

Le azioni di responsabilità promosse dal curatore fallimentare

Parte terza: la responsabilità per abuso dell'attività di direzione e coordinamento

1. *Premessa.* Nelle due precedenti newsletter abbiamo esaminato i principi regolatori e la casistica più ricorrente delle azioni di responsabilità in ambito societario. Ci occupiamo ora di vedere come tali azioni siano regolate nei gruppi di società, con particolare riguardo alla responsabilità della società che esercita attività di direzione e coordinamento delle società ad essa sottoposte. L'art. 2497 c.c., in proposito, dispone quanto segue: *“le società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società sottoposte, agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società”*. La responsabilità è esclusa quando il danno risulti mancante alla luce dei vantaggi compensativi ottenuti dalla gestione coordinata del gruppo. Di seguito esaminiamo gli elementi costitutivi di questa fattispecie.

2. *L'attività di direzione e coordinamento.* L'attività di direzione e coordinamento, ovvero la direzione strategica dei gruppi di società, rappresenta un fatto naturale e fisiologico nei gruppi societari, che consiste nel traslare all'esterno della società (c.d. eterodiretta) il potere di direzione dell'attività sociale (Trib. Roma 13.6.2016 n. 11925). Ai sensi degli artt. 2497 sexies e septies c.c., si presume che svolgano tale attività la società o l'ente tenuto al consolidamento dei bilanci o che si trovi in posizione di controllo o notevole influenza ex art. 2359 c.c., o ancora che eserciti la direzione sulla base di un contratto con le società sottoposte o di clausole dei loro statuti. È fatta salva la prova contraria, che il convenuto potrà fornire dimostrando che alla situazione di astratta preminenza-soggezione non abbia fatto riscontro l'effettivo esercizio di funzioni di direzione e coordinamento (Trib. Milano, sez. imprese, n. 13636/2016). Può rispondere ai sensi dell'art. 2497 c.c. anche una holding di fatto, non iscritta al registro delle imprese e persino una holding occulta (Cass. n. 24943/2019 e n. 16846/2017).

3. *I principi di corretta gestione.* L'attività di direzione e coordinamento deve essere esercitata nel rispetto dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società eterodirette. Chi ne abusa, non rispettando tali principi, risponde dei danni ai sensi dell'art. 2497 c.c. (Cass. n. 26765/2016, n. 16846/2017, n. 12254/2015). Il senso della previsione sta nell'indicare che l'unitarietà della direzione non può giustificare una gestione delle imprese eterodirette ad esclusivo beneficio della società controllante,

bensì deve essere volta al coordinamento degli interessi delle due (Trib. Milano Sez. spec. Impresa, 23/10/2014). La casistica ravvisa abuso nelle ipotesi di 'svuotamento' della società sottoposta, ad esempio quando la controllante abbia acquisito a prezzi di realizzo i principali cespiti della controllata in crisi (Trib. Milano, Sez. spec. Impresa, 03/04/2015); oppure quando, su istruzioni della capogruppo, la controllata si sia accollata debiti della controllante o le abbia trasferito risorse finanziarie senza adeguata giustificazione; ipotesi, questa, che può ricorrere nei sistemi di tesoreria accentrata ("cash pooling"), laddove non sia stato predisposto un adeguato meccanismo di restituzione dei valori trasferiti (Cass. pen. n. 22860/2019).

4. *I vantaggi compensativi.* L'art. 2497 dispone inoltre che non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento. Tale disposizione, oltre a preconstituire un criterio per la liquidazione del danno, svolge una funzione conformativa delle regole di condotta che devono essere seguite dalla società in posizione di preminenza. I principi di corretta gestione potranno considerarsi rispettati solo qualora la previsione, rispetto alla controllata, di un effetto patrimoniale negativo nell'immediato di un determinato atto di gestione, sia compensata dai riflessi positivi di cui essa possa beneficiare in conseguenza della partecipazione ai vantaggi che la gestione centralizzata arreca al gruppo di appartenenza (Cass. n. 16707/2004, n. 26325/2006)¹. Al fine di evitare compensazioni solo apparenti, l'art. 2497-ter c.c. prevede che non basti la mera previsione di una compensazione, ma occorre che essa sia analiticamente motivata con la puntuale indicazione delle ragioni e degli interessi che l'hanno determinata. L'onere di provare i vantaggi compensativi incombe al convenuto in responsabilità (Cass. n. 16707/2004). Osserviamo infine che la tematica dei vantaggi compensativi ha un ambito applicativo più vasto di quello dell'art. 2497 c.c.: essa, infatti, in base ai principi generali sul risarcimento del danno, riguarda anche l'azione di responsabilità nei confronti di amministratori e sindaci della società eterodiretta (Cass. n. 16707/2004).

5. *I soggetti responsabili.* L'art. 2497 c.c. individua come responsabile dell'abuso dell'attività di direzione e coordinamento anzitutto la società che tale attività abbia esercitato. In solido con essa rispondono due ulteriori categorie di soggetti. Anzitutto, chiunque, persona fisica o giuridica, abbia preso parte al fatto lesivo: trattasi degli amministratori ed eventualmente dei sindaci della società controllante, cui sia concretamente rimproverabile la condotta lesiva. Non è quindi sufficiente che essi abbiano occupato la carica, ma occorrerà la prova che abbiano effettivamente tenuto il comportamento che ha causato la lesione (Trib. Milano, sez. imprese, n. 14846/2015). L'azione può inoltre essere proposta contro coloro che abbiano consapevolmente tratto beneficio dalla condotta lesiva, i quali tuttavia risponderanno solo nei limiti del vantaggio conseguito: il pensiero va anzitutto ai soci di riferimento della controllante. In conclusione, di regola, i destinatari (rectius: legittimati passivi) dell'azione di

¹ Le decisioni citate nel testo riguardavano casi in cui ratione temporis non si applicava la riforma del 2003 che ha recepito la regola d'ispirazione dottrinale (P. Montalenti) dei vantaggi compensativi.

Bassignana & Travaglia
Studio Legale

responsabilità per direzione e coordinamento sono la società che esercita tale attività, i suoi organi e, a certe condizioni, i suoi soci. L'articolo in commento non contempla, invece, la responsabilità degli amministratori, sindaci e revisori delle società soggette all'altrui direzione e coordinamento. Ma questo non significa che l'aver obbedito alle istruzioni impartite dalla holding renda meno responsabile l'amministratore della società eterodiretta che, così facendo, abbia violato i principi di corretta gestione, causando un danno alla società rappresentata. E infatti è pacifico che costui, insieme ai sindaci, risponderà in base alle norme generali contenute negli artt. 2392 ss. e 2476 c.c.

6. *I legittimati attivi.* Esaminiamo ora i soggetti che sono legittimati a far valere la responsabilità per direzione e coordinamento. Costoro, ai sensi dell'art. 2497 c.c., sono i soci della società eterodiretta ed i creditori della stessa. In caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa o amministrazione straordinaria, la legittimazione attiva dei creditori si trasferisce al curatore, al commissario liquidatore o al commissario straordinario. Da segnalare che l'art. 2497 c.c. non contempla la società eterodiretta tra i soggetti legittimati a far valere la responsabilità della holding: nondimeno una simile azione non viene esclusa dalla giurisprudenza, purché la stessa sia strutturata come ordinaria azione risarcitoria ex artt. 1173 e 1218 c.c. di natura contrattuale (Trib. Milano, Sez. Imprese, 27/02/2019 n. 1958). Di contro, l'azione del socio e dei creditori ex art. 2497 c.c., secondo la tesi prevalente, ha natura extracontrattuale. Segnaliamo infine che l'esercizio dell'azione risarcitoria nei confronti della società che abbia abusato dell'attività direzione e coordinamento non richiede la infruttuosa escussione del patrimonio della società eterodiretta (Cass. n. 29139/2017; Trib. Milano 17/06/2011).

7. *Il danno risarcibile.* L'art. 2497 c.c. prevede che i creditori della società eterodiretta o gli organi concorsuali possano agire qualora provino che l'abuso dell'attività di direzione e coordinamento abbia determinato una lesione all'integrità del patrimonio della società. Viceversa, i soci potranno chiedere il risarcimento provando che l'abuso di direzione e coordinamento ha provocato una diminuzione della redditività o del valore della loro partecipazione cagionata da tale attività. In entrambi i casi, tuttavia, si applica la regola dei vantaggi compensativi, che abbiamo già esaminato. A tale ipotesi viene equiparata quella in cui il danno sia stato integralmente eliminato a seguito di operazioni a ciò dirette.

8. *Direzione e coordinamento e crisi d'impresa: rinvio.* In una successiva Newsletter tratteremo il tema di come la direzione del gruppo continui ad esplicitarsi anche di fronte alla crisi d'impresa e delle opportunità d'azione che tale contesto offre al curatore in caso di sopravvenuto fallimento (o liquidazione giudiziale).

Con i migliori saluti

Studio Legale Bassignana & Travaglia