

ROBERTO PENNISI

La responsabilità della banca nell'esercizio del controllo in forza di *covenants finanziari**

SOMMARIO: 1. Premessa.- 2. Il controllo da vincoli contrattuali. -3. Il *covenant* come vincolo contrattuale dal quale scaturisce la posizione di controllo. - 4. L'attività di direzione e coordinamento.- 5. La violazione dei principi di corretta gestione.- 6. Considerazioni conclusive

1. Premessa

Il problema della disciplina da applicare alle ipotesi in cui ad una banca, che abbia concesso credito ad una società, siano conferiti, e/o di fatto questa eserciti, poteri di direzione non è nuovo. La dottrina più attenta si era posta questo problema in relazione a fattispecie nelle quali un creditore, sfruttando la propria posizione di forza nei confronti della società finanziata, si ingerisca nella gestione di quest'ultima¹. Il fenomeno si manifesta anche, nelle ipotesi in cui la banca intervenga con una linea di credito in soccorso di una impresa in crisi e nella convenzione, che per ciò viene stipulata, tra l'altro si pattuisca l'attribuzione alla banca di poteri di direzione. Si tratta talvolta del potere di designare uomini graditi per le più importanti cariche sociali e/o manageriali, oppure dell'attribuzione alla banca di compiti direttivi specifici, o ancora della previsione di poteri di indirizzo, di autorizzazione o di veto².

La questione è stata talvolta inquadrata nella problematica dell'amministratore di fatto³. Altre volte si è ritenuto più appropriato parlare di influenza dominante, derivante da particolari vincoli contrattuali⁴, almeno nelle ipotesi in cui la relazione sia stabile e duratura e non sia limitata a specifici settori dell'attività della società⁵.

* Relazione al convegno *I covenants finanziari*, Bari, 6 giugno 2008.

¹ Si veda T. ASCARELLI, *Società di persone tra società; imprenditore occulto; amministratore indiretto; azionista sovrano*, in *Foro it.*, 1956, I, 413.

² E. RIMINI, *Il controllo contrattuale*, Milano, 2002, 56.

³ Sul punto si veda l'ampio esame di N. ABRIANI, *Gli amministratori di fatto delle società di capitali*, Milano, 1998, 140 e ss., cui si rinvia per ulteriori citazioni anche di giurisprudenza straniera; e più recentemente VICARI, *I finanziamenti delle banche a fini ristrutturativi*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 506 e ss.

⁴ RIMINI, *Il controllo contrattuale*, cit., 57 e ss.

⁵ In questo senso mi pare si possa interpretare quanto scrive A. MUSSO, *Licenze di proprietà industriale e clausole di dominazione: alcuni recenti sviluppi sul controllo "contrattuale"*, in *Contr. Imp.*, 1999, 358: "In effetti, può convenirsi sulla circostanza che un unico creditore "forte", a fronte di uno stato di crisi della controparte ed eventualmente pur in presenza di clausole particolarmente intense su alcuni aspetti della gestione di quest'ultima, possa manifestare un oggettivo interesse alla soddisfazione del proprio credito piuttosto che alla globale attività della pretesa a controllata H verso l'esterno: mancherebbero probabilmente, in tal caso, quella stabilità e quell'influenza gestionale che la dottrina prevalente ravvisa necessarie per la figura qui dibattuta, ove l'ingerenza fosse pattuita unicamente in un periodo breve,

Fino alla riforma i termini del dibattito risentivano probabilmente di un quadro normativo di riferimento che, mancando di norme espresse, relative alla responsabilità da abuso di attività di direzione, spingeva l'interprete verso questa o quella soluzione anche in funzione della efficacia di essa.

Il tema che mi è stato assegnato è più circoscritto e riguarda la possibilità di applicazione a fattispecie in cui la banca, nel concedere il credito, abbia stipulato un c.d. *covenant* finanziario della disciplina della responsabilità di cui all'art. 2497 c.c.⁶.

C'è una qualche analogia con gli accordi tra banca e società per il superamento della crisi che contengano pure l'attribuzione alla banca di poteri di direzione: essa è costituita dal fatto che la banca talvolta richiede che siano ad essa attribuiti tali poteri e li utilizza al fine del recupero di quanto dato a credito⁷. Nel caso di cui ci occupiamo, ove non si ha a che fare con una impresa in crisi, i poteri, attribuiti mediante il *covenant*, servono come garanzia affinché la banca possa prevenire l'insorgere di una crisi che metterebbe in pericolo o comprometterebbe del tutto le possibilità di recupero⁸.

Al quesito relativo alla possibilità che una banca possa esser ritenuta responsabile per l'abusivo esercizio della attività di direzione e coordinamento, nei confronti di una impresa ad essa legata da un *covenant* finanziario, la risposta è all'evidenza: sì, qualora ne ricorrano i presupposti.

Questa risposta non è del tutto tautologica, ha infatti un contenuto, ancorché minimo, dato che ammette in astratto che potrebbero realizzarsi i presupposti per l'applicazione della norma di cui all'art. 2497 c.c.

Certo, per quel che ne so, ciò non avviene di frequente e, per le ragioni che esporrò, probabilmente le banche cercheranno attivamente ed efficacemente di evitare che si realizzino fattispecie nelle quali trovi applicazione il capo IX del libro V del cod. civ.

strettamente indispensabile per garantire l'adempimento della controparte senza modificarne l'oggetto e l'attività sul mercato, o, infine, laddove fosse attuata unicamente per determinati aspetti settoriali - ma non globali - della gestione sociale, quali per esempio una ristrutturazione interna di personale, un diverso assetto del portafoglio relativo alle attività finanziarie (soprattutto se non costituenti immobilizzazioni stabili) e simili".

⁶ Va precisato che l'ipotesi di responsabilità della banca potrebbe essere prospettata non solo nel caso che si esamina, nel quale essa riveste il ruolo di società che esercita attività di direzione, ma anche nel caso in cui essa abbia preso parte al fatto lesivo o ne abbia tratto beneficio, *ex art. 2497 comma 2, c.c.* Sul punto GIANNELLI, *I covenants finanziari ed il finanziamento di gruppo*, di prossima pubblicazione su *RDS*, 2009.

⁷ Per l'analisi di fattispecie di responsabilità della banca che finanzia imprese in crisi, VICARI, *I finanziamenti delle banche a fini ristrutturativi*, cit., 503 e ss. ; SANTOSUOSSO, *Covenants finanziari: rischio d'impresa e responsabilità gestionali*, di prossima pubblicazione su *RDS*.

⁸ Va ricordato che clausole di questo tipo possono assistere operazioni di finanziamento realizzate mediante prestito obbligazionario. Si tratta dei c.d. *bond covenants*, in relazione ai quali si veda BRESCIA MORRA, *Finanziamento e partecipazione all'impresa. Profili evolutivi*, Napoli, 2008, 273 e ss. Appare ovvio che si tratta di fenomeno che pur limitando l'autonomia della società non può concretizzarsi in una attività di direzione ma semplicemente offrire a ciascuno dei portatori di obbligazioni rimedi contrattuali per l'ipotesi di violazione degli obblighi derivanti dal *covenant*.

Ciò premesso, perché la fattispecie si realizzi sarà necessario che: I) la banca si ponga in situazione di controllo; II) eserciti quindi un'attività di direzione e coordinamento; e III) agendo nell'interesse imprenditoriale proprio od altrui, violi i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, causando un danno al valore ed alla redditività della partecipazione dei soci di quest'ultima.

Prima di passare all'esame di questi elementi, occorre evidenziare l'ipotesi, anch'essa astrattamente configurabile ma improbabile forse più delle altre, nella quale il sistema attraverso cui si instaura la relazione di controllo sia un vero e proprio contratto di dominio.

Si potrebbe, in altre parole, immaginare che il *covenant* sia strutturato in modo da realizzare la fattispecie di cui all'art. 2497 *septies* c.c. Il finanziamento viene concesso a fronte di un impegno a sottostare all'attività di direzione e coordinamento della banca, che non si fida per nulla dell'impresa affidata e subordina la concessione del prestito all'impegno ad attenersi alle disposizioni riguardanti le decisioni imprenditoriali.

Come è noto, la possibilità di stipulare un contratto di questo genere ha visto la maggioranza della dottrina contraria prima della riforma⁹ e da parte di qualcuno sono stati sollevati dubbi anche dopo¹⁰. Superfluo precisare che, ai fini che qui interessano (e cioè l'individuazione di ipotesi di responsabilità della banca), non rilevano i dubbi di validità che un contratto di tal genere solleva, anche dopo che il legislatore ha posto l'art. 2497 *septies* c.c. E ciò in quanto, anche qualora si dovesse concludere per l'invalidità del contratto, esso rileverebbe come fatto giuridico e la circostanza che le parti lo abbiano spontaneamente eseguito determinerebbe comunque il realizzarsi della fattispecie di direzione e coordinamento di società¹¹. L'attività di direzione è, come è noto, un fatto giuridico¹², che rileva a prescindere dalla legittimità degli atti posti in essere.

Qualora quindi si dovesse riscontrare una fattispecie di questo tipo si potrà passare alla valutazione degli altri elementi della fattispecie di responsabilità (l'abuso ed il danno).

Al di fuori della ipotesi del contratto di dominio, occorrerà innanzi tutto verificare che attraverso il *covenant* si realizzi una fattispecie di controllo.

⁹ Tra i molti: P. ABBADESSA, *Rapporto di dominio e autonomia privata nel diritto societario italiano*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1999, I, 545 e ss.; G. SCOGNAMIGLIO, "“Gruppo” e “controllo”: tipologia dei gruppi di imprese, in *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, Torino, 1996, 114 e s.

¹⁰ Sul punto R. SANTAGATA, *Autonomia privata e formazione dei gruppi nelle società di capitali*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA e G. B. PORTALE; vol. 3, Torino, 2007, 799 e ss., che ritiene che l'art. 2497 *septies*, si riferisca al gruppo paritetico. *Contra*, per la ammissibilità dopo la riforma: A. VALZER, *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA e G. B. PORTALE; vol. 3, Torino, 2007, 870 e ss.; M. MAUGERI, *Formazione del gruppo e diritti dei soci*, in *Riv. dir. comm.*, 2007, I, 357 e s.

¹¹ SANTAGATA, *Autonomia privata*, cit., 827 e ss., per il quale (p.830) la violazione dei principi di corretta gestione dovrebbe essere *in re ipsa* nei casi in cui sia stato stipulato un contratto di dominazione nullo.

¹² MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. Soc.*, 2007, 322.

Poiché il *covenant* finanziario è costituito da un insieme di clausole che fanno parte di un contratto di finanziamento¹³, attraverso la stipula di esso la banca dovrebbe porsi in una situazione di controllo generata da particolari vincoli contrattuali. Il *covenant* potrebbe in altre parole essere uno di quei particolari vincoli contrattuali previsti dall'art. 2359, comma 1, n. 3, c.c. che pongono la società sotto l'influenza dominante della banca, al realizzarsi della quale poi l'esercizio dell'attività di direzione si presumerà ex art. 2497 *sexies*.

In questo caso, a differenza di quel che accade nella ipotesi del contratto di dominio, il *covenant* non ha come oggetto l'attribuzione del potere di esercitare l'attività di direzione, ma l'acquisizione della influenza dominante si produce indirettamente ed in via di fatto come effetto di un accordo avente oggetto e scopo diversi¹⁴.

2. controllo da vincoli contrattuali

E' opinione largamente diffusa che il controllo da particolari vincoli contrattuali possa essere definito come una situazione nella quale il rapporto contrattuale con la società controllante ponga la società controllata in uno stato di dipendenza economica o comunque instauri una relazione economica essenziale per la prosecuzione dell'attività della società controllata¹⁵. Per cui la società controllante acquisisce una posizione di potere, non necessariamente derivante in via diretta dalle clausole contrattuali, ma appunto dalla posizione di preminenza in cui si trova, che le consente in fatto l'esercizio di potere ulteriore rispetto a quello attribuitole dal contratto¹⁶. C'è poi una certa uniformità di vedute circa la necessità che il vincolo sia stabile e duraturo¹⁷.

¹³ Sul punto U. PATRONI GRIFFI, *I covenants finanziari. Note introduttive*, di prossima pubblicazione su *RDS*.

¹⁴ M. LAMANDINI, *Il "controllo". Nozioni e tipo nella legislazione economica*, Milano, 1995, 186 e .s.

¹⁵ A. PAVONE LA ROSA, *Le società controllate. I gruppi*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. COLOMBO e G.B. PORTALE, vol. 2 tomo II, Utet, Torino, 1991, 584; secondo G. LOFFARI, *Sul controllo esterno-contrattuale in materia societaria*, in *Giust. civ.* 2004, I, 2430 e s., la situazione andrebbe comunque distinta da quella del c.d. abuso di dipendenza economica di cui all'art. 9 della legge sulla subfornitura, nel senso che in un controllo esterno vi è sicuramente una dipendenza economica ai sensi della legge sulla subfornitura ma non è vero l'inverso. Per Cass. 27 settembre 2001, n. 12094, in *Dir. pratica Società*, n. 2, 2002, 70, il controllo si realizza: "In presenza.. di determinati rapporti contrattuali la cui costituzione e il cui perdurare rappresentino la condizione di esistenza e di sopravvivenza della società cosiddetta controllata".

¹⁶ Discutibile appare perciò la pronuncia di Trib. Pescara 16 gennaio 2009, con nota di TERZINI, di prossima pubblicazione su *RDS*, che in relazione ad una richiesta di risarcimento ex art. 2497 c.c., proposta dai soci di una società che si assume controllata sulla base di un contratto di *franchising*, imposta la soluzione nell'ambito dell'art. 2497 *septies* ed enuncia il principio per cui si potrebbe avere risarcimento per abuso di direzione solo se il danno sia "l'effetto di una imposizione, ossia di un atto cogente dal punto di vista contrattuale". La pronuncia trascura, a ciò forse indotta dalle prospettazioni della parte attrice, che l'attività di direzione può fondarsi non solo sull'art. 2497 *septies* c.c., ma anche sui particolari vincoli contrattuali di cui all'art. 2359 n. 3 c.c.. In questa seconda ipotesi, si tratterà di accertare se sussista un potere di fatto e non un diritto attribuito da clausole contrattuali.

¹⁷ RIMINI, *Il controllo*, cit., 66 e ss.

Secondo la tesi, che a me pare preferibile, non sarebbe comunque sufficiente una mera dipendenza economica ma occorrerebbe che la società controllante abbia la possibilità di influire sull'attività della controllata e di indirizzarne quindi le scelte gestorie¹⁸.

Gli esempi che vengono usualmente fatti sono i contratti di: *franchising*, licenza di brevetto e di *know-how*¹⁹, agenzia, commissione, somministrazione²⁰, o ancora un accordo con il quale una società assuma il compito di commercializzare l'intera produzione di un'altra²¹.

Si è pure d'accordo nel ritenere che il controllo non derivi dal particolare tipo contrattuale ma dal concreto atteggiarsi del suo contenuto, come evidenziato dall'aggettivo "particolari" che nell'art. 2359 n. 3 c.c. si riferisce ai vincoli che caratterizzano il contratto nel singolo caso²². Per questo motivo l'accertamento della sottoposizione all'influenza dominante costituisce una *quaestio facti*²³. È stato peraltro giustamente rilevato che ritenere la sussistenza di controllo negli esempi di contratto, sopra riportati, porterebbe a rinvenire fattispecie di controllo contrattuale in un elevato numero di casi, il che contrasta con il senso comune e con la circostanza della rarità delle decisioni giurisprudenziali che in queste ipotesi ravvisano il controllo²⁴.

¹⁸ G. SCOGNAMIGLIO, "Gruppo" e "controllo": *tipologia dei gruppi di imprese*, cit., 111; U. TOMBARI, *Il gruppo di società*, Torino, 1997, 52. Ancor di più richiede M. S. SPOLIDORO, *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust*, in *Riv. soc.*, 1995, 483 e s. per il quale è necessario: "Un vero condizionamento dell'autonomia della volontà della società dipendente, non genericamente nella gestione, ma nella decisione sul se comprare partecipazioni nella società dominante e come votare nelle sue assemblee".

¹⁹ PAVONE LA ROSA, *Le società controllate. I gruppi*, cit., 584; P. ABBADESSA, *I gruppi di società nel diritto italiano*, in *I gruppi di società ricerche per uno studio critico*, a cura di A. PAVONE LA ROSA, Bologna, 1982, 111 e s.

²⁰ A. MANZINI, *Commento a Cass.* 27 settembre 2001, n. 12094, in *Dir. pratica Società*, n. 2, 2002, 76 e ss.

²¹ Cass., 13 marzo 2003, n.3722, in *Giust. civ.*, 2004, I, 2421, per la quale il controllo sussiste in presenza di un accordo di commercializzazione con il quale la controllante assume il compito di commercializzare l'intera produzione dell'altra. Assumono rilievo nella valutazione la clausola di durata quinquennale, garantita da una forte penale; la rinuncia a vendere in proprio i prodotti ma anche a servirsi di agenti o di altre reti commerciali; la rinuncia da parte della controllata a fissare i prezzi di vendita (fissati invece dalla controllante); il fatto che parte del personale della controllata potesse essere utilizzato dalla controllante. Tutte clausole dalle quali, secondo la Corte si può dedurre che anche allo scadere del contratto la controllata sarebbe rimasta in situazione di sudditanza economica. Assume inoltre rilievo in questa ricostruzione la circostanza che al momento della stipula del contratto la controllata versava in grave crisi finanziaria.

²² FRÉ, SBISA, *Della società per azioni*, Tomo I, artt. 2325-2409, in *Commentario del Codice Civile Scialoja e Branca*, a cura di GALGANO, Bologna Roma, 1997, 479 e s.

²³ Cass. 27 settembre 2001, n. 12094, cit.; Cass., 13 marzo 2003, n.3722, in *Giust. civ.*, 2004, I, 2421; C. PASTERIS, *Il "controllo" nelle società collegate e le partecipazioni reciproche*, Milano, 1957, 48 e ss.; M. LAMANDINI, *Il "controllo". Nozioni e tipo nella legislazione economica*, Milano, 1995, 188.

²⁴ M. S. SPOLIDORO, *Gruppi di società e gruppi di imprese tra diritto societario e diritto della concorrenza*, in *I Gruppi di società. Atti del Convegno internazionale di Studi di Venezia*, Milano, 1996, 2204 e s.

In effetti le posizioni della giurisprudenza appaiono spesso incoerenti. Singolare appare il caso deciso da Cass. 27 settembre 2001, n. 12094, ove quasi tutti gli elementi utilizzati dai giudici (di merito, ma la motivazione viene ritenuta sufficiente e non contraddittoria dalla S.C.) per escludere la situazione di controllo potrebbero senz'altro essere utilizzati per affermare il contrario (Ed infatti si vedano le considerazioni espresse da MANZINI, *Commento*, cit., 74). Si trattava infatti di contratti con i quali l'impresa Armani commissionava la produzione di capi di abbigliamento destinati ad essere contrassegnati con il marchio del celebre stilista. Così la durata annuale dei contratti, apprezzata dai giudici come possibilità per le società licenziatrici di non rimanere vincolate ed invece leggibile come elemento di incertezza che le esponeva al rischio del mancato rinnovo; la clausola che obbligava le licenziatrici a corrispondere *redevances* nella misura del 50% sui prodotti destinati ad imprese diverse dalla licenziante, apprezzata dai giudici come dimostrazione del carattere non esclusivo del vincolo contrattuale ed invece leggibile come clausola capace di rendere assai poco conveniente l'intrattenere rapporti con terzi e quindi come causa "legante"; ed infine il fatto che l'impresa

Aggiungerei che l'evoluzione del quadro normativo di riferimento sembra dare alle società in stato di dipendenza economica strumenti efficaci per contrastare l'eventuale intento "ricattatorio" dell'impresa in posizione di dominanza economica. Così, oltre alla disciplina *antitrust*, l'art. 9, l. 1. 18 giugno 1998, n. 192 (*Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*), che reprime l'abuso di dipendenza economica e che viene considerato norma applicabile anche a fattispecie diverse rispetto alla subfornitura²⁵.

E' vero che queste norme sono state poste per regolare aspetti contrattuali e non di *governance* delle società deboli, ma è anche vero che esse rendono più difficile all'impresa in posizione di dominanza economica imporre comportamenti, sulla base della minaccia di non rinnovare il contratto.

Sono stati perciò proposti esempi forse più pertinenti: ipotesi di clausole che conferiscano alla società controllante il diritto di designare uno o più membri dell'organo di gestione o il *management* dell'altra impresa, nell'ambito di contratti di finanziamento o di ristrutturazione del debito o in vista della acquisizione di importanti pacchetti azionari, oppure in situazioni prodromiche alla fusione²⁶. O ancora, come è stato sottolineato, si può pensare a clausole che vincolino l'impresa in posizione di dipendenza a non adottare determinate decisioni (ad esempio, in materia di sviluppo, di investimenti, ecc.), se non con l'assenso preventivo dell'impresa dominante o sulla base delle indicazioni e istruzioni di quest'ultima²⁷.

3. Il *covenant* come vincolo contrattuale dal quale scaturisce la posizione di controllo

Se si definiscono in linea generale i *covenants* come quelle "protezioni" contrattuali che le banche impongono, per tenere sotto controllo le vicende patrimoniali delle imprese debitorie, al fine di poter esigere tempestivamente ed efficacemente l'immediato rimborso del prestito concesso²⁸, appare

licenziante generasse l'85% del fatturato della licenziataria ancora una volta prova della non esclusività del contratto e però anche della forte dipendenza generata dal grande pregiudizio che il mancato rinnovo avrebbe prodotto.

²⁵ M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003, 131 ss.; FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, Milano, 2006, 102 ss.; ROSAPEPE, *Attività d'impresa e dipendenza economica*, Salerno, 2000, 21.

²⁶ SPOLIDORO, *Gruppi di società e gruppi di imprese*, cit., 2205. Queste clausole sono considerate idonee anche da G. SCOGNAMIGLIO, "*Gruppo*" e "*Controllo*", cit., 111 e s., la quale però indica anche: "...Clausole negoziali che vincolino una delle imprese contraenti (quella appunto controllata) al perseguimento di determinate strategie produttive e di mercato, all'adozione di determinati procedimenti di lavorazione o di determinate tecniche di vendita, all'uso di determinati materiali con esclusione di altri; a clausole che la obblighino a produrre o a vendere una determinata quantità (minima o massima) di beni, a usare esclusivamente determinati marchi o determinate insegne; a localizzare in determinate regioni gli stabilimenti di produzione e i negozi o gli uffici di vendita; a clausole che istituiscano vincoli e controlli per l'impresa controllata quanto alla selezione e formazione del personale; a clausole che subordinino la permanenza del rapporto contrattuale al mantenimento di una determinata compagine sociale, ovvero di una determinata composizione dell'organo amministrativo della società controllata, o che condizionino il trasferimento a terzi delle azioni o quote al "gradimento" del *partner* contrattuale in posizione dominante.."

²⁷ SCOGNAMIGLIO, "*Gruppo*" e "*Controllo*", cit., 112.

²⁸ Bazzana, *Un modello di prezzo per i covenant nei finanziamenti bancari*, in *Banca imp. Soc.*, 2007, 385; N.SALOMONE, *I covenants a tutela dei finanziamenti*, in *Impresa*, 2003, fasc. 10, 1618, che distingue tre tipi di

evidente come questo tipo di accordi possa integrare la fattispecie di controllo, qualora ovviamente preveda clausole del tipo indicato.

E ciò in quanto lo scopo dei vincoli, che mediante il *covenant* vengono imposti alla società debitrice è tipicamente quello di impedire ai manager dell'impresa finanziata di effettuare operazioni, che porterebbero a un peggioramento della situazione finanziaria dell'impresa stessa, con la conseguenza che il debito potrebbe non essere rimborsato nei modi e nei tempi stabiliti. In sostanza, i *covenants* sono il mezzo che i finanziatori adottano per tutelare il proprio investimento, impedendo che inopportune manovre dei manager minino la capacità dell'impresa di ripagare il debito da essa contratto²⁹.

Sono state proposte diverse classificazioni di *covenants*³⁰. Ai fini che qui interessano potrebbe essere utile distinguerli a seconda che contengano clausole che fissano obblighi predeterminati in maniera precisa (ad es. Il divieto di pagare dividendi oltre un certo ammontare prestabilito); ovvero contengano (o contengano anche) clausole, che lasciano alla banca un potere discrezionale in relazione a certi aspetti dell'attività della società finanziata. Esempi del secondo tipo potrebbero essere costituiti da *covenants* che attribuiscono alla banca il potere di autorizzare o meno l'ingresso in nuovi mercati o il compimento di operazioni di un certo tipo. Potere che si esplicherà mediante la necessità di una autorizzazione per determinate operazioni oppure addirittura (il caso comincia a diventare di scuola) consenta alla banca in certe ipotesi di dare istruzioni in positivo.

Nelle ipotesi di *covenants* del primo tipo, caratterizzati da clausole che impongono obblighi definiti e precisi, appare difficile ipotizzare l'esercizio di una attività di direzione, a meno che la banca non riesca ad imporre comportamenti ulteriori rispetto a quelli previsti in contratto. Se invece il *covenant* fosse strutturato in modo da attribuire alla banca un potere discrezionale di influenza sulle

covenants: quelli comunicativi, quelli finanziari e quelli che attengono alla sfera cauzionale. I primi impongono obblighi di comunicazione di informazione sulla situazione della società debitrice; i secondi impongono limiti e vincoli al mantenimento di determinati valori della stessa società; gli ultimi consistono in clausole (le c.d. *negative pledge* e *pari passu*) che impongono alla società debitrice di non concedere ad altri creditori garanzie o consente di concederle solo se analoghe garanzie vengono prima prestate alla banca con la quale il *covenant* è stato stipulato.

Si veda pure il volume *I covenant di bilancio nei finanziamenti a medio e lungo termine*, a cura di UNICREDIT BANCA MEDIOCREDITO, CENTRALE DEI BILANCI, ROMA, 2005, cui si rinvia per un'analisi empirica dei *covenants* di bilancio nei vari settori produttivi.

Per esempi di queste clausole e classificazioni ulteriori di esse PATRONI GRIFFI, *I covenant finanziari*, cit.

²⁹ F. SATTIN, R. BONIPERTI, *Mezzanine financing: la "via di mezzo" tra debito e capitale di rischio*, in *Amministrazione e finanza*, 2000, fasc. 24 (inserto).

³⁰ Si veda da ultimo sul punto PATRONI GRIFFI, *I covenant finanziari*, cit..

Tra le distinzioni proposte quella che prevede due tipologie: i *negative covenants*, ossia una serie di divieti o limiti posti all'azione dell'impresa debitrice (di distribuzione di utili; di ulteriori spese per investimenti ecc.), e i *positive covenants* cioè obblighi ad agire in una data direzione (non accantonare i fondi, ma rimborsare il debito subordinato); entrambe le tipologie mirano a garantire la copertura del rimborso del debito e dei relativi interessi.

scelte gestionali della società, la posizione di controllo, attribuita dal contratto, potrebbe concretizzarsi in attività di direzione³¹.

4. L'attività di direzione e coordinamento

Occorre a questo punto chiedersi in quali ipotesi la banca, in posizione di controllo in virtù del *covenant*, agisca: a) “esercitando attività di direzione e coordinamento” e b) “nell’interesse imprenditoriale proprio od altrui”.

Allorché si sia instaurata la situazione di controllo, sarà necessario, perché si realizzi la fattispecie di cui all’art. 2497 c.c., che tale situazione si concretizzi nell’esercizio dell’attività di direzione e coordinamento³².

La dottrina a quel che risulta non si è particolarmente soffermata sul significato da dare alla locuzione “esercitando attività di direzione e coordinamento” contenuta nell’art. 2497 c.c.

Questo elemento delimita la fattispecie, nella maniera in cui dottrina e giurisprudenza da tempo ed anche prima della riforma hanno sostenuto: non è sufficiente che ci sia il controllo ma è altresì necessario che questa situazione potenziale si concretizzi nell’esercizio dell’attività di direzione. Ciò trova conferma anche nell’art. 2497 *sexies*, c.c., che detta il criterio presuntivo per l’accertamento dell’esercizio dell’attività di direzione e nel successivo art. 2497 *septies* c.c., che ancora una volta fa riferimento all’esercizio di tale attività.

Si tratta certamente di un elemento di difficile definizione, dato che, come è stato segnalato³³, l’attività di direzione presenta nella realtà imprenditoriale diversi gradi di intensità che vanno dalla

³¹ Per SPOLIDORO, *Il concetto di controllo*, cit., 485, il controllo da particolari vincoli contrattuali si realizzerà non nelle ipotesi che vengono addotte come esempio nella maggior parte delle trattazioni (e cioè contratti di *franchising*, agenzia, fornitura di materie prime) ma si “dovranno considerare i contratti contenenti clausole che attribuiscono ad una società il potere di nominare la maggioranza dei consiglieri di amministrazione, come può accadere in ipotesi, peraltro molto rare, di certi contratti di finanziamento o di ristrutturazione del debito o in situazioni prodromiche all’acquisizione di consistenti pacchetti azionari o alla fusione e simili fattispecie”.

³² Occorre qui però fare una precisazione. Se infatti il contratto di cui si discute dovesse intercorrere con altra banca o con società finanziaria realizzerebbe la fattispecie di gruppo bancario di cui all’art. 61 comma 4 T.U.B. con la conseguenza che l’esercizio della attività di direzione e coordinamento diverrebbe obbligatoria: dato che il gruppo bancario, come è noto, risponde ad esigenze di vigilanza, l’esercizio della attività di direzione è obbligatorio (sul punto mi permetto di rinviare a R. PENNISI, *Attività di direzione e poteri della capogruppo nei gruppi bancari*, Torino, 1997, 76 e ss.) e la capogruppo potrà essere sottoposta ad amministrazione straordinaria proprio per non averla esercitata.

³³ PAVONE LA ROSA, *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*, in *Riv. soc.*, 2003, 776. MAZZONI, *Capitale sociale, indebitamento e circolazione atipica del controllo*, in *La società per azioni oggi. Tradizione attualità e prospettive*. Atti del Convegno di Venezia, 10-11 novembre 2006, Milano, 2007, 539, richiama l’esperienza americana, ove si dà rilevanza, come sintomo di abuso di potere contrattuale, ad istruzioni, che la banca abbia trasmesso al suo debitore e che vanno aldilà della prassi di mercato relativa la monitoraggio degli affari del debitore. Così l’assunzione di personale specializzato per sorvegliare beni del debitore nell’interesse della banca; l’allontanamento di alti dirigenti per far posto ad altri designati dalla stessa banca o ad essa graditi.

pervasiva ingerenza della società che dirige persino nel *day by day management* (cosa che nel nostro caso non credo sia realistico pensare) ad indicazioni di carattere strategico e generale.

Di certo l'istruzione isolata non integrerà la fattispecie, essendo necessaria una attività che, per quanto limitata a scelte di indirizzo generale, sia duratura e costante nel tempo.

Il problema è di portata generale e riguarda (ed è probabilmente il punto debole di tutta la disciplina del capo IX) tutte le ipotesi di direzione, quale che sia la tipologia di controllo sulla quale si fonda.

Si potrebbe però pensare che questa espressione serva anche a delimitare la fattispecie non solo nel senso appena precisato, condizione che dovrebbe comunque ricorrere, ma anche nel senso che l'attività di direzione è tale in quanto è attività volta al perseguimento di un fine imprenditoriale per il quale il gruppo è costituito ed in funzione del quale le società soggette vengano utilizzate ed in questo modo l'espressione interesse imprenditoriale farebbe riferimento all'interesse dell'impresa di gruppo. In questo modo "esercizio dell'attività di direzione" e "agire nell'interesse imprenditoriale" sarebbero in realtà un unico elemento.

Secondo una nota opinione si deve addirittura andare oltre. Poiché non solo si deve trattare di una impresa unica organizzata in forma di gruppo; ma le norme sulla responsabilità di cui al capo IX troverebbero applicazione solo se l'interesse, che viene trasposto entro l'assemblea o l'organo amministrativo della società diretta, sia un interesse superiore, di gruppo appunto, in quanto tale riferibile anche alla controllata. E non invece l'interesse esclusivo della società che dirige o di altra società del gruppo. In questo secondo caso, infatti, la fattispecie sarebbe disciplinata dalle norme sul conflitto di interessi, con conseguente applicazione degli artt. 2373 e 2391 c.c.³⁴.

Certo l'adesione a questa seconda tesi escluderebbe in radice la possibilità di applicazione delle norme del capo IX nella fattispecie in oggetto.

In relazione ad essa occorre però notare³⁵ che il legislatore delegato non ha menzionato, al contrario di quanto faceva la legge di delega³⁶, l'interesse di gruppo. La lettera dell'art. 2497, c.c. fa esplicito riferimento all'interesse "proprio" della società che dirige ed all'interesse altrui. Si può certo ritenere che nell'"interesse altrui" sia ricompreso l'interesse di gruppo, ma quel che conta è che il legislatore delegato, nel selezionare gli interessi rilevanti, ai fini di stabilire gli ambiti di applicazione rispettivamente delle norme sul conflitto di interessi e di quelle sull'attività di direzione e coordinamento, non ha, con la formula omnicomprensiva dell'art. 2497 c.c.³⁷, tanto puntato

³⁴ GALGANO, *Le nuove società*, 182.

³⁵ Mi permetto di rinviare al mio *La disciplina delle società soggette a direzione unitaria ed il recesso nei gruppi*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA e G. B. PORTALE; vol. 3, Torino, 2007, 912 e ss.

³⁶ All' art. 10, lett. a)

³⁷ Per SBISÀ, *Responsabilità della capogruppo e vantaggi compensativi*, in *Contr imp.*, 2003, 601, il senso della formula dell'art. 2497 c.c. è quello di chiarire che è indifferente che l'interesse perseguito sia quello della controllante o di altra società del gruppo.

sull'individuazione del soggetto titolare dell'interesse, quanto sulla qualificazione dello stesso interesse come interesse "imprenditoriale".

Anche aderendo alla prima delle tesi sopra ricordate, sarebbe difficile ipotizzare, nel caso in esame, la realizzazione di una fattispecie riconducibile alla disciplina del capo IX. Nel nostro caso infatti, non credo che si possa parlare di una situazione di unicità dell'impresa. La banca infatti svolgerà la sua attività, l'impresa bancaria appunto, che avrà oggetto e finalità diverse da quelli dell'impresa controllata.

Essa perseguirà il proprio interesse di creditore, interesse che spesso coinciderà con quello del debitore società controllata, nella misura in cui c'è sempre un interesse che accomuna il creditore ed il suo debitore: l'interesse alla solvibilità del secondo. Nel caso, come quello in esame, di finanziamento ad una attività, l'interesse comune è quello a che l'attività abbia successo almeno fino al punto di assicurare il rimborso del finanziamento³⁸. Ma l'interesse della banca potrebbe essere invece (ed in ipotesi è, poiché parliamo di abuso) in contrasto con quello della società diretta o degli altri creditori; e su questi interessi venire in maniera illecita fatto prevalere. Si pensi all'ipotesi in cui la banca impedisca determinate operazioni pregiudicando in tal modo la redditività delle partecipazioni nella società finanziata.

In queste ipotesi non pare possa essere esclusa la configurabilità di una responsabilità *ex art. 2497, c.c.*

Innanzitutto occorre tenere presente che la qualifica di creditore non comporta senz'altro che si abbia a che fare con soggetto estraneo al rischio di impresa. Questo appare evidente dopo la riforma che ha introdotto una serie di ipotesi di partecipazione all'attività economica senza partecipazione nella società. Si pensi agli strumenti finanziari per i quali i tempi e l'entità del rimborso dipendono dall'andamento economico della società (2411, comma 3); o ancora agli strumenti finanziari cui fanno capo diritti amministrativi (art. 2346, ult. comma c.c.) o a quelli emessi nell'ambito dei patrimoni destinati³⁹.

Ma va più a monte rilevato che con ogni probabilità nell'intenzione del legislatore ciò che conta è la realizzazione di una fattispecie nella quale il comportamento di una società non è più indipendente ma etero diretto: fattispecie legittima a condizione che siano salvaguardati il valore e la redditività

³⁸ Per l'analisi dell'interesse del finanziatore all'esercizio di poteri di controllo nei confronti del finanziato, si veda BRESCIA MORRA, *Finanziamento e partecipazione all'impresa*, cit., 133 e ss.

³⁹ LIBONATI *Gli strumenti finanziari partecipativi in la società per azioni oggi. Tradizione, attualità e prospettive*, Atti del Convegno di Venezia, 10 novembre 2006, Milano, 2007, 584; MIOLA, *Gli strumenti finanziari nella società per azioni e la raccolta del risparmio tra il pubblico*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, I, 438 e s.; TOMBARI *Gli strumenti finanziari nella riforma delle società di capitali*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, 149 e s.; BRESCIA MORRA, *Finanziamento e partecipazione all'impresa*, cit., 25 e s.; RIMINI, *Il prestito mezzanino tra clausole di subordinazione, equity kickers e restrictive covenants*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 1066 e ss.; .; M. CIAN, *Strumenti finanziari partecipativi e poteri di voice*, Milano, 2006, 48 e ss.

delle partecipazioni della società diretta.

La selezione dei motivi per i quali la società che dirige impone alla società soggetta certi sacrifici è affidata a quella parte della norma che fa riferimento all'interesse imprenditoriale "proprio o altrui".

Nel senso che la fattispecie prevista dall'art. 2497, c.c. si realizzerà tutte le volte in cui l'agire della società che dirige sia rivolto a perseguire un interesse imprenditoriale appunto.

Si pone allora il problema di portata generale di definire cosa si intenda per interesse imprenditoriale.

Il punto meriterebbe ben altro approfondimento, dato che definire cosa sia il carattere imprenditoriale è basilare e condizionante per l'applicazione di tutta la disciplina del capo IX. Mi pare però che alcune considerazioni sia possibile accennare in maniera estremamente sintetica e parziale solo per il fatto che esse sono piuttosto ovvie.

L'interesse imprenditoriale non può che essere inteso nel senso dell'interesse che attiene alla gestione dell'impresa. Nell'art. 2497 c.c. l'aggettivo imprenditoriale si trova ripetuto due volte: la prima riferito all'interesse per soddisfare il quale la società che dirige agisce⁴⁰, causando il danno; la seconda riferito ai principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale appunto, la cui violazione è condizione della responsabilità.

La prima volta esso svolge la funzione di spartiacque tra ciò che è disciplinato dall'art. 2497 c.c. e ciò che invece ricade sotto la più generale disciplina del conflitto di interessi e della responsabilità degli amministratori. In altre parole, l'ambito della speciale responsabilità prevista da questa norma è limitato alle ipotesi nelle quali si agisca nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui, non nell'ipotesi nella quale sia perseguito un interesse di altro genere, quale ad esempio un interesse privato degli amministratori o di soci della società che dirige⁴¹.

Le disposizioni attraverso cui si estrinseca l'attività di direzione potranno essere considerate come emanate nell'interesse imprenditoriale di una società del gruppo in tutti i casi in cui siano dirette a favorire l'attività di impresa di quest'ultima⁴². Il discorso può riguardare, ma non è necessario che riguardi, anche l'interesse imprenditoriale di gruppo⁴³.

⁴⁰ "Egoismo imprenditoriale", secondo l'efficace espressione di G. SCOGNAMIGLIO, *Poteri e doveri degli amministratori*, in *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, a cura di G. Scognamiglio Milano, 2003, 194.

⁴¹ Sul punto FIGÀ – TALAMANCA, GENOVESE, *Riforma del diritto societario e gruppi di società*, in *Vita not.*, 2004, 1203; GALGANO, *Direzione e coordinamento di società*, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, a cura di GALGANO, Bologna, Roma, 2005, 104.

Molto efficacemente ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, Padova, 2006, 143, sottolinea: "L'ipotesi non è semplicemente quella, in effetti comune ad ogni società, che la sua azione sia deviata per la considerazione di interessi esterni, ma quella appunto specifica in cui tali interessi si pongano in una dimensione imprenditoriale".

⁴² Sul punto FIMMANÒ, *Responsabilità da direzione e coordinamento ed insolvenza della società abusata*, in *Temi del nuovo diritto fallimentare*, a cura di PALMIERI Torino, 2009, 98 e s., per il quale l'interesse imprenditoriale è proprio l'interesse che costituisce la ragione determinante del controllo ed è un interesse alla direzione dell'impresa dominata.

⁴³ E' controverso, anche dopo la riforma, se il legislatore prenda in considerazione un interesse di gruppo. Il punto indubbiamente di grande importanza non può essere qui discusso. Fra i primi commentatori si vedano, su posizioni opposte, GALGANO, *Le nuove società di capitali e cooperative*, in *Tratt. Dir. Comm. e Dir. Pubbl. dell'Economia*, vol.

La disciplina prevista dall'art. 2497 c.c. potrà quindi trovare applicazione tutte le volte in cui la società che dirige persegua un interesse imprenditoriale proprio ancorché non del gruppo inteso come impresa unica.

5. La violazione dei principi di corretta gestione

La disciplina dell'art. 2497 c.c. sarà poi applicabile in conseguenza della violazione dei principi di corretta gestione che causi un danno

Anche l'individuazione del significato della espressione "principi di corretta gestione" non è facile. La dottrina sino ad oggi ha dato solo qualche indicazione di massima

La locuzione sembra alludere al comportamento cui il buon imprenditore si attiene allorché gestisce la propria impresa.

In linea generale, è affermazione condivisa che l'interesse imprenditoriale, e quindi in quanto tale dell'impresa, sia l'interesse alla produzione ed allo scambio di beni e servizi, che è sicuramente il passaggio obbligato e necessario ai fini della realizzazione dell'interesse ulteriore (e secondo alcuni eventuale) del conseguimento di un profitto. Il fine dell'impresa societaria è quindi quello di conseguire profitti e distribuirli⁴⁴. Essendo queste finalità continue nel tempo, "professionali"⁴⁵ quindi, la società, come ogni impresa, si caratterizza per il fatto di essere dotata di una propria strategia di sopravvivenza ed eventualmente di crescita⁴⁶.

Se è vero quindi che uno di questi principi è costituito dal perseguimento della redditività, l'ipotesi nella quale non si persegua il fine di lucro di cui all'art. 2247 c.c. sarà qualificabile appunto

ventinovesimo, Tomo I, Padova, 2004, 178 e ss. da un lato, e SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nei gruppi di società*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 663 ed ENRIQUES, POMELLI, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di MAFFEI ALBERTI, Padova, 2005, 760 e ss., dall'altro.

⁴⁴ LIBERTINI *La motivazione obbligatoria delle decisioni nelle società soggette a direzione e coordinamento (art.2497-ter c.c.)*, *Relazione al Convegno Paradigma – Milano - 27 maggio 2003*: "Ne consegue che qualsiasi deliberazione societaria incompatibile con il perseguimento del fine lucrativo è da ritenersi –in linea di principio- viziata per non conformità alla legge. In questo senso credo che i "principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale", di cui parla l'art. 2497, comma 1°, con riguardo ai gruppi di società, e così pure l'indicazione della "redditività... della partecipazione sociale" come bene giuridicamente tutelato, debbano intendersi come disposizioni di principio non limitate all'impresa di gruppo, ma operanti un tutto il diritto della società di capitali.

Nel senso che un contratto di dominio che disponesse della causa lucrativa delle controllate sarebbe nullo in quanto violerebbe sia l'art. 2247 c.c., VALZER, *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, cit. 881.

⁴⁵ Sul punto AULETTA, voce *Attività (Diritto Privato)*, ora in *Scritti giuridici*, vol. sesto, Milano, 2001, 322.

⁴⁶ LIBERTINI, *Impresa, proprietà intellettuale e Costituzione*, in *AIDA*, 2005, 51.

come violazione dei principi di corretta gestione⁴⁷. Come è stato efficacemente rilevato, occorre che la società diretta operi come autonomo centro di profitto⁴⁸

Nella fattispecie in oggetto, si possono immaginare diverse ipotesi di abuso, caratterizzate da disposizioni date dalla banca ed ispirate al perseguimento esclusivo del proprio interesse a scapito del valore e della redditività delle partecipazioni nella società diretta.

Si immagini il caso in cui una clausola del *covenant* impedisca, senza l'autorizzazione della banca alla società diretta, l'ingresso in nuovi mercati o l'avvio di nuove attività più o meno specificamente indicate. Si supponga che, in presenza della opportunità di porre in essere una operazione, che se riuscisse sarebbe altamente redditizia, un'accurata istruzione preventiva faccia emergere una alta probabilità di riuscita dell'operazione. Si supponga altresì che la banca neghi l'autorizzazione, causando in tal modo un pregiudizio alla redditività delle partecipazioni nella società controllata.

In ipotesi come queste oltre alla responsabilità ex art. 2497 c.c. sarebbe probabilmente possibile esercitare una azione di danni per violazione della buona fede contrattuale. Questa azione ovviamente sarebbe la sola possibile qualora si ritenesse non applicabile l'art. 2497 c.c.; ed in ogni caso è assai più probabile che la fattispecie che la genera si realizzi.

Il ricorso all'azione di danni per violazione del principio di buona fede nell'esecuzione del contratto porterà ovviamente a conseguenze diverse rispetto a quelle che derivano dall'art. 2497 c.c.: in primo luogo il fatto che ad agire contro la banca dovrà essere la società e non i soci. Il che potrebbe portare a qualche inconveniente sul piano della effettività della tutela, tutte le volte in cui gli amministratori e la maggioranza di cui sono espressione siano acquiescenti rispetto al comportamento della banca.

6. Considerazioni conclusive

In conclusione è necessario fare alcune considerazioni ulteriori.

La prima considerazione è di carattere generale. Il controllo da particolari vincoli contrattuali è sempre stata una figura problematica, sia come fattispecie che come disciplina. Con le nuove norme lo diviene ancor di più.

⁴⁷ A. BADINI CONFALONIERI, R. VENTURA, *Commento all'art. 2497*, in *Il nuovo diritto societario. Commentario*, diretto da COTTINO, BONFANTE, CAGNASSO, MONTALENTI, vol. 3, Bologna, 2004, 2164; F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di dir. comm. e di dir. pubb. dell'economia*, diretto da GALGANO, vol. XXIX, Padova, 2003, 187.

⁴⁸ ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, cit., 204; TOMBARI, *Poteri e doveri dell'organo amministrativo di una s.p.a. «di gruppo» tra disciplina legale e autonomia privata (Appunti in tema di Corporate Governance e gruppi di società)*, in *Riv. Soc.*, 2009, 127

L'art. 2497 c.c. prevede la legittimazione dei singoli soci ed in questo modo consente di corrispondere direttamente alle minoranze, il risarcimento per il pregiudizio subito alla redditività ed al valore della partecipazione, esentando la società che dirige dal ripianare l'intero pregiudizio al patrimonio della società diretta. Esso è stato evidentemente pensato per ipotesi di attività di direzione basata su di un controllo interno. L'applicazione di esso ad ipotesi di controllo esterno non è perciò stesso esclusa (almeno così mi pare) ma, nel valutare se siano necessari adattamenti, molto lavoro aspetta gli interpreti, che non potranno, prevedo, valersi dell'aiuto di una casistica cospicua.

Ancora, il capo IX comprende, oltre alla norma sulla responsabilità, una serie di altre norme, la cui applicazione scatta allorché si sia in presenza di un'attività di direzione. Accertato l'esercizio di questa attività, saranno applicabili gli obblighi di *disclosure* (2497 *ter* c.c. obbligo di motivazione delle decisioni; 2497 *bis* c.c. obbligo di iscrizione nel registro delle imprese).

Queste norme, che costituiscono lo statuto delle società legate da una relazione di direzione e coordinamento, potrebbero non essere molto gradite alla banca od alla società diretta. Ma massimamente la norma più scomoda per la banca, qualora la si ritenga applicabile anche ai casi di controllo esterno⁴⁹, sarà quella di cui all'art. 2497 *quinquies*, c.c., che prevede la postergazione del rimborso dei crediti alla società che dirige, qualora il finanziamento sia stato erogato nelle condizioni di cui all'art. 2467, comma 2, c.c. e cioè se vi sia un eccessivo squilibrio rispetto al patrimonio netto⁵⁰. Certo la norma anche nelle ipotesi che stiamo esaminando protegge interessi meritevoli però la sua applicabilità (così come quella delle altre norme appena menzionate) indurrà probabilmente la banca a cercare di non realizzare la fattispecie che fa scattare l'applicazione del capo IX.

Si può certo prevedere, come più volte ribadito, che, anche aderendo alle opinioni sin qui espresse, l'applicabilità della disciplina della responsabilità da abuso di attività di direzione non sarà frequentissima⁵¹. Il più delle volte infatti comportamento che consegue alla stipula del *covenant* non sarà riconducibile all'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, perché non sarà stata pattuita, né in effetti posta in essere un'attività di questo tipo. O, e non è cosa di poco momento, la banca si guarderà bene dal far emergere un'attività che tuttavia viene posta in essere. E lo stesso contratto sarà spesso circondato da un elevato grado di riservatezza.

⁴⁹ Si tratta infatti, come è noto, di questione controversa. Nel senso contrario alla applicabilità MAUGERI, *Dalla struttura alla funzione della disciplina sui finanziamenti dei soci*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, 149 e s..

⁵⁰ Sul punto DE LUCA PICIONE, *Operazioni finanziarie nell'attività di direzione e coordinamento*, Milano, 2008, 88 e ss.; GIANNELLI, *I covenants finanziari ed il finanziamento di gruppo*, di prossima pubblicazione su *RDS*, 2009.

⁵¹ Ed è probabilmente un bene che non sia così. Come rileva MAZZONI, *Capitale sociale, indebitamento e circolazione atipica del controllo*, cit., 540, sarebbe una iattura se si parisse una corsa alle "tasche profonde" delle banche, cercando di attingere ad esse, mediante un facile ricorso alla applicazione della responsabilità per abuso del controllo, tutte le volte in cui non abbia successo il tentativo di evitare la crisi del debitore.

Autorevole dottrina⁵² ha notato quanto difficile sia definire l'attività di direzione e a maggior ragione provarne l'esercizio. Sotto questo aspetto molto se non quasi tutto si gioca sulla presunzione derivante dal controllo (data poi anche la difficoltà di dare la prova capace di vincere questa presunzione). Però nel caso del controllo esterno è noto che parte della dottrina ritiene che perché ci sia il controllo sia necessaria un'influenza dominante effettiva. Non sarebbe cioè sufficiente che il contratto contenga clausole idonee a trasferire poteri direttivi da un soggetto ad un altro ma occorrerebbe che il contratto abbia effettivamente realizzato questo risultato⁵³. Con il che questa influenza dominante effettiva, a me pare, niente altro sarebbe se non l'attività di direzione⁵⁴, con la conseguenza che per quel che ci interessa la presunzione di cui all'art. 2497 *sexies* c.c. non sarebbe di alcun aiuto. L'adesione a questa tesi rendendo difficile la prova dell'esercizio dell'attività di direzione renderebbe ancor più difficile far valere in giudizio l'azione di danni.

Infine un'ultima questione. Fattispecie del tipo esaminato fanno emergere prepotentemente il quesito relativo a cosa accade nelle ipotesi in cui occorra dare una disciplina a fattispecie nelle quali manchi qualcuno degli elementi che il legislatore ha previsto per l'applicazione del capo IX e specificamente dell'art. 2497 c.c.

Si torna al diritto societario generale, si opera attraverso l'analogia, o si disaggrega la disciplina del capo IX e dello stesso articolo 2497 c.c., rendendone perciò applicabili solo alcune parti ?

Prima della riforma gli interpreti per decenni, nel silenzio del legislatore, si sono posti il problema di enucleare dal diritto societario generale regole capaci di dare un soddisfacente assetto ai conflitti di interessi evidenziati dal fenomeno dell'attività di direzione di società. Dopo la riforma ho l'impressione che ci aspetti una fatica non minore per individuare la disciplina delle fattispecie che il legislatore ha lasciato fuori dall'applicazione del capo IX .

⁵² PAVONE LA ROSA, *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*, in *Riv. soc.*, 2003, 776.

⁵³ RONDINONE *I gruppi di imprese tra diritto comune e diritto speciale*, Milano, 1999, 472.

⁵⁴ Si vedano sul punto le considerazioni di TOMBARI, *Il gruppo*, cit. 58 e ss.