

Anno 8 – Numero 10

19 maggio 2010

NORMATIVA, GIURISPRUDENZA, DOTTRINA E PRASSI

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

DIRETTA DA ORESTE CAGNASSO E MAURIZIO IRRERA

COORDINATA DA GILBERTO GELOSA

In questo numero:

- Società di fatto fra società di capitali
- Direzione e coordinamento di società
- Scioglimento della srl

ItaliaOggi

CLASSprofessionale

DIREZIONE SCIENTIFICA
Oreste Cagnasso – Maurizio Irrera

COORDINAMENTO SCIENTIFICO
Gilberto Gelosa

La *Rivista* è pubblicata con il supporto
degli Ordini dei Dottori commercialisti e degli Esperti contabili
di:

Bergamo, Busto Arsizio, Casale Monferrato, Crema,
Cremona, Lecco, Mantova, Monza e Brianza, Verbania



NDS collabora con la rivista:



SEZIONE DI DIRITTO FALLIMENTARE

a cura di Luciano Panzani

SEZIONE DI DIRITTO INDUSTRIALE

a cura di Massimo Travostino e Luca Pecoraro

SEZIONE DI DIRITTO TRIBUTARIO

a cura di Gilberto Gelosa

SEZIONE DI PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

a cura di Marco Casavecchia

SEZIONE DI TRUST E NEGOZI FIDUCIARI

a cura di Riccardo Rossotto e Anna Paola Tonelli

COMITATO DI INDIRIZZO

Carlo Luigi Brambilla, Alberto Carrara, Paola Castiglioni, Luigi Gualerzi, Stefano Noro, Carlo Pessina, Ernesto Quinto, Michele Stefanoni, Mario Tagliaferri, Maria Rachele Vigani, Ermanno Werthhammer

REDAZIONE

Maria Di Sarli (coordinatore)

Paola Balzarini, Alessandra Bonfante, Maurizio Bottoni, Mario Carena, Marco Sergio Catalano, Fabio Colombo, Alessandra Del Sole, Massimiliano Desalvi, Elena Fregonara, Sebastiano Garufi, Stefano Graidì, Alessandro Monteverde, Enrico Rossi, Cristina Saracino, Marina Spiotta, Maria Venturini

HANNO COLLABORATO A QUESTO NUMERO

Guido Doneddu, Irene Eballi, Elena Fregonara

I saggi costituenti "Studi e Opinioni" sono sottoposti a blind referees, scelti tra professori universitari competenti nei vari settori. La valutazione degli atti di convegni e degli scritti già pubblicati o di prossima pubblicazione è riservata ai Direttori. Ogni scritto è preceduto da un abstract in italiano e in inglese. Saranno pubblicati scritti, oltre che in italiano, in inglese, francese, spagnolo e portoghese.

INDICE

| | <i>Pag.</i> |
|---|-------------|
| STUDI E OPINIONI | |
| <i>Dai progetti delle Commissioni Di Sabato e Rovelli alla mancata riforma delle società di persone</i> di Oreste Cagnasso | 9 |
| <i>La società di fatto fra società di capitali</i> di Maurizio Irrera | 17 |
| <i>La possibile limitazione della responsabilità da direzione e coordinamento: i vantaggi compensativi</i> di Guido Doneddu | 28 |
| PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA | |
| <i>Direzione e coordinamento nelle società a partecipazione pubblica alla luce dell'intervento interpretativo fornito dal "Decreto anticrisi"</i> di Irene Eballi | 44 |
| COMMENTI A SENTENZE | |
| <i>Scioglimento della s.r.l. per insanabile dissidio tra i soci</i> (Trib. Novara, 8 febbraio 2010) di Elena Fregonara | 59 |
| SEGNALAZIONI DI DIRITTO COMMERCIALE | 64 |
| SEGNALAZIONI DI PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA | 67 |
| SEGNALAZIONI DI DIRITTO TRIBUTARIO | 69 |
| INFORMAZIONE CONVEGNI | 72 |

SOMMARIO

STUDI E OPINIONI

Dai progetti delle Commissioni Di Sabato e Rovelli alla mancata riforma delle società di persone

Lo scritto effettua una rassegna dei recenti progetti di riforma delle società di persone ed offre una sintesi delle ricadute, dirette e indirette, derivanti dalla riforma delle società di capitali sulla disciplina delle società personalistiche.

di **Oreste Cagnasso**

La società di fatto fra società di capitali

L'Autore esamina il contenuto del secondo comma dell'art. 2361 c.c., che legittima la partecipazione di società di capitali in società di persone, con particolare attenzione alla questione dell'ammissibilità di società di fatto tra società di capitali.

di **Maurizio Irrera**

La possibile limitazione della responsabilità da direzione e coordinamento: i vantaggi compensativi

Il presente contributo analizza la possibilità, concessa dalla normativa vigente, di addivenire alla limitazione della responsabilità derivante dall'abusivo esercizio dell'attività di direzione e coordinamento ex art. 2497 c.c. mediante l'attribuzione, alle società eventualmente pregiudicate, di "vantaggi compensativi". Obiettivo del contributo è delineare le modalità ed i termini con cui l'attribuzione dei vantaggi dovrebbe avvenire per consentire la limitazione di responsabilità.

di **Guido Doneddu**

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

Direzione e Coordinamento nelle società a partecipazione pubblica alla luce dell'intervento interpretativo fornito dal "Decreto anticrisi"

Il Decreto Legge 1° luglio 2009 n. 78 (c.d. "Decreto Antiscrisi") convertito con Legge 3 agosto 2009, n. 102 ha fornito un'interpretazione autentica dell'art. 2497, comma 1 c.c. affermando che "per enti si intendono i soggetti giuridici collettivi diversi dallo Stato, che detengono la partecipazione sociale nell'ambito della propria attività imprenditoriale ovvero per finalità di natura economica o finanziaria".

Con il predetto intervento normativo il legislatore ha inteso "risolvere" i dubbi interpretativi sorti in ordine all'ambito soggettivo di applicazione della disposizione in esame, escludendo lo Stato dal novero dei soggetti "imputabili" che esercitano abusivamente attività di direzione e coordinamento di altre società.

Il presente contributo, senza pretese di esaustività ma con la dovuta diligenza, si propone il fine di analizzare le conseguenze applicative derivanti dal predetto approdo ermeneutico, segnalando altresì ulteriori spunti interpretativi sottesi

SOMMARIO

all'intervento normativo richiamato.

di **Irene Eballi**

COMMENTI A SENTENZE

Scioglimento della s.r.l. per insanabile dissidio tra i soci

(Trib. Novara, 8 febbraio 2010)

Il Tribunale di Novara conferma un orientamento ampiamente condiviso in dottrina e giurisprudenza secondo cui la mancata approvazione dei bilanci per due anni consecutivi, nonché la pendenza di numerose cause civili tra i due gruppi sociali che detengono il 50% ciascuno delle quote, determinano l'impossibilità di funzionamento dell'assemblea per l'insanabile dissidio tra i soci.

di **Elena Fregonara**

INDEX-ABSTRACT

| | <i>Page</i> |
|---|-------------|
| STUDIES AND OPINIONS | |
| From the Commission's plan Di Sabato and Rovelli to the missed reform of partnerships | 9 |
| <i>The paper makes a review of recent reform partnerships proposals and it offers a summary of the effects, both direct and indirect, arising from the reform of corporations on the regulation of partnerships</i> | |
| by Oreste Cagnasso | |
| The company made between corporations | 17 |
| <i>The Author examines the contents of the second paragraph of art. 2361 c.c., justifying the participation of corporations in partnerships, with special attention to the question of the company in fact among companies.</i> | |
| by Maurizio Irrera | |
| The possible limitation of liability for direction and coordination: the compensatory benefits | 28 |
| <i>This paper analyzes the possibility granted by law, to achieve the limitation of the liability arising from the abusive exercise of direction and coordination ex-art. 2497 c.c. through giving to the possibly affected companies the "countervailing benefits". The objective of the article is to delineate the arrangements and the terms in which the allocation of benefits should be made to allow limitation of liability.</i> | |
| by Guido Doneddu | |
| PUBLIC ADMINISTRATION AND ENTERPRISES | |
| Management and coordination in public companies with respect to the interpretation provided by the "Anti-crisis Decree" | 44 |
| <i>The Decree Law of the 1st July 2009, n. 78 (the "Anti-crisis Decree") converted into law of the 3rd August, 2009, n. 102, gave an authentic interpretation of Article 2497, first paragraph, c.c., stating that "institutions are collective legal entities other than the State, holding social participation of business or business for economic or financial purposes".</i> | |
| <i>With the above regulatory intervention the legislative power intended to "resolve" the doubts concerning the interpretation of the subjective application of this provision, excluding the State from the list of subjects "defendant" engaged in improper activities and coordination of other companies .</i> | |
| <i>This paper analyze the consequences arising from the said hermeneutical</i> | |

INDEX-ABSTRACT

application, also highlighting additional interpretative ideas underlying regulatory intervention invoked.

by **Irene Eballi**

COMMENT ON JUDGMENTS

Dissolution of s.r.l. for irreconcilable conflict between members

59

(Trib Novara, 8th February, 2010)

The Court of Novara confirms an interpretation widely shared in doctrine and jurisprudence that the missed approbation budgets for two years consecutively, and the slope of numerous lawsuits between the two groups holding 50% shares each, determine the impossibility of operation of the irreconcilable conflict between the partners.

by **Elena Fregonara**

DAI PROGETTI DELLE COMMISSIONI DI SABATO E ROVELLI ALLA MANCATA RIFORMA DELLE SOCIETÀ DI PERSONE*

Lo scritto effettua una rassegna dei recenti progetti di riforma delle società di persone ed offre una sintesi delle ricadute, dirette e indirette, derivanti dalla riforma delle società di capitali sulla disciplina delle società personalistiche.

di **ORESTE CAGNASSO**

1. Le società di persone oggi

Da una ricerca effettuata dal prof. Carlo Bellavite Pellegrini¹ risulta che l'insieme delle società non cessate presenti in Italia alla data del 31 dicembre 2007 può essere così scomposto:

- società per azioni 59.127;
- società a responsabilità limitata 1.162.586;
- società in accomandita per azioni 182;
- società semplici 69.089;
- società in nome collettivo 611.436;
- società in accomandita semplice 515.771;
- società cooperative 148.033.

Il totale delle società di capitali risulta quindi di 1.221.895, mentre quello delle società di persone di 1.196.296. In particolare il numero delle società a responsabilità limitata (1.162.586) è sostanzialmente pari al totale delle società di persone (1.196.296).

Analizzando i dati forniti dalla ricerca sotto il profilo della dinamica temporale, nell'arco considerato dal giugno 2002 a fine 2007, si può constatare una sostanziale uniformità nel numero delle società per azioni e delle società in accomandita per azioni, mentre si è verificato un costante accrescimento di quello delle società a responsabilità

* Il presente scritto è tratto dalla Parte IV del fascicolo 2/2010 di *Giurisprudenza Italiana*.

¹ BELLAVITE PELLEGRINI, *Evoluzione e dinamica quantitativa delle diverse forme giuridiche di soggetti economici in Italia*, in *La riforma del diritto societario: i dati aggiornati al 2007*, in *L'Osservatorio del Diritto societario della Camera di Commercio di Milano*, Milano, 2009, 7 e segg., 12 e seg.

STUDI E OPINIONI

SOCIETÀ DI PERSONE: PROGETTI DI RIFORMA

limitata (896.000 circa a metà 2002; 968.000 circa a fine 2003; 1.046.000 circa a metà 2005; 1.129.000 circa a fine 2006; 1.162.000 circa a fine 2007). L'incremento quindi nel periodo considerato è stato di circa 260.000.

Prendendo in considerazione la dinamica delle società di persone si riscontra una sostanziale uniformità nel tempo per le società semplici e in nome collettivo, mentre si è verificato un lieve costante accrescimento delle società in accomandita semplice, salvo un leggero decremento nel 2007.

Complessivamente il numero delle società di persone è sostanzialmente rimasto invariato, attestandosi nei vari anni su circa 1.200.000, con qualche incremento nel 2005 e nel 2006 e con una contrazione rispetto a tali anni nel 2007.

Come si può dedurre da tali dati, certamente le società di persone continuano ad assumere un notevole rilievo, almeno sotto il profilo numerico, nell'ambito del panorama societario italiano. L'intento del legislatore della riforma di suggerire come modello tipico della "piccola impresa" la società a responsabilità limitata, con la conseguente riduzione drastica della presenza delle società di persone, non si è quindi, almeno per ora, realizzato. Pertanto oggi le imprese di minori dimensioni continuano ad utilizzare ampiamente sia lo schema della società a responsabilità limitata, sia quello delle società di persone, con una sostanziale equivalenza numerica tra i due. Naturalmente le ragioni di tale tendenza richiederebbero un'approfondita indagine, anche di tipo statistico: probabilmente assumono un peso notevole nella scelta degli operatori, da un lato, i minori costi delle società di persone e, dall'altro, eventuali vantaggi sotto il profilo tributario.

Nel contesto dell'attuale grave crisi economico-finanziaria, il notevole incremento degli stati di insolvenza e del ricorso alle procedure concorsuali potrebbero forse modificare gli orientamenti degli operatori, inducendo ad un più frequente ricorso ai modelli che garantiscono la responsabilità limitata dei soci. Inoltre l'ammissibilità della costituzione di s.r.l. da parte di un unico socio, che conserva lo "scudo della responsabilità limitata", e l'ampia autonomia concessa ai soci nel modellare tale tipo in conformità ai principi delle società di persone potrebbero altresì indurre ad un suo maggior utilizzo.

2. I tentativi di riforma

2.1. Il progetto della Commissione Di Sabato

Nel contesto di una prospettiva di riforma estesa a tutti i tipi societari pare evidente come una particolare attenzione dovesse essere data sia alle norme generali in tema di società sia alla disciplina delle società di persone. Nel 1988 è stata infatti istituita una Commissione, nominata dal Ministro di grazia e giustizia e presieduta dal prof. Franco Di Sabato, a cui hanno partecipato docenti, avvocati, funzionari e

STUDI E OPINIONI

SOCIETÀ DI PERSONE: PROGETTI DI RIFORMA

magistrati, che ha elaborato una relazione e uno schema di disegno di legge di riforma delle società in generale e delle società di persone².

Come si legge nella relazione, «è ragionevole aspettarsi una riscoperta delle società di persone, come modalità dell'iniziativa collettiva che compensa la minore efficienza sul piano della provvista del capitale di rischio con una maggior dose di libertà, fatta di ridotti vincoli formali, documentali e notiziari e più contenuti costi amministrativi e fiscali. Questa riscoperta, oltre che plausibile, sembra alla Commissione auspicabile ad assecondarsi in quanto capace di restituire spazi operativi più flessibili. Un tale auspicio, per altro, non può andare disgiunto da quelle modificazioni legislative del diritto delle società di persone necessarie per soddisfare esigenze ormai ineludibili. Tra queste vi sono certamente quelle della regolarità dell'impresa collettiva e dell'accesso all'informazione sulla sua consistenza patrimoniale e sui flussi economici che ad essa fanno capo, esigenze che vanno soddisfatte anche per scoraggiare il ricorso elusivo ai tipi classificati come società di persone»³.

Una delle innovazioni di maggior rilievo proposte dalla Commissione concerne la possibilità di partecipazione delle società di capitali alle società di persone. Ciò risulta dalla stessa nozione di società, che fa riferimento alle parti e non più alle persone⁴; nonché esplicitamente dalla disciplina in tema di amministratori, ove si prevede la possibilità di assumere tale veste da parte della persona giuridica socia. Lo schema di disegno di legge offre al proposito una compiuta disciplina sotto vari profili.

In primo luogo, si prevede che in tal caso possa assumere, come si diceva, il ruolo di amministratore la stessa persona giuridica socia, a condizione però che nomini un rappresentante stabile con atto comunicato agli altri soci. La responsabilità propria degli amministratori si estende non solo alla persona giuridica, ma anche a quest'ultimo. Nel caso di società in nome collettivo regolare, poi, l'atto di nomina e la firma autografa del rappresentante stabile devono essere depositati presso il registro delle imprese. In mancanza, la persona giuridica amministratore non ha la rappresentanza della società. Infine, per le società personali regolari di forma commerciale, è espressamente previsto che gli amministratori redigano il bilancio osservando le norme relative al bilancio d'esercizio in forma abbreviata della società per azioni, in quanto applicabili. Il bilancio si intende approvato se, entro trenta giorni dalla comunicazione, non pervenga alla società l'opposizione di alcuno dei soci. I soci decidono sull'opposizione applicando le

² Cfr. *Il ruolo attuale delle società di persone e prospettive di riforma della disciplina codicistica* a cura di Di Sabato, in *Quaderni della Rivista del diritto dell'impresa*, Napoli, 1993, 153 e segg. (ove sono riprodotti la relazione e lo schema di disegno di legge).

³ E v. DI SABATO, *Presentazione: il ruolo attuale delle società di persone e le prospettive di riforma*, in *Il ruolo attuale delle società di persone e prospettive di riforma della disciplina codicistica*, cit., 7 e segg.

⁴ MARASÀ, *La nozione di società* (art. 2247, comma 1 c.c.), in *Il ruolo attuale*, cit., 39.

STUDI E OPINIONI

SOCIETÀ DI PERSONE: PROGETTI DI RIFORMA

norme dettate in tema di amministrazione disgiunta. Entro trenta giorni dall'approvazione una copia del bilancio deve essere depositata a cura degli amministratori presso l'Ufficio del Registro delle imprese.

Come si può constatare, la Commissione non si è limitata ad aprire la strada alla partecipazione di società di capitali a società di persone, ma ha compiutamente regolato i profili concernenti l'amministrazione, la responsabilità, la pubblicità. Inoltre, con una norma sicuramente coerente con essi, ma con una portata più generale, ha introdotto la disciplina del contenuto del bilancio delle società di persone regolari con oggetto commerciale con specifico rinvio al modello costituito dal bilancio in forma abbreviata delle società per azioni ed ha altresì previsto la pubblicità del medesimo⁵.

Come ricorda Spada⁶, è stata espressa la preoccupazione «circa l'uso giurisprudenziale che avrebbe potuto essere fatto del principio, suggerito al Giudice di domani, della partecipazione di società di capitali a società di persone; un uso giurisprudenziale temuto soprattutto in tema di gruppi di società. La preoccupazione è stata quella di un incoraggiamento alla configurazione di società di fatto (e financo di società apparenti) tra società raggruppate, onde l'insolvenza dell'una contaminerà le altre».

A parte una serie di interventi di minor rilievo, occorre almeno segnalare ancora la disciplina prevista in tema di esclusione del socio e quella relativa all'invalidità della società di persone.

Con riferimento alla prima, la Commissione ha proposto strumenti di maggior tutela a garanzia del socio escluso. In primo luogo, si stabilisce che l'esclusione venga deliberata previa contestazione scritta della causa che la giustifica; inoltre, la maggioranza viene computata con modalità miste, per testi e per quote, dal momento che al fine dell'esclusione occorre sia raggiunta la maggioranza dei soci ai quali è attribuita una parte negli utili di almeno un terzo. Per le società regolari, poi, si prevede che, avvenuta l'iscrizione nel registro delle imprese, la dichiarazione di nullità o l'annullamento dell'atto costitutivo determinano lo scioglimento della società e che la relativa sentenza nomina il liquidatore⁷.

⁵ PATRONI GRIFFI, *La partecipazione di società di capitali in società di persone*, in *Il ruolo attuale*, cit., 65 e segg.; MONTALENTI, *Amministrazione e rappresentanza nel progetto di riforma delle società di persone*, in *Il ruolo attuale*, cit., 99 e segg.; FORTUNATO, *La "persona giuridica amministratore" nelle società di persone: qualche annotazione critica*, in *Il ruolo attuale*, cit., 113 e segg..

⁶ SPADA, *Cronaca di un progetto di riforma*, in *Il ruolo attuale*, cit., 124.

⁷ PIRAS, *L'invalidità del contratto sociale e la partecipazione di persone giuridiche in società di persone*, in *Il ruolo attuale*, cit., 75 e segg.; Belviso, *La nullità di società di persone*, in *Il ruolo attuale*, cit., 85 e segg.

STUDI E OPINIONI

SOCIETÀ DI PERSONE: PROGETTI DI RIFORMA

2.2. Il progetto della Commissione Rovelli.

La Commissione presieduta dal presidente Luigi Rovelli venne nominata nel 1999 per la revisione sistematica del diritto commerciale: si è occupata, tra l'altro, delle disposizioni generali sulle società e della riforma delle società di persone.

Come risulta dalla relazione⁸, gli obiettivi perseguiti facevano leva su esigenze di snellezza, di certezza e di equità nella disciplina dell'assetto degli interessi coinvolti.

Una prima rilevante innovazione proposta dalla Commissione era diretta a eliminare la società semplice e a configurare come struttura societaria elementare la società in nome collettivo. Veniva poi ripresa la prospettiva, già fatta propria dalla Commissione Di Sabato con l'esplicita previsione dell'ammissibilità della partecipazione alle società di persone anche di persone giuridiche. Particolare attenzione veniva data alla trasparenza, consentendo l'accesso ai soci e ai terzi alle necessarie informazioni relative alle società partecipate. Sempre nella stessa ottica si introduceva un regime più sfavorevole per le società non registrate.

L'articolato predisposto dalla Commissione sottolineava in vari punti il profilo della soggettività della società, tra l'altro stabilendo espressamente che facesse carico a quest'ultima l'obbligo di liquidare la quota in caso di scioglimento del rapporto sociale limitatamente ad un socio.

Particolare attenzione risultava poi dedicata alla *governance*: l'azione di responsabilità contro gli amministratori veniva espressamente riservata alla deliberazione dei soci; il contenuto del bilancio era disciplinato con richiamo alle norme dettate in tema di società per azioni; era riproposta la regola del silenzio assenso per l'approvazione del bilancio, già formulata dalla precedente Commissione.

Dandosi atto che il principio di collegialità non vale per le società di persone, a tutela del socio da escludere, riprendendo la norma proposta dalla Commissione Di Sabato, si prevedeva l'obbligo di previa contestazione delle cause di esclusione. Per contro al sistema misto, per capi e per quote, suggerito dalla Commissione Di Sabato, era sostituita una regola che faceva riferimento esclusivamente alla partecipazione agli utili.

3. Il quadro normativo dopo la riforma delle società di capitali.

La recente riforma del 2003, come è noto, concerne le società di capitali, le cooperative, le operazioni straordinarie e i gruppi; non ha per contro riguardato le società di persone, nonostante la presenza dei progetti ora richiamati volti a "rivisitare" anche le regole relative a queste ultime. Tuttavia contiene disposizioni che direttamente

⁸ MINISTERO DELLA GIUSTIZIA, *Commissione Rovelli per la revisione sistematica del diritto commerciale, Relazione sulla revisione delle disposizioni generali sulle società e riforma delle società di persone*, in www.giustizia.it.

STUDI E OPINIONI

SOCIETÀ DI PERSONE: PROGETTI DI RIFORMA

le riguardano; soprattutto determina numerose e rilevanti “ricadute sistematiche”, che comportano la necessità di “ripensare” molti profili, anche di fondamentale rilievo, della disciplina delle società di persone.

Un primo importante tassello è costituito dall’art. 2361 c.c., che, nell’attribuire all’assemblea di società per azioni la competenza relativa all’acquisizione di partecipazioni comportanti la responsabilità personale, legittima l’assunzione della posizione di socio di società di persone da parte di una società di capitali. E’ quindi configurabile una società di persone che abbia come soci società di capitali o anche sia costituita esclusivamente da esse. Con il conseguente porsi di interrogativi di notevolissima portata operativa, soprattutto nell’ottica del diritto fallimentare, quale quello concernente l’ammissibilità di società di fatto tra società di capitali.

Inoltre, nel caso di società di persone costituite interamente da società di capitali, il legislatore prevede l’applicazione delle norme proprie della società per azioni in tema di bilancio di esercizio e consolidato: si tratta quindi di verificare come queste ultime possano adattarsi a società di persone. La regola potrebbe avere significative implicazioni, avviando ad una riflessione sul bilancio delle società a base personale. E ancora: nel caso di società di persone esclusivamente costituita da società di capitali, si pone il problema di chi assuma la veste di amministratore: le alternative non possono che consistere o nell’attribuzione di tale ruolo ad una società o nell’ammettere la possibilità di un amministratore non socio. L’uno e l’altro scenario aprono prospettive assolutamente nuove e toccano principi fondamentali.

Un secondo tassello è rappresentato dalla previsione del principio di maggioranza con riferimento alle operazioni straordinarie, con la correlativa attribuzione del diritto di recesso a favore dei soci non consenzienti.

La norma comporta una “rimeditazione” degli interrogativi posti in ordine all’applicazione delle regole dell’unanimità o di maggioranza nelle società di persone, nonché alla giusta causa di recesso.

Un ulteriore tassello è costituito dalla disciplina relativa ai gruppi, che vale anche per le società di persone. Si tratta quindi di verificarne le modalità di applicazione a tale categoria di società.

Come si diceva, numerose sono le “ricadute sistematiche” derivanti dalla nuova disciplina delle società di capitali e, in particolare, da quella della società a responsabilità limitata.

Così la previsione dell’esclusione del socio nella società a responsabilità limitata, la disciplina del recesso nelle società di capitali, le tecniche di “collegialità attenuata” nelle decisioni degli amministratori e dei soci di società a responsabilità limitata, la legittimazione attribuita ai singoli soci di società a responsabilità limitata all’esercizio dell’azione sociale di responsabilità, i principi fondamentali che regolano la *governance* delle società per azioni comportano una “rilettura”, all’interno delle società di persone, delle regole in tema di esclusione e recesso, di modalità di

STUDI E OPINIONI

SOCIETÀ DI PERSONE: PROGETTI DI RIFORMA

assunzione delle decisioni dei soci e degli amministratori, di principi relativi alla responsabilità degli amministratori.

Occorre aggiungere che, sotto il profilo processuale, la nuova disciplina dell'arbitrato societario pone alcuni interrogativi in ordine alla sua applicazione alle società di persone; è poi prevista una particolare procedura di risoluzione dei contrasti sulla gestione societaria, utilizzabile con riferimento sia alle società a responsabilità limitata, sia alle società di persone.

Dal confronto con il contenuto dei progetti di riforma Di Sabato e Rovelli emerge chiaramente una certa continuità, soprattutto là dove il legislatore ha previsto espressamente la possibilità per le società di capitali di diventare socie di società di persone, ribaltando il costante orientamento giurisprudenziale in senso contrario. Tuttavia occorre sottolineare che tale innovazione è intervenuta, per così dire, “di sbieco”, attraverso l'introduzione di una norma che è diretta in primo luogo a risolvere un problema di competenza all'interno della disciplina della società per azioni. Tra l'altro lo stesso legislatore non ha riprodotto la regola con riferimento alla società a responsabilità limitata, anche se indirettamente ha ammesso la partecipazione di questo tipo societario alle società di persone, là dove, in una disposizione transitoria, ha disciplinato il bilancio di società di persone partecipate esclusivamente da società di capitali.

La previsione dell'ammissibilità di società di capitali socie di società di persone, collocate al di fuori del suo naturale contesto, ha avuto un notevole “costo”: infatti, a differenza di quanto stabilito nei progetti sopra illustrati, nulla dice, né poteva dire, il legislatore della riforma delle società di capitali in ordine ai rilevanti profili concernenti l'amministrazione delle società di persone in presenza appunto di tale fattispecie.

Anche le innovazioni in tema di bilancio proposte dalle Commissioni Di Sabato e Rovelli hanno avuto una qualche eco, avendo il legislatore previsto (come si è già sottolineato) che il bilancio di esercizio delle società di persone, partecipate esclusivamente da società di capitali, sia disciplinato dalle norme dettate per la società per azioni e che in tal caso debba essere redatto anche il bilancio consolidato. Il rinvio integrale alla disciplina azionaria certamente comporterà non facili problemi di adattamento e di coordinamento di regole.

Alla luce dei problemi che la giurisprudenza ha già dovuto affrontare in ordine all'ammissibilità di società di fatto tra società di capitali e della rilevanza di tali interrogativi in sede concorsuale, i dubbi sollevati nell'ambito dei lavori della Commissione Di Sabato appaiono sicuramente fondati e debbono essere oggi oggetto di attenta riflessione.

Come si è già rilevato, soprattutto il nuovo “sistema societario”, con la previsione della s.r.l. quale modello “centrale”, tra società azionarie e società di persone, determina rilevanti e numerose ricadute sistematiche con il conseguente porsi della necessità di una “rilettura” complessiva della disciplina delle società di persone. A

STUDI E OPINIONI

SOCIETÀ DI PERSONE: PROGETTI DI RIFORMA

ciò si aggiunge, infine, che alcuni settori della riforma hanno portata generale: infatti le regole concernenti le operazioni straordinarie e l'esercizio del potere di direzione e coordinamento riguardano tutti i tipi di società e quindi vanno ad incidere, anche profondamente, sul tessuto normativo delle società di persone.

Occorre osservare che la peculiare disciplina dettata per le società di capitali con riferimento allo scioglimento del rapporto sociale pone non pochi interrogativi in ordine alla sua, almeno sotto alcuni profili, estensibilità alle società di persone.

La rilevanza ancora attuale della presenza delle società di persone e, d'altro lato, le novità e gli interrogativi nati dalla riforma delle società di capitali renderebbero, infine, quanto mai opportuno un intervento del legislatore, che resolvesse i dubbi e razionalizzasse il sistema.

LA SOCIETÀ DI FATTO FRA SOCIETÀ DI CAPITALI*

L'Autore esamina il contenuto del secondo comma dell'art. 2361 c.c., che legittima la partecipazione di società di capitali in società di persone, con particolare attenzione alla questione dell'ammissibilità di società di fatto tra società di capitali.

di MAURIZIO IRRERA

1. I termini della questione

Le modifiche introdotte dalla riforma delle società del 2003, come è noto, hanno inciso non solo sulla disciplina delle società di capitali, ma anche su quella delle società di persone; paradigmatico, in proposito, è l'art. 2361, comma 2, c.c., che ha previsto espressamente la possibilità per una società per azioni di assumere quote in altre imprese comportanti una responsabilità illimitata per le obbligazioni delle medesime e, quindi, di assumere una partecipazione in società di persone¹.

L'acquisto di una quota in una società di persone da parte di una società di capitali² è sottoposta, peraltro, dallo stesso art. 2361, comma 2, c.c. ad una duplice condizione: in primo luogo, si tratta di un'operazione sottratta alla competenza degli

* Il presente scritto è tratto dalla Parte IV del fascicolo 2/2010 di *Giurisprudenza Italiana*.

¹ Nel vigore della disciplina previgente si era pervenuto - dopo un dibattito infinito - ad una soluzione negativa al riguardo; in proposito, è sufficiente segnalare la nota sentenza della suprema Corte a Sezioni unite, 17 ottobre 1988, n. 5636, pubblicata su tutte le principali riviste.

² Tra i numerosi contributi in argomento cfr. CAVANNA, Sub art. 2361, 2o comma, c.c., in *Il nuovo diritto societario* a cura di Cottino, Bonfante, Cagnasso, Montalenti, Bologna, 2004, I, 450 e segg.; DONATIVI, Sub art. 2361 c.c., in *La riforma delle società. Commentario del d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6* a cura di Sandulli, Santoro, Torino, 2003, 2, I, 220 e segg.; MIRONE, Sub art. 2361 c.c., in *Società di capitali. Commentario* a cura di Niccolini, Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, I, 412 e segg.; AUDINO, Sub art. 2361 c.c., in *Il Nuovo diritto delle società* a cura di Maffei Alberti, Padova, 2005, I, 411 e segg.; AUTUORI, Sub art. 2361 c.c., in *Commentario alla riforma delle società* a cura di Marchetti, Bianchi, Ghezzi, Notari, Azioni, a cura di Notari, Milano, 2008, 739 e segg.; adde TOMBARI, *La partecipazione di società di capitali in società di persone come nuovo "modello di organizzazione dell'attività d'impresa"*, in *Riv. Società*, 2006, 185 e segg.; TOSCHI VESPASIANI, *La partecipazione della s.p.a. in altre imprese comportanti responsabilità illimitata*, in *Società*, 2004, 1076 e segg.; RICCIO, *La società di capitali può, dunque, essere socia e amministratore di una società di persone*, in *Contratto e Impresa*, 2004, 314 e segg.; PLATANIA, *Partecipazione di società di capitali in società di persone*, Milano, 2005.

STUDI E OPINIONI

LE SOCIETÀ DI FATTO FRA SOCIETÀ DI CAPITALI

amministratori e attribuita a quella dell'assemblea³ o, perlomeno, di una fattispecie che presuppone una previa delibera assembleare⁴; in secondo luogo, gli amministratori debbono dare "specifiche informazioni" di tali partecipazioni nella nota integrativa del bilancio. Il fondamento di queste regole appare evidente: dal momento che l'acquisizione della partecipazione comporta per la società di capitali la responsabilità illimitata per le obbligazioni gravanti sulla società acquisita, il legislatore ha ritenuto che una simile scelta gestionale dovesse essere effettuata dai soci in sede assembleare e che i creditori sociali ne dovessero avere piena cognizione mediante la nota integrativa.

Sulla base di tali premesse, la questione centrale, su cui si è già misurata la giurisprudenza⁵, concerne l'ammissibilità di una società di fatto (e, quindi, a prescindere

³ V., *infra*, par. 5.

⁴ V., *infra*, par. 4.

⁵ Si rinvengono - a quanto consta - tre precedenti; per ognuno di essi vi è la pronuncia sia del Tribunale, sia della Corte d'appello, in sede di reclamo o di appello, a seconda che con il primo provvedimento si sia respinta (con decreto) la dichiarazione di fallimento o, viceversa, la domanda sia stata (con sentenza dichiarativa di fallimento) accolta. I primi a pronunciarsi sono stati i giudici torinesi nel 2007: cfr. Trib. Torino, 4 aprile 2007 (decr.), in *Giur. It.*, 2007, 1442, con nota di Cottino; in *NDS - Il Nuovo Diritto delle Società*, 2007, 9, 2007, 59, con nota di IRRERA, *Un primo no all'ipotesi di società di fatto tra società di capitali*; App. Torino, 30 luglio 2007 (decr.), in *Giur. It.*, 2007, 2219, con nota di COTTINO, *Note minime su società di capitali (presunta) socia di società di persone e fallimento*; in *NDS - Il Nuovo Diritto delle Società*, 2007, 18, 2007, 59, con nota di IRRERA, *Un secondo no all'ipotesi di società di fatto tra società di capitali*; in *Riv. Dott. Commercialisti*, 2008, 2, 316, con nota di BARTALENA, *Società di fatto partecipata da società di capitali*. Nel 2008 sono apparse le pronunce del Tribunale di Forlì e della Corte d'appello felsinea; cfr. Trib. Forlì, 9 febbraio 2008, in *Giur. It.*, 2008, 1425, con nota di COTTINO; in *NDS - Il Nuovo Diritto delle Società*, 13, 2008, 86, con nota di SPIOTTA, *Un inaspettato sì all'ipotesi di società di fatto tra società di capitali*; in *Fallimento*, 2008, 1328, con nota di IRRERA, *La società di fatto tra società di capitali e il suo fallimento per estensione*; App. Bologna, 11 giugno 2008, *ibid.*, 1293, con nota di PLATANIA, *Il fallimento di società di fatto partecipata da società di capitali*. Da ultimo, a cavallo del 2008 e del 2009, si segnalano le pronunce del Tribunale di Santa Maria Capua a Vetere (sentenza 8 luglio 2008, in *Fallimento*, 2009, 89, con nota di FIMMANÒ, *Il fallimento della super-società di fatto*) e della Corte d'appello di Napoli (sentenza 15 maggio 2009, in *NDS - Il Nuovo Diritto delle Società*, 16, 2009, 42, con nota di ANGIOLINI, *L'estensione del fallimento della società di fatto alla s.r.l. socia*). In ordine all'orientamento assunto dalla giurisprudenza, la situazione - impiegando il gergo sportivo - è di 4 a 2 a favore di coloro che negano l'ammissibilità di una società di fatto a cui possa partecipare una società di capitali (ovvero le tre Corti d'appello e il Tribunale di Torino) contro quelli che sono - viceversa - di parere opposto (ossia i Tribunali di Forlì e di Santa Maria Capua a Vetere). Più variegata, come si avrà modo di vedere, è la posizione della dottrina.

STUDI E OPINIONI

LE SOCIETÀ DI FATTO FRA SOCIETÀ DI CAPITALI

da qualsivoglia esternazione formale) tra un soggetto (imprenditore individuale o, più comunemente, imprenditore collettivo), già dichiarato fallito, ed una o più altre società di capitali, alla luce dell'art. 2361, comma 2, c.c., al fine di ottenere ai sensi del nuovo art. 147, comma 5, L. Fall., l'estensione del fallimento, ipotizzando l'esistenza di una società di fatto occulta.

Il citato comma 5 dell'art. 147, L. Fall. recepisce - come sottolinea la Relazione ministeriale - il noto orientamento giurisprudenziale in tema di società occulta (di fatto), secondo cui «la mancata esteriorizzazione della società non impedisce ai terzi di invocare la responsabilità anche della società occulta e degli altri soci, ove l'esistenza della stessa venga successivamente scoperta. Necessario e sufficiente a tal fine [...] è che i terzi provino a posteriori l'esistenza del contratto di società e che gli atti posti in essere dal soggetto agente in proprio nome siano comunque riferibili a tale società. Perciò, dichiarato il fallimento dell'imprenditore individuale, il fallimento viene esteso alla società ed agli altri soci occulti, una volta acquisita la prova - anche attraverso presunzioni - che esiste una società tra il fallito e gli altri soggetti interessati alla sua attività di impresa»⁶.

E' questo, in sintesi, l'orientamento giurisprudenziale fatto proprio dal legislatore della nuova legge fallimentare là dove si stabilisce, appunto, l'estensione del fallimento all'ipotesi in cui «dopo la dichiarazione di fallimento di un imprenditore individuale risulti che l'impresa è riferibile ad una società di cui il fallito è socio illimitatamente responsabile» (art. 147, comma 5, L. Fall.).

Sulla base delle premesse che precedono, i termini della questione appaiono piuttosto chiari; si tratta di stabilire se il mancato rispetto delle due condizioni previste nel citato comma 2 dell'art. 2361 c.c. impedisca l'acquisto della partecipazione e, di conseguenza, la correlativa assunzione - in capo alla partecipante società di capitali - della responsabilità illimitata per le obbligazioni della società partecipata oppure se il tutto si traduca soltanto in una responsabilità degli amministratori della società di capitali partecipante.

2. Una questione preliminare

Il tema concerne l'interpretazione dell'art. 147, comma 5, L. Fall. - che come si è visto - prevede l'estensione del fallimento di un imprenditore individuale alla società occulta di cui egli appaia socio insieme con altri soggetti. Ci si domanda, in altri termini, se la fattispecie citata possa applicarsi anche all'ipotesi in cui la dichiarazione

⁶ Così riassume l'orientamento giurisprudenziale CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società*, 6^a ed. a cura di Campobasso, Torino, 2006, 64 e seg.

STUDI E OPINIONI

LE SOCIETÀ DI FATTO FRA SOCIETÀ DI CAPITALI

di fallimento da cui trae origine l'estensione alla società occulta sia rappresentata dal fallimento non di un imprendere individuale, bensì di uno collettivo⁷.

Una risposta positiva si impone⁸ e poggia su due rilievi: a) la fattispecie prevista dal comma 5 dell'art. 147, L. Fall. deve intendersi comprensiva di tutte le ipotesi in cui, dopo il fallimento di un imprenditore (sia esso persona fisica o società), risulti che l'attività dallo stesso esercitata era in realtà riferibile ad una società partecipata anche da altre parti; b) in ogni caso, la disposizione citata deve reputarsi analogicamente applicabile, ricorrendo l'identica ratio, anche all'ipotesi in esame. Ancor più convincente appare l'ulteriore argomento⁹ fondato sull'ingiustificata disparità di trattamento che scaturirebbe dalla risposta negativa, essendo del tutto irragionevole che la stessa società di fatto, risultata esistente tra i medesimi soci (persone fisiche e società), possa essere dichiarata fallita in estensione in base all'art. 147, comma 5, L. Fall. solo se l'accertamento della sua esistenza derivi dal fallimento di una persona fisica socia e non qualora consegua al fallimento di una società socia.

La circostanza che la disposizione in esame faccia riferimento espressamente al solo previo fallimento di un imprenditore individuale trova, con tutta probabilità, spiegazione nella Relazione ministeriale di accompagnamento al decreto legislativo di riforma (n. 5/2006), laddove si precisa che con le nuove disposizioni (ovvero con il comma 5) si è inteso recepire il noto orientamento giurisprudenziale in tema di società occulta; orientamento sviluppatosi intorno all'ipotesi della società occulta tra soci persone fisiche e non già con soci che rivestivano la forma di impresa collettiva, considerato - come è noto - che, prima della riforma del diritto societario, si negava prevalentemente la legittimità della partecipazione di società in genere (e non solo di capitali)¹⁰ in qualità di soci di società di persone, come la società di fatto (occulta)¹¹.

3. La ratio delle regole contenute nell'art. 2361, comma 2, c.c. e la loro violazione

⁷ Nei casi esaminati dai giudici torinesi e da quelli di Forlì e Bologna i soggetti falliti rispetto al quale il curatore ipotizzava l'esistenza di una società di fatto con altri soggetti erano società a responsabilità limitata.

⁸ Cfr. Spiotta, op. cit., 89.

⁹ Posto in rilievo dal Tribunale di Forlì, 9 febbraio 2008, cit., in motivazione.

¹⁰ Sul tema v., per tutti, COTTINO-WEIGMANN (SARALE), *Società di persone e consorzi*, in *Tratt. Dir. Comm.* a cura di Cottino, Padova, 2004, 3, 84 e segg..

¹¹ *Contra* Trib. Bologna, 11 giugno 2008, cit., secondo cui non si può prescindere dal dato testuale che emerge dal comma 5 dell'art. 147, L. Fall. ovvero dal riferimento al fallimento "iniziale" di un imprenditore individuale.

STUDI E OPINIONI

LE SOCIETÀ DI FATTO FRA SOCIETÀ DI CAPITALI

Vi è assoluta concordia nel ritenere che la necessità della delibera assembleare, sancita dal più volte citato art. 2361, comma 2, c.c., sia posta dall'ordinamento a tutela dei soci, a cui occorre riconoscere il diritto di poter decidere se effettuare un investimento che ha come conseguenza di sottrarre la porzione di patrimonio sociale investita nella partecipazione alle regole che disciplinano l'amministrazione e la formazione del bilancio della società di capitali, mentre l'altra condizione, ovvero l'enunciazione della partecipazione nella nota integrativa del bilancio, è prevista a tutela dei creditori sociali, in modo tale che i medesimi - a seguito della lettura del bilancio - possano rendersi consapevoli e possano monitorare le effettive condizioni di rischio della società debitrice, inevitabilmente influenzate dalle condizioni della società (di persone) partecipata.

Il punto nodale di tutta la vicenda ruota intorno all'individuazione delle conseguenze del mancato rispetto dei due filtri posti dal più volte citato art. 2361, comma 2, c.c. Da un lato, vi sono coloro che sostengono la nullità-inefficacia, anche nei confronti dei terzi, dell'assunzione della partecipazione non "autorizzata"¹² dall'assemblea; dall'altro, quelli che, invece, limitano ai rapporti interni, ai fini del riconoscimento della responsabilità degli amministratori, le conseguenze del mancato rispetto delle condizioni previste dalla norma in esame.

In primis, occorre sottolineare la persuasività degli argomenti utilizzati per espungere dal tavolo della discussione la questione concernente le conseguenze della violazione dell'obbligo specificatamente previsto a tutela dei creditori sociali dall'art. 2361, comma 2, c.c., ossia l'enunciazione della partecipazione nella nota integrativa, considerato che tale adempimento (*rectius*: mancato adempimento) - necessariamente successivo all'acquisto della partecipazione medesima - non può costituire un ostacolo all'assunzione della partecipazione, quanto - più limitatamente - causa di responsabilità degli amministratori¹³.

Un tema molto più complesso è quello riguardante le conseguenze della mancata "autorizzazione" assembleare all'acquisto della partecipazione. In proposito, si tratta di verificare se la prescrizione della deliberazione assembleare si traduca in un limite al potere di rappresentanza degli amministratori e, in caso di risposta affermativa, se tale limite, discendendo da una norma di legge, sia sempre e comunque opponibile al terzo.

Quanto al primo profilo, una dottrina - nel fornire un responso di segno positivo - ha sottolineato come l'art. 2361, comma 2, c.c. introduca «un limite legale e generale al potere degli amministratori in presenza di un'alterazione delle condizioni di rischio ordinariamente connesse al normale e fisiologico esercizio dell'attività costituente l'oggetto sociale attraverso gli schemi tipici delle società di capitali o comunque in

¹² Che si tratti propriamente di un'autorizzazione non è certo: v., *infra*, par. 5.

¹³ Cfr. COTTINO, *Note minime su società di capitali (presunta) socia di società di persone e fallimento*, cit., 2223.

STUDI E OPINIONI

LE SOCIETÀ DI FATTO FRA SOCIETÀ DI CAPITALI

presenza di operazioni che sono destinate ad incidere in modo rilevante sui diritti dei soci o sul valore della partecipazione se non addirittura sull'organizzazione e sulla struttura della società»¹⁴; conseguentemente, «l'assunzione della partecipazione dovrà sempre essere espressa e non potrà mai essere tacita, ossia desumersi dal comportamento concludente degli amministratori»¹⁵. Corollario di quanto precede è «l'inammissibilità di società di fatto fra società di capitali, mentre è ammessa la società di persone fra società di capitali esplicitamente dichiarata, cioè risultante da deliberazioni delle rispettive assemblee stipulato nella forma della società regolare»¹⁶.

Secondo altra dottrina¹⁷ - viceversa - nessun ostacolo alla configurazione di una società di fatto può derivare qualora sia mancata la preventiva deliberazione assembleare sull'acquisto della partecipazione e, quindi, gli amministratori abbiano travalicato i limiti legati alla propria competenza. Tale dottrina ritiene che, in tal caso, «il rapporto sociale scaturisca [...] da un comportamento concludente, rispetto al quale l'inosservanza delle prescrizioni di legge in ordine all'acquisto della partecipazione è del tutto irrilevante: la società nasce, agisce, diventa titolare di diritti e di obbligazioni per effetto della condotta univocamente tenuta dai soci e dai soggetti ai quali è stata commessa la gestione. In termini diversi, altro è stabilire quali siano le conseguenze della mancata deliberazione assembleare sul piano dell'atto (e, in definitiva, dell'organizzazione societaria dal punto di vista della società partecipante), altro è individuare la disciplina applicabile al fatto dello svolgimento di un'attività, che presenti i connotati dell'art. 2082 c.c. e dell'art.

2247 c.c. (problema rilevante sul piano dell'impresa); è, in definitiva, la stessa prospettiva che si adotta nel caso dell'impresa illecita, in cui la mancanza delle prescritte autorizzazioni (nel caso dell'impresa illegale) o l'illiceità dell'oggetto (nel caso dell'impresa immorale) non impediscono di qualificare come impresa l'attività economica concretamente svolta, con la conseguente applicabilità dello statuto dell'imprenditore (e, in specie, dell'imprenditore commerciale), quanto meno per gli aspetti svantaggiosi, quale, *in primis*, la soggezione alle procedure concorsuali»¹⁸.

A tale opinione si è - a sua volta - convincentemente replicato osservando come l'orientamento appena esposto abbia «forse un po' sottovaluta[to], con l'insidia di

¹⁴ Così GALGANO, *Diritto commerciale, Le società*, 17^a ed., Bologna, 2009, 45.

¹⁵ GALGANO, *op. cit.*

¹⁶ GALGANO, *op. cit.*

¹⁷ Cfr. BARTALENA, La partecipazione di società di capitali in società di persone, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, Liber Amicorum Gianfranco Campobasso a cura di Abbadessa, Portale, Torino, 2006, 1, 99 e segg., 112 e segg.

¹⁸ BARTALENA., *La partecipazione di società di capitali in società di persone*, cit., 112 e seg.; *adde*, in argomento, PALMIERI, *Nuovi profili del fallimento delle società*, in *Temi del nuovo diritto fallimentare* a cura di Palmieri, Torino, 2009, 79 e segg., 85 e seg.

STUDI E OPINIONI

LE SOCIETÀ DI FATTO FRA SOCIETÀ DI CAPITALI

tradursi in una possibile petizione di principio, i paletti preventivi che la legge pone alla legittima realizzazione di tale operazione, quand'anche essa avvenga nel quadro della disciplina delle società di persone regolari. Costituiscono essi, appunto, l'atto che la legittima: che non pare una semplice situazione fattuale sarebbe idonea ad aggirare, a porre nel nulla, a meno di ammettere che, con l'accorgimento della "fattualità", sia possibile vanificarne l'efficacia; sicché essa attualità sarebbe così potente e pervasiva da consentire - oltre che l'individuazione della relativa società - la "sanatoria" dell'avervi, pure di fatto e senza formalità autorizzative, partecipato»¹⁹.

Ne' - vi è da ritenere - abbia pregio invocare principi di conservazione degli atti di impresa (sulla scorta dell'art. 2332 c.c.)²⁰, successivi alla "costituzione" di una società di fatto, quando il tema è proprio quello della legittimità dell'esistenza del soggetto stesso e comunque in assenza di ogni iscrizione nel registro delle imprese, trattandosi - appunto - di società di fatto: iscrizione che vale - come è noto - a fondare l'affidamento dei terzi²¹.

4. L'opponibilità ai terzi dei limiti "legali" al potere di rappresentanza degli amministratori

Se dunque sembra - a ragione - prevalere l'opinione secondo cui l'acquisto da parte degli amministratori di una partecipazione (comportante la responsabilità illimitata) in società di persone - in assenza di una previa deliberazione assembleare - configuri un atto compiuto in violazione dei limiti legali ai poteri di rappresentanza degli amministratori medesimi, si tratta di affrontare il tema più impervio ossia le conseguenze di tale violazione.

Secondo taluni²² il difetto della delibera assembleare prevista dall'art. 2361, comma 2, c.c. rispetto all'acquisto di una partecipazione - che configurerebbe un tipico atto di gestione (rientrante, dunque, nei generali poteri di rappresentanza degli amministratori)²³ - non implicherebbe l'opponibilità ai terzi, in quanto anche i limiti legali - in assenza dell'espressa previsione contraria contenuta nel previgente inciso finale dell'art. 2384, comma 1, c.c. (che faceva salve, appunto, le limitazioni ai poteri di rappresentanza risultanti dalla legge) - non sarebbero opponibili, dovendo applicarsi alla

¹⁹ Così COTTINO, nota a Trib. Torino, 4 aprile 2007 (decr.), cit., 1444; la stessa dottrina (nota a Trib. Forlì, 9 febbraio 2008, cit., 1428) sottolinea - provocatoriamente - che ragionando in tal modo più che di società di fatto si tratti di società del fatto compiuto.

²⁰ Cfr. PALMIERI, *op. cit.*

²¹ Persuasive sul punto paiono le considerazioni della Corte d'appello di Bologna, 11 giugno 2008, cit., in motivazione.

²² Cfr. Trib. Forlì, 9 febbraio 2008, cit., in motivazione.

²³ Sul punto, peraltro, v. *infra*, par. 5.

STUDI E OPINIONI

LE SOCIETÀ DI FATTO FRA SOCIETÀ DI CAPITALI

fattispecie, in via di interpretazione analogica, il comma 2 dell'art. 2384 c.c.²⁴ Secondo altri,

al contrario, e la soluzione che segue si lascia preferire, il difetto della delibera assembleare sarebbe opponibile ai terzi, in quanto rappresenterebbe la violazione di un limite imposto dalla legge e - essendo la disposizione contenuta nel comma 2 dell'art. 2361 c.c. una norma di interesse generale - «sarebbe incongruo che il legislatore avesse introdotto, per interessi superiori, norme restrittive ai poteri dell'organo amministrativo prevedendo poi come priva di effetti verso i terzi la loro violazione, in tal modo svuotandone la portata precettiva»²⁵.

A tale ultimo rilievo si è replicato ritenendo prevalente la necessità di salvaguardare i terzi i cui interessi prevarrebbero «sull'esigenza di tutelare l'aspettativa dei creditori e l'affidamento degli stessi riposto sul rispetto di quei limiti da parte degli amministratori. Poiché l'atto compiuto dagli amministratori senza il rispetto dei limiti imposti dallo statuto o dall'assemblea pregiudica gli interessi dei creditori della società non diversamente dall'assunzione, non preventivamente autorizzata, di una partecipazione in società di persone, non si vede per quale motivo solo in quest'ultima ipotesi debbano prevalere le aspettative dei creditori sociali»²⁶.

Sul versante opposto si è osservato come «sul piano dell'interpretazione testuale, paia difficilmente superabile l'argomento interpretativo racchiuso nel noto brocardo *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*: se il legislatore ha parlato di "limitazioni ai poteri degli amministratori che risultano dallo statuto o da una decisione degli organi competenti" significa che ha voluto circoscrivere l'applicabilità dell'art. 2384 c.c. ai limiti convenzionali, facendo salva l'opponibilità ai terzi dei limiti legali»²⁷. In altri termini, anche se il legislatore ha soppresso nel comma 1 dell'art. 2384 c.c. l'espressa previsione dell'opponibilità delle limitazioni che risultano dalla legge, non parrebbe dubbio che le stesse continuino ad esserlo ancora oggi.

²⁴ Cfr., in dottrina, BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004, 83; MOSCO, Sub art. 2364 c.c., in *Società di capitali. Commentario* a cura di Niccolini, Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, II, 607 e segg., 612 e seg.; *adde*, con riguardo proprio al caso di specie, AUTUORI, *op. cit.*, 761.

²⁵ Così App. Torino, 30 luglio 2007 (decr.), *cit.*, in motivazione; App. Napoli, 15 maggio 2009, *cit.*

²⁶ Così Trib. Forlì, 9 febbraio 2009, *cit.*, in motivazione.

²⁷ Così SPIOTTA, *op. cit.*, 95; *adde*, nella manualistica, CAMPOBASSO, *op. cit.*, 376; PRESTI-RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*, 4^a ed., Bologna, 2009, II, 157. Il principio secondo cui l'art. 2384, comma 2, c.c. non si applica ai limiti legali (tra cui il divieto di agire in conflitto di interessi) è stato recentemente ribadito da Cass., 26 gennaio 2006, n. 1525, in *Giur. It.*, 2006, 1863, con nota di SPIOTTA, *Limiti al potere di gestione e conflitto di interessi: brevi note alla luce della riforma del diritto societario*.

STUDI E OPINIONI

LE SOCIETÀ DI FATTO FRA SOCIETÀ DI CAPITALI

Sotto altro profilo occorre rimarcare come la fattispecie in esame si collochi nel novero di quelle disposizioni che subordinano il compimento di un atto alla preventiva deliberazione di un organo sociale; in talune di esse è prevista espressamente la validità dell'atto e il contemporaneo sorgere di sanzioni di altro genere (responsabilità personale, obbligo di alienare ecc.), come nei casi disciplinati dagli art. 2357 e segg. c.c. (acquisto di azioni proprie o di società controllate) e dall'art. 2343 *bis* c.c. (acquisto di beni di fondatori, promotori ecc.): trattasi di disposizioni dalle quali, peraltro, non è dato inferire²⁸ un'applicazione generale comportante l'irrilevanza esterna del mancato rispetto del processo decisionale²⁹.

Vi sono, infatti, numerose fattispecie - come quella in esame - in cui nulla si dice in ordine alla sorte dell'atto compiuto in violazione del processo decisionale e per le quali pare coerente - soprattutto se si guarda al contenuto "eversivo" dell'art. 2361, comma 2, c.c.³⁰ - affermare l'opponibilità ai terzi del difetto: opponibilità comunque coerente con il tenore della norma comunitaria³¹ che «nel definire il carattere generale della rappresentanza, fa salvi i limiti costituiti dai "poteri che la legge conferisce o consente di conferire" agli organi sociali»³².

5. La delibera dell'assemblea

Un profilo in parte trascurato è quello concernente l'esatta collocazione della delibera assembleare nell'ambito della fattispecie in esame. Secondo l'opinione prevalente - ovvero quella presupposta da entrambi gli schieramenti di cui si è dato conto nel paragrafo precedente - l'acquisto della partecipazione costituisce un atto di gestione di competenza degli amministratori (e dei cui poteri di rappresentanza si discute), il cui compimento suppone una previa delibera assembleare di natura autorizzatoria.

Il dato normativo, ad onor del vero, non assegna espressamente alla delibera dell'assemblea un tale valore: è scritto, infatti, che «l'assunzione di partecipazioni [...] deve essere deliberata dall'assemblea».

Potrebbe ritenersi che si tratti di una competenza piena e propria dell'assemblea e che, dunque, la violazione della regola non ponga un problema di ampiezza dei poteri rappresentativi degli amministratori che hanno agito in violazione di un processo

²⁸ Come taluni - viceversa - ritengono: cfr., in giurisprudenza, Trib. Forlì, 8 febbraio 2008, cit.; in dottrina, PLATANIA, *Il fallimento di società di fatto partecipata da società di capitali*, cit., 1297 e seg.

²⁹ Cfr. CALANDRA BUONAURA, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, Liber Amicorum Gianfranco Campobasso a cura di Abbadessa e Portale, 2, Torino, 2006, 657 e segg., 668.

³⁰ Cfr. App. Torino, 30 luglio 2007 (decr.), cit.

³¹ Ovvero all'art. 9, n.1 della prima direttiva comunitaria in materia societaria.

³² CALANDRA BUONAURA, *op. cit.*

STUDI E OPINIONI

LE SOCIETÀ DI FATTO FRA SOCIETÀ DI CAPITALI

decisionale interno, quanto più in generale di violazione di una regola inderogabile (e opponibile ai terzi) concernente le competenze esclusive dei vari organi³³.

Per contro si è ribattuto che una tale interpretazione del dato normativo si porrebbe in contrasto con l'art. 2380 *bis* c.c. che riserva agli amministratori la competenza esclusiva in materia di gestione sociale³⁴. Ma l'obiezione non sembra vincente: esistono, infatti, numerose ipotesi in cui il legislatore, al di là dell'attribuzione in via esclusiva agli amministratori della gestione sociale, assegna all'assemblea compiti insieme di carattere organizzativo e di alta gestione: ad esempio, in tema di fusione e scissione; oppure consente all'autonomia dei soci di attribuire alla sua competenza l'emissione di obbligazioni e, dunque, un'attività di carattere eminentemente gestionale.

Si è poi osservato che l'art. 2364, n. 5, c.c. prevede che l'assemblea deliberi «sugli altri oggetti attribuiti dalla legge alla [sua] competenza» e che la deliberazione di cui al più volte citato comma 2 dell'art. 2361 c.c. rientri in tale ipotesi³⁵.

Se si condivide questo percorso interpretativo, non si può che conseguentemente escludere - per una strada diversa da quella dell'opponibilità o no ai terzi dell'atto compiuto dagli amministratori, presa in esame nel paragrafo precedente - la configurabilità di una società di fatto tra società di capitali.

6. L'applicazione dell'art. 2361, comma 2, c.c. alle società a responsabilità limitata

Un ultimo profilo da esaminare concerne la possibilità di estendere la disposizione di cui all'art. 2361, comma 2, c.c., nel silenzio del legislatore, alla società a responsabilità limitata. Invero, la disciplina di quest'ultimo tipo societario nulla dice in proposito; tuttavia l'art. 111 *duodecies* disp. att. c.c. stabilisce che, qualora tutti i soci illimitatamente responsabili di società di persone siano società per azioni, in accomandita per azioni o a responsabilità limitata, le società in nome collettivo o in accomandita semplice devono redigere il bilancio secondo le norme previste per le società per azioni e, inoltre, ricorrendone i presupposti, il bilancio consolidato. La disposizione ora richiamata prevede quindi esplicitamente la possibilità sia per la società in accomandita per azioni, sia per quella a responsabilità limitata di essere socie illimitatamente responsabili di società di persone³⁶.

³³ Così App. Bologna, 11 giugno 2008, cit., in motivazione.

³⁴ Cfr. Trib. Forlì, 8 febbraio 2008, cit., in motivazione.

³⁵ Così App. Bologna, 11 giugno 2008, cit., in motivazione.

³⁶ Il profilo in esame è di particolare rilievo anche operativo, considerato che in tutte e tre le fattispecie sulle quali la giurisprudenza si è pronunciata la società di capitali che si ipotizzava esser socia della società di fatto era una società a responsabilità limitata.

STUDI E OPINIONI

LE SOCIETÀ DI FATTO FRA SOCIETÀ DI CAPITALI

Fermo quanto sopra, occorre ancora esaminare se anche con riferimento alla società a responsabilità limitata valga la regola che attribuisce la relativa competenza alla decisione dei soci, sottraendola a quella propria dell'organo amministrativo. La risposta appare decisamente in senso positivo, tenuto conto che in ogni caso sono riservate alla competenza dei soci di società a responsabilità limitata le decisioni di compiere operazioni che comportino una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale o una rilevante modificazione dei diritti dei soci. Sia qualora si sostenga che l'operazione in esame rientri in tale categorie, sia comunque con un ragionamento *a fortiori*, pare corretto ritenere che si tratti di una competenza inderogabilmente propria dei soci o della loro assemblea³⁷. Il fatto poi che nell'ambito della disciplina della società a responsabilità non esista una distinzione così netta di ruoli tra assemblea ed amministratori³⁸ vale a superare le obiezioni esaminate nel paragrafo precedente a proposito del ruolo da assegnare all'assemblea della società per azioni nell'acquisto di partecipazioni comportanti responsabilità illimitata.

³⁷ Sul tema v., per tutti, CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, in *Tratt. Dir. Comm.* a cura di Cottino, 5, 1, Padova, 2007, 297 e segg.; *contra*, parrebbe, FIMMANÒ, *op. cit.*, 94, che sottolinea l'assenza di previsioni normative.

³⁸ Cfr. sul punto CAGNASSO, *op. cit.*, 291 e segg.; CIAN, *Le competenze decisorie dei soci*, in *Trattato delle società a responsabilità limitata* a cura di Ibba, Marasà, Padova, 2009, IV, 71.

LA POSSIBILE LIMITAZIONE DELLA RESPONSABILITÀ DA DIREZIONE E COORDINAMENTO: I VANTAGGI COMPENSATIVI

Il presente contributo analizza la possibilità, concessa dalla normativa vigente, di addivenire alla limitazione della responsabilità derivante dall'abusivo esercizio dell'attività di direzione e coordinamento ex art. 2497 c.c. mediante l'attribuzione, alle società eventualmente pregiudicate, di "vantaggi compensativi". Obiettivo del contributo è delineare le modalità ed i termini con cui l'attribuzione dei vantaggi dovrebbe avvenire per consentire la limitazione di responsabilità.

di GUIDO DONEDDU

1. Il danno da "direzione e coordinamento"

Ruolo centrale nella disciplina dell'attività di "direzione e coordinamento", così come introdotta nell'ordinamento nazionale dal D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 e successive modificazioni, è la responsabilità gravante sul soggetto esercente tale attività, nel caso in cui questa arrechi un danno¹ alle società ad essa sottoposte.

Il danno conseguente all'illecito esercizio della direzione unitaria, essendo rappresentato dalla lesione dei beni giuridici nella titolarità di distinti soggetti (soci di minoranza e creditori sociali), è, in quanto tale, pluridirezionale come, peraltro, già era stato riconosciuto dalla giurisprudenza di merito².

Deve trattarsi inoltre di un danno effettivo, da apprezzare non già in relazione ad un singolo atto di malgoverno pregiudizievole, ma nel contesto complessivo dell'attività

¹ In particolare l'articolo 2497, rubricato "responsabilità", così recita: "Le società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società, agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società."

² Cfr. Trib. Orvieto 4 novembre 1987, in *Giur. It.*, 1988, I, 2, p. 501.

STUDI E OPINIONI

RESPONSABILITÀ DA DIREZIONE E COORDINAMENTO

imprenditoriale del gruppo, tenendo conto della sua eventuale elisione successiva, posto che la norma esclude esservi responsabilità “... *quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell’attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni dirette a ciò*”.

Nel riferimento al risultato complessivo dell’attività di direzione e coordinamento, appare trasparente l’influenza sul dettato normativo della teoria cosiddetta dei “vantaggi compensativi”, che proietta la valutazione dell’interesse della singola società appartenente al gruppo (e per converso, del danno ad essa arrecato) nel più ampio orizzonte del gruppo partecipato. L’apprezzamento di tale interesse, pertanto, deve essere valutato non limitatamente ad operazioni poste in essere isolatamente (ed alla conseguente ricerca della loro immediata ed adeguata contropartita economica), ma nel contesto dei vantaggi complessivamente tratti dalla singola società dall’appartenenza al gruppo, anche mediati e indiretti (ossia prodotti da rapporti diversi, tra loro in una condizione di non immediata corrispettività), secondo un criterio non rigidamente proporzionale o quantitativo, in una prospettiva temporale neppure necessariamente contestuale, ma anche diacronica³.

In tal modo, nella valutazione globale del pregiudizio all’interesse della singola società (considerando quindi anche i vantaggi ad essa derivanti dall’appartenenza al gruppo), la teoria in esame è stata inizialmente recepita dalla giurisprudenza di merito⁴, per consolidarsi progressivamente anche presso il successivo indirizzo di legittimità⁵.

2. Lineamenti teorici e sistematici della teoria dei vantaggi compensativi

Come anticipato, tema centrale nella disciplina dell’attività di direzione e coordinamento e, conseguentemente, dei profili di responsabilità posti a carico del soggetto esercente attività di direzione e coordinamento, è il concetto di “vantaggi compensativi”, tema in realtà non nuovo nel panorama legislativo nazionale ed oggetto di ampia discussione in Dottrina, che necessita di essere meglio definito nell’ambito della disciplina dei gruppi societari.

Ambito di applicazione caratteristico della teoria dei vantaggi compensativi è la fattispecie del conflitto di interessi, con precipuo riferimento alle operazioni infragruppo; la riflessione sui vantaggi compensativi si lega, pertanto, al dibattito sui

³ Conformemente MONTALENTI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, cit., p. 366.

⁴ In tal senso *App. Milano 11 luglio 1991*, in: *Giur. Comm* 1993, II, p. 257, che ha ritenuto la sottofatturazione dei prodotti della controllata alla controllante compensata dall’acquisto in blocco, da parte della seconda, della produzione della prima, così sollevandola da tutti gli oneri di commercializzazione dei prodotti, incidenti, di regola, in misura rilevante sul prezzo finale.

⁵ *Cass. Civ., 21 gennaio 1999*, in *Corr. Giur.* 1999, p. 1529; *Cass. Civ. 5 dicembre 1999*, in: *Giur. It.* 1999, p. 2317.

STUDI E OPINIONI

RESPONSABILITÀ DA DIREZIONE E COORDINAMENTO

temi centrali della materia dei gruppi di società, tra cui la particolare fisionomia del conflitto di interessi e la valorizzazione dell'interesse di gruppo come situazione condizionante il perseguimento dell'interesse sociale delle singole società affiliate⁶.

Alla base di questa teoria, inizialmente elaborata dalla Dottrina aziendalistica, si pone la presa d'atto dell'evoluzione organizzativa dell'impresa moderna e dei vantaggi sul piano organizzativo, produttivo, commerciale e finanziario derivanti dalla strutturazione dell'impresa in forma di gruppo; ciò dovrebbe portare anche l'interprete e il legislatore ad abbandonare una concezione atomistica dell'impresa per accoglierne una di tipo c.d. molecolare⁷.

Occorre, tuttavia, considerare che le decisioni imposte dalla capogruppo che siano svantaggiose per le società controllate pregiudicano l'interesse che hanno i soci esterni al gruppo, a seconda dei casi, a conservare la dotazione di risorse produttive e finanziarie (ove esse siano utilizzate a favore di altre società del gruppo) o a conseguire migliori risultati imprenditoriali, nonché l'interesse dei creditori a conservare la garanzia patrimoniale per il soddisfacimento dei propri crediti⁸.

La necessità di rendere compatibile l'interesse di gruppo con quello dei soggetti immediatamente svantaggiati dall'operazione, pertanto, viene affrontata, in primo luogo, avendo riguardo ad esigenze di garanzia redistributiva.

In questo contesto si sviluppa la ricerca di adeguati sistemi di compensazione del pregiudizio arrecato, alla società affiliata, dalla decisione ispirata al perseguimento dell'interesse di gruppo.

Diverse sono le soluzioni al problema elaborate dalla Dottrina⁹. Parte di essa ha proposto l'obbligo di equa redistribuzione del *surplus* prodotto dalle operazioni "in pregiudizio" tra tutte le società del gruppo¹⁰; altra parte ha delineato soluzioni di tipo

⁶ Per approfondimenti, ENRIQUES, *Gruppi piramidali, operazioni intragruppo e tutela degli azionisti esterni: appunti per un'analisi economica*, in: *Giur. Comm.* 1997, p. 720.

⁷ Cfr. COTTINO, in: *I gruppi di società, atti del convegno internazionale di studi, Venezia 16-18 novembre 1995*, cit., p. 1075.

⁸ D'ALESSANDRO, *Il diritto delle società da i "battelli del Reno" alle "navi vichinghe"*, in: *Foro It.* 1988, V, p. 48, il quale, dopo aver affermato "di non riuscire quasi più a scorgere nei firmamenti societari stelle solitarie, ma di vedervi solo costellazioni", evidenzia che "il conflitto di interessi avuto presente dal codice è invero una situazione episodica, occasionale, anzi addirittura e propriamente accidentale, che può determinarsi con riferimento ad uno specifico atto. Nei gruppi, per contro, il conflitto è o può essere un elemento per così dire istituzionale, sistematico, che non si limita ad investire accidentalmente questo o quell'atto ma permea, o può permeare, di sé l'intera attività.

⁹ Per una sintesi delle diverse posizioni dottrinali al riguardo si rimanda a MONTALENTI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, cit., p. 710.

¹⁰ LIBONATI, in: *I gruppi di società, atti del convegno internazionale di studi, Venezia 16-18 novembre 1995*, a cura di Balzarini P., Carcano G., Mucciarelli G., vol. II, Milano 1996, p.

STUDI E OPINIONI

RESPONSABILITÀ DA DIREZIONE E COORDINAMENTO

risarcitorio, ritenendo necessario un vero e proprio indennizzo contestuale a carico della capogruppo e a favore della società svantaggiata¹¹.

La giurisprudenza, peraltro, ha adottato il medesimo variegato approccio nell'accertamento del requisito del danno previsto dalla fattispecie del conflitto di interessi, talora ritenendo compensato il pregiudizio procurato alla società controllata dai vantaggi genericamente derivanti dalla sua appartenenza al gruppo, in altri casi operando un esame più analitico dei rapporti intercorrenti tra le società parti dell'operazione. In ogni caso, viene comunque sottolineata la complessità di simili valutazioni in relazione agli elementi di prova acquisiti al giudizio e l'impossibilità di procedere ad un esame del merito delle decisioni di gestione rilevanti per un'adeguata valutazione della fattispecie (c.d. giudizio imprenditoriale)¹².

L'elaborazione dottrinale più recente¹³ ha proposto, invece, una concezione dei vantaggi compensativi che contestualmente esclude la sufficienza dei benefici genericamente derivanti dal mero legame di gruppo come contropartita del pregiudizio inflitto alla società controllata, negando altresì la necessità di un ristoro immediato e rigidamente proporzionale. In conformità a tale concezione, quindi, indica quale plausibile soluzione la valutazione dell'operazione nel quadro della generale politica di gruppo onde verificare se da essa possano derivare alle società "dominate" benefici magari non immediati, ma ragionevolmente certi, su piani ed in ambiti di attività anche diversi da quelli incisi dall'operazione imposta dalla capogruppo.

1489; PREITE, *Il conflitto di interessi del socio tra codice e disciplina del mercato*, in: *Riv. Soc.* 1988, p. 361; SCOGNAMIGLIO, *La politica di gruppo e l'interesse delle società controllate*, cit., p. 487.

¹¹ SPADA, *L'amministrazione delle società per azioni tra interesse sociale e interesse di gruppo*, cit., p. 233.

¹² Per l'illustrazione dei principi giurisprudenziali si rimanda a MONTALENTI, *Operazioni intragruppo e vantaggi compensativi: l'evoluzione giurisprudenziale (a commento di Cass. Civ. 5 dicembre 1998, n. 12325)*, in: *Giur. It.*, 1999, III, p. 2319.

¹³ Trattasi di MONTALENTI, nei vari suoi interventi, tra i quali: *Conflitto di interessi e teoria dei vantaggi compensativi*, cit., p. 710; *Operazioni intragruppo e vantaggi compensativi: l'evoluzione giurisprudenziale (a commento Cass. Civ. 5 dicembre 1998 n. 12325)*, cit., p. 2317; *Il conflitto di interessi nella riforma del diritto societario*, cit., p. 243. In particolare, secondo l'Autore, "la teoria dei vantaggi compensativi non è teoria dell'indennizzo ma bensì una valutazione ex-ante in termini di razionalità e coerenza di una singola scelta, ancorchè pregiudizievole per la società che la pone in essere, rispetto ad una politica economica generale di gruppo di medio e lungo termine, da cui può ragionevolmente derivare un vantaggio alla singola società, anche su piani economici differenti, anche in tempi diversi rispetto al momento dell'operazione ed anche secondo un parametro non rigidamente proporzionale, né necessariamente quantitativo".

STUDI E OPINIONI

RESPONSABILITÀ DA DIREZIONE E COORDINAMENTO

Soddisfatte dette condizioni, l'operazione potrebbe dirsi legittima e risulterebbe realizzato il temperamento dell'interesse di gruppo con l'interesse delle società affiliate, in quanto solo con l'accettazione di un margine di elasticità di tal fatta potrebbe adeguatamente tutelarsi la funzionalità dei gruppi e il conseguimento dei risultati economici e gestionali che solo con tale schema organizzativo è possibile realizzare.

Si fronteggiano, sul tema, due diverse concezioni dei vantaggi compensativi, l'una "rigida" e l'altra più "flessibile"¹⁴ ed, in ogni caso, attenta ad un equo ma proficuo temperamento delle varie esigenze che trovano manifestazione nell'ambito del gruppo societario.

L'interpretazione "rigida" è supportata da quattro differenti correnti di pensiero ed, in particolare:

- da chi sostiene che la legittimità delle operazioni pregiudizievoli per la controllata sia indefettibilmente condizionata ad una compensazione da realizzarsi per il tramite di un vero e proprio sistema di indennizzo in favore della controllata stessa¹⁵;
- da chi afferma l'ammissibilità delle operazioni svantaggiose unicamente qualora siano compensate da vantaggi economici direttamente trasferiti dalla capogruppo alla controllata in virtù di contratti all'uopo previsti¹⁶;
- ancora, da coloro che sostengono la legittimità delle operazioni pianificate in ottica di gruppo ma a condizione che il "surplus" da esse rinveniente sia distribuito in modo equo fra tutte le società del gruppo¹⁷;
- infine da chi, in ottica puramente "atomistica", ritiene che *"i pur possibili maggiori costi da minore elasticità degli strumenti di gestione devono ritenersi più che compensati dai minori costi di agenzia pure ad essa associabili, con effetti favorevoli sulla capacità di raccolta di capitale di rischio da parte dei gruppi di"*

¹⁴ Per una disamina sul punto si rimanda a CIAMPOLI, *I "vantaggi compensativi" nei gruppi di società (commento a Cass. Civ., sez. I, 24 agosto 2004, n. 16707)*, cit., p. 173.

¹⁵ BONELLI, *Conflitto di interessi nei gruppi di società*, in: *Giur. Comm.*, 192, I, p. 219.

¹⁶ PREITE, *Il conflitto di interessi del socio tra codice e disciplina del mercato*, cit., p. 402.

¹⁷ ENRIQUES, *Gruppi piramidali, operazioni intragruppo e tutela degli azionisti esterni: appunti per un'analisi economica*, cit., p. 730. Supportato da un'analisi economica del fenomeno del gruppo societario, l'Autore, muovendo dalla constatazione che "nel trade-off esistente tra l'interesse dell'insider alla certezza del controllo e le esigenze di tutela degli azionisti esterni, la struttura del gruppo privilegia nettamente il primo" e ritiene che "la funzione fondamentale dei contrappesi, dei limiti ai poteri del gruppo di comando, non vuol essere repressiva ma preventiva. Quando è raggiunta, fa diventare effettivamente marginali i casi di abuso di potere e può contribuire ad aumentare l'efficienza del potere stesso e così potenziare (anche attraverso una maggiore fiducia del mercato dei capitali e una diffusione del risparmio azionario) la società per azioni quale strumento essenziale dello sviluppo industriale e del progresso economico".

STUDI E OPINIONI

RESPONSABILITÀ DA DIREZIONE E COORDINAMENTO

comando che non intendano estrarre, a danno degli azionisti esterni, benefici privati pecuniari del controllo”.

Al contrario, la teoria “elastica” dei vantaggi compensativi¹⁸ ritiene che la lettura “rigida” condizioni “... la legittimità dell’interesse di gruppo ad una riallocazione specifica di vantaggi e svantaggi tale da rendere il risultato economico finale equivalente a quello che potrebbe conseguire una società isolata”, argomentando ulteriormente che “... la legittimità delle operazioni poste in essere dalla controllata sulla base delle direttive di gruppo, ancorché svantaggiose per quest’ultima, deve verificarsi anche alla luce di una politica economica generale di gruppo di medio e lungo periodo, dalla quale può discendere un beneficio per la controllata, anche su piani economici differenti, anche in tempi diversi rispetto al momento dell’operazione ed anche secondo un parametro non rigidamente proporzionale, né necessariamente quantitativo”¹⁹.

La teoria dei vantaggi compensativi è stata accolta dalla Commissione Mirone, ed espressamente richiamata nella relazione di accompagnamento al progetto di riforma, nella sua prospettazione essenzialmente “elastica”. Si afferma, infatti, la possibilità di operare il contemperamento dell’interesse del gruppo con quello delle società controllate e dei soci di minoranza mediante adeguato bilanciamento dei costi addebitati alla controllata con i benefici ad essa derivanti dall’appartenenza al gruppo, senza necessità, peraltro, che questi ultimi siano determinati attraverso un calcolo analitico²⁰.

L’approccio innanzi esposto, tuttavia, in chiave critica, suscita talune riserve, non tanto per la capacità di consentire un adeguato ristoro agli interessi pregiudicati, quanto per i suoi riflessi sull’efficienza complessiva del sistema²¹. La facoltà accordata

¹⁸ MIGNOLI, *Interesse di gruppo e società a sovranità limitata*, in: *Contratto e impresa*, 1986, p. 735.

¹⁹ MONTALENTI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, cit., p. 730.

²⁰ SACCHI, *Sui gruppi nel progetto Mirone*, in: *Giur. Comm.* 2000, I, 358; MONTALENTI, *La riforma del diritto societario nel progetto della Commissione Mirone*, cit., p. 378.

²¹ ENRIQUES, *Il conflitto di interessi nella gestione delle società per azioni: spunti teorici e profili comparatistici in vista della riforma del diritto societario*, in: *Riv. Soc.* 2000, p. 509; DENOZZA, *Rules vs Standards nella disciplina dei gruppi: l’inefficienza delle compensazioni “virtuali”*, cit., p. 336, secondo il quale “il gruppo di comando è indotto a realizzare non le politiche che assicurano il maggior beneficio per il gruppo ma quelle che assicurano la maggior somma della quota del beneficio di gruppo a lui spettante, più il beneficio privato ricavabile”, da cui consegue che “la soluzione più efficiente sia costituita da una regola precisa che imponga di compensare la società svantaggiata in maniera specifica, comprensiva anche degli eventuali rischi che la politica di gruppo la costringe a correre, che preveda un obbligo di informazione relativo all’operazione nel suo complesso e che imponga lo svolgimento di un’istruttoria, tanto più accurata quanto più l’operazione intragruppo si allontana da standardizzate transazioni di

STUDI E OPINIONI

RESPONSABILITÀ DA DIREZIONE E COORDINAMENTO

di operare spostamenti di risorse, di opportunità e di vantaggi tra le società del gruppo introdurrebbe, evidentemente, un elemento di rischio non diversificabile e non prevedibile per l'investitore, comportando potenziali inefficienze per lo stesso mercato dei capitali.

Si pensi, inoltre, alla fattispecie dei gruppi piramidali, in cui la possibilità per il socio di controllo di ricavare benefici *latu sensu* "privati" dal dominio del gruppo renderebbe *de facto* particolarmente difficile il trasferimento del controllo stesso, data la prevedibile onerosità del corrispettivo richiesto per un'eventuale cessione. La possibilità di addivenire a trasferimenti di poste debitorie e creditorie tra le diverse società del gruppo renderebbe indubbiamente di scarsa efficienza il monitoraggio dei creditori ed, in ipotesi, perfino il mercato dei prodotti finali²².

3. L'articolo 2634 c.c. in tema di "infedeltà patrimoniale" e la sua rilevanza nel contesto in esame

Nel contesto dottrinale ed interpretativo innanzi delineato, si giunse all'elaborazione della legge delega sulla riforma del diritto societario e ai suoi primi decreti di attuazione, in particolare al decreto attuativo delle disposizioni penali.

Il testo dell'articolo 10 L. 366/2001, sostanzialmente invariato rispetto alla schema elaborato dalla Commissione Mirone, impone unicamente che l'attività di direzione e coordinamento della capogruppo "*contemperi adeguatamente l'interesse del gruppo, delle società controllate e dei soci di minoranza di queste ultime*".

Nel contesto della regolamentazione penale della fattispecie, invece, l'articolo 11, punto 12, accoglie espressamente il criterio dei vantaggi compensativi imponendo al legislatore delegato di specificare, nell'ambito del reato di infedeltà patrimoniale, che non è da reputarsi "ingiusto" il profitto della società "*se esso è compensato da vantaggi, anche se soltanto ragionevolmente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo*".

A quanto statuito dal Legislatore delegante è stata data attuazione a mezzo del D. Lgs. 11 aprile 2002 n. 61, novellando la disciplina di cui all'articolo 2634 c.c..

In particolare, per quanto strettamente attinente al tema oggetto di analisi, il terzo comma del summenzionato articolo pare recepire una definizione della fattispecie

mercato. E' possibile che questa regola, come quella che impone di fermarsi solo quando il semaforo è rosso, imponga in qualche caso precauzioni inutili che con una formulazione in termini standard potrebbero essere evitate. Credo, tuttavia, che in entrambi i casi i rischi di *over-deterrence* siano ampiamente preferibili al rischio di una sottovalutazione dei danni che potrebbero derivare dall'eccessiva discrezionalità dei guidatori" La metafora pare efficace.

²² ROSSI, in: *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi*, in: *Giur. Comm*, 2002, I, p. 613.

STUDI E OPINIONI

RESPONSABILITÀ DA DIREZIONE E COORDINAMENTO

di conflitto d'interessi fondata su logica compensativa²³, sia nella sua dimensione quantitativa, riferita ad un fatto storico (“vantaggi conseguiti”), sia nella sua dimensione prospettica (“vantaggi fondatamente prevedibili”)²⁴. Tale prospettazione ha indubbi riflessi sull'interpretazione dell'articolo 2497 c.c., nella parte in cui prevede “l'esimente compensativa” alla responsabilità civile derivante dall'abusivo esercizio dell'attività di direzione e coordinamento.

Quanto al contenuto dell'articolo 2634 c.c., occorre precisare che “ingiusto” (e, pertanto, da compensare con un vantaggio) non è il profitto, ma il danno: tale improprietà lessicale potrebbe essere fuorviante, per esempio, nelle ipotesi in cui il profitto della società collegata e del gruppo complessivamente inteso sia in sé “giusto” ma arrechi comunque un danno alla società controllata non compensato da alcun vantaggio²⁵.

4. I criteri di determinazione della compensazione e le definizioni di “vantaggi conseguiti” e “vantaggi fondatamente prevedibili”

La lettera dell'articolo 2497 c.c., così come della fattispecie penale di cui si è innanzi fornita sintetica illustrazione, indurrebbe l'interprete²⁶ ad escludere l'adozione

²³ Riguardo alla differenza dei principi espressi dalla norma penale rispetto a quella civile, si rimanda a MONTALENTI, *Il conflitto di interessi nella riforma del diritto societario*, cit., p. 254, che così si esprime: “la diversità dei principi potrebbe giustificarsi nel senso che la regola fisiologica pone quale soglia alla compressione dell'interesse della controllata il limite del “contemperamento”, laddove l'abuso è penalisticamente sanzionato solo nel caso estremo in cui a compensazione del profitto non sia configurabile neppure un vantaggio futuro anche soltanto ragionevolmente prevedibile. In altri termini, la sfera dell'illecito civile è più ampia di quella dell'illecito penale, rispondendo così al criterio generale, quanto mai condivisibile in materia di criminalità economica, della sanzione penale come *extrema ratio*”. Conformemente Sacchi, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, cit., p. 661.

²⁴ Per una sintesi dell'evoluzione dottrinale sul profilo penale si rimanda a CODAZZI, *Vantaggi compensativi e infedeltà patrimoniale (dalla compensazione “virtuale” alla compensazione “reale”): alcune riflessioni alla luce della riforma del diritto societario (a commento di Cass. Civ., Sez. V, 7/10/2003 n. 38110)*, in: *Giur. Comm.* 2004, p. 603.

²⁵ ABRIANI, in: *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi*, cit., p. 618.

²⁶ MONTALENTI, *Il conflitto di interessi nella riforma del diritto societario*, cit., p. 251, si esprime sul punto affermando che “la scelta del legislatore della riforma pare equilibrata perché diretta ad individuare un ragionevole asse di mediazione tra l'interesse a consentire, da un lato, una certa flessibilità ed elasticità nelle politiche di gestione del gruppo e la necessità, dall'altro, di impedire tecniche predatorie, per azionisti minoritari e creditori sociali; scelta condivisibile perché il paradigma introdotto è al contempo realistico, flessibile, equilibrato, controllabile, coerente con la nostra tradizione giuridica è pertanto suscettibile di trovare adeguata applicazione anche in sede giurisprudenziale”.

STUDI E OPINIONI

RESPONSABILITÀ DA DIREZIONE E COORDINAMENTO

di una metodologia di determinazione di costi e benefici connessi all'appartenenza al gruppo societario di tipo rigidamente quantitativo²⁷.

Sebbene la legge non imponga un rapporto di rigida proporzionalità tra danno e vantaggio, pare che lo stesso riferimento al "vantaggio compensato" implichi, tuttavia, una sua determinazione non manifestamente iniqua o sproporzionata rispetto al vantaggio cui idealmente si contrappone.

Per quanto specificamente connesso al vantaggio futuro, sembrerebbe inoltre da escludere che la prevedibilità, cui la norma si riferisce, possa essere intesa quale criterio del tutto discrezionale. Il fatto di basarsi sulla mera convinzione da parte del soggetto agente che le operazioni attualmente svantaggiose troveranno futura compensazione, si presterebbe a giustificare – sotto l'apparente copertura della razionalità e coerenza rispetto alla logica di gruppo – vere e proprie situazioni di abuso²⁸.

Di conseguenza, la locuzione "fondatamente prevedibili" dovrebbe essere quanto meno intesa quale "prognosi obbiettivo – postuma", ovvero, quale valutazione concreta, di carattere tecnico-economico, formulata in base ad elementi noti al momento in cui l'operazione è posta in essere e il cui esito indichi una quasi certezza (e non una mera probabilità) di un futuro riequilibrio dei vantaggi tra le singole società ed il gruppo²⁹.

Si impone, a questo punto, un breve confronto con la lettera dell'art. 2497, 1° comma, parte seconda, che condiziona il venir meno della responsabilità dei soggetti ivi menzionati, nonché di quelli indicati al 2° comma, "... *quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo della attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette*".

La lettera della norma, nella sua genericità ed indeterminatezza, impone di interrogarsi su alcune rilevanti questioni:

- se la commisurazione del vantaggio debba avvenire in termini quantitativi o qualitativi;

²⁷ MUCCIARELLI, in: *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi*, cit., p. 632, il quale afferma che "il danno è elemento costitutivo della fattispecie incriminatrice e che pertanto la compensazione in termini aritmetici impedirebbe il sorgere del reato stesso".

²⁸ CODAZZI, *Vantaggi compensativi e infedeltà patrimoniale (dalla compensazione "virtuale" alla compensazione "reale")*: alcune riflessioni alla luce della riforma del diritto societario (commento a Cass. Civ., Sez. V, 7/10/2003 n. 38110), cit., p. 607.

²⁹ In tal senso ancora MUCCIARELLI, *Gruppi di società e criterio dei vantaggi compensativi nella riforma del diritto societario*, cit., p. 632. La Suprema Corte (Cass. Civ., sez. V, 7 ottobre 2003 n. 38110 in: *Giur. Comm.* 2004, p. 509) peraltro, conferma la soluzione più rigorosa, laddove afferma che la prevedibilità del vantaggio deve essere intesa in termini di sostanziale certezza e che, quindi, anche i vantaggi futuri debbono essere assoggettati ad una valutazione oggettivamente verificabile e non coincidente con la mera speranza di conseguire determinati risultati.

STUDI E OPINIONI

RESPONSABILITÀ DA DIREZIONE E COORDINAMENTO

- se, a fini valutativi, rilevi solo il vantaggio certo ed attuale o anche quello ragionevolmente prevedibile;
- se la mancanza del danno, considerando il “risultato complessivo”, debba essere rapportata alla situazione della singola società danneggiata o al gruppo nel suo complesso;
- se la compensazione dell’eventuale danno debba avvenire entro rigidi termini ovvero possa essere differita sino al momento in cui la società danneggiata non dovesse più appartenere al gruppo societario.

La preferibilità di una soluzione piuttosto che di un’altra discende – a ben vedere – dall’importanza che si è disposti a riconoscere all’ “interesse di gruppo”³⁰: solo ponendo tale interesse in rapporto gerarchicamente sovraordinato rispetto all’interesse delle singole società e dei rispettivi soci, sarà possibile accettare una valutazione della attività di direzione e coordinamento in chiave prospettica, reputando sufficiente che l’effetto positivo sia esplicito sull’intero gruppo invece che sulla singola società danneggiata, tenendo conto – nel giudizio di responsabilità – anche dei vantaggi futuri e indiretti.

Il dato letterale parrebbe implicare che la valutazione degli effetti dell’operazione debba avvenire necessariamente in una prospettiva *ex post* ed in termini quantitativi piuttosto che qualitativi³¹; il che porterebbe ad escludere una corrispondenza con la norma penalistica³², nonché un parziale recepimento della teoria dei vantaggi

³⁰ GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia, cit., p. 183, che ritiene che “il risultato complessivo dell’attività di direzione e coordinamento coincide con l’interesse di gruppo perseguito dalla holding, da intendersi come quel beneficio che l’intero gruppo e di riflesso la controllante conseguono o fondatamente prevedono di conseguire in virtù della strategia imprenditoriale unitaria”.

³¹ In tal senso SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, cit., p. 672; IRACE, in: *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli – V. Santoro, cit., p. 318. Contra MONTALENTI, *Il conflitto di interessi nella riforma del diritto societario*, cit., p. 253, secondo il quale “le esimenti individuate dall’articolo 2497, comma primo, non possono essere lette come endiadi e che pertanto la valutazione “alla luce del risultato complessivo” non può essere ancorata a parametri ragionieristici”. Secondo ANGELICI, *La riforma delle società di capitali – Lezioni di diritto commerciale*, cit., p. 143, “la norma implica una valutazione “sintetica” della complessiva attività di direzione e coordinamento e non una compensazione analitica tra partite attive e passive”.

³² Secondo SACCHI, in: *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi*, in *Giur. Comm.* 2002, I, p. 638, non è assolutamente necessaria una correlazione tra la norma civilistica e quella penalistica.

STUDI E OPINIONI

RESPONSABILITÀ DA DIREZIONE E COORDINAMENTO

compensativi che, come illustrato, fonda il bilanciamento tra contrapposti interessi su un giudizio *ex ante* di ragionevolezza³³.

In particolare, conformemente al dato letterale, la responsabilità potrebbe essere esclusa unicamente attraverso il compimento di operazioni specificamente dirette all'eliminazione del danno, tali da ritrasferire alla società danneggiata le risorse illegittimamente sottratte dalla controllante a vantaggio suo o di altre entità del gruppo³⁴. Lo stesso utilizzo dell'avverbio "integralmente" sembrerebbe, appunto, confermare in questa ipotesi l'idea di una compensazione concepita in termini rigorosamente quantitativi.

Ma si può anche notare che lo stesso riferimento al "risultato complessivo" (che potrebbe alludere alla sommatoria dei risultati delle singole società), invece che all'"interesse di gruppo", come pure sarebbe stato possibile valorizzando il richiamo contenuto nella legge delega³⁵, evoca a sua volta, nell'ambito di un calcolo costi-benefici, una logica di tipo matematico o, quantomeno, di tendenziale proporzionalità nella valutazione dei rispettivi risultati³⁶.

Da parte di alcuni commentatori, tuttavia, è stato sostenuto che, essendo l'articolo 2497 1° comma e l'articolo 2634 accomunati dalla medesima *ratio*, il pregiudizio cagionato al patrimonio della società controllata non è fonte di responsabilità né civile della *holding* né penale dei suoi amministratori, se trova compensazione in vantaggi conseguiti o fondatamente prevedibili derivanti dalla appartenenza al gruppo: secondo tale impostazione, quindi, la norma in questione avrebbe dei margini di flessibilità tali da consentire di attribuire rilevanza anche alla previsione di vantaggi futuri³⁷.

In realtà, si potrebbe sostenere che la portata della disposizione in esame non è di per sé idonea ad identificare con certezza il tipo di vantaggio rilevante affinché il danno risulti neutralizzato nell'ottica di una valutazione globale della direzione e

³³ In senso contrario SBISÀ, *Responsabilità della capogruppo e vantaggi compensativi*, cit., p. 592.

³⁴ Secondo CARRIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi per una riflessione generale*, cit., p. 49, "non è necessario che l'eliminazione del danno avvenga attraverso operazioni che sono dirette esclusivamente a tale scopo, potendo anche essere l'effetto concorrente o mediato di operazioni dirette ad altro".

³⁵ L'articolo 10 lett. a) della legge delega poneva quale criterio direttivo quello di assicurare che "l'attività di direzione e coordinamento contemperino adeguatamente l'interesse del gruppo, delle società controllate e dei soci di minoranza di queste ultime".

³⁶ DENOZZA, *Rules vs Standards nella disciplina dei gruppi: l'inefficienza delle compensazioni "virtuali"*, cit., p. 327.

³⁷ In tal senso GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in: Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, XXIX, cit., p. 603 e TOMBARI, *Riforma del diritto societario e gruppo di imprese*, cit., p. 70.

STUDI E OPINIONI

RESPONSABILITÀ DA DIREZIONE E COORDINAMENTO

coordinamento; né probabilmente la stessa fornisce elementi incontrovertibili per sostenere che il carattere vantaggioso di una data operazione debba essere quello certo o quello prevedibile e, soprattutto, non è desumibile alcun criterio temporale che consenta di stabilire con esattezza il momento in cui compiere siffatte valutazioni.

Sembrirebbe, tuttavia, che la rilevanza di dette questioni sia in parte assorbita dal rilievo – non controvertibile – che, come la disposizione espressamente richiede, il danno risulti mancante, indipendentemente dalle modalità con cui a tale esito si pervenga.

Altra questione di rilevanza primaria è quella di stabilire se la mancanza del danno alla luce del “risultato complessivo” dell’attività di direzione e coordinamento debba riferirsi alla società danneggiata ovvero all’intero gruppo: esigenze di carattere sistematico (rispetto all’articolo 2497, 1° comma, prima proposizione), oltre che equitativo consigliano di riferire detta valutazione degli effetti positivi (o negativi) della direzione e coordinamento sulla posizione della controllata e non del gruppo nel suo insieme³⁸. Risulterebbe altrimenti sostanzialmente travolto il principio di autonomia giuridica e patrimoniale delle società di capitali, fortemente sostenuto anche dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione.

5. In quale momento è necessario addivenire alla “compensazione”?

Nell’ambito della disciplina in commento, riveste fondamentale importanza l’individuazione del momento in cui verificare il “risultato complessivo” dell’attività di direzione e coordinamento. Teoricamente, tale momento potrebbe coincidere con la chiusura dell’esercizio sociale, con il giudizio risarcitorio di cui all’articolo 2497, se non addirittura con l’eventuale uscita dal gruppo societario³⁹.

Mentre esigenze di carattere pratico suggeriscono di far coincidere tale momento con quello di proposizione della domanda risarcitoria, finalità di carattere preventivo inducono a rapportarlo alla chiusura dell’esercizio sociale e ciò per diverse ragioni.

Seppure possa apparire penalizzante per le strategie imprenditoriali di medio o lungo periodo, pare coerente con le riflessioni sin qui svolte ritenere che la presenza di un eventuale vantaggio – se non già identificato precedentemente – debba emergere

³⁸ In senso conforme CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, cit., p. 1247.

³⁹ Per approfondimenti ulteriori si rimanda a CARIELLO, *Primi appunti sulla c.d. responsabilità da attività di direzione e coordinamento di società*, cit., p. 336; CODAZZI, *Vantaggi compensativi e infedeltà patrimoniale (dalla “compensazione virtuale alla compensazione “reale”): alcune riflessioni alla luce della riforma del diritto societario (a commento di Cass. Civ., Sez. V, 7/10/2003 n. 38110)*, in: *Giur. Comm.* 2004, II, p. 611.

STUDI E OPINIONI

RESPONSABILITÀ DA DIREZIONE E COORDINAMENTO

entro un periodo di tempo certo e predeterminato, come, ad esempio, la chiusura dell'esercizio sociale di riferimento⁴⁰.

E questo anche perché le fonti dalle quali desumere le informazioni circa la sussistenza del danno e la violazione delle regole di corretta gestione sono materialmente esposte nel bilancio o tra i suoi allegati: così l'articolo 2497-bis, che impone di indicare nella nota integrativa un "... *prospetto riepilogativo dei dati essenziali dell'ultimo bilancio della società o dell'ente che esercita su di essa l'attività di direzione e coordinamento*" (4° comma) e nella relazione sulla gestione "... *i rapporti intercorsi con chi esercita l'attività di direzione e coordinamento e con le altre società che vi sono soggette, nonché l'effetto che tale attività ha avuto sull'esercizio dell'impresa sociale e sui suoi risultati*" (5° comma); così anche le motivazioni delle decisioni influenzate dalla attività di direzione e coordinamento di cui all'articolo 2497-ter, devono essere riferite nella relazione sulla gestione⁴¹.

Ciò, naturalmente, non rappresenta un dato significativo rispetto alla scelta di verificare l'eliminazione del pregiudizio nel termine annuale, ma certo tale soluzione risulterebbe opportuna nella misura in cui – entro questo lasso di tempo – realmente si attivassero i meccanismi di controllo interni alla società, così incentivando il gruppo di comando a realizzare delle forme di "conciliazione stragiudiziale" mediante l'adozione di meccanismi compensativi, al fine di evitare la proposizione dell'azione di danno⁴².

Questa soluzione potrebbe contribuire a dare un senso al 3° comma dell'articolo 2497, ipotizzandosi, quindi, che la controllata, per evitare di giungere ad un giudizio di responsabilità anche nei confronti dei suoi stessi amministratori (a norma del 2° comma), solleciti la controllante ad addivenire alla compensazione e quest'ultima vi provveda, onde evitare i costi e i rischi legati all'esito incerto del giudizio (soprattutto in

⁴⁰ In tal senso CODAZZI, *Vantaggi compensativi e infedeltà patrimoniale (dalla "compensazione virtuale alla compensazione "reale")*: alcune riflessioni alla luce della riforma del diritto societario (a commento di Cass. Civ., Sez. V, 7/10/2003 n. 38110), cit., p. 611. In senso contrario PAVONE LA ROSA, *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*, cit., p. 604, secondo il quale "il risultato complessivo deve risultare dal rendiconto finale del periodo di attività".

⁴¹ SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, cit., p. 673, afferma in proposito che "se detta norma venisse interpretata in senso rigoroso da parte della giurisprudenza, imponendo cioè agli amministratori di indicare nella relazione sulla gestione in modo analitico e particolareggiato i rapporti infragruppo e in precisi termini quantitativi gli effetti dell'attività di direzione e coordinamento, si potrebbe eliminare in limine il problema di individuare la nozione di vantaggio compensativo".

⁴² CODAZZI, *Vantaggi compensativi e infedeltà patrimoniale (dalla compensazione "virtuale" alla compensazione "reale")*: alcune riflessioni alla luce della riforma del diritto societario (a commento di Cass. Civ., Sez. V, 7/10/2003 n. 38110), cit., p. 611.

STUDI E OPINIONI

RESPONSABILITÀ DA DIREZIONE E COORDINAMENTO

assenza di una prassi giurisprudenziale consolidata, che stabilisca criteri obiettivi in tema di applicazione dell'articolo 2497).

Un'alternativa, invece, potrebbe essere quella di considerare il momento in cui la domanda risarcitoria è proposta: è con riferimento alla proposizione della domanda che il danno dovrebbe risultare mancante, mentre sarà poi in sede di concreta quantificazione dello stesso che si potrà diminuire l'entità in ragione del vantaggio di tipo compensativo *medio tempore* acquisito.

Se fosse, invece, possibile subordinare la responsabilità della capogruppo all'esito di politiche di lungo periodo o addirittura di periodo indeterminato, si rischierebbe di rendere inapplicabile la stessa norma sulla responsabilità (ad esempio, per decorrenza del termine di prescrizione), con la conseguente inoperatività della causa di recesso ad essa connessa (articolo 2497-quater, 1° comma lett. b) e inutilità delle forme di pubblicità e di informazione introdotte dalla recente disciplina, giacché al monitoraggio sulla gestione del gruppo (da parte dei soci, del collegio sindacale o eventualmente dell'assemblea nel caso in cui si introducesse per statuto la possibilità di autorizzare operazioni all'interno del gruppo di particolare rilevanza, ai sensi dell'articolo 2364, n. 5), non corrisponderebbe la possibilità di adottare i rimedi conseguenti⁴³.

In altri termini, restringere il campo di applicazione dell'articolo 2497, 1° comma, entro rigorosi limiti temporali e sostanziali, potrebbe indurre la capogruppo ed i suoi amministratori a preferire l'attribuzione di un indennizzo o di un vantaggio certo, contestualmente al compimento dell'operazione pregiudizievole, invece che lasciarne l'identificazione ad un giudizio dall'esito incerto⁴⁴.

6. Conclusioni

L'analisi svolta in tema di compensazione del danno eventualmente emergente dall'abusivo esercizio dell'attività di direzione e coordinamento mediante attribuzione

⁴³ A conclusioni simili giunge CIAMPOLI, *I "vantaggi compensativi" nei gruppi di società (commento a Cass. Civ., sez. I, 24 agosto 2004 n. 16707)*, cit., p. 178, secondo la quale "si dovrebbe intendere che il vantaggio, per essere efficacemente compensativo, pur non dovendo essere necessariamente contestuale allo svantaggio, non dovrebbe essere solo fondatamente prevedibile, ma invece presentarsi attuale al momento dell'accertamento dell'avvenuta compensazione, anche, se del caso, attraverso l'eliminazione del danno tramite operazioni a ciò dirette".

⁴⁴ SPADA, *L'amministrazione delle società per azioni tra interesse sociale e interesse di gruppo*, cit., p. 240 ritiene che "la scelta di indennizzare la società e non i singoli soci esterni equivale a tenere indenni questi ultimi in quanto soci, circostanza che invece non si verificherebbe se fosse ad essi direttamente corrisposto un compenso adeguato; inoltre l'indennizzo dovrebbe essere attribuito necessariamente prima che venga assunta una determinata decisione pregiudizievole per la controllata e non dopo".

STUDI E OPINIONI

RESPONSABILITÀ DA DIREZIONE E COORDINAMENTO

di opportuni “vantaggi compensativi”, rende evidenti i profili di problematicità che caratterizzano l’adozione di un istituto avente origini tipicamente aziendalistiche ad una fattispecie tipicamente risarcitoria quale quella prevista dall’articolo 2497 c.c.

Se, infatti, risulta pregevole il tentativo di delimitare la responsabilità della società esercente attività di direzione e coordinamento ai soli casi in cui il danno per le società ad essa soggette non sia compensato da vantaggi ad esse attribuiti e derivanti dall’appartenenza al medesimo gruppo societario, al contempo non risultano chiare le modalità di determinazione ed i limiti temporali entro cui detta compensazione debba avvenire.

Nel silenzio della Legge, pur auspicando un chiaro ed univoco intervento legislativo in materia, la Dottrina prevalente pare sposare quanto statuito dalla cosiddetta teoria “elastica” dei vantaggi compensativi, che richiede un ristorno dei pregiudizi eventualmente subiti dalle società eterodirette determinato con criteri non rigidamente matematici, anche non direttamente riferibili alle operazioni pregiudizievoli ed attuate in un limite temporalmente definito.

Esigenze di certezza circa l’ambito di responsabilità della società al vertice del gruppo societario impongono comunque un’interpretazione caratterizzata da estrema prudenza, che pare a chi scrive viepiù dovuta considerando le posizioni della giurisprudenza di legittimità, costantemente orientate a ritenere pressoché indefettibile il “dogma” dell’autonomia giuridica delle singole società appartenenti al gruppo societario, pur nella vigenza dell’articolo 2497 c.c..

Conformemente a tali orientamenti, pur adottando un criterio di determinazione della compensazione del danno eventualmente arrecato alle società dirette e coordinate non rigidamente matematico, chi scrive reputa coerente con la *ratio* sottesa all’articolo 2497 c.c., una quantificazione direttamente correlata alle operazioni pregiudizievoli da cui trae origine (di cui, tuttavia, non è necessario assuma le medesime caratteristiche tipologiche) e che trovi manifestazione effettiva entro la chiusura dell’esercizio in cui il pregiudizio si è verificato.

Il criterio interpretativo innanzi delineato permette di contemperare le esigenze di flessibilità (determinazione non basata su criteri rigidamente matematici e possibilità di adottare “politiche compensative” aventi caratteristiche diverse dalle operazioni che hanno arrecato il danno) con l’effettività e l’immediatezza della compensazione (quantificazione correlata al valore ed all’importanza delle operazioni compensative e temporalmente manifestatasi entro la chiusura dell’esercizio in cui il danno si è verificato). Una diversa lettura della norma condurrebbe inevitabilmente alla sostanziale svalutazione della sua portata innovativa e della stessa *ratio* per eccessiva rigidità (compensazione quantificata secondo criteri rigidamente matematici ed immediata)

STUDI E OPINIONI

RESPONSABILITÀ DA DIREZIONE E COORDINAMENTO

ovvero indeterminatezza (indennizzo potenziale, insito nella stessa appartenenza al gruppo societario ed attribuito entro termini indeterminati).

**DIREZIONE E COORDINAMENTO
NELLE SOCIETÀ
A PARTECIPAZIONE PUBBLICA ALLA
LUCE DELL'INTERVENTO
INTERPRETATIVO FORNITO DAL
“DECRETO ANTICRISI” ***

Il Decreto Legge 1° luglio 2009 n. 78 (c.d. “Decreto Antiscrisi”) convertito con Legge 3 agosto 2009, n. 102 ha fornito un’interpretazione autentica dell’art. 2497, comma 1 c.c. affermando che “per enti si intendono i soggetti giuridici collettivi diversi dallo Stato, che detengono la partecipazione sociale nell’ambito della propria attività imprenditoriale ovvero per finalità di natura economica o finanziaria”.

Con il predetto intervento normativo il legislatore ha inteso “risolvere” i dubbi interpretativi sorti in ordine all’ambito soggettivo di applicazione della disposizione in esame, escludendo lo Stato dal novero dei soggetti “imputabili” che esercitano abusivamente attività di direzione e coordinamento di altre società.

Il presente contributo, senza pretese di esaustività ma con la dovuta diligenza, si propone il fine di analizzare le conseguenze applicative derivanti dal predetto approdo ermeneutico, segnalando altresì ulteriori spunti interpretativi sottesi all’intervento normativo richiamato.

di **IRENE EBALLI**

1. La disciplina dettata dall’art. 2497 del codice civile

Come noto il D.L.vo. n. 6 del 17 gennaio 2003, ha introdotto la disciplina in tema di “*direzione e coordinamento di società*” la quale denuncia la scelta del legislatore di evitare sforzi definitivi e di rinunciare a dettare una compiuta regolamentazione della sfuggente fattispecie del “*gruppo*”.

* Un ringraziamento particolare va al Professor Giovanni Battista Bisogni per i suggerimenti resi nel corso della redazione del presente articolo.

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

DIREZIONE E COORDINAMENTO DI SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA

Qualsiasi intervento tassonomico si sarebbe rilevato inadeguato a contemplare il fenomeno nel suo complesso in ragione della rapida evoluzione sottostante la realtà economica, sociale e giuridica¹.

Libero da necessità definitorie ed affrancato dall'ambizione di disciplinare organicamente i rapporti di gruppo, il legislatore si è soffermato a disciplinare il profilo della responsabilità derivante dall'attività di direzione e coordinamento di cui all'art. 2497 c.c., prevedendo che le *holding* siano direttamente responsabili nei confronti dei soci e dei creditori delle società controllate; presupposto oggettivo per l'imputazione della responsabilità consiste nel compimento di un complesso di atti finalizzati al perseguimento di un interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale.

Chiara è l'idea che la novella faccia parte di un corpo di norme destinato a prestare maggiore tutela ai soci di minoranza ed ai creditori sociali delle società sottoposte all'altrui direzione e coordinamento, i quali, seppur in subordine e dunque allorquando non siano stati soddisfatti in prima battuta dalla società controllata, potranno far valere i propri interessi agendo giudizialmente contro la capogruppo al fine di ottenere un ristoro a fronte del danno patito; pregiudizio che, rispetto ai soci delle società controllate, si manifesta nella diminuzione della redditività e del valore della partecipazione sociale mentre, rispetto ai creditori sociali, si traduce nella lesione dell'integrità del patrimonio delle richiamate società².

La nuova disciplina individua, in tal modo, quale preordinato centro di imputazione della responsabilità la persona giuridica *holding* e non già gli amministratori della stessa, ai quali semmai potrà addebitarsi una forma di responsabilità solidale, nella

¹ Le ragioni per cui non si è ritenuto opportuno definire una nozione di gruppo possono rinvenirsi dalla lettura della relazione di accompagnamento al citato decreto legislativo ove si è chiarito che le già numerose definizioni di gruppo, ricorrenti in diverse leggi in vigore fossero funzionali ad esigenze specifiche e quindi risultassero inadatte a contemplare la fattispecie di gruppo in generale. Si segnala a tal fine la definizione di gruppo contenuta nella legge 3 aprile 1979 n. 95 sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi nonché l'art. 60 del TUB, che individua due modelli di gruppo creditizio, entrambi caratterizzati da rapporti di controllo interno.

² Cfr G. SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, in G.F. CAMPOBASSO (a cura di) *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum*, diretto da P. ABBADESSA e G.B. PORTALE, Torino, 2007, vol. III, p. 947 e ss. L'Autrice sottolinea il riconoscimento della legittimazione attiva (all'esercizio dell'azione intesa a far valere le pretese al risarcimento dei danni) in capo rispettivamente al singolo socio ed al singolo creditore delle società sottoposte a direzione e coordinamento.

misura in cui emerga che i medesimi abbiano preso parte al fatto lesivo e ne abbiano consapevolmente tratto beneficio³.

Costituisce circostanza esimente della responsabilità l'eliminazione del danno che derivi dal risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero da specifiche operazioni a ciò dirette.

L'individuazione dell'alveo dei soggetti “*responsabili*” nonché il presupposto oggettivo del relativo giudizio di responsabilità⁴, postula la sintetica trattazione dell'elemento essenziale della fattispecie rappresentato dall’“*attività di direzione e coordinamento*”; ad essa è dedicato il paragrafo che segue.

1.1. L'attività di direzione e coordinamento

Sebbene il codice civile al pari del “*gruppo*” non contenga una nozione di “*attività di direzione e coordinamento*”, il legislatore ha tuttavia provveduto a segnalare alcuni indici presuntivi da cui poter desumere, salvo prova contraria, la sussistenza della citata attività; il riferimento è l'art. 2497 *sexies* c.c. sulla base del quale si presume l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento in capo alla società o all'ente che sia tenuto al consolidamento dei bilanci o che controlli comunque altre società ai sensi dell'art. 2359 c.c.⁵

Da subito tali elementi sintomatici si sono palesati insufficienti ad assolvere la funzione ermeneutica sperata, con l'effetto di traslare all'interprete l'arduo compito di elaborare una definizione volta ad enucleare le caratteristiche idonee a contraddistinguere l'attività sopra richiamata.

Al riguardo, la dottrina è concorde nel riconoscere in seno all'attività di direzione e coordinamento il carattere distintivo della direzione unitaria⁶, intesa quale pluralità di atti teleologicamente indirizzati ad un medesimo fine, che assorbe al suo interno il concetto di controllo ma non si identifica con esso e rispetto al quale contiene un valore aggiunto che consiste nell'esercizio duraturo di un potere, la cui fonte può anche non

³ Il secondo comma dell'art. 2497 c.c. recita infatti che “*risponde in solido chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio*”.

⁴ Cfr. A. DI MAJO, *La responsabilità per l'attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, in *Giur. comm.*, 2009, 03, p. 537 e ss.

⁵ Il legislatore peraltro definisce l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento nel testo della relazione al D.lgs. 6/2003 in termini di “*un fatto del tutto naturale e fisiologico condotto da parte di chi è in condizioni di farlo e che non implica, né richiede il riconoscimento o l'attribuzione di particolari poteri*”.

⁶ Cfr. A. PAVONE LA ROSA, *Le società controllate-I gruppi*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. COLOMBO e G.B. PORTALE, Torino, 1991, p. 581 e ss; si veda anche P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 317 e ss.

essere determinata, capace di incidere sulle scelte gestionali delle società eterodirette nonché sulle decisioni strategiche, operative, aventi carattere finanziario, industriale, commerciale e attinenti alla conduzione globale degli affari sociali.

La direzione unitaria, al di là del suo connotato significato letterale, dà vita ad uno speciale modello organizzativo la cui caratteristica peculiare tende a variare fra unità della strategia economica e finanziaria e pluralità dei centri di imputazione dei diritti, degli obblighi e dei rapporti⁷, poiché se è vero che il risultato perseguito dalla direzione unitaria deve essere unico è altrettanto vero che lo stesso non sempre tende a coincidere con lo scopo perseguibile dalle singole società.

I contorni della “*direzione unitaria*”, come sopra sinteticamente delineati, obbligano a ritenere che tra i soggetti potenzialmente “*imputabili*” di responsabilità per attività di direzione e coordinamento abusiva debbano essere ricondotti quelle entità che, in forza delle partecipazioni sociali di controllo detenute (di fatto o di diritto) od anche in virtù di particolari vincoli contrattuali assunti, esercitano un’influenza dominante⁸ nell’assemblea ordinaria di una o più società controllate⁹.

E’ sullo sfondo di un simile panorama soggettivo che gli interpreti si sono interrogati in ordine alla possibilità di estendere o meno la portata applicativa della citata disciplina ai soggetti pubblici o meglio, alle società a partecipazione pubblica¹⁰ (maggioritaria o totalitaria) che esercitino attività di direzione e coordinamento.

2. Perplessità esegetiche sorte in ordine all’applicazione dell’art. 2497 c.c. alle società “*pubbliche*” prima dell’entrata in vigore del Decreto Anticrisi

Il tema dell’estensione dell’ambito soggettivo di applicazione dell’art. 2497 c.c. ai soggetti pubblici, certo di non scarsa rilevanza pratica, è sorto sin dall’inizio dell’entrata in vigore della riforma societaria ed è stato oggetto di acceso dibattito dottrinale.

La norma in commento prevede espressamente quali soggetti potenzialmente imputabili dell’attività di direzione sia le società che gli enti, non operando alcuna distinzione in ordine né alla natura pubblica ovvero privata delle società, né tanto meno alla qualità

⁷ L’espressione è di G. SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale e azione individuale*, cit. p. 949.

⁸ L’influenza dominante deve implicare “*l’accentramento presso gli organi gestori della società controllante o di società intermedie investite di compiti direttivi, di funzioni amministrative inerenti alle diverse entità aggregate*” così A. PAVONE LA ROSA, *Le società controllate*, cit. p. 600.

⁹ Sull’argomento si veda F. GALGANO, *Direzione e coordinamento di società*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del Codice Civile SCIALOJA-BRANCA*, Bologna-Roma, 2005, p. 57.

¹⁰ Sul tema relativo alle società pubbliche si veda O. CAGNASSO-M. IRRERA, *Società con partecipazioni pubbliche, società in accomandita per azioni, società a responsabilità limitata, trasformazione e fusione di società, società estere*, in *Giur. civ. comm.*, fondata da BIGAVI, 2° edizione, Torino, 1990 p. 7 e ss.

economica o territoriale dell'ente¹¹, stabilendo che il presupposto della responsabilità da attività di direzione e coordinamento è ancorato al perseguimento di un "*interesse imprenditoriale proprio o altrui*" e alla violazione dei "*principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale*".

Un indirizzo sicuramente più restrittivo,¹² limitava l'attuazione della citata norma agli enti pubblici economici in ragione del richiamato riferimento all'interesse imprenditoriale che deve animare l'esercizio del potere direttivo e che, secondo la corrente interpretativa in parola, doveva implicare l'esclusione tra i soggetti potenzialmente imputabili degli enti territoriali (tra cui lo Stato), mossi dal perseguimento di fini socio-assistenziali e non imprenditoriali; altro orientamento¹³ invece, di certo più espansivo, estendeva la portata applicativa della richiamata disposizione anche agli enti pubblici territoriali proprio al fine di evitare lo svuotamento della *ratio* normativa tesa a garantire i soci e i creditori sociali delle società controllate dalle conseguenze negative provocate da un'abusiva attività di direzione e coordinamento.

Due erano i principali argomenti che adduceva a proprio fondamento l'orientamento restrittivo.

In primo luogo si sosteneva che l'ente pubblico non economico dovesse considerarsi escluso dal regime di responsabilità in esame perché non esercitando in via principale attività imprenditoriale in termini di economicità, ed essendo mosso esclusivamente da interessi di tipo istituzionale non poteva in alcun modo assumere la qualifica di "*imprenditore commerciale*" e di conseguenza non potevano ad esso applicarsi le disposizioni vigenti in materia di società private.

È evidente come sulla base di tale ragionamento, peraltro non convincente, si volesse ancorare l'applicazione della norma in esame alla sussistenza in capo alla capogruppo dei caratteri d'impresa enunciati dall'art. 2082 c.c.

Inoltre, secondo tale indirizzo restrittivo, l'interesse imprenditoriale richiamato dalla norma quale presupposto integrativo di responsabilità, era da considerarsi direttamente connaturato allo svolgimento dell'attività di direzione e coordinamento nella misura in cui la medesima si fosse configurata in termini di "*attività di impresa*" con il risultato di escludere dal novero dei soggetti imputabili gli enti pubblici non esercenti attività economica.

¹¹ In tal senso, P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento*, cit. p. 325.

¹² Cfr. F. GALGANO, *Direzione e coordinamento di società* cit. p. 65 e ss.; A. GUACCERO, *Alcuni spunti in tema di governance delle società pubbliche dopo la riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 4/2004, p. 848 e ss.

¹³ In questo senso P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento* cit. p. 317 e ss.; C. IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 1/2005, p. 6 e ss.; G. ROMAGNOLI, *L'esercizio di direzione e coordinamento di società da parte di enti pubblici* in *Nuova giur. civ. comm.* 2004, p. 214 e ss.

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

DIREZIONE E COORDINAMENTO DI SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA

Per contro, secondo l'orientamento estensivo si sottolineava che l'attività di direzione e coordinamento non fosse normativamente riconducibile alla fattispecie dell'impresa, poiché il riferimento all'imprenditorialità contenuto nella norma attiene all'interesse perseguito e quindi ad un elemento esterno alla fattispecie stessa; da ciò si deduce che non possa esistere una stretta correlazione tra attività di direzione e coordinamento ed impresa e che non sia altresì necessario assumere le caratteristiche che contraddistinguono l'attività di impresa per poter svolgere direzione e coordinamento.

Ciò che potrebbe semmai rilevare in termini "imprenditoriali" sarebbe l'interesse perseguito e non già l'attività di direzione svolta dalla capogruppo, attività che risulta peraltro ben diversa dall'attività di impresa trattandosi di un'"attività di controllo forte" e non già di un'attività economica necessariamente organizzata ai fini della produzione o dello scambio di beni e servizi.

Si precisava¹⁴ altresì che l'elemento qualificante della fattispecie non fosse tanto l'imprenditorialità dell'interesse quanto piuttosto la circostanza che si trattasse di un interesse "proprio o altrui", estraneo cioè a quello perseguibile dall'intero gruppo.

Di qui il convincimento che l'imputabilità soggettiva del regime di responsabilità da attività di direzione e coordinamento, doveva assolutamente prescindere dalla qualificazione imprenditoriale o meno dell'ente e che il perseguimento di un interesse extraimprenditoriale non poteva bastare, da solo, ad esimere l'ente pubblico dalle conseguenze dell'esercizio abusivo del potere direttivo; al più, in tanto avrebbe potuto esservi esclusione da responsabilità in quanto si fosse dimostrata la legittimità dell'interesse extraimprenditoriale perseguito.

In sostanza, si riteneva irragionevole sottrarre alla relativa responsabilità il socio pubblico che avesse impartito di fatto alle società controllate l'attuazione vincolante di determinate direttive aventi effetti pregiudizievoli nei confronti delle stesse in virtù di interessi "non imprenditoriali" almeno tutte le volte in cui l'attuazione sistematica di finalità pubblicistiche, in pregiudizio degli interessi privati delle controllate, fosse tale da deformare lo stesso paradigma contrattuale delle società eterodirette¹⁵.

¹⁴ Cfr. C. IBBA, *Società pubbliche*, cit. p. 11 e L. PERFETTI, *Il Consiglio di Stato e il diritto societario. Note minime a Consiglio di Stato n. 7369 del 2006*, in *Foro amm.* 2006, p. 3352 e ss.

¹⁵ Al riguardo, si veda C. IBBA, *Società pubbliche* cit. p. 10 secondo il quale "Il vero è che, quando la controllata è una società pubblica "di diritto comune", come tale governata dalla causa lucrativa, il fatto che la sua attività venga orientata dall'ente capogruppo al servizio di interessi extraimprenditoriali (e antilucrativi) parrebbe fungere, per così dire, non da esimente ma da aggravante ai fini della responsabilità" nonché P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento* cit. p. 326, in cui l'Autore afferma che "l'esclusione di responsabilità potrà riguardare soltanto un'area di intervento che comprima gli interessi della società in misura illecita, se valutata con canoni privatistici, ma legittima se riguardata sotto il profilo

E' in tale dinamico contesto che si colloca l'intervento ermeneutico che ci accingiamo ad analizzare e dal quale, come si vedrà nel paragrafo che segue, deriveranno preoccupanti conseguenze.

3. Luci ed ombre sull'interpretazione autentica fornita dal Decreto anticrisi

Il comma 6 dell'art. 19 del D.L. 1° luglio 2009 n. 78, c.d. "*Decreto Anticrisi*"¹⁶ ha fornito un'interpretazione autentica dell'art. 2497 c.c., specificando che "*per enti si intendono i soggetti giuridici collettivi diversi dallo Stato, che detengono la partecipazione sociale nell'ambito della propria attività imprenditoriale ovvero per finalità di natura economica o finanziaria*". Non può di certo negarsi che il predetto intervento esegetico abbia posto fine alla dibattuta questione in ordine al regime di responsabilità da ascrivere all'ente pubblico-*dominus*, ma non possono nemmeno nascondersi le problematiche ad esso sottese, peraltro di non lieve conto, che impongono all'interprete di essere esaminate.

La norma interpretativa, nello specifico, interviene a precisare la portata soggettiva ed oggettiva dell'art. 2497 c.c.: chiarisce che possono essere sottoposti a responsabilità tutti i "*soggetti giuridici collettivi*" diversi dallo Stato, indipendentemente dalla natura pubblica o privata degli stessi; riconosce che l'unico requisito che connota sul piano oggettivo l'attività di direzione e coordinamento è rappresentato dalla finalità, non solo imprenditoriale, ma anche economica e finanziaria, alla base della detenzione della partecipazione nel capitale della società eterodiretta, deviando l'ottica dall'interesse che persegue l'ente nell'esercizio dell'attività direttiva all'interesse sotteso alla stessa titolarità della partecipazione.

Sotto il profilo soggettivo, non vi è dubbio che gli enti pubblici territoriali diversi dallo Stato, quali i comuni, le regioni e le province possano ritenersi "*soggetti giuridici collettivi*", nella misura in cui rappresentano la propria comunità di riferimento, ne curano gli interessi e ne promuovono lo sviluppo¹⁷; sotto il profilo oggettivo, poi, se è possibile escludere che gli enti pubblici territoriali, in quanto non esercenti attività di impresa, non possano mai detenere una partecipazione sociale per finalità imprenditoriali, viceversa si deve convenire che il possesso da parte di tali "*soggetti giuridici collettivi*" di una quota nel capitale di una società per azioni difficilmente possa considerarsi avulso da qualsivoglia interesse di natura economica e finanziaria.

pubblicistico, nella misura in cui l'ottica pubblicistica possa legittimamente divergere dal paradigma privatistico".

¹⁶ Si precisa che il predetto decreto è stato convertito con legge 3 agosto 2009 n. 102 recante "*Provvedimenti anticrisi, nonché proroga di termini e della partecipazione italiana a missioni internazionali*".

¹⁷ Si segnala che la seguente definizione è stata estrapolata dal disposto di cui all'art. 3 del Testo Unico degli Enti Locali.

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

DIREZIONE E COORDINAMENTO DI SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA

L'intervento interpretativo, dunque, ha l'effetto, da un lato, di esentare lo Stato da qualsivoglia responsabilità, indipendentemente dalla natura e dal significato della partecipazione sociale, e, dall'altro, di chiarire che l'ente pubblico non imprenditore, che detenga una partecipazione azionaria per finalità economiche e finanziarie, può incorrere in responsabilità da abusiva attività di direzione e coordinamento¹⁸.

Dunque la norma in commento non approda *in toto* ai medesimi risultati del previgente "*orientamento restrittivo*", vuoi perché non esclude che gli altri enti territoriali, diversi dallo Stato, possano dirigere "*responsabilmente*" una società per azioni, vuoi perché, soprattutto, non sposa la stessa giustificazione causale, basata sulla imprenditorialità del fine direttivo, che sorreggeva l'approccio ermeneutico diretto ad esentare gli enti pubblici non economici da forme di responsabilità.

Difatti, la lettura interpretativa autentica si discosta radicalmente dall'indirizzo che ancorava la portata applicativa del regime di responsabilità da direzione e coordinamento al requisito imprescindibile dell'imprenditorialità, riscontrabile peraltro esclusivamente in capo agli enti pubblici economici¹⁹ e non anche in capo agli enti territoriali, in virtù dello svolgimento da parte degli stessi di attività finalizzate ad obiettivi socio-assistenziali.

A ben vedere, nell'intervento esegetico del legislatore, l'imprenditorialità dell'ente non assume la primaria connotazione attribuita dal citato orientamento dottrinale ma viene affiancato dall'ulteriore elemento qualificante la fattispecie rappresentato dalla detenzione della partecipazione di controllo per "*finalità di natura economica o finanziaria*" dell'ente.

Sembra desumersi, allora, che l'ente territoriale non imprenditore, con l'espressa eccezione dello Stato, allorché detenga il controllo di altre società per finalità *latu sensu* economiche e finanziarie, rientrerebbe nel campo di applicazione dell'art. 2497 c.c.; peraltro, mentre si può discorrere sulla possibilità per un ente di gestire la partecipazione in una società per azioni per finalità non privatistiche, appare invece disagevole escludere la ricorrenza di un interesse economico e/o finanziario nella detenzione stessa di detta partecipazione, la quale sottende necessariamente un investimento economico e finanziario dell'ente nella partecipata.

L'interpretazione autentica, dunque, abbandona l'unico argomento che poteva far ritenere fondata, sul piano logico, l'esclusione dello Stato e degli altri enti territoriali dalla responsabilità per direzione abusiva: l'assenza della natura imprenditoriale dell'ente; una volta superato il requisito dell'imprenditorialità non può negarsi che al

¹⁸ Per un'interpretazione analoga si veda U. TOMBARI, *Studio n. 248-2009/I, Autonomia privata e gruppi di imprese (Contratto di "coordinamento gerarchico", "contratti di servizio" infragruppo e clausole statutarie come strumenti di disciplina dell'attività di direzione e coordinamento)*, nota n. 14, in www.notariato.it.

¹⁹ Così F. GALGANO, *Direzione e coordinamento di società*, cit. p. 60 e ss.

pari degli altri enti territoriali anche lo Stato possa assumere partecipazioni in società per azioni per generali finalità economiche ovvero finanziarie.

Ne discende che l'affermata "irresponsabilità" dello Stato, portatore certo anche di interessi economici e finanziari nella detenzione di partecipazioni in società pubbliche, appare disancorata da qualsivoglia *sub-strato* motivazionale, colorando il predetto intervento normativo in termini dispositivi piuttosto che interpretativi ed insinuando dubbi in ordine alla legittimità della sua efficacia retroattiva.

E' noto infatti, che dalla qualificazione giuridica di una legge come interpretativa derivi l'applicazione retroattiva della medesima²⁰, trattandosi di un atto avente carattere interpretativo, orientato cioè ad attribuire l'esatto significato al testo normativo considerato "oscuro o dubbio"²¹.

La sussistenza del predetto carattere interpretativo varrebbe a derogare al principio generale di irretroattività della legge che "seppur non elevato, fuori della materia penale, a dignità costituzionale, rappresenta pur sempre una regola essenziale del sistema a cui, il legislatore deve ragionevolmente attenersi, in quanto la certezza dei rapporti preteriti costituisce un indubbio cardine della civile convivenza e della tranquillità dei cittadini"²².

Vale al riguardo precisare che i giudici costituzionali, con riferimento all'efficacia retroattiva dell'interpretazione autentica, in assenza di una specifica disciplina vigente all'interno del nostro ordinamento, hanno individuato tre fondamentali presupposti di legittimità costituzionale: la tutela dell'affidamento legittimamente sorto nei soggetti quale principio connaturato allo Stato di diritto, il rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario, e il principio generale di ragionevolezza²³.

A ben vedere, si è portati a dubitare che il predetto intervento ermeneutico sia conforme all'ultimo dei citati principi,²⁴ essendosi il legislatore limitato ad escludere lo Stato dalla

²⁰ Si tratta di un'opinione concorde nella giurisprudenza di costituzionalità. Al riguardo, si veda Corte Cost., 18 marzo 1957, n. 44, in *Giur. cost.*, 1957 in cui la Corte Costituzionale, rassegnando per la prima volta una pronuncia in ordine alla legge di interpretazione autentica ne ha riconosciuto la naturale retroattività.

²¹ Così F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni di teoria dell'interpretazione*, Padova 2000, p. 31.

²² Si veda al riguardo Corte Cost. 4 aprile 1990 n. 155 in *Giur. cost.* 1990.

²³ Cfr. Corte Cost. 12 luglio 1995 n. 311 in *Giur. Cost.* 1995.

²⁴ Più in particolare, con riferimento al rispetto del principio di ragionevolezza si segnala Corte Cost. 21 aprile 1994 n. 153 in *Giur. Cost.* 1994, in cui la Corte Costituzionale ha affermato che: "Unico limite alla possibilità di adottare norme aventi efficacia retroattiva è una loro adeguata e ragionevole giustificazione, tale da evitare che la disposizione retroattiva possa trasmodare in un regolamento irrazionale ed arbitrariamente incidere sulle situazioni sostanziali poste in essere da leggi precedenti o possa contrastare con altri principi o valori costituzionali specificamente protetti".

portata applicativa dell'art. 2497 c.c. senza ancorare l'interpretazione della norma ad alcun fondamento argomentativo che esplicasse le ragioni di tale esenzione soggettiva. Invero il nuovo testo normativo giacché non chiarisce il significato da attribuire alla disposizione in parola né tantomeno aderisce ad una delle due correnti teoriche sviluppate sul tema in questione, assume natura dispositiva nella misura in cui produce l'effetto di innovare²⁵ e non anche di interpretare il contenuto della disposizione in commento²⁶.

Così facendo, il predetto intervento, “*formalmente*” esegetico e dotato di efficacia retroattiva, sembra celare un intento innovatore, che se da un lato, come è stato affermato dalla autorevole giurisprudenza costituzionale, non determina di per sé l'illegittimità costituzionale²⁷, dall'altro può costituire un indice presuntivo dal quale poter desumere che il legislatore abbia travalicato il limite di ragionevolezza suindicato²⁸.

Ferme restando le considerazioni di cui sopra e prendendo atto che, alla luce dell'interpretazione autentica fornita dal Decreto Anticrisi, lo Stato-azionista di riferimento di una determinata società, sia stato reso immune da ogni responsabilità civile derivante dall'esercizio di attività di direzione e coordinamento, occorre interrogarsi sulla permanenza in capo ai soci ed ai creditori sociali delle società eterodirette, lesi da scelte operate di fatto dallo Stato nella sua qualità di azionista di controllo, di forme aggiuntive di tutela.

4. I rimedi attivabili dai soci e dai creditori delle società a partecipazione pubblica

L'individuazione di eventuali spazi residui di tutela per soci e creditori lesi dalle pregiudizievoli direttive dell'azionista-Stato postula la preventiva disamina della natura della responsabilità da direzione e coordinamento prevista dalla disposizione in commento.

²⁵ Il predetto apporto innovativo è peraltro facilmente riscontrabile nell'ulteriore requisito oggettivo inserito dal legislatore atto a delimitare il confine soggettivo di applicazione della norma in questione; il riferimento è alla “*finalità economica o finanziaria*” perseguita dal soggetto giuridico nell'ambito dell'assunzione di partecipazioni di controllo in altre società.

²⁶ Sul punto si veda Corte Cost. 4 aprile 1990 n. 155 in *Giur. cost.* 1990.

²⁷ Al riguardo si segnala l'isolata decisione della Corte Cost. 4 aprile 1990 n. 155 in *Giur. cost.* 1990 in cui la Corte ha affermato l'incostituzionalità di una norma interpretativa che aveva avuto l'effetto di innovare il contenuto della disciplina precedente.

²⁸ Cfr. Corte Cost. 6 dicembre del 2004 n. 376, in *Giur. cost.*, 2004.

Il tema, oggetto di acceso dibattito dottrinale, ha dato luogo a due orientamenti contrapposti: secondo un primo indirizzo interpretativo²⁹, la responsabilità in parola avrebbe natura aquiliana³⁰; opinioni di segno inverso, facendo leva sugli obblighi di corretta gestione gravanti sulla capogruppo, propendono invece per la qualificazione in termini contrattuali di detta responsabilità³¹.

I sostenitori del primo orientamento, ispirandosi a tradizionali principi del diritto societario, ritengono che l'appartenenza di una società ad un gruppo sia una circostanza meramente fattuale (dunque irrilevante sotto un profilo strettamente giuridico); pertanto, le direttive impartite dalla capogruppo alle altre società, in assenza di un rapporto giuridico, costituiscono null'altro che l'effetto di un potere esercitato in forza del sottostante rapporto di controllo.

Ne discende che l'ingerenza da parte della *holding*, quale soggetto esterno rispetto ai soci delle società controllate, nella gestione di una società appartenente al gruppo, risulta "anomala e sporadica"³². Lo schema della responsabilità sarebbe dunque quello previsto dall'art. 2043 c.c. nella misura in cui la *holding*, in violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale, integri il "fatto colposo", e di conseguenza rechi il "danno ingiusto" in pregiudizio dei soci o dei creditori delle società controllate; danno che consiste, come sopra cennato, rispettivamente nella lesione al valore della propria partecipazione sociale e nella lesione alla propria garanzia patrimoniale.

Secondo l'indirizzo interpretativo opposto,³³ la responsabilità della capogruppo discende dalla violazione di una specifica obbligazione, costituita dal rispetto dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale, derivante non dal generico

²⁹ In tal senso F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, nel *Tratt. Di dir. comm. e dir. pubbl. dell'economia* da lui diretto, vol. XXIX, Padova, 2003, p. 320 e G. SBISÀ, *Responsabilità della capogruppo e vantaggi compensativi*, in *Contr. e impr.* 2003, p. 595.

³⁰ Al predetto orientamento sembra aver aderito altresì il legislatore della riforma, il quale nella relazione illustrativa della medesima definì espressamente la responsabilità della capogruppo in termini extracontrattuali.

³¹ Si veda in tal senso R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma della società di capitali*, in *Giur. comm.* 2003, p. 668; V. CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Riv. soc.* 2003, p. 1244.

³² Così R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento*, *cit.* p. 668.

³³ Cfr. F. FIMMANÒ, *Le società di gestione dei servizi pubblici locali*, in *Riv. not.* 2009, p. 897; per la natura contrattuale della responsabilità si veda anche PAVONE- LA ROSA, *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari* in *Riv. soc.* 2003, p. 770; V. CARIELLO *Direzione e coordinamento di società*, *cit.* p. 1245; R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento*, *cit.* p. 670; M. T. BRODASCA, in *Codice Commentato delle S.p.A.* diretto da G. FAUCEGLIA e G. SCHIANO DI PEPE, Torino, 2007 p. 1608 e ss.

dovere del *neminem laedere* bensì da un preesistente rapporto obbligatorio sussistente verso le società eterodirette ed i soci e i creditori delle stesse, il cui fondamento può rinvenirsi nella specifica previsione di legge ovvero in un rapporto contrattuale di fatto.

In quest'ottica si attribuisce una rilevanza giuridica alla relazione sussistente tra la capogruppo e le altre società eterodirette per cui è nell'ambito dell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento che la *holding* assume l'obbligazione di realizzare l'interesse del gruppo tramite la realizzazione degli interessi delle società controllate, ed è tenuta conseguentemente ad osservare precisi doveri di correttezza nei confronti delle stesse cui corrispondono specifiche obbligazioni coercibili qualora si configurino gli estremi di un'abusiva direzione unitaria³⁴.

E' di assoluta evidenza come dalla differente qualificazione della natura contrattuale ovvero extracontrattuale della responsabilità da direzione e coordinamento discendano effetti diversi, inerenti in particolar modo alla ripartizione dell'onere probatorio.

Difatti, qualora detta responsabilità si configuri in termini contrattuali, i soggetti danneggiati avrebbero l'onere di provare soltanto la sussistenza della direzione unitaria, a differenza che nella contraria ipotesi ove, invece, i soggetti lesi sarebbero tenuti a fornire la prova della colpevolezza della *holding*, dimostrando la violazione da parte della stessa dei doveri di corretta gestione imprenditoriale e societaria, nonché il nesso di causalità tra le singole direttive effettivamente impartite dalla capogruppo alle società eterodirette ed il danno da essi lamentato.

La responsabilità della *holding*, sia essa di natura aquiliana o contrattuale, è comunque sussidiaria alla responsabilità che la stessa società eterodiretta ha nei confronti dei rispettivi soci e creditori per avere recepito ed eseguito le direttive lesive dei loro diritti³⁵.

Inoltre, alla responsabilità della *holding* si affianca la responsabilità solidale prevista dal secondo comma dell'articolo 2497 c.c., a mente del quale "*risponde in solido chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio*".

Alla luce della sintetica ricostruzione delle forme di responsabilità che trovano fonte nel rapporto di gruppo, si può certo affermare che i soci ed i creditori delle società pubbliche eterodirette dallo Stato, in considerazione dell'interpretazione autentica

³⁴ Al riguardo, vale precisare che la giurisprudenza di merito ha già da tempo qualificato in termini contrattuali la natura della responsabilità della capogruppo nei confronti delle società dirette e coordinate precisando che l'assenza di un contratto di dominio non esclude la possibilità che fra le entità del gruppo si formino rapporti obbligatori preesistenti tali da generare forme di responsabilità nell'inadempimento di obbligazioni ex art. 1218 c.c.; cfr. in tal senso Trib. Milano, 22 gennaio 2001, in *Fall.*, 2001, p. 1115 e ss.

³⁵ Sul tema la dottrina sembra essere pacifica; si veda al riguardo F. GALGANO, *Direzione e coordinamento di società*, cit. p. 119; L. GUGLIELMUCCI *La responsabilità per direzione e coordinamento di società* in *Riv. dir. fall.* 2005, p. 44.

fornita dal Decreto Anticrisi, non hanno azione nei confronti dell'azionista Stato per il danno subito in dipendenza di direttive lesive impartite “*nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale*”.

Non pare proprio, tuttavia, che all'esenzione dello Stato da responsabilità, sancita in sede interpretativa, si possa attribuire l'ulteriore significato di legittimare condotte abusive attuate in spregio dei principi di corretta gestione imprenditoriale della società a partecipazione pubblica, negando che l'eventuale danno, derivato ai soci ed ai creditori dall'esecuzione delle direttive dell'azionista-Stato, possa avere il connotato dell'ingiustizia.

Deve ritenersi, pertanto, che la società pubblica che, per ipotesi, ottemperi a direttive lesive impartite dallo Stato sia responsabile nei confronti degli altri soci e dei creditori, rispettivamente per il pregiudizio arrecato alla redditività e al valore della partecipazione sociale e per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società; allo stesso modo potranno essere chiamati a rispondere tutti coloro che hanno preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, i soggetti che ne abbiano consapevolmente tratto beneficio.

Meno agevole è comprendere se una forma di responsabilità dello Stato possa residuare in termini proprio di “*partecipazione al fatto lesivo*” prodotto dalla società pubblica, in danno dei rispettivi soci e creditori, in dipendenza dell'esecuzione di direttive lesive impartite dallo stesso³⁶.

In effetti, una volta che si esclude sul piano interpretativo che tra le “*società o gli enti*” che possono incorrere in responsabilità per attività di direzione e coordinamento abusiva possa essere ricompreso lo Stato, vengono meno le ragioni per escludere che l'azionista pubblico possa essere incluso tra “*chi abbia preso parte al fatto lesivo e*” tra chi “*nei limiti del vantaggio conseguito, ne abbia consapevolmente tratto beneficio*”.

Pertanto laddove si dimostri che lo Stato abbia concorso all'assunzione delle scelte gestorie e pregiudizievoli eseguite dalle società eterodirette, si configurerebbe in capo al medesimo una responsabilità solidale con la società controllata ai sensi del secondo comma dell'art. 2497 c.c..

Ove invece lo Stato abbia consapevolmente tratto beneficio dalla cattiva gestione societaria ci si troverebbe dinanzi ad una diversa obbligazione avente natura

³⁶ Si segnala al riguardo C. IBBA, *Società pubbliche*, cit. p. 9, in cui l'Autore, già prima dell'entrata in vigore del Decreto Anticrisi, sosteneva che l'ipotetica esclusione degli enti pubblici dal campo applicativo della norma in parola, non avrebbe comunque escluso *tout court* la responsabilità dei medesimi, atteso che anche gli enti pubblici in virtù di quanto disposto dal comma 2 dell'art. 2497 c.c. avrebbero potuto rispondere della propria *mala gestio* allorquando si fosse dimostrata una loro partecipazione al fatto lesivo ovvero il consapevole accoglimento di uno specifico vantaggio.

indennitaria³⁷ e non anche risarcitoria con l'ovvio limite che l'azionista pubblico potrà risponderne nei limiti del vantaggio conseguito.

Il predetto obbligo indennitario sarebbe riconducibile alla previsione generale di cui all'art. 2041³⁸ c.c. appesantita da un non facile onere probatorio, gravante in capo ai soci e ai creditori della società eterodiretta, i quali dovranno dimostrare, sotto il profilo soggettivo, la consapovezza dello Stato di conseguire un vantaggio patrimoniale derivante dall'esercizio abusivo unitario.

5. Conclusioni

Dall'analisi sin qui condotta, orientata ad esaminare le conseguenze applicative derivanti dall'interpretazione autentica dell'art. 2497 c.c. fornita dal legislatore, è possibile pervenire ai seguenti esiti ermeneutici:

- a) il Decreto Anticrisi chiarisce che possono essere sottoposti a responsabilità tutti i “*soggetti giuridici collettivi*” diversi dallo Stato, indipendentemente dalla natura pubblica o privata degli stessi;
- b) l'unico requisito che connota sul piano oggettivo l'attività di direzione e coordinamento è rappresentato dalla finalità, non solo imprenditoriale, ma anche economica e finanziaria, alla base della detenzione della partecipazione nel capitale della società eterodiretta;
- c) l'intevento interpretativo ha dunque l'effetto di esentare lo Stato da qualsivoglia responsabilità, indipendentemente dalla natura e dal significato della partecipazione sociale, e, di chiarire che l'ente pubblico non imprenditore, che detenga una partecipazione azionaria per finalità economiche e finanziarie, può incorrere in responsabilità da abusiva attività di direzione e coordinamento;
- d) tale lettura interpretativa si discosta radicalmente dall'indirizzo che ancorava la portata applicativa del regime di responsabilità da direzione e coordinamento al requisito imprescindibile dell'imprenditorialità, riscontrabile esclusivamente in capo agli enti pubblici economici e non anche in capo agli enti territoriali, in virtù dello svolgimento da parte degli stessi di attività finalizzate ad obiettivi socio-assistenziali;
- e) dunque, l'affermata “*irresponsabilità*” dello Stato, portatore certo anche di interessi economici e finanziari nella detenzione di partecipazioni in società pubbliche, appare disancorata da qualsivoglia *sub-strato* motivazionale, colorando il predetto intervento normativo in termini dispositivi piuttosto che

³⁷ Si veda a tal proposito M. T. BRODASCA, *Codice Commentato delle S.p.A.*, cit. p. 1605; MAFFEI-ALBERTI, *Commentario breve al diritto delle società*, Padova 2007, p. 1143.

³⁸ L'articolo menzionato recita che “*chi, senza una giusta causa, si è arricchito a danno di un'altra persona è tenuto nei limiti dell'arricchimento, a indennizzare quest'ultima della correlativa diminuzione patrimoniale*”.

interpretativi ed insinuando dubbi in ordine alla legittimità della sua efficacia retroattiva;

- f) alla luce dell'interpretazione autentica resa dal Decreto Anticrisi, i soci e i creditori della società pubblica non hanno azione nei confronti dello Stato per il danno subito in dipendenza di direttive lesive impartite *“nell’interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale”*
- g) resta ferma la responsabilità della società pubblica eterodiretta dallo Stato nei confronti dei rispettivi soci e creditori;
- h) tuttavia non pare che all'esenzione dell'azionista pubblico dalla responsabilità per attività di direzione e coordinamento abusiva, sancita in via interpretativa dal legislatore, possa corrispondere analoga esclusione dalla responsabilità solidale prevista dal secondo comma dell'art. 2497 c.c. laddove lo Stato abbia concorso all'assunzione delle scelte pregiudizievoli poste in essere dalla società controllata ovvero ne abbia tratto consapevolmente beneficio.

COMMENTI A SENTENZE

SCIoglimento DELLA S.R.L. PER INSANABILE DISSIDIO TRA I SOCI (TRIB. NOVARA, 8 FEBBRAIO 2010)

Il Tribunale di Novara conferma un orientamento ampiamente condiviso in dottrina e giurisprudenza secondo cui la mancata approvazione dei bilanci per due anni consecutivi, nonché la pendenza di numerose cause civili tra i due gruppi sociali che detengono il 50% ciascuno delle quote, determinano l'impossibilità di funzionamento dell'assemblea per l'insanabile dissidio tra i soci.

di ELENA FREGONARA

Il Tribunale di Novara, nel provvedimento che si annota, affronta una fattispecie che, nel mondo anglosassone, è definita, con eloquente espressione, *deadlock*¹: si tratta di una situazione di stallo dell'assemblea determinata dalla spaccatura creatasi tra i due blocchi sociali che vi partecipano in misura paritetica. Nel caso di specie, il reiterato atteggiamento ostruzionistico, assunto da entrambi i gruppi sociali contrapposti, impediva per due esercizi consecutivi la formazione delle maggioranze necessarie all'approvazione del bilancio, provocando la paralisi dell'organo deliberativo².

¹ Sul tema della soluzione delle situazioni di stallo gestionale v., di recente, CERRATO, *Arbitrato societario e arbitraggio gestionale nelle società*, in *Giur. It.*, 2010, 487; GUIDOTTI, *La risoluzione dei contrasti sulla gestione della società*, in *Giur. It.*, 2005, p. 891. Cfr., anche, per un quadro completo delle tecniche di scioglimento degli stalli decisionali maturate nella prassi dei contratti internazionali e, soprattutto, in materia di *joint venture company*, lo studio di DAINO, *Tecniche di soluzione del «deadlock»: la disciplina contrattuale del disaccordo tra i soci nelle joint ventures paritarie*, in *Dir. Comm. Int.*, 1988, p. 151.

² Cfr. PELLIZZI, *Sui poteri indisponibili della maggioranza assembleare*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1967, I, p. 228, l'a. riferendosi a queste realtà societarie le definisce «società c.d. *fifty-fifty*» ed evidenzia come in esse «l'organismo sociale nasce e vive sotto il segno di una funzionalità precaria». Sul punto v. COTTINO, *Diritto societario*, Padova, 2006, p. 537, l'a. osserva che «l'impossibilità di funzionamento dell'assemblea sarebbe configurabile a rigore solo in presenza di un'assoluta parità di forze nella società, tale da impedire la formazione della maggioranza. Ma la formulazione così enucleata del problema potrebbe risultare astratta, in quanto da un lato un'assemblea può funzionare se i soci 'marcano' d'amore e d'accordo anche con il capitale esattamente diviso a metà mentre dall'altro una ripartizione pur non paritaria del possesso azionario potrebbe essere paralizzante, dati certi *quorum* deliberativi prescritti dallo statuto, in presenza di un insanabile dissidio tra di essi».

COMMENTI A SENTENZE

SCIoglimento DI SOCIETÀ DI CAPITALI

Il quadro risultava alimentato da un'ulteriore circostanza sintomatica del progressivo acuirsi del dissidio: la pendenza di numerose cause civili tra le due avverse compagini societarie paritetiche.

L'opinione secondo cui l'incapacità di approvare il bilancio d'esercizio rappresenta una evidente manifestazione dell'impossibilità di funzionamento dell'organo deliberativo, ai sensi dell'art. 2484, n. 3, cod. civ., è ampiamente condivisa in dottrina e giurisprudenza³.

³ In dottrina: ID, *op. loc. ult. cit.*; CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale. 2. Diritto delle società*, 6ª ed., Torino, 2006, p. 535; GALGANO, *Diritto commerciale*, VI ed., Bologna, 2008, p. 417; NICCOLINI, *Scioglimento, liquidazione ed estinzione della società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, vol. VII, tomo 3°, Torino, 1997, p. 285; FERRI, *Le società*, in *Trattato di diritto civile italiano*, fondato da F. Vassalli, vol. X, tomo 3°, 3ª ed., Torino, 1987, p. 961. In giurisprudenza: Cass., 24 ottobre 1996, n. 9267, in *Gius. Civ.*, 1997, 1353; Trib. Bologna, 28 dicembre 1998 (decr.) e C. App. Bologna, 18 maggio 1999 (decr.), in *Giur. Comm.*, 2001, II, 430, con nota di POMELLI, *Obbligo degli amministratori di rilevare l'impossibilità di funzionamento dell'assemblea ed esercizio abusivo del diritto di voto*; Trib. Ravenna, 3 febbraio 2006 (decr.), in *Giur. It.*, 2006, 1875, con nota di CERRATO, *Scioglimento della società e arbitrato: nihil sub sole novi?*; Trib. Prato, 17 dicembre 2009, reperibile su www.ilcaso.it; Trib. Mantova, 24 gennaio 2008, reperibile su www.ilcaso.it; Trib. Pisa, 26 ottobre 2000, C. App. Firenze, 26 aprile 2001, Trib. Pisa, 26 gennaio 2002 e Trib. Pisa, 7 marzo 2002, in *Giur. Comm.*, 2003, II, 368, con nota di PINTO, *In tema di nomina giudiziale dei liquidatori e di impossibilità di funzionamento dell'assemblea*; Trib. Milano, 26 giugno 2004 (decr.), in *Corr. Giur.*, 2005, 546; Trib. Pavia, 17 settembre 1988, in *Società*, 1988, 1297; Trib. Cagliari, 9 agosto 1976, in *Foro It.*, 1976, I, 2478. In senso parzialmente differente, v. COLOMBO, *Il bilancio di esercizio nelle società per azioni*, Padova, 1965, p. 388, l'a. esclude l'integrarsi della causa di scioglimento in esame nei casi in cui: a) il contrasto tra le equivalenti forze sussista, e porti all'impossibilità di approvare il bilancio, ma appaia sanabile entro un lasso di tempo ragionevolmente breve da permettere il proseguimento della normale attività sociale; b) l'assemblea, pur rifiutandosi di prendere in esame il bilancio sottoposto dagli amministratori, nondimeno delibera su altri argomenti; c) l'assemblea si limita a non approvare il bilancio di un esercizio e, implicitamente o esplicitamente, ne rinvia l'esame all'anno successivo; PACIELLO, *Note minime sull'art. 2448, n. 3, c.c.*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1995, p. 135, l'a., in ogni caso, non esclude lo scioglimento della società per impossibilità di funzionamento dell'assemblea allorché la situazione di stallo si protragga per più esercizi. Viceversa, non determina lo scioglimento della società per impossibilità di funzionamento dell'assemblea la mancata approvazione del bilancio d'esercizio allorché trovi radice in contestazioni al progetto di bilancio, accusato di inesattezze e irregolarità, diversamente si imporrebbe al socio dissenziente di approvare il bilancio o di accettare lo scioglimento della società, sul tema v. NICCOLINI, *Scioglimento, liquidazione ed estinzione di società di capitali*, in *Giur. Comm.*, 1991, I, p. 776.

COMMENTI A SENTENZE

SCIoglimento DI SOCIETÀ DI CAPITALI

L'approvazione annuale del bilancio risulta essere, senza dubbio, un momento decisivo nella vita di una società di capitali per il perseguimento dell'oggetto sociale: il mancato accordo da parte dei soci su di un tema così rilevante costituisce un segnale significativo di una condizione patologica dell'ente. Immediata e rilevante conseguenza di questa situazione è la sfiducia dei terzi e dei creditori i quali saranno inevitabilmente costretti a riflettere sull'opportunità di intrattenere, proseguire ovvero iniziare, rapporti commerciali e d'affari con la società. Appare evidente un generale interesse del mercato all'ordinato svolgimento delle attività economiche⁴.

Non è invece dato sapere, giacché non emerge dal testo del Decreto, se l'assemblea, pur afflitta da una irreversibile situazione di *impasse* in relazione all'assunzione di decisioni essenziali, fosse riuscita ad assumere altre delibere marginali. L'unica circostanza che si apprende è l'impugnazione da parte di una delle due componenti societarie della revoca del precedente amministratore e contestuale nomina del nuovo gestore: ulteriore elemento a conferma del complicato scenario conflittuale.

In ogni caso, sulla questione della rilevanza dell'adozione di delibere secondarie in un contesto bloccato irreversibilmente rispetto ai nodi centrali della vita sociale, dottrina e giurisprudenza risultano concordi nell'affermare che l'impossibilità di funzionamento dell'assemblea, seppure solo parziale, provoca lo scioglimento a prescindere dall'operatività dell'organo in relazione ad altre delibere⁵. In questo senso, si osserva che l'impossibilità di funzionamento dell'assemblea non equivale alla impossibilità della società di condurre comunque l'impresa ovvero non equivale alla sua inattività poiché consiste nel venir meno dell'organo deliberante alle sue funzioni di direzione e controllo della società, dimostrandosi incapace di adottare le delibere essenziali per la vita societaria per contrasti tra i soci che impediscono il formarsi delle maggioranze prescritte, dando luogo ad un perfetto bilanciamento dei voti⁶.

Occorre, dunque, tener conto del contenuto della delibera per giudicare se la sua mancata adozione da parte dell'assemblea provochi o meno lo scioglimento: non tutte le delibere assumono uguale importanza nella vita della società. Sicuramente, come già

⁴ Così POMELLI, *op. ult. cit.*, p. 437.

⁵ In dottrina: ID, *op. loc. ult. cit.*; NICCOLINI, *Scioglimento, liquidazione ed estinzione delle società per azioni*, cit., p. 284; POMELLI, *op. ult. cit.*, p. 44, secondo cui la *ratio* della norma risiede nella necessità di eliminare le società sulle quali il mercato non può fare affidamento a causa dell'incapacità dell'organo assembleare di portare a buon fine i processi decisionali che coinvolgono plurimi interessi: in quest'ottica l'adozione di delibere secondarie, di rilievo interno, neutre o tecniche, non sembra poter acquisire valenza suppletiva. In giurisprudenza v.: Trib. Milano, 26 giugno 2004, cit.; Trib. Roma, 11 luglio 1984, in *Foro it.*, 1985, 870.

⁶ Così Trib. Milano, 26 giugno 2004, cit. Cfr. Cass., 24 ottobre 1996, n. 9267, cit.

COMMENTI A SENTENZE

SCIoglimento DI SOCIETÀ DI CAPITALI

detto, l'approvazione del bilancio attiene al normale ed indispensabile corso dell'attività sociale ed è da considerare irrinunciabile.

D'altro canto, non vale ad impedire lo scioglimento della società per impossibilità di funzionamento dell'assemblea una dichiarazione di intenti, professata in corso di giudizio da parte di alcuni soci, di cessare ogni atteggiamento ostruzionistico e votare sulle questioni più urgenti in accordo con il contrapposto gruppo sociale: si tratta, osserva il Tribunale, «*di una dichiarazione generica e comunque configgente con la realtà dei dati obiettivi emersi a fronte dei quali l'attuale impossibilità di funzionamento dell'assemblea rappresenta una circostanza ormai inconfutabile, sicché non è ulteriormente rinviabile la declaratoria di scioglimento della società*».

L'affermazione, dunque, che si tratterebbe di un dissidio contingente e superabile, senza fornire alcuna verosimile spiegazione di come tale superamento possa concretamente avvenire, non assume alcun rilievo. In questa prospettiva, il giudizio sullo scioglimento deve essere formulato in base al concreto atteggiamento delle parti, nel contesto dell'assetto dei rapporti societari e della composizione della compagine, ed al loro chiaro e manifesto intendimento, che potrebbe in astratto mutare, ma, al momento, resta vincolato ai dati oggettivi della litigiosità giudiziale e del blocco delle funzioni essenziali dell'assemblea⁷.

Pare, quindi, condivisibile la decisione assunta dal Tribunale di Novara giacché ricorrono, nella fattispecie in esame, tutti gli elementi che fanno presumere che l'organo assembleare sia stabilmente ed irreversibilmente incapace di assolvere alle proprie funzioni essenziali⁸.

Peraltro si osserva che, a tutela della società stessa, dei soci e dei creditori sociali, l'impossibilità di funzionamento dell'assemblea ha natura obiettiva: in questo senso, l'accertamento dell'imputabilità di tale situazione non ha alcuna rilevanza, diversamente si minerebbe l'operatività della causa di scioglimento⁹. Sul punto, dunque, è opportuno svolgere un'ultima breve considerazione: nel caso in cui la paralisi dell'assemblea derivi dall'atteggiamento strumentalmente ostruzionistico di uno o più soci che

⁷ In questo senso v. Trib. Prato, 17 dicembre 2009, cit.

⁸ Così Cass., 24 ottobre 1996, n. 9267, cit. In senso conforme, v. COTTINO, *op. ult. cit.*, p. 538.

⁹ Cfr. FERRI, *Le società*, in *Trattato di diritto civile italiano* fondato da Vassalli, Torino, 1985, p. 961. V. Cass., 8 maggio 1992, n. 5498, in *Società*, 1992, 1071, ove la Corte afferma che assumono invece certamente rilevanza «anche le ragioni mediate dell'impossibilità di funzionamento dell'organo, perché sol esse consentano di accertare se si tratti di una situazione definitiva o transitoria o, comunque, rimediabile attraverso l'adozione degli strumenti...che consentano di superare gli ostacoli al funzionamento medesimo». Nelle società di persone viene considerata causa di scioglimento solo il dissidio insanabile non imputabile ad alcun socio, diversamente si verifica un'ipotesi di esclusione del socio v. Cass., 15 luglio 1996, n. 6410, in *Giur. It.*, 1996, I, 1, 1432.

COMMENTI A SENTENZE

SCIoglimento DI SOCIETÀ DI CAPITALI

intendano provocare lo scioglimento della società, pare impregiudicata la possibilità di reagire contro questo comportamento abusivo con un'azione di risarcimento dei danni¹⁰.

Il provvedimento merita di essere segnalato anche per aver ribadito le regole in merito ai poteri suppletivi del Tribunale con riguardo all'accertamento del verificarsi di una causa di scioglimento ed alla nomina dei liquidatori¹¹.

Il quadro sistematico ricavabile dagli artt.li 2485, 2487 cod. civ. prevede, in caso di verifica di una causa di scioglimento della società, un plurimo intervento sussidiario del Tribunale, a fronte dell'inerzia degli amministratori e dell'assemblea dei soci: *«da questa ricostruzione rispondente alla volontà del legislatore di creare una scissione tra l'accertamento giudiziale della causa di scioglimento e la nomina giudiziale dei liquidatori al fine di garantire la prevalenza della volontà dei soci, risulta evidente che non è ammissibile il ricorso all'autorità giudiziaria per la nomina diretta dei liquidatori senza la pubblicità costitutiva della causa di scioglimento e la preventiva convocazione dell'assemblea per la nomina dei liquidatori a meno che, tuttavia, la causa di scioglimento consista proprio nell'impossibilità di funzionamento dell'assemblea (...), in questo caso, la ragionevole certezza dell'inerzia dell'assemblea nella nomina dei liquidatori induce a ritenere ammissibile la proposizione di un unico ricorso camerale finalizzato sia alla dichiarazione di scioglimento della società che alla nomina dei liquidatori, e ciò per evidenti ragioni di economia processuale e per l'intuitibile necessità di concentrazione dei tempi per l'inizio della fase di liquidazione della società».*

A differenza, dunque, delle altre ipotesi di scioglimento della società, nel caso di specie, il blocco del funzionamento dell'assemblea non consente di poter richiedere allo stesso organo di nominare i liquidatori giacché tale soluzione si rivelerebbe solo elusiva e, probabilmente, ulteriore causa di danni al sodalizio¹².

¹⁰ In questo senso cfr. CERRATO, nota a Trib. Ravenna, 3 febbraio 2006 (decr.), in *Giur. It.*, 2006, p. 1878. L'azione di risarcimento danni troverà fondamento nella violazione dei principi di correttezza, ex art. 1175 cod. civ., e buona fede nell'esecuzione del contratto, ex art. 1375 cod. civ., cui devono essere informati tutti i rapporti giuridici di natura obbligatoria, ivi compresi quelli societari: pertanto i soci, tanto di maggioranza quanto di minoranza, hanno l'obbligo di non adottare comportamenti che risultino in contrasto con le legittime aspettative degli altri soci. In tema cfr. in dottrina, GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni*, Milano, 1987, p. 302; in giurisprudenza, Cass., 26 ottobre 1995, n. 11151, in *Giur. Comm.*, 1996, II, p. 329, con commenti di JAEGER, ANGELICI, GAMBINO, COSTI, CORSI, *Cassazione contrattualismo societario: un incontro?*.

¹¹ Sui poteri del Tribunale, in sede di volontaria giurisdizione, v., già prima della riforma, Cass. S.U., 25 giugno 2002, n. 9231, in *Giur. It.*, 2002, 2095.

¹² In questo senso, v. anche, Trib. Prato, 17 dicembre 2009, cit.

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

SEGNALAZIONI DI DIRITTO COMMERCIALE

NORMATIVA

Comunitaria 2009 – E' stata approvata la legge comunitaria 2009 che conferisce al Governo diverse deleghe per il recepimento di direttive comunitarie che riguardano l'attività d'impresa, in particolare si segnala la delega al Governo per il recepimento delle raccomandazioni comunitarie in materia di remunerazione degli amministratori delle società quotate (nello specifico, le sezioni II e III della Raccomandazione 2004/913/CE e la sezione II, paragrafi 5 e 6, della Raccomandazione 2009/385/CE).

Regolamento Emittenti – La Consob ha emesso la delibera n. 17326 per modificare il regolamento emittenti sui seguenti temi: i) informazione societaria; ii) emittenti strumenti finanziari diffusi in misura rilevante; iii) pubblicità dei patti parasociali; iv) organi di amministrazione e controllo.

Direttiva 2006/123/CE - In data 8 maggio 2010 è entrato in vigore decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59 (Gazzetta Ufficiale n. 94 del 23 aprile 2010, S.O. n. 75), con cui è data attuazione nel nostro ordinamento alla direttiva 2006/123/CE sui servizi nel mercato interno. Il decreto si applica a qualunque attività economica, di carattere imprenditoriale o professionale, svolta senza vincolo di subordinazione da un soggetto stabilito in uno Stato membro e diretta allo scambio di beni o alla fornitura di altra prestazione, anche a carattere intellettuale. Tra le attività che per espressa previsione sono escluse dall'ambito di applicazione del decreto vi sono quelle connesse con l'esercizio di pubblici poteri, i servizi di interesse economico generale erogati in regime di esclusiva, i servizi sociali, i servizi finanziari, i servizi di trasporto. Tale decreto introduce, tra l'altro, una nuova disciplina procedimentale per le attività di agente d'affari in mediazione, agente e rappresentante di commercio, mediatore marittimo e spedizioniere.

INDICAZIONI INTERPRETATIVE E APPLICATIVE

Fallimento - Il Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili, il Consiglio nazionale forense e il *Conseil national des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires* hanno firmato in data 7 maggio 2010 a Roma un Protocollo

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

per rafforzare la collaborazione tra i professionisti impegnati in procedure di insolvenza pendenti contestualmente nella Ue. Il comunicato stampa è reperibile sul sito www.cndcec.it

GIURISPRUDENZA

Credito erariale da irap - Con sentenza del 5 marzo 2010, n. 4861, la Corte di Cassazione ha affermato che il credito erariale da imposta regionale sulle attività produttive deve essere ammesso in via privilegiata al passivo fallimentare anche se sorto prima dell'entrata in vigore dell'art. 39 del d.l n. 159 del 2007 (conv. nella legge n. 222 del 2007) con il quale, tale imposta è stata espressamente inclusa tra i crediti privilegiati contenuti nell'art. 2752, primo comma, c.c.; la Corte ha inoltre affermato che Il Concessionario per la riscossione dei tributi deve essere ammesso al passivo in ordine alle spese che ha sostenuto per poter procedere all'insinuazione del credito fiscale del debitore fallito.

La massima della sentenza è reperibile sul sito www.cortedicassazione.it

Fallimento. Con sentenza in data 9 aprile 2010 n. 8426, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno affermato che ai fini del rispetto del termine di un anno dalla cancellazione dal registro delle imprese, previsto dall'art. 10 legge fall., si presume sino a prova contraria la continuazione delle attività societarie qualora sia iscritto nel registro delle imprese il decreto con cui il giudice del registro, ai sensi dell'art. 2191 cod. civ., ordina la cancellazione della pregressa cancellazione della società già iscritta nello stesso registro.

La massima della sentenza è reperibile sul sito www.cortedicassazione.it

Società di persone - Il 22 febbraio 2010 n. 4060 le Sezioni Unite della Suprema Corte, dirimendo un contrasto sull'efficacia dichiarativa o costitutiva della cancellazione della società semplice dal registro delle imprese, hanno statuito che la modifica dell'art. 2495 cod. civ., ex art. 4 del d.lgs n. 6 del 2003, si applica anche alle società di persone, benchè la prescrizione normativa indichi esclusivamente quelle di capitali e quelle cooperative. Detta applicazione analogica è irretroattiva, non potendo trovare applicazione per le cancellazioni intervenute anteriormente al 1° gennaio 2004, data di entrata in vigore delle modifiche introdotte dal citato d.lgs n. 6 del 2003.

La massima della sentenza è reperibile sul sito www.cortedicassazione.it

Concordato preventivo - Con la sentenza n. 6901 del 22.03.2010 la prima sezione civile ha chiarito come, prima dell'entrata in vigore del cd. decreto correttivo del 2007, non fosse possibile un soddisfacimento parziale dei creditori privilegiati. La Corte ha così

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

cassato la sentenza con la quale in giudice d'appello riformando la sentenza di primo grado del Tribunale di Catanzaro aveva dichiarato il fallimento di una società, la quale, nella propria richiesta di concordato preventivo, aveva proposto un soddisfacimento parziale dei propri creditori privilegiati.

La massima della sentenza è reperibile sul sito www.cortedicassazione.it

SEGNALAZIONI

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

SEGNALAZIONI PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

NORMATIVA

Aggiudicazione appalti pubblici. Si segnala l'entrata in vigore, a partire dal 27 aprile 2010, del d.lgs. 20-3-2010, n. 53, avente per titolo: *“Attuazione della direttiva 89/665/CEE e 92/12/CEE per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici”*.

Il testo integrale del decreto legislativo n. 53/2010 è reperibile su GU n. 84 del 20 aprile 2010. Si segnala, altresì, a commento del citato testo normativo, la Relazione del Ministero delle Infrastrutture pubblicata su “Edilizia e Territorio”, 15/2010, pagg. 80 e segg..

GIURISPRUDENZA

Appalto pubblico - La Corte di Cassazione a Sezioni Unite ha emesso l'ordinanza in data 10 febbraio 2010, n. 2906, per la quale il potere di decidere circa le sorti di un contratto pubblico d'appalto a seguito dell'annullamento degli atti di gara da parte degli organi della giustizia amministrativa (TAR, Consiglio di Stato) spetta a questi ultimi organi. (La decisione costituisce un totale *revirement* rispetto a precedenti pronunce della stessa Cassazione a SS.UU. [28-12-2007, n. 27169 ecc.] per la quale, invece, il potere di decidere circa la sorte dei contratti spettava all'Autorità giudiziaria ordinaria: ora il problema è risolto dal d.lg. 53/2010 per il quale tale potere spetta agli organi di giustizia amministrativa).

Il testo integrale dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, n. 2906/2010, è reperibile sul sito www.cassazione.it.

OSSERVATORIO COMUNITARIO

Appalto pubblico - E' stata pubblicata recentemente la pronuncia della Corte di Giustizia CE nella quale si legge che: *“Gli artt. 43 CE e 49 CE, i principi di parità di trattamento e di non discriminazione in base alla cittadinanza, così come l'obbligo di trasparenza che ne discende, non ostano all'affidamento diretto di un appalto pubblico di servizi a una società per azioni a capitale interamente pubblico qualora l'ente pubblico che costituisce l'amministrazione aggiudicatrice eserciti su tale società un controllo analogo a quello che svolge sui propri servizi e questa società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti locali che la controllano.*

SEGNALAZIONI

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

Qualora, al momento dell'affidamento dell'appalto, il capitale della società affidataria sia interamente detenuto dall'amministrazione aggiudicatrice (da sola o con altre autorità pubbliche), l'apertura a investitori privati del capitale della società può essere presa in considerazione solo se in quel momento esiste una prospettiva concreta e a breve termine di una siffatta apertura.

Nel caso in cui varie autorità pubbliche detengono una società cui affidano l'adempimento di una delle loro missioni di servizio pubblico, il controllo che dette autorità hanno sulla società stessa può essere esercitato congiuntamente.

In ipotesi di affidamento diretto di un appalto pubblico di servizi a una società per azioni a capitale interamente pubblico - fatta salva la verifica da parte del giudice del rinvio dell'operatività delle specifiche disposizioni statutarie - il controllo esercitato dagli enti azionisti sulla detta società può essere considerato analogo a quello svolto sui propri servizi nel caso in cui: a) l'attività di tale società è limitata al territorio di detti enti, è esercitata fondamentalmente a beneficio di questi ultimi e si svolge tramite organi statutari composti da rappresentanti di detti enti; b) questi ultimi esercitano un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti di detta società.

Non solo: in detta sentenza (e trattasi di un'affermazione di grande rilievo) si legge:

*L'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti della società aggiudicataria diretta di un servizio pubblico può essere esercitata tramite organi statutari composti da rappresentanti degli enti soci quali strutture decisionali **NON ESPLICITAMENTE PRESCRITTE DAL DIRITTO SOCIETARIO.***

Il testo integrale della pronuncia della Corte di Giustizia CE, 10 settembre 2009, C-573/07, è reperibile al seguente link:
<http://www.personaedanno.it/cms/data/articoli/015598.aspx>.

SEGNALAZIONI BIBLIOGRAFICHE

"I servizi pubblici locali. Liberalizzazione, regolazione e sviluppo industriale", a cura di Magda Bianco e Paolo Sestito, Il Mulino, 2010.

SEGNALAZIONI

DIRITTO TRIBUTARIO

SEGNALAZIONI DI DIRITTO TRIBUTARIO

NORMATIVA

Disciplinato l'obbligo delle comunicazioni degli scambi con Paesi black-list - Con apposito Decreto del Ministro Tremonti si è data attuazione all'adempimento, di cui all'art. 1 del dl n. 40/10, che prevede la comunicazione delle operazioni Iva poste in essere dal 1° luglio 2010 con clienti e fornitori stabiliti in Paesi black-list.

Le informazioni - che dovranno essere fornite per via telematica su apposito modello ancora da approvarsi - riguardano le cessioni di beni, le prestazioni di servizi, gli acquisti di beni e le prestazioni di servizi ricevute, registrate o soggette a registrazione ai sensi delle disposizioni in materia d'Iva, imponibili, non imponibili, esenti e non soggette.

(Decreto del 30 marzo 2010, in G.U. n. 88 del 16 aprile 2010)

INDICAZIONI INTERPRETATIVE E APPLICATIVE

Meno vincoli per le triangolazioni - L'Agenzia delle entrate ha, in parziale modifica di quanto alle precedenti nn. 51/95 e 115/01, precisato che, in una triangolazione a destinazione Ue (ma è da ritenersi che la stessa possa avere uguale valenza per quelle a destinazione extraUe, n.d.r.) può aversi non imponibilità nel passaggio dei beni tra i due operatori nazionali anche nel caso in cui sia il promotore della triangolazione a stipulare il contratto di trasporto all'estero dei beni "su mandato e in nome" del primo fornitore italiano; ciò in quanto in tal caso detto promotore, agendo come semplice intermediario del primo fornitore nazionale, non ottiene comunque la disponibilità dei beni e risulta rispettata la ratio della disposizione di cui all'art. 58 del dl n. 331/93 (e di quella di cui all'art. 8 del dpr n. 633/72, n.d.r.).

(Agenzia delle entrate, ris. n. 35 del 13 maggio 2010)

Il bonus investimenti non è da dichiarare se non è usufruibile - L'Agenzia delle entrate ha chiarito, in riformulazione di quanto al riguardo in precedenza invece detto con la risoluzione n. 74/09, che, se il bonus non è ancora usufruibile, non vi è in capo al contribuente alcun obbligo di riportare nella dichiarazione dei redditi il credito d'imposta (di cui all'art. 1 commi da 271 a 279, della legge n. 296/06) per i nuovi investimenti nelle aree svantaggiate; ciò in quanto lo stesso è da indicarsi in dichiarazione dei redditi in base al periodo d'imposta di sua fruizione.

(Agenzia delle entrate, ris. n. 34 del 13 maggio 2010)

SEGNALAZIONI

DIRITTO TRIBUTARIO

Sì al recupero dei costi non di competenza rettificati - L'Agenzia delle entrate ha illustrato l'ipotesi in cui l'ufficio accertatore ha imputato per competenza il costo a un periodo d'imposta in relazione al quale il contribuente non ha più la possibilità di correggere, a suo favore, la dichiarazione già presentata o è scaduto il termine di 48 mesi per richiedere il rimborso delle imposte versate in eccesso, precisando tra l'altro che in questi casi:

- a) il diritto di chiedere la restituzione delle somme scatta da quando la sentenza che riconosce la legittimità del recupero effettuato dalle Entrate passa in giudicato o, comunque, dalla data in cui la pretesa dell'Amministrazione finanziaria al recupero del costo da rettificare diventa definitiva;
- b) il contribuente ha due anni di tempo da quella data per presentare richiesta di rimborso.

(Agenzia delle entrate, circ. n. 23 del 4 maggio 2010)

Detassazione del reddito d'impresa per il settore tessile e dell'abbigliamento - L'Agenzia delle entrate ha fornito, per le imprese che operano nei settori del tessile e dell'abbigliamento, le istruzioni operative per usufruire delle agevolazioni fiscali, di cui al dl n. 40/10, che hanno l'obiettivo di supportare le attività di ricerca industriale e sviluppo precompetitivo finalizzate alla realizzazione di campionari. La stessa si articola analizzando i soggetti interessati, gli investimenti agevolabili (attività e costi ammissibili), la fruizione dell'agevolazione (rispetto del limite "de minimis" e cumulo con altre agevolazioni), gli aspetti procedurali, la presentazione della comunicazione e il risparmio d'imposta.

(Agenzia delle entrate, circ. n. 22 del 29 aprile 2010)

Assonime illustra e critica le compensazioni Iva - Assonime ha effettuato, con una propria circolare, un'ampia disamina delle attuali disposizioni in tema di compensazione orizzontale del credito Iva per importi superiori a 10.000-15.000 euro, evidenziandovi, tra l'altro, come:

- i vincoli, introdotti dal dl n. 78/09 indistintamente per tutti i contribuenti, penalizzino le imprese corrette che si trovano strutturalmente a credito;
- mancando qualsiasi valutazione preventiva sulla pericolosità fiscale del soggetto, i limiti per la compensazione trovino applicazione anche nei confronti delle imprese considerate "virtuose" ai fini del rimborso.

(Assonime, circ. n. 14 del 20 aprile 2010)

SEGNALAZIONI

DIRITTO TRIBUTARIO

Prevenzione e contrasto all'evasione - L'Agenzia delle entrate ha dettato gli indirizzi operativi a cui gli uffici locali dovranno attenersi per il 2010 ai fini della prevenzione e del contrasto all'evasione. La relativa circolare si articola analizzando:

- le attività specifiche relative a grandi contribuenti, imprese di medie dimensioni, imprese di minori dimensioni e lavoratori autonomi, enti non commerciali e persone fisiche;
- le attività trasversali suddivise in attività in materia di antifrode, attività di contrasto alla evasione internazionale, attività a proiezione internazionale, attività relative ad altri tributi indiretti diversi dall'IVA e attività in materia di riscossione;
- la pianificazione e consuntivazione;
- l'obiettivo monetario 2010.

(Agenzia delle entrate, circ. n. 20 del 16 aprile 2010)

GIURISPRUDENZA

Nelle triangolazioni comunitarie se il cessionario evade il promotore non detrae -

La Corte di Giustizia della Ue ha statuito che se una triangolazione comunitaria non va a buon fine, in quanto non ne è provata l'applicazione dell'IVA nel Paese membro di destinazione dei beni, il soggetto che l'ha promossa non può detrarre l'imposta che è tenuto ad assolvere sull'acquisto intracomunitario nello Stato in cui è identificato.

(Corte di Giustizia della Ue, sentenza del 22 aprile 2010, cause n. C-536/08 e C-539/08)

INFORMAZIONE CONVEGNI

La crisi d'impresa: ordinamenti a confronto

3 giugno 2010, ore 14.30

Centro Congressi dell'Unione industriale, Sala Giovanni Agnelli

Torino, Via M. Fanti, 17

- Interviene Charles G. Case, Judge of the U.S Bankruptcy Court for the District of Arizona

Per maggiori informazioni sul programma e per l'iscrizione si rinvia al sito www.giustizia.piemonte.it

Company in Crisis: legal order in comparison

Tourin, 3rd June 2010

- Charles G. Case, Judge of the U.S Bankruptcy Court for the District of Arizona, will attend at the conference

Many information about the conference can be found at www.giustizia.piemonte.it

Il dottore commercialista e la normativa antiriciclaggio

20 maggio 2010, ore 14.30 – 18.00

Hotel Exedra

Roma, Piazza della Repubblica, 47

Per informazioni: tel. 02.58219448; e.mail convegni.italiaoggi@class.it

(*) Il convegno è stato accreditato per la formazione continua. Sarà attribuito un credito formativo per ogni ora di partecipazione ai dottori commercialisti ed agli esperti contabili presenti per almeno due ore

L'attuazione della nuova direttiva ricorsi

20 maggio 2010, ore 12.30 – 14.00

Università L. Bocconi, Aula N19

Milano

Per informazioni:

<http://www.unibocconi.it/wps/wcm/connect/News+ed+Eventi/Eventi/Bocconi+Eventi/>

INFORMAZIONE CONVEGNI

La riforma del sistema finanziario ed il rapporto tra banche e clienti" - ciclo di incontri

- **Finanziamento dei privati: mutuo bancario**
20 maggio 2010, 15.00-19.00

- **Finanziamento dei privati e credito al consumo**
8 giugno 2010, 14.30 - 19.00

Università degli Studi di Bergamo
Bergamo

Per informazioni: www.unibg.it/regola-impresa

- (*) Per la partecipazione ad ogni incontro sono riconosciuti:
- n. 4 cfp agli Avvocati
 - n. 5 cfp ai Notai
 - n. 4 cfp ai Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili

Gli aiuti di Stato: selettività territoriale e federalismo fiscale

24 maggio 2010, ore 17.30 – 20.30

Università L. Bocconi, Aula 13

Milano

Per informazioni:

<http://www.unibocconi.it/wps/wcm/connect/News+ed+Eventi/Eventi/Bocconi+Eventi/>

Il collegato alla finanziaria all'indomani del messaggio presidenziale: le controversie di lavoro

27 maggio 2010, ore 15.00

Università degli Studi di Bergamo, Aula Serio Galeotti

Bergamo

Per informazioni: www.unibg.it

- (*) Il convegno è stato accreditato dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Bergamo con 3 crediti formativi edal Consiglio dell'Ordine dei Consulenti del Lavoro di Bergamo con 4 crediti formativi

INFORMAZIONE CONVEGNI

La finanza comportamentale e le scelte di investimento dei risparmiatori. Le implicazioni per gli intermediari e le Autorità

4 giugno 2010, ore 9.30

Università LUISS Guido Carli, Aula Toti,
viale Romania n. 32, Roma

Per informazioni sul programma e per l'adesione da effettuarsi entro il 28 maggio 2010, si rinvia al sito: www.consob.it

Fiscalità internazionale brasiliana e investitori italiani: problematiche e prospettive

7 giugno 2010, ore 15.00 -17.00

Università L. Bocconi, aula E

Per informazioni:

<http://www.unibocconi.it/wps/wcm/connect/News+ed+Eventi/Eventi/Bocconi+Eventi/>

Agevolazioni fiscali e aiuti di Stato

Università L. Bocconi, aula C

9 giugno 2010, ore 17.30 – 19.00

Per informazioni:

<http://www.unibocconi.it/wps/wcm/connect/News+ed+Eventi/Eventi/Bocconi+Eventi/>

Offerta riservata
agli abbonati di NDS

Speciale offerta di Abbonamento a **La Valutazione delle Aziende**



- ACQUISIZIONI
- FUSIONI
- CESSIONI
- SCISSIONI
- SCORPORI
- QUOTAZIONE DI MERCATO
- VALORI INTRINSECI

Un anno di abbonamento
a € 179,00 anziché € ~~206,58~~

Una grande firma per una grande rivista

La misura del valore delle aziende rappresenta oggi un tema di rilievo non solo per alcune operazioni finanziarie, ma più in generale per l'orientamento delle strategie e delle scelte di gestione. La rivista si rivolge a tutti coloro che, nel nostro paese, sono interessati a vario titolo a problemi di valutazione delle aziende, il team di esperti coordinati da **Luigi Guatri**, fanno de **La Valutazione delle Aziende** un prezioso strumento di aggiornamento professionale e scientifico.

IL COSTO DELL'ABBONAMENTO È INTERAMENTE DEDUCIBILE NELLA DENUNCIA DEI REDDITI DI PROFESSIONISTI E AZIENDE, A NORMA D DEGLI ARTICOLI 54 E 56 DEL TUIR



TRAMITE POSTA

Inviando questo coupon
a Milano Finanza Service S.r.l.,
via Marco Burigozzo, 5 20122 Milano



TRAMITE FAX

Inviando il coupon
al fax verde 800/822196



TRAMITE E-MAIL

Inviando la mail di richiesta a:
servizioclienti@class.it

Si, desidero sottoscrivere l'abbonamento annuale (4 numeri) a
"La Valutazione delle Aziende" al prezzo speciale di € 179,00 anziché € ~~206,58~~.

Cognome _____

Nome _____

Azienda _____

Indirizzo _____ N. _____

Cap _____ Città _____ Prov. _____

Telefono _____

E-mail _____

SCELGO DI PAGARE CON:

- Versamento con Bollettino** che mi invierete
- Bonifico Bancario** intestato a: Banca Popolare di Bergamo/
Credito Varesino Corso Italia, 22 - Milano
IBAN IT 41D280160100000030296
- Addebito sulla mia Carta di Credito**
 - CartaSi/Visa Diners CartaSi/Visa/Eurocard/MasterCard
 - American Express BankAmericard

N° _____

Scad. _____

Data _____ Firma _____

11000169

Informativa ex art. 13 d.lgs 196/03. I dati personali che la riguardano verranno trattati per dare esecuzione all'abbonamento a La Valutazione delle Aziende da Lei richiesto e, in caso di suo consenso, per finalità di marketing di prodotti/servizi di Milano Finanza Service S.r.l. e/o di società collegate e/o controllate e/o controllanti e/o di terzi. Ciascuna società, in caso di Suo consenso, acquisterà la veste di autonomo Titolare del Trattamento. Il conferimento dei dati è necessario per dare seguito all'abbonamento. Lei potrà esercitare in ogni momento i diritti di cui all'art. 7 d.lgs 196/03 rivolgendosi a Milano Finanza Service S.r.l. I dati non verranno diffusi e verranno trattati nell'ambito dell'organizzazione del Titolare da soggetti qualificati come incaricati. Titolare del trattamento è Milano Finanza Service S.r.l. - Via Burigozzo, 5 Milano. Un elenco completo degli eventuali soggetti terzi che collaborano con il Titolare in qualità di responsabili è a disposizione su richiesta presso la sede del Titolare.

Consento all'attività di marketing inerente ai prodotti/servizi del Titolare e/o di società collegate e/o controllanti e/o controllate.

Consento all'attività di marketing di prodotti/servizi di terzi.

SI NO

SI NO

Offerta valida solo per l'Italia fino al 31/12/2010

NORMATIVA, GIURISPRUDENZA, DOTTRINA E PRASSI

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

ItaliaOggi

CLASSprofessionale

Class Professionale srl – via Marco Burigozzo 5 – 20122 Milano

Telefono: 02/58219.1 – Telefax: 02/58317598 – E-mail: mlongoni@class.it
Direttore responsabile ed editore Paolo Panerai (02-58219209)

Tariffe abbonamenti: euro 120,00 (abbonamento annuale 24 numeri)
Per la sottoscrizione di nuovi abbonamenti telefonare al numero verde 800-822195 oppure inviare un fax al numero verde 800-822196 allegando, oltre alla richiesta di abbonamento con i propri dati anagrafici, fotocopia dell'assegno non trasferibile intestato a: Class Professionale srl – via Marco Burigozzo n. 5 – 20122 Milano, oppure fotocopia del bonifico bancario intestato a: Banca di Roma, filiale di Milano 5, Piazza Edison 1 – 20123 Milano – conto corrente n. 923631/55 – ABI 03002 – CAB 01631.

Distribuzione: Class Professionale srl, via Marco Burigozzo 5 – 20122 Milano, numero verde 800-822195. Vendita esclusiva per abbonamento.
Servizio Abbonamenti: per informazioni e/o segnalazioni comporre il numero verde 800-822195 oppure inviare un fax al numero verde 800-822196.
Concessionaria esclusiva per la pubblicità: Class Pubblicità, via Marco Burigozzo 8 – 20122 Milano Tel. 02/58219500-23 – Fax: 02/58219560 Presidente: Paolo Panerai – Direttore generale: Matteo Sordo – Vice Direttore generale: Francesco Rossi

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ Registrazione al Tribunale di Milano
n. 618 del 8-11-2002 –
Direttore Responsabile: Paolo Panerai

© Tutti i diritti sui dati, le informazioni, i materiali contenuti nella rivista sono riservati a Class Professionale srl; è vietato pertanto, in via meramente esemplificativa e comunque non esaustiva, copiare, vendere, rivendere e comunque sfruttare a fini commerciali il contenuto della rivista, o di una sua qualunque parte, senza il consenso scritto di Class Professionale srl.