere venuto a conoscenza dell'attività di eterodirezione ed esercitare il diritto di recesso senza limiti di tempo;

- b.** al livello degli effetti dell'attività di direzione e coordinamento sulla gestione della società e sui suoi risultati economici. Trattasi, nel dettaglio, di:
- i.* esposizione, in apposita sezione della nota integrativa, di un prospetto riepilogativo dei dati essenziali dell'ultimo bilancio della società o dell'ente che esercita su di essa l'attività di direzione e coordinamento (art 2497 *bis*, co. 4, cod. civ.);
 - ii.* l'indicazione nella relazione sulla gestione dei 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 (art 2497 *bis*, co. 5, cod. civ.).

Tali obblighi devono essere assolti annualmente, in sede di redazione del bilancio e di conseguente approvazione⁷⁶, ed assolvono alla funzione di verificare, periodicamente, i risultati della eterogestione, l'eventuale compensazione dei danni conseguenti e la convenienza, per la società eterodiretta, della soggezione alla eterodirezione;

- c.** al livello del singolo atto di recepimento di direttive, in particolare ove concluse a condizioni diverse da quelle normali⁷⁷, laddove "le decisioni

⁷³ Cfr. art. 2497 *bis*, co. 3, cod. civ.

⁷⁴ Ragionevolmente di trenta giorni, dovendosi richiamare in tal senso il termine previsto dall'art. 2437 *bis*, co. 1, cod. civ.

⁷⁵ Salvo che si tratti di società con azioni quotate in mercati regolamentati, nel qual caso l'*exit* del socio può essere esercitato senza necessità di consentire il rimedio del recesso e, comunque, che non venga promossa un'OPA: art. 2497 *quater*, co. 1, lett. c, cod. civ.

⁷⁶ Ed infatti, "i chiarimenti forniti in assemblea, se adeguati, fanno venire meno l'interesse del socio che li ha chiesti ed ottenuti ad eventuali impugnative della delibera di approvazione in relazione ai punti oggetto dei chiarimenti": così Cass. 27 aprile 2004, n. 8001, *Giust. civ. Mass.*, 2004, 4, nonché *Dir. e giust.*, 2004, 19, p. 104; ripresa testualmente anche da Trib. Milano, 13 febbraio 2007.

⁷⁷ L'osservazione è di R. WEIGMANN, "La nuova disciplina dei gruppi di società: il punto di vista del giurista", in N. ABRIANI e T. ONESTI, *La riforma delle società di capitali. Aziendalisti e giuristi a confronto*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 153 s.

delle società soggette ad attività di direzione e coordinamento, quando da questa influenzate, debbono essere analiticamente motivate e recare puntuale indicazione delle ragioni e degli interessi la cui valutazione ha inciso sulla decisione” e tale motivazione deve essere richiamata nella relazione sulla gestione (art. 2497 ter cod. civ.).

Tale obbligo deve essere adempiuto in occasione di ciascuna decisione di esecuzione di direttive e serve a palesare l’eteronomia della decisione gestoria (ciò che comporta la responsabilità principale e diretta di chi esercita l’eterodirezione *ex art. 2497 cod. civ.*); a disporre dei dati necessari per la relativa decisione; se del caso, a preconstituire gli elementi che consentono di esentare gli amministratori da responsabilità posto che se sulla base di un giudizio *ex ante* era da ritenere ragionevole, al momento della decisione di adempiere la direttiva dannosa, il rispetto dei “principi di corretta gestione” ed in particolare la compensazione del danno conseguente all’esecuzione della direttiva.

È dibattuto in dottrina quali siano le conseguenze dell’inadempimento degli obblighi pubblicitari appena ricordati.

Si prescinda, in questa sede, dalle conseguenze *specifiche* al tipo di pubblicità in esame e *neutrali* rispetto alla materia della eterodirezione – quali, ad esempio, le sanzioni amministrative in caso di mancata iscrizione presso il registro delle imprese, le eventuali possibilità di impugnare la deliberazione di approvazione di bilancio per violazione della disciplina di redazione del bilancio stesso ovvero la deliberazione del consiglio di amministrazione non analiticamente motivata nei termini sopra richiamati.

È, ovviamente, irragionevole ritenere che il mancato adempimento dell’obbligo pubblicitario impedisca l’esercizio della eterodirezione *tout court* ovvero precluda l’applicazione dell’intera disciplina dettata dagli artt. 2497 ss. cod. civ.⁷⁸. Se così fosse, il mancato adempimento degli obblighi pubblicitari da parte della società eterodiretta consentirebbe a chi esercita l’eterodirezione di andare esente da responsabilità per danni da direttiva dannosa ed alle società unidirette di non soggiacere alla postergazione dei prestiti dettata dall’art. 2497 *quinquies* cod. civ. a tutela dei creditori.

Tale soluzione appare necessitata dall’osservazione per la quale sarebbe irragionevole che il mancato adempimento degli obblighi pubblicitari da parte degli amministratori della società eterodiretta possa andare a detrimento di quest’ultima e, dunque, dei suoi soci e creditori – che, a ben vedere, sono i

⁷⁸ La pubblicità di cui trattasi non ha senz’altro alcuna efficacia costitutiva: A. BLANDINI, “Commento all’art. 2497 bis”, in N. ABRIANI e M. STELLA RICHTER (a cura di), *Codice commentato delle società*, Torino, Utet, II, 2010, p. 2192, ove sia consentito rinviare per ulteriori riferimenti bibliografici.

soggetti danneggiati dall'eventuale eterodirezione dannosa esercitata in condizioni di *opacità informativa*.

Parrebbe, poi, da escludere che il mancato adempimento dell'onere pubblicitario possa ricostruirsi come ostacolo all'applicazione della disciplina di *favore* per la società che esercita la direzione unitaria ed eventualmente per le altre società unidirette – *in primis*: della disciplina che consente la qualificazione come lecita della direttiva dannosa in presenza di “vantaggi compensativi”.

A ben vedere, infatti, le discipline di favore previste dal codice in materia di eterodirezione ridondano sempre a favore dei soci e dei creditori esterni della società eterodiretta mentre gli adempimenti pubblicitari sono riferibili sempre e *solo* all'organo amministrativo della stessa società eterodiretta. Sarebbe, pertanto, irrazionale che l'inadempimento di un obbligo da parte di quest'ultimo possa determinare la disapplicazione di una regola in favore dei primi.

Così stando le cose, risulta coerente con il contesto normativo la proposta sopra menzionata, per la quale la violazione degli obblighi informativi, oltre che ad essere soggetta alle conseguenze *specifiche* al singolo tipo di pubblicità, rappresenta una *violazione* degli obblighi incombenti sugli amministratori della società eterodiretta e vale ad estendergli, in via solidale, la responsabilità incombente *ex art. 2497 cod. civ.* sul soggetto che esercita la direzione unitaria.

Tale estensione pare doversi estendere in misura corrispondente all'obbligo inadempito, ed allora:

- a. ove non sia adempiuta la pubblicità della stessa soggezione della società alla altrui attività di direzione e coordinamento, l'amministratore risponderà in via solidale *ex art. 2497 cod. civ.* di qualsiasi atto compiuto in esecuzione di direttive;
- b. ove non sia adempiuto l'obbligo di informativa inerente le decisioni delle società soggette ad attività di direzione e coordinamento, l'amministratore risponderà in via solidale *ex art. 2497 cod. civ.* del singolo atto per il quale è stata omessa l'informativa.

Non è chiaro quale debba essere la conseguenza dell'omissione della *sola* informativa annuale (a bilancio o in sede di approvazione) sugli effetti dell'attività di direzione e coordinamento sulla gestione della società e sui suoi risultati economici. Parrebbe irragionevole, infatti, far conseguire da tale omissione alcuna responsabilità in capo all'amministratore, *purché siano stati adempiuti gli obblighi pubblicitari riguardanti la soggezione alla eterodirezione e la motivazione delle singole decisioni*.

Sembra, al contrario, ragionevole ritenere che, in assenza di tale informativa, possa presumersi l'assenza della compensazione del danno derivante dall'esecuzione della direttiva e che, pertanto, in tale ipotesi la prova della misura compensativa debba essere positivamente somministrata in giudizio (mentre, in caso di adempimento

dell'obbligo informativo a bilancio, sarebbe onere del socio o del terzo dar prova della mancata compensazione del danno nonostante le risultanze del bilancio).

6 Postilla: l'utilizzo processuale della violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale come (elemento di) prova della "direttiva" pregiudizievole.

Una postilla.

Si è notato come la ricostruzione della eterodirezione come esercizio di un potere di fatto, e la conseguente interpretazione della relativa responsabilità in chiave extracontrattuale, siano fonte di preoccupazione in dottrina. L'azione di risarcimento del danno contrattuale, infatti, limiterebbe l'onere della prova in capo al socio o al creditore attore ai soli inadempimento e danno, mentre l'azione extracontrattuale impone di provare, oltre al fatto dannoso ed al danno, anche la colpa o il dolo della società od ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento, l'esistenza della direttiva di gruppo e del suo contenuto ed il nesso di causalità tra la condotta ed il danno lamentato (cioè: che l'esecuzione della direttiva ha determinato il danno in capo alla società eterodiretta)⁷⁹.

In particolare, si è segnalato il rischio che la pretesa di ottenere la prova della direttiva dannosa e del suo *contenuto specifico* rischia di rendere l'azione *ex art. 2497 cod. civ.* un rimedio inadeguato allo scopo, soprattutto nei casi in cui il rimedio sarebbe più utile, cioè quando l'attività di eterodirezione è esercitata *clandestinamente*, in violazione degli obblighi informativi previsti dalla legge (cfr. *supra*, § 5.1).

Ciò è tanto più vero in quanto nell'ordinamento italiano le "direttive" di gruppo – almeno nell'ipotesi di gruppo "gerarchico", di cui si tratta ora – sono sprovviste di alcun valore giuridico e non sono idonee a fornire un titolo per imporre alla società eterodiretta di dare esecuzione alla direttiva né consentono, in principio, di esimere gli amministratori della società eterodiretta dalla responsabilità per danni derivanti dalla loro esecuzione (*ex art. 2497, co. 2, cod. civ.*).

Se tutto ciò è vero, come lo è, ben si comprende il motivo per cui nella prassi attestata in Italia le direttive emanate dalla capogruppo *non siano praticamente mai formalizzate in un documento producibile in giudizio* (anche se, come si è visto sopra, è da ritenere che l'adempimento dell'obbligo di motivazione possa valere ad esimere l'amministratore dalla responsabilità *ex art. 2497, co. 2, cod. civ.*: cfr. *infra*, § 5.1).

Appare, allora, evidente che chiedere la prova rigorosa dell'atto di eterodirezione e (soprattutto) del suo esatto contenuto corrisponde, nell'attuale contesto del diritto

⁷⁹ F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in ID., *Trattato di dir. comm. e dir. pubbl. dell'econ.*, XXIX, Padova, 2004, p. 189; S. GIOVANNINI, *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, Milano, 2007, pp. 87 s.

italiano, a rendere l'azione di cui all'art. 2497 cod. civ. sostanzialmente priva di applicazione concreta.

Sembra, allora, soluzione giuspoliticamente equilibrata quella per la quale, dopo che si sia provata l'attività di direzione e coordinamento⁸⁰, l'attore (o il ricorrente) che eserciti l'azione ex art. 2497 cod. civ. non sia tenuto a provare rigorosamente *l'effettività ed il contenuto* della direttiva pregiudizievole destinata alla società eterodiretta ma possa, più modestamente, fornire indizi gravi, precisi e concordanti che facciano presumere che l'atto pregiudizievole compiuto dalla società eterodiretta sia avvenuto in conseguenza dell'esercizio di un potere di eterodirezione – senza identificare la direttiva come *fatto specifico*.

Come già suggerito altrove⁸¹, si ritiene che oggetto di prova non è (né può essere) ricostruire l'avvenuta emanazione di una direttiva ed il suo esatto contenuto; al contrario, oggetto di prova è dimostrare sul versante oggettivo la coerenza dell'atto dannoso (che si asserisce compiuto nell'adempimento della direttiva) con un "disegno di eterodirezione" (e, tutt'al più, la mancanza di una sua giustificazione economicamente razionale nella prospettiva della sola società controllata).

Tale "coerenza" può essere dimostrata proprio facendo ricorso ai "*principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale*" delle società eterodirette, dando prova, ad esempio, che l'atto che ha causato il danno alla società eterodiretta viola i principi di corretta gestione della società eterodiretta danneggiata ed ha determinato un corrispondente vantaggio ad un'altra società soggetta alla medesima attività di direzione e coordinamento (ad esempio, è il caso del sistematico trasferimento, non compensato, di ricchezza da una ad altra società del gruppo, quando la società beneficiaria sia partecipata totalitariamente dalla *holding* mentre a quella danneggiata partecipino anche soci "esterni").

EMILIANO MARCHISIO

⁸⁰ Se del caso, mediante il ricorso alla presunzione di cui all'art. 2497 *sexies* cod. civ.

⁸¹ Sia consentito rinviare a E. MARCHISIO, "Nota sulle azioni di responsabilità ex art. 2497 c.c.", *Riv. Dir. Comm.*, 2009, pp. 225 ss.