

# La responsabilità da direzione e coordinamento di società: questioni esegetiche<sup>1</sup>

**Tiziana Ventrella**

**Maggio 2013**

© Luiss Guido Carli. La riproduzione è autorizzata con indicazione della fonte o come altrimenti specificato. Qualora sia richiesta un'autorizzazione preliminare per la riproduzione o l'impiego di informazioni testuali e multimediali, tale autorizzazione annulla e sostituisce quella generale di cui sopra, indicando esplicitamente ogni altra restrizione

---

<sup>1</sup> Il presente elaborato costituisce un *abstract* della Tesi di Laurea discussa alla fine del corso di studi in Giurisprudenza, presso la Luiss Guido Carli, in data del 18 luglio 2012. In aggiunta, le modifiche inerenti le novità legislative recentemente intercorse.

- **LA RESPONSABILITA' PER L'ESERCIZIO DI ATTIVITA' DI DIREZIONE E COORDINAMENTO**

L'inquadramento della responsabilità da direzione e coordinamento di società richiede una previa analisi dello scenario normativo anteriore alla riforma del 2003, soffermandosi in particolare sugli strumenti che giurisprudenza e dottrina hanno adoperato per fornire una collocazione giuridica ai gruppi societari, nonostante il silenzio del legislatore.

Unico appiglio normativo era la l. n. 95/1979, in materia di amministrazione straordinaria delle imprese in crisi, legge che aveva introdotto la legittimazione del commissario a proporre l'azione di responsabilità sociale nei confronti degli amministratori della società controllante. Una norma che si pone in continuità con il concetto giurisprudenziale di "amministrazione di fatto", volto a far emergere distorsioni della struttura societaria in danno della trasparenza del mercato.

La norma tuttavia, subordinando l'azione all'accertamento di un'effettiva "direzione unitaria" delle gestioni di controllante e controllata, sceglie di regolamentare una mera condotta dell'amministratore, senza dunque riconoscere un'entità giuridica "gruppo". Inoltre il legislatore non chiarisce circa gli elementi che dovranno integrare tale attività.

Attraverso numerosi interventi giurisprudenziali, si è passati dunque ad elaborare dei sintomi concreti della direzione unitaria, in mancanza dei quali sarebbe risultata impossibile l'applicazione stessa della norma.

Esemplificativa è la sentenza della Cassazione n° 1439/1990, nella quale si tratteggia un paradigma di direzione volta a "imprimere unità di indirizzo e di azione alle diverse imprese aggregate, attraverso un "flusso costante di istruzioni che la società controllante impartisce alla controllata su modalità gestionali, sul reperimento di mezzi finanziari, su politiche di bilancio, sulla scelta dei contrenti ecc."

Il problema diviene allora reperire dei meccanismi che consentano di conciliare questa ipotesi di “legittima interferenza” nella governance societaria con il principio di autonomia della persona giuridica.

Importante è individuare il limite oltre il quale l’ interferenza non risulta accettabile: la Cassazione afferma infatti che “si può ammettere che la partecipazione d’una società ad un gruppo comporti la legittimità di attività che perseguono anche interessi del gruppo; certo è, tuttavia, che non si possono ritenere legittime attività che, nel perseguire interessi del gruppo, contrastino con quelli della società sino al punto di recarle pregiudizio” . Ma soprattutto è fondamentale reperire nell’ordinamento le norme che consentano di tutelare nei fatti l’interesse della controllata, ossia gli art. 2391c.c. e 1394 c.c. Essi disciplinano la fattispecie del conflitto d’interessi, rispettivamente, dell’amministratore rispetto al consiglio di amministrazione e del rappresentante rispetto al rappresentato. In particolare l’art.1394 c.c., pur non riferendosi specificamente all’ambito societario, è stato applicato dalla giurisprudenza anche alla fattispecie dell’amministratore unico in conflitto con la società.

Tuttavia entrambi i rimedi avevano limiti innegabili nell’applicazione al gruppo. L’art. 2391 c.c., da un lato, era modulato sulla propria specifica ratio, cioè evitare che il C.d.A. agisse in contrasto con l’interesse sociale per perseguire quello personale di uno o più amministratori. La sua formulazione originaria, presupponendo l’equivalenza tra interesse “terzo” e interesse “in conflitto”, avrebbe comportato la totale illiceità dei gruppi societari, considerato che l’interesse di gruppo è sempre interesse terzo rispetto a quello della singola controllata.

Dall’altro lato l’art. 1394 c.c. consentiva alla società controllata di ottenere l’annullamento di eventuali contratti conclusi dal proprio amministratore con il terzo in malafede nell’interesse della società controllante. La natura stessa del rimedio al conflitto (addirittura l’annullamento del contratto) evidenzia come l’articolo fosse nato pur sempre per disciplinare un rapporto di rappresentanza tra persone fisiche. Il che, se spiega il rigoroso onere probatorio imposto al rappresentato persona fisica in ordine alla conoscibilità del conflitto da parte del terzo, non può però invocarsi per giustificare un analogo gravame in capo

alla società che voglia agire contro il proprio amministratore infedele. Un gravame che appare ancor più sproporzionato se si considera la posizione di generale inattaccabilità di cui l'amministratore gode in quanto espressione di quella stessa maggioranza assembleare che avrebbe dovuto esercitare l'azione ex 1394 c.c. L'azione infatti spetta al "rappresentato", cioè alla società, che potrà concretamente esercitarla solo in seguito a decisione adottata dalla maggioranza dei soci in sede assembleare.

Tale ostacolo "fisiologico" all'azionabilità del 1394 c.c. venne in ogni caso aggirato tramite il rimedio ex art. 2409 c.c. La denuncia al tribunale di gravi irregolarità amministrative, esperibile anche dai soci di minoranza, era utilizzata come strumento d'allarme a fronte di un "fondato sospetto" di irregolarità nella gestione. Essa consentiva poi il successivo accertamento, da parte del tribunale depositario della denuncia, dell'effettiva sussistenza dell'irregolarità. Verificato ciò il tribunale poteva adottare i provvedimenti più opportuni, tra i quali lo stesso annullamento del contratto a fronte dei presupposti ex art. 1394 c.c.

Nel quadro sinora delineato verrà ad inserirsi l'intervento del legislatore del 2003. Dalla Relazione ministeriale al D.lgs. 6/2003 si possono evidenziare le fondamenta dell'intera struttura della Riforma:

a) Il concetto di direzione e coordinamento. Il legislatore sceglie ancora una volta di regolamentare il fenomeno a prescindere da una nozione formale di gruppo, ma subordinando l'esercizio di un'azione di responsabilità al ricorrere di una situazione di fatto: l'attività di direzione e coordinamento di società. Tale prospettiva "dinamica" viene adottata, da un lato, per evitare una rapida obsolescenza della norma a seguito dell'inevitabile evoluzione della realtà economica e societaria. Dall'altro perché secondo il legislatore l'unico aspetto problematico del gruppo è proprio quello della responsabilità della controllante nei confronti dei soci e dei creditori sociali della controllata

b) Il controllo quale fonte del potere di direzione e coordinamento. Il controllo societario ex art. 2359 c.c. può o meno, a seconda dell'interpretazione che "in fatto" ne darà la controllante, evolvere nel fenomeno di direzione e coordinamento di società. Non c'è dunque equivalenza tra il concetto di

controllo e quello di direzione unitaria, quanto piuttosto un rapporto causa-effetto in base al quale, se è vero che non può esserci direzione senza controllo, non è altrettanto vero che ogniqualvolta c'è controllo c'è anche direzione. Il legislatore ha però rafforzato il rapporto di presupposizione tra i due concetti, prevedendo all'art. 2497-sexies che la situazione di controllo ex 2359 c.c. costituisca indice presuntivo, per quanto iuris tantum, del concreto esercizio di direzione e coordinamento societario. La Riforma non specifica i limiti entro cui l'accentramento di potere decisionale in capo alla capogruppo può dirsi legittimo. Si vedrà tuttavia come giurisprudenza e dottrina li abbiano pacificamente ravvisati nel rispetto di quei "principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale" la cui violazione costituisce presupposto della responsabilità ex art. 2497 c.c.

c) Le presunzioni ex art. 2497-sexies e la prova contraria. La novità principale rispetto al periodo preriforma consiste nell'inversione dell'onere probatorio in favore dell'attore, socio o creditore sociale. Spetta oggi ai controllanti fornire eventualmente la prova liberatoria dell'inesistenza dell'attività di direzione e coordinamento in presenza degli indici presuntivi contemplati all'art. 2497-sexies.

d) I principi di corretta gestione nell'operato infragruppo. Dottrina e giurisprudenza hanno individuato, nelle norme relative ad alcuni aspetti operativi infragruppo, un valido strumento per individuare comportamenti scorretti. Una gestione che non rispetti i singoli adempimenti formali posti a tutela di soci o terzi, come ad esempio la violazione, da parte degli amministratori della controllata, delle norme che garantiscono l'esercizio del diritto di recesso nei casi e nei tempi utili ai soci, che impongono l'obbligo di motivazione rafforzato per l'adozione di alcune decisioni, o che stabiliscono particolari condizioni per la restituzione di taluni finanziamenti, costituirà dunque valido presupposto per l'esercizio dell'azione di responsabilità, quale "sintomo" della violazione dei principi richiamati dallo stesso art. 2497 c.c.

e) L'azione di responsabilità ex art.2497 c.c. Fulcro dell'intero Capo IX la norma presenta una formulazione tuttora ricca di problemi insoluti, che passerò ad evidenziare nel corso del capitolo successivo.

- **LA DISCIPLINA ATTUALE: PROBLEMATICHE INTERPRETATIVE DELL'ART. 2497 C.C.**

I legittimati attivi rispetto all'azione ex art.2497 c.c. sono, rispettivamente, il socio della società eterodiretta, nel caso di pregiudizio arrecato alla redditività e al valore della partecipazione sociale, e il creditore della suddetta società, nell'ipotesi di pregiudizio all'integrità del patrimonio della debitrice.

Un primo problema concerne proprio il novero dei legittimati attivi. Tra questi non compare la società controllata, nonostante l'interesse giuridico alla "redditività" e al "valore della partecipazione sociale" possa difficilmente subire lesioni che non comportino anche un danno, simultaneo, al patrimonio della controllata.

Ulteriore difficoltà consiste nell'individuazione dei "principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale", la cui violazione costituisce presupposto dell'azione. La gestione societaria consiste solitamente nell'adozione di criteri uniformi circa l'organizzazione e il funzionamento delle singole società del gruppo, e risulterà piuttosto complicato attribuire il carattere della "scorrettezza" ad aspetti organizzativi e strutturali di portata così generale. Quanto poi alla gestione imprenditoriale è evidente che essa implica l'adozione di strategie di mercato in cui la distinzione tra discrezionalità del rischio d'impresa e violazione di vere e proprie norme giuridiche di correttezza è molto labile.

Il testo dell'art. 2497 c.c. sembra non prevedere alcuna distinzione tra la responsabilità della capogruppo nei confronti dei soci e dei creditori sociali. La relazione alla Riforma conferma tale impressione qualificandola come responsabilità extracontrattuale tout court. Dottrina e giurisprudenza hanno in parte espresso la propria contrarietà a tale qualificazione, con particolare riferimento alla posizione del socio di controllata. A loro avviso il fatto che sia la stessa disposizione a richiamare i "principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale" quali limite all'esercizio di attività di direzione e coordinamento porterebbe a concludere che essi siano posti nell'interesse degli stessi soci. Il che potrebbe porli in una posizione qualificata rispetto alla società

capogruppo, inconciliabile con l'assunto che la responsabilità di quest'ultima verso i soci derivi da mera violazione del principio di *neminem laedere*.

D'interpretazione non agevole è poi il concetto di danno risarcibile subito dal socio di controllata. Se la disposizione parla di "lesione del diritto alla redditività e alla valorizzazione della partecipazione sociale", configurando un danno necessariamente derivante da un danno alla società (quindi indiretto), allo stesso tempo prevede che il socio proponga l'azione "direttamente" contro l'ente controllante e gli eventuali responsabili in solido con essa, tra cui l'amministratore della stessa controllata. In tal modo l'amministratore potrebbe essere chiamato a risarcire un danno che il socio ha subito nel proprio patrimonio per il solo fatto di aver assunto il rischio d'impresa, rischio che contempla necessariamente anche l'ipotesi di un risultato economico negativo. Che la perdita societaria derivi poi da dolo o colpa dell'amministratore è questione tra la società e il suo amministratore. Scaricare sulla governance le responsabilità di una perdita economica che il socio ha subito solo per aver partecipato ad un'attività imprenditoriale, per sua natura aleatoria, equivarrebbe a negare i fondamenti stessi dell'economia di mercato. Senza contare la deroga che questo comporterebbe rispetto ai principi ex art. 2043 c.c., norma generale sulla responsabilità aquiliana. In base a questa il danno risarcibile è solo quello che l'attore subisce "direttamente" dalla condotta dolosa o colposa del convenuto, e non anche quello subito "indirettamente" in forza del legame (partecipazione) che collega l'attore (socio) al diretto danneggiato (società controllata).

Il che porta poi alla questione del differente trattamento riservato al socio, a fronte della medesima condotta lesiva, a seconda che questa si collochi in un contesto di gruppo o in una società indipendente. In quest'ultimo caso il socio potrà, qui sì in piena armonia con quanto previsto dal 2043 c.c., richiedere all'amministratore il risarcimento dei soli danni "diretti" al proprio patrimonio ex art. 2395 c.c..

Ad una nozione di pregiudizio apparentemente molto favorevole al socio di controllata corrisponde tuttavia un regime probatorio complesso, dovuto alla vaghezza dei concetti normativi. L'attore incontrerà difficoltà al momento di provare:

- a) Il pregiudizio, essendo un danno che incide su qualità solo potenziali, non assolute, della partecipazione sociale (redditività e valorizzazione);
- b) La violazione dei principi di corretta gestione, elemento che richiederà un'esauriente ricostruzione della condotta che la controllante avrebbe dovuto tenere in luogo di quella concretamente adottata e ritenuta lesiva;
- c) Il nesso di causalità tra direzione unitaria e pregiudizio allegato, operazione non semplice in quanto il momento decisionale si colloca sempre, ufficialmente, nell'ambito del CdA della controllata, mentre l'ente controllante si limita a fornire indirizzi e suggerimenti.

A ciò si aggiunga la specifica ipotesi di esclusione della responsabilità, consistente nella circostanza che “il danno risulti mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette”. L'interpretazione di quest'enunciato è problematica, considerata l'assenza di qualsiasi indicazione circa i limiti temporali e le concrete modalità con cui il pregiudizio deve essere eliminato. Senza contare che il riferimento al “risultato complessivo” dell'attività prevede di fatto un'ipotesi di compensazione che avviene nel patrimonio della società, non del socio.

Interessanti spunti solleva poi il secondo comma dell'art. 2497 laddove prevede la responsabilità, solidale con l'ente controllante, di “chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio”. Se da un lato emerge l'effettività della tutela a scapito del formalismo, dall'altro si verificano intrecci e sovrapposizioni con le classiche ipotesi di responsabilità previste dalla normativa in tema di spa e s.r.l. Se nel caso di spa si possono prevedere numerosi casi di concorrenza tra le pretese risarcitorie del socio ex 2497 e quelle di società o soci di minoranza ex art. 2393 e 2393-bis, nel caso di s.r.l. c'è una difficoltà ulteriore dovuta al fatto che l'art. 2476 c.c. non contempla la responsabilità dell'amministratore verso i creditori sociali, responsabilità che quindi finirebbe per essere reintrodotta indirettamente, e solo nelle ipotesi di direzione e coordinamento, proprio dall'art.2497.



Ciò evidenzia il ruolo problematico ricoperto dall'amministratore di società soggetta a direzione e coordinamento. Infatti, dalla sua posizione, congiunturale tra controllante e controllata, deriva un "fascio" di responsabilità che spesso risultano difficilmente conciliabili. Difficoltà dovute, da un lato, alla necessità di assicurare una tutela del socio verso due soggetti, controllata e holding, giuridicamente diversi ma di fatto non ben discernibili; dall'altro al fatto che il gruppo coinvolge tipologie societarie differenti, che rendono complicato immaginare una tutela "standard" unica per il "socio di gruppo".

Due ultime questioni vanno rilevate sul piano esegetico. La prima riguarda l'onere di richiedere il preventivo soddisfacimento delle proprie ragioni alla società soggetta a direzione e coordinamento. La seconda inerisce l'ipotesi di esperimento dell'azione in presenza di procedura concorsuale aperta nei riguardi della suddetta società.

Il primo argomento evidenzia le contraddizioni della norma in tema di danno risarcibile. Il terzo comma prevede che i soci possono "agire contro la società o l'ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento, solo se non sono stati soddisfatti dalla società soggetta alla attività di direzione e coordinamento". La norma quindi ritiene "diretto" un danno che l'interpretazione sistematica spingerebbe a qualificare come danno del socio "riflesso" rispetto al danno sociale. Il contrasto è di difficile composizione, e ha portato gran parte della dottrina a evidenziare la pericolosa vicinanza della fattispecie ex III comma a quella di restituzione (anticipata) dei conferimenti. Senza contare poi l'effetto di doppio depauperamento cui verrebbe esposta la società soggetta a direzione e coordinamento.

Infine, analizzando l'ipotesi di società controllata soggetta a procedura concorsuale, si rileva che la disposizione ha espressamente ricompreso l'azione ex 2497 c.c. tra quelle esperibili dal curatore o dal commissario in sostituzione dei soli creditori sociali, e non dei soci. La scelta del legislatore è interessante se si considera che l'azione risarcitoria ex art. 2395 c.c. deve essere proposta individualmente, anche in ambito concorsuale, sia dal socio che dal creditore sociale. Sembrerebbe trapezare, anche da quest'ultimo dato, una diversa configurazione dell'azione ex art. 2497 a seconda che ad esperirla sia il socio o

il creditore, nonostante la qualificazione formale della Relazione alla riforma le attribuisca, in entrambi casi, natura aquiliana.

**• LA RESPONSABILITA' NEL DIRITTO COMUNE:  
POSSIBILE VALENZA SUPPLETIVA ALLE LACUNE EX ART.  
2497C.C.**

Taluni principi di diritto comune potrebbero costituire valida risposta a molti degli interrogativi rimasti pendenti nell'interpretazione dell'art. 2497 c.c.

In primo luogo la questione per antonomasia : il titolo della responsabilità ex art. 2497 c.c. Se da una parte infatti la Relazione al D.lgs. del 2003 non esita a definirla extracontrattuale, non può non rilevarsi una forte reticenza di una parte della giurisprudenza (minoritaria) ad accettare tale classificazione. Alla luce degli orientamenti generali della Cassazione, occorre comprendere se il dibattito sul tema sia realmente utile, e se dunque la classificazione comporti o meno conseguenze “pratiche” nell'esperimento dell'azione. Si rende necessario dunque richiamare i risultati cui la Cassazione è pervenuta nell'ambito della c.d. “responsabilità da contatto”.

Quest'ultima categoria, tesa al graduale superamento della dicotomia responsabilità contrattuale-extracontrattuale, è stata utilizzata dalla Suprema Corte rispetto a numerosi rapporti (es. medico-paziente) privi della forma contrattuale, ma necessariamente improntati al rispetto di una serie di obblighi e doveri talvolta anche molto penetranti. La suddetta responsabilità, che mira per l'appunto a dare rilevanza effettiva a questi “rapporti qualificati”, fornendo loro una tutela ad hoc in luogo di quella generica ex art. 2043 c.c., può costituire un valido elemento di raffronto ai fini dell'eventuale classificazione dell'azione ex 2497. La questione della natura dell'azione ha infatti un importante risvolto pratico, ossia il termine di prescrizione da attribuire all'azione in mancanza di un'espressa indicazione della norma.

Cercando di risolvere il problema della prescrizione rispetto al socio non si può negare che le difficoltà relative all'esercizio dell'azione sarebbero meno opprimenti a fronte di una prescrizione decennale, se non altro perché il socio avrebbe, in questo modo, più tempo a disposizione per valutare "se" e "come" esercitare l'azione di responsabilità.

Di recente, ad esempio, la Suprema Corte (v. SS.UU. n° 14712, 26-6-2007) ha attribuito natura *lato sensu* contrattuale, con conseguente applicazione del termine di prescrizione decennale, all'azione risarcitoria proposta dal terzo danneggiato che non ha un rapporto contrattuale con la Banca, ma che è stato occasionalmente danneggiato dalla violazione delle norme che disciplinano il rapporto tra la Banca e il proprio cliente. La Cassazione basa queste affermazioni sul fatto che il terzo, nei confronti della Banca, si trova in una posizione di "affidamento" rispetto alla cura del proprio interesse ad una corretta circolazione del titolo, affidamento giustificato dal ruolo che la stessa Banca si trova, volontariamente, a ricoprire in materia di circolazione di assegni.

E', dunque, possibile ravvisare un'analogia tra la posizione del terzo rispetto alla banca e la posizione che il socio di minoranza assume rispetto alla capogruppo? La holding si trova, di fatto, in una posizione da cui gestisce gli interessi anche dei soci di minoranza, e lo fa in ragione di un ruolo, quello di capogruppo, che assume volontariamente e prima che nasca l'obbligo risarcitorio, cioè quando inizia ad esercitare l'eterodirezione su quella specifica controllata, e dunque anche sui suoi soci di minoranza. Va tuttavia posto in luce che, applicando il termine di prescrizione ordinaria all'azione del socio, si verrebbe a creare l'unico caso in materia societaria di azione con prescrizione decennale.

Altro punto cruciale è l'individuazione del contenuto dei "principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale". Per dare sostanza ad una formula così generica, e con essa alla stessa attività di direzione e coordinamento, dovremo richiamare i principi già elaborati dalla giurisprudenza con riferimento all'amministrazione di singole società indipendenti, ma adattandoli alla fattispecie dei gruppi. In questa operazione ci si potrebbe far guidare dai

concetti di “colpa” e “diligenza” risultanti dall’interpretazione più recente della Suprema Corte.

E’ evidente, peraltro, che l’attore incontrerebbe notevoli difficoltà nel ricostruire la condotta lesiva della capogruppo. La giurisprudenza ha infatti, sinora, negato fermamente che siano individuabili degli “standard tecnici” cui ancorare l’attività di gestione societaria. Un’agevolazione per l’attore, sul versante dell’onere probatorio, potrebbe essere recuperata consentendogli di non dover dimostrare anche il nesso causale intercorrente tra la violazione dei principi di corretta gestione e il pregiudizio subito dal socio.

La giurisprudenza ha infatti affrontato ripetutamente la questione in materia di responsabilità di diritto comune, ricostruendo principi generali cui ancorare la possibilità per il giudice di presumere l’efficacia causale della condotta in talune fattispecie. La finalità della presunzione è evidentemente quella di soccorrere un attore in oggettiva difficoltà nel momento della ricostruzione dei rapporti causa-effetto, circostanza inevitabile in una realtà materiale sempre più procedimentalizzata e ricca di interconnessioni. Sembrerebbe, dunque, che la fattispecie di cui al 2497 c.c. possa effettivamente ricondursi alla ratio sottesa ai singoli casi di diritto comune in cui il nesso causale dev’essere presunto secondo la Cassazione.

La disposizione presenta inoltre due questioni da approfondire sotto il profilo del danno.

La prima questione consiste nell’interpretazione da attribuire alla specifica causa di esclusione della responsabilità, definita dalla dottrina “vantaggi compensativi”. La clausola presenta un margine di comparazione singolare con l’art. 2043 c.c. Quest’ultimo infatti definisce il danno risarcibile semplicemente come danno “ingiusto”. Un pregiudizio definito in modo così generico ha consentito alla dottrina di affermare l’“atipicità” dell’illecito aquiliano e di ritenere la norma applicabile ad un numero potenzialmente illimitato fattispecie concrete, non essendo in alcun modo specificato dal 2043 c.c. cosa sia o non sia” fatto illecito”. Sarà semmai il convenuto a dover dimostrare che il danno arrecato è “giusto” e, come tale, non risarcibile.

L'art. 2497 c.c. invece individua il fatto illecito (esercizio abusivo di attività di direzione e coordinamento), definisce il danno risarcibile e descrive genericamente un'ipotesi in cui quest'ultimo deve ritenersi escluso. Nel 2497 c.c. è la clausola di esclusione, non il danno, ad avere ampi margini di applicazione, al punto che ogniqualvolta si rileverà un abuso di direzione unitaria saranno sempre riscontrabili vantaggi compensativi. La vaghezza della norma nel descrivere i vantaggi compensativi lascia dunque molto spazio alle manovre della società convenuta, che potrà facilmente opporre in giudizio l'insussistenza di un danno risarcibile.

La seconda questione inerente il danno consiste nel cosiddetto "doppio danno" subito dalla società controllata.

Questo risultato, quantomeno illogico, derivante dall'applicazione del III comma dell'art.2497, potrebbe essere armonizzato nel sistema facendo leva sul concetto di danno riflesso. E' inaccettabile, secondo i principi generali ( e il buonsenso), che la società danneggiata subisca due volte il danno da direzione e coordinamento, risarcendo un pregiudizio conseguente a quello da essa subito. Mancando tuttavia un'azione di rivalsa della controllata nei confronti della controllante, la soluzione interpretativa prospettata da alcuni autori è che la controllata debba far fronte alle richieste del socio non con risorse proprie, ma con mezzi messi a disposizione dalla stessa capogruppo per evitare una successiva azione del socio contro di lei.

- **LA "SCOMODA" POSIZIONE DELL'AMMINISTRATORE DELLA CONTROLLATA**

L'aspetto su cui vorrei soffermarmi in queste riflessioni conclusive, anche perché credo consenta di fare un bilancio sulle potenzialità della nuova azione, è quello dell'amministratore della controllata: un soggetto che incarna il punto di contatto - e "contrasto"- tra i due "macrointeressi" coinvolti nell'eterodirezione -quello della capogruppo e della controllata - e ulteriori "microinteressi" - quello, rispettivamente, dei soci di minoranza, dei creditori e,

talvolta, anche dei soci di maggioranza della controllata, qualora essi non coincidano con la controllante -.

Da un punto di vista della controllata, gli obblighi che legano l'amministratore alla sua società restano, formalmente, invariati in un contesto di gruppo. La differenza che può cogliersi tra l'amministratore di controllata e quello della società monade è che il suo atto, pur estraneo all'oggetto sociale, può essere legittimo, se risponde ad un interesse della società in quanto appartenente ad gruppo. La "cartina di tornasole" di tale legittimità sarebbe La presenza di vantaggi compensativi per la società in questione.

La clausola di esclusione di responsabilità è stata, ad oggi, applicata dalla giurisprudenza come esimente di responsabilità dell'amministratore della controllata nei confronti della sua società, laddove quest'ultimo avesse agito nell'interesse della capogruppo: cioè di un terzo.

Infatti la maggior parte delle decisioni di legittimità in materia hanno riguardato casi sorti in vigenza delle norme anteriori all'introduzione del Capo IX, quando l'unico rimedio che i soci avevano a disposizione rispetto al danno da direzione unitaria era far emergere il conflitto di interessi del proprio amministratore che avesse eseguito indicazioni provenienti dall' "esterno" della propria società. Sembra tuttavia che, in assenza di indicazione contraria della riforma, la clausola di esclusione possa essere ancora utilizzata anche "al di fuori" dell'articolo 2497 c.c., e cioè nell'ambito dei rapporti tra l'amministratore, che agisce nell'interesse della holding, anche travalicando i limiti dell'oggetto sociale, e la società controllata. Anzi, considerando le difficoltà sinora emerse in termini di proponibilità dell'azione contro la capogruppo, è probabile che il socio o il creditore tenteranno di tutelare i propri interessi, in gran parte già riconosciuti dalla giurisprudenza preriforma, utilizzando le azioni e i rimedi approntati prima del 2003, perché, essendo già collaudati, questi ultimi strumenti godono di maggiore familiarità presso gli operatori giuridici.

Per il socio di minoranza risulterà, quindi, più semplice cercare di dimostrare la responsabilità, ex art. 2393-bis c.c., del proprio amministratore che abbia eseguito un atto estraneo all'oggetto sociale e non adeguatamente compensato dai vantaggi derivanti dall'appartenenza al gruppo, piuttosto che adoperarsi per

far emergere la responsabilità della controllante ex art. 2497 c.c. Le ragioni sembrerebbero molteplici:

- la dimostrazione dei vantaggi compensativi, che escludono la responsabilità del convenuto, è semplice per holding, mentre per l'amministratore della controllata costituisce una prova difficile da fornire -è la holding che elabora le strategie economiche del gruppo, l'amministratore si limita solitamente ad eseguirle senza prender parte alla fase di indirizzo-;
- la dimostrazione del nesso causale tra atto di indirizzo della controllante e atto di esecuzione dell'amministratore non è affatto agevole – considerata la generale informalità dei rapporti tra la capogruppo e le controllate -;
- la controllante può liberarsi da responsabilità dimostrando che l'atto è imputabile alla negligenza degli amministratori della holding o della controllata - dimostrazione semplice, rispetto alla prova di cui al punto precedente, perché, se dell'atto di indirizzo della controllante spesso non rimane traccia, l'atto esecutivo viene sempre adottato dall'amministratore della controllata, con le modalità e le procedure riservate agli atti della sua società -.

In definitiva, l'amministratore della controllata risulta il soggetto su cui è più semplice far confluire tutte le responsabilità connesse all'attività di eterodirezione.

A fronte di un danno derivante dalla direzione unitaria, l'alternativa più favorevole per il socio di minoranza sembra dunque, agire non nei confronti della capogruppo ma contro il proprio amministratore ex art. 2393-bis, in quanto l'onere probatorio sotteso sembra molto più favorevole all'attore rispetto a quanto invece non preveda l'art. 2497c.c.. Si pensi, ad esempio, alla prova della negligenza del convenuto: nel caso dell'amministratore il difetto di diligenza può consistere anche nella violazione di norme “precostituite” nello statuto della controllata, nel caso della capogruppo invece tale difetto si limita alla violazione dei “principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale”, principi sul cui contenuto non c'è ancora una posizione unanime in dottrina e in giurisprudenza.

Lo scenario che si prospetta, dunque, rispetto alla nuova azione di responsabilità ex art. 2497 c.c., è quello di una generale tendenza a “diluire” nuovamente, sugli organi di gestione delle singole controllate, la responsabilità da eterodirezione che la Riforma del 2003 aveva voluto “accentrare” nella capogruppo.

L'evidente conseguenza è quella di rendere inoperante un'azione che, pur lodevole nell'intento di “responsabilizzare” la holding, non sembra sia riuscita, di fatto, a trasporre la logica unitaria dal piano della gestione, in cui sembra funzionare a dovere, al piano della responsabilità.

In quest'ambito, infatti, la logica più efficace, dal punto di vista della tutela, sembra ancora quella, cosiddetta, “atomistica”, che incentrandosi, però, unicamente sulla singola società quale ente autonomo e indipendente, rischia di presupporre un dato irrealistico, posto che l'attuale contesto economico è ormai largamente dominato da fenomeni di interdipendenza tra società.