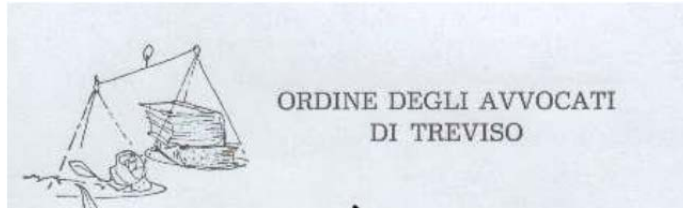




**Camera Civile  
degli Avvocati di Treviso**



ATTI DEL CONVEGNO  
*Treviso - 13 aprile 2016*

**L'ABUSO NELL'ATTIVITA'  
DI DIREZIONE E COORDINAMENTO SOCIETARIA:  
RISCHI E RIMEDI**

***Il pregiudizio alla redditività e al valore della partecipazione sociale  
nella società eterodiretta  
Compensazioni lecite infragruppo – Danni risarcibili***

*Relatore*  
DOTT. SANTE CASONATO

SOMMARIO. – 1. Premesse – 2. Il sistematico conflitto d’interessi nell’eterogestione societaria. – 3. Particolari fattispecie ricorrenti di abuso. – 4. L’eterodirezione biunivoca e un’ipotesi di soluzione delle posizioni conflittuali. – 5. L’eterodirezione multivariabile e la matrice dei vantaggi compensativi. – 6. Conclusioni.

1. *Premesse* – Anche sulla spinta dell’UE, tesa a promuovere l’aggregazione tra le micro e le piccole medie imprese <sup>(1)</sup>, non vi sono più dubbi sul fatto che la scena dell’economia nazionale vede quale soggetto protagonista non più la singola società commerciale, bensì il gruppo societario. <sup>(2)</sup>

A ciò si aggiunga che il fenomeno dell’attività di eterogestione può estrinsecarsi in forme complesse, sia di natura finanziaria che di natura economica, per cui la dipendenza si allarga anche alle reti d’impresa <sup>(3)</sup> e ai contratti di subfornitura, quali atti organizzativi tra imprese indipendenti.

Va inoltre riconosciuto che l’attività di direzione e coordinamento possa essere congiuntamente esercitata da più soggetti (società, enti, persone fisiche) e che la responsabilità si estenda, per espresso disposto normativo, anche a “chi” abbia comunque preso parte al fatto lesivo; nei limiti del vantaggio conseguito, è inoltre responsabile “chi” ne abbia consapevolmente tratto beneficio.

L’analisi dei comportamenti tra i soggetti dirigenti e quelli eterodiretti, che tenga in debito conto la liceità delle compensazioni tra le parti (c.d. “*vantaggi compensativi*”), non può quindi prescindere da tutto un universo di rapporti commerciali, di contratti e relazioni, di conseguenze sociali, di equilibri finanziari e patrimoniali; in altre parole, di un “*sistema*” che vede oramai consolidato un coordinamento universalmente accolto dagli operatori, che impone tuttavia alcune riflessioni e comportamenti, sia nella fase preventiva (nella quale tali rapporti s’instaurano), sia in

---

<sup>(1)</sup> Relazioni del Garante per le Micro e PMI del 6.2.2014 e del 31.1.2015.

<sup>(2)</sup> Se alla fine del 2000 i gruppi italiani erano solo 3000, nel 2013 erano ben oltre 92.000, comprendendo più di 212.000 imprese residenti e occupando oltre 5,5 milioni di addetti. La gestione dell’impresa in forma di gruppo coinvolge circa un terzo degli occupati delle imprese attive e il loro peso, in termini occupazionali, è del 57% con riferimento alle società di capitali e dell’87% nel settore dell’intermediazione monetaria e finanziaria. L’82% dei gruppi d’impresa è rappresentato da “gruppi domestici”, che controllano soltanto imprese residenti nel territorio nazionale, mentre il restante 18% è costituito da gruppi multinazionali, di cui il 10,6% con il vertice residente all’estero. ISTAT, *Gruppi di imprese in Italia*, report 18.11.2015, segnala che rispetto al 2012 il numero dei gruppi è aumentato del 2,2%, le imprese attive del 2,6%, mentre gli addetti coinvolti sono diminuiti dello 0,8. La classe dimensionale 100-499 addetti è quella che ha registrato la maggior riduzione del numero di gruppi (-2,6%) e dei relativi addetti (-2,9%); di contro, la crescita maggiore sia in termini di numero di gruppi (4,7%) sia in termini di addetti (2,4%) si concentra nella classe dimensionale più piccola (1-19 addetti). I gruppi d’impresa coinvolgono circa un terzo degli occupati delle imprese attive presenti nel registro statistico delle imprese Asia. Il loro peso (in termini di occupati) sale al 55,4% se calcolato rispetto alle sole società di capitali.

<sup>(3)</sup> Sul tema cfr. M.R. MAUGERI, *Reti contrattuali e abuso di dipendenza economica: alla ricerca di nuove discipline*, in *Le reti di imprese e i contratti di rete*, 2009. – A. BARBA, *Reti di impresa e abuso di dipendenza economica*, in *Contratto e Impresa*, 6/2015, 1264 ss. – P. IAMICELI, *Il coordinamento della filiera produttiva tra collegamento negoziale e contratti di rete*, in AA.VV., *Il contratto di rete per la crescita delle imprese*, 2012, 315 ss.

quella successiva di rinegoziazione dei rapporti e, infine, qualora sussistano ipotesi di abuso <sup>(4)</sup>, anche nell'eventuale fase contenziosa/sanzionatoria di quantificazione complessiva del danno derivante dai pregiudizi arrecati. <sup>(5)</sup>

Il campo applicativo della norma è stato significativamente ristretto con riferimento all'ambito soggettivo delle responsabilità, determinando, secondo l'opinione prevalente, l'impossibilità di attribuire una responsabilità diretta alla *holding* persona fisica. L'art. 2497, co. 1, cod. civ., viene infatti interpretato nel senso 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. <sup>(6)</sup>

Al di là dei già rilevati dubbi di legittimità costituzionale dell'art. 19, co. 6, d.l. 78/2009 <sup>(7)</sup>, viene fatto osservare che l'esclusione delle persone fisiche, prevista dalla citata norma, sia limitata al solo perimetro operativo dell'art. 2497, co. 1, cod. civ., cioè all'ipotesi della responsabilità diretta dell'ente capogruppo verso i soci e i creditori della società controllata; non risulterebbe invece applicabile per l'azione promossa dalla stessa società eterodiretta, che sembrerebbe legittimata a rivolgersi all'ente dirigente per ottenere il risarcimento del danno provocato al suo patrimonio. In quest'ultimo caso, risulterebbe anche ultroneo il requisito di "imprenditorialità" <sup>(8)</sup> rivestito dalla persona fisica, poiché la responsabilità invocata si colloca in una

---

<sup>(4)</sup> Sull'abuso di dipendenza economica, concetto da tenere comunque distinto dall'abuso da direzione e coordinamento ma che ad esso può essere associato e affiancato, cfr. P.P. FERRARO, *L'impresa dipendente*, 2004; L. DELLI PRISCOLI, *L'abuso di dipendenza economica nella nuova legge sulla subfornitura: rapporti con la disciplina delle clausole abusive e con la legge antitrust*, in *Giur. comm.*, 1998, I, 833 ss.; M.S. SPOLIDORO, *Riflessioni critiche sul rapporto tra abuso di posizione dominante e abuso dell'altrui dipendenza economica*, in *Rass. dir. ind.*, 1999, 8 ss.; C. OSTI, *L'abuso di dipendenza economica*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 1999, 8 ss.; V. PINTO, *L'abuso di dipendenza economica "fuori dal contratto" tra diritto civile e diritto antitrust*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 389 ss.; AA.VV., *Legge 18 giugno 1998 n. 192. Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, a cura di N. LIPARI, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2000, 365.

<sup>(5)</sup> I presupposti per l'ammissibilità dell'azione sono, congiuntamente: (a) l'agire del soggetto controllante in conflitto di interessi; (b) il mancato rispetto dei principi di corretta gestione sociale ed imprenditoriale. Poiché la portata dei corretti principi potrebbe essere indeterminata, si può fare riferimento anche all'art. 2497-*quinquies*, che implica una corretta capitalizzazione; alla disciplina del bilancio consolidato; alle norme speciali dettate in materia di Testo Unico della Finanza per gli amministratori della controllante, e quelle riguardanti il Testo Unico Bancario, disciplinate nelle istruzioni della BANCA D'ITALIA del 23.10.2009 in merito ai poteri di direzione e coordinamento delle società di gestione del risparmio.

<sup>(6)</sup> Così previsto, sebbene con riferimento alle società pubbliche, dall'art. 19, co. 6, d.l. 1.7.2009, n. 78, conv. in l. 3.8.2009 n. 102, c.d. decreto "Salva Alitalia" ed intitolato "*Provvedimenti anticrisi, nonché proroga di termini e della partecipazione italiana a missioni internazionali*", che sembra aver dato un'interpretazione autentica, confermando la tesi che esclude le persone fisiche dal campo di applicazione dell'art. 2497, co. 1, cod. civ.

<sup>(7)</sup> Trib. Milano 20.12.2013, con riferimento al caso del c.d. gruppo Ligresti.

<sup>(8)</sup> L'ammissibilità di una *holding* persona fisica risultava incontrastata in giurisprudenza (Cass. 1439/90), più discussa in dottrina, ma ora, anche per merito della riforma, sembra non essere riconosciuta in sede legislativa, quantomeno ai fini delle conseguenze che ne derivano dagli artt. 2497 e ss. gg.; in tal senso opererebbero le modifiche all'articolo 2497-*sexies*, co. 2, abrogato e sostituito

diversa disciplina rispetto all'ambito fallimentare e giuslavoristico, ove invece è richiesto.<sup>(9)</sup>

Ai sensi dell'art. 2497, co. 1, cod. civ., nei confronti di soci e dei creditori della società eterodiretta sono quindi responsabili le società e gli enti di qualsiasi tipo<sup>(10)</sup>, comprese quelle straniere, la cui responsabilità sarebbe disciplinata dal diritto italiano in forza dell'applicazione dell'art. 62 della legge 218/95.<sup>(11)</sup>

Contro la persona fisica, l'*holding* personale o il socio tiranno, rimarrebbero comunque esperibili le azioni promosse dalla stessa società eterogestita, quelle risarcitorie ex art. 2043 cod. civ.<sup>(12)</sup>, quelle ricollegate ai principi generali in tema di inadempimento e responsabilità di cui agli artt. 1218 e 1223 cod. civ.<sup>(13)</sup>, nonché quelle previste dall'art. 2497, co. 2, cod. civ., con la precisazione che per tali soggetti non sarebbe tuttavia applicabile la presunzione prevista dall'art. 2497-*sexies* cod. civ. Le alternative che si possono quindi presentare, in termini di modalità di quantificazione del danno, sono infinite, più o meno semplici, ognuna comunque caratterizzata da proprie peculiarità e criteri di determinazione.

La tutela all'abuso offerta ai soggetti che a vario titolo entrano in contatto con la realtà del gruppo, nella prassi sostanzialmente riferita alle situazioni di crisi societaria, non trova tuttavia un parallelo aumento delle casistiche passate al vaglio dei tribunali, che rimane numericamente limitato rispetto al fenomeno economico in precedenza evidenziato.

Ciò non significa che le imprese organizzate in gruppi siano tutte virtuose, ma, verosimilmente, che le difficoltà a "provare" l'esistenza dell'abuso e l'entità del

---

dall'articolo 2497-*septies*, ove si legge sempre "società ed ente". Se la posizione di controllo è fatta a capo di una persona fisica è tuttavia necessario valutare se questi sia solo un azionista che gestisce il proprio portafoglio, oppure sia un soggetto che svolge una vera e propria funzione imprenditoriale di direzione e coordinamento. Il confine non è di semplice definizione e non va sottovalutato, perché può sempre essere provata (e deve essere provata) l'effettiva direzione unitaria del gruppo anche da parte di persone fisiche imprenditorialmente organizzate. In questo senso, cfr. Trib. Pordenone 13.6.2014 – Trib. Venezia 12.10.2012 – A. MASURACA, *La fallibilità della holding individuale*, commento a Trib. Roma 19.12.2012, in *Il Fallimentarista*, pubb. 14.1.2014. Con riferimento al fallimento della holding di fatto v. anche Trib. Nola 29.5.2013 in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it) – M. MEOLI, *Fallimento della holding di fatto: requisiti da "calibrare"*, in *Eutekne on line* 22.6.2013..

<sup>(9)</sup> Trib. Milano 20.12.2013. – È opinione comune in dottrina che il controllo possa essere imputato ad un imprenditore persona fisica, così come a qualunque altro soggetto individuale (cfr. D'ALESSANDRO, *Imprese individuali, gruppi e amministrazione straordinaria*, in *Giust. Civ.*, 191, 3025); il controllo non implica tuttavia l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento.

<sup>(10)</sup> CIRCOLARE ASSONIME 44/2006. – Per G. GUIZZI, *Eterodirezione dell'attività sociale e responsabilità per mala gestio nel nuovo diritto dei gruppi*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2003, 443, la posizione degli amministratori della società eterodiretta, che diviene quella di meri compartecipi ad un fatto altrui, presuppone la responsabilità della società o dell'ente capogruppo.

<sup>(11)</sup> La legge 31 luglio 1995 n. 218, recante la riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, così come coordinata e aggiornata con le modifiche introdotte dal D.Lgs. 28 dicembre 2013 n. 154, prevede all'art. 69 che "la responsabilità per fatto illecito è regolata dalla legge dello Stato in cui si è verificato l'evento. Tuttavia il danneggiato può chiedere l'applicazione della legge dello Stato in cui si è verificato il fatto che ha causato il danno".

<sup>(12)</sup> L. GUGLIELMUCCI, in *D. Fall.*, I/2005, 41.

<sup>(13)</sup> Trib. Milano 20.12.2013, *cit.*

pregiudizio, anche per un'evidente disparità e asimmetria delle informazioni e della documentazione (diversamente disponibile fra le parti), fanno sì che le azioni di responsabilità ex art. 2497 cod. civ. siano più semplicemente dirottate sugli organi di gestione delle società eterogestite.

Manca inoltre un orientamento giurisprudenziale consolidato che possa rassicurare sul *modus operandi*, sia nell'ambito delle scelte decisionali del gruppo di comando, sia in termini di criteri per la corretta determinazione dei danni eventualmente cagionati.

In assenza di una regolamentazione su base contrattuale <sup>(14)</sup>, in forza dei fondamenti assiologici, che riconoscono il divieto dell'abuso della direzione e coordinamento, va sviluppato il passaggio che da una percezione dell'abuso, spesse volte rinvenibile anche solo a livello intuitivo, permetta invece la definizione del limite oltre il quale i rapporti non possano più essere ritenuti ragionevoli, perché quest'ultimi, sebbene sufficienti al fine di affermare la legittimità dell'atto sul piano dei limiti imposti dall'oggetto sociale <sup>(15)</sup>, risultano "eccedenti" l'equilibrio dell'assetto degli interessi realizzati o comunque esistenti. <sup>(16)</sup>

Per non sfociare sulla mera arbitrarietà, sia in un senso che nell'altro, nasce quindi l'esigenza di definire alcune tecniche che possano determinare, nelle diverse fattispecie, quel discrimine quantitativo, ovvero quel valore di equilibrio, oltre il quale il comportamento possa essere predicato come "abusivo" e possa quindi essere dichiarata, a seconda dei casi, la nullità dei patti, ovvero reclamata la risarcibilità del danno subito.

---

<sup>(14)</sup> U. TOMBARI, *Riforma del diritto societario e gruppo di imprese*, in *Giur. comm.*, I/2004, 66, secondo il quale "non vi è dubbio che le proposizioni normative di cui agli artt. 2497 e segg. sono ispirate ad un principio di effettività". Per L. PATELLI – G. DONEDDU, *Gruppi societari e regolamentazione del potere di direzione e coordinamento*, in *Diritto e Pratica delle società*, 7/2009, 51, la lettera dell'art. 2497 cod. civ. induce a ritenere ormai possibile l'adozione di un regolamento dal quale, contrattualmente, sia possibile definire le modalità di gestione strategica e funzionale del gruppo. F. GALGANO, *Il Regolamento di gruppo nei gruppi bancari*, in *Banca, Borsa e tit. credito*, I/2005, 86-94, subordina l'efficacia di una tale regolamentazione ad una specifica deliberazione consiliare delle società rientranti nell'area di direzione e coordinamento, che dovranno esprimere la volontà di assoggettarsi a esso. Nel senso della certa legittimità dei regolamenti di gruppo, cfr. G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*, in *Comm. Marchetti*, 2012, 34.

<sup>(15)</sup> Cass. 11 dicembre 2006, n. 26325, in *Soc.* 11/2007, 1362 ha sancito il principio la mera ipotesi della sussistenza di vantaggi compensativi non è sufficiente al fine di affermare la legittimità dell'atto sul piano dei limiti imposti dall'oggetto sociale, ma l'amministratore ha l'onere di allegare e provare gli ipotizzati benefici indiretti, connessi al vantaggio complessivo del gruppo, e la loro idoneità a compensare efficacemente gli effetti immediati negativi dell'operazione compiuta.

<sup>(16)</sup> L. PATELLI – G. DONEDDU, *cit.*, fanno notare che anche l'eventuale regolamento di gruppo non potrà fondarsi sulla tirannia di un soggetto controllante che agisca *iure imperii* senza limiti e senza adeguata regolamentazione: a una tale configurazione osta in maniera insuperabile l'immanente principio vigente nel diritto societario costituito dall'autonomia giuridica e patrimoniale delle società di capitale.

In alcuni casi potrebbe trovare contemporanea applicazione anche il disposto dell'art. 9 della legge 192/98 sulla subfornitura, che sancisce il divieto di "abuso di dipendenza economica".<sup>(17)</sup>

2. *Il sistematico conflitto d'interessi nell'eterogestione societaria.* – Ogni attività e rapporto umano, compresi soprattutto i rapporti economici, si esplicano e si concretizzano per mezzo di accordi, di atti di fiducia e di comunicazioni sociali; nei rapporti tra imprenditori, ai quali si applica il principio di correttezza desumibile dal sistema del diritto delle imprese<sup>(18)</sup>, le controversie e la conflittualità di interessi sono inoltre un elemento inevitabile.

In un contesto indipendente, tali conflitti si risolvono attraverso le regole privatistiche e della concorrenza.

---

<sup>(17)</sup> Trib. Pescara 16.1.2009, in *Soc.* 6/2010, 683, in tema di abuso di posizione di direzione contrattuale, chiarisce che il rapporto contrattuale di cui all'art. 2497-septies cod. civ. può assumere esterno rilievo giuridico nel caso di responsabilità civile per contrarietà a buona fede soltanto qualora le direttive della parte contrattuale forte - in quanto scorrettamente pregiudizievoli per la parte contrattuale subordinata - escono dagli altrimenti insindacabili confini dell'autonomia privata e della discrezionalità delle scelte societarie. Per un coordinamento tra l'art. 2497 cod. civ., che si limita a prevedere forme attenuate di tutela obbligatoria, con il più rigoroso art. 9 della l. 192/98 sulla subfornitura, che vieta l'abuso di dipendenza economica e contempla invece rimedi di natura reale, cfr. P.P. FERRARO, *L'abuso di dipendenza economica nei rapporti infragruppo*, in *www.rivistaodc.ue*. L'art. 9, co. 1, legge 192/98, relativa alla "*Disciplina della subfornitura nelle attività produttiva*", prevede che "è vietato l'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, un'impresa cliente o fornitrice". evidenzia che tale norma, al pari dell'art. 2497 cod. civ., è riconosciuta dalla prevalente dottrina e giurisprudenza di merito come una vera e propria clausola generale, applicabile a tutti i rapporti fra imprese, con la differenza che la prima è vista con riferimento alla funzione produttiva o distributiva e alla tutela dell'impresa più debole, mentre la seconda avrebbe portata più ampia, riferibile al governo dell' "impresa del gruppo" in una prospettiva "efficientistica". L'art. 9, co. 1, l. 192/98 stabilisce altresì che "si considera dipendenza economica la situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi" e che "la dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti". Il co. 2 dello stesso articolo precisa, in via esemplificativa, che "l'abuso può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nell'imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto". Il 3° co. dell'art. 9 l. 192/98, come modificato dalla legge 5 marzo 2001, n. 57, dispone, a livello sanzionatorio, che "il patto attraverso il quale si realizzi l'abuso di dipendenza economica è nullo. Il giudice ordinario competente conosce delle azioni in materia di abuso di dipendenza economica, comprese quelle inibitorie e per il risarcimento dei danni".

<sup>(18)</sup> Pur in mancanza di una tipizzazione legale, il principio di correttezza è andato affermandosi sia sul piano normativo, costituendo l'antefatto esplicito o implicito di diverse disposizioni in materia di impresa e di società (cfr. art. 2598, co. 1, n. 3, cod. civ.; artt. 1746 e 1749 cod. civ.; legge n. 192/98; art. 2497 cod. civ.; legge, 6 maggio 2004, n. 129; art. 39, d.lgs., 6 settembre 2005, n. 206), sia nelle più recenti elaborazioni teoriche pratiche. In applicazione del principio di correttezza v. anche Cass. 18 settembre 2009 n. 20106, la quale, con riguardo a un contratto di distribuzione, ha riconosciuto il carattere abusivo del recesso ad *nutum* del concedente.

Quando l'iter decisionale concerne invece operazioni con parti correlate, viene a sfumare quell'equilibrio concorrenziale caratterizzante l'indipendenza dei soggetti, perché la scelta è orientata in un contesto di più ampia visione, imponendo regole di trasparenza e correttezza più stringenti ed incisive, a tutela dell'interesse della società e dei suoi investitori. <sup>(19)</sup>

Anche in questi casi, l'interesse di una parte alla creazione di valore e quello della parte correlata alla massimizzazione del proprio utile si trovano comunque in un conflitto sistemico fra loro. <sup>(20)</sup>

Il proliferare di attività imprenditoriali organizzate nelle forme di gruppo, ovvero di integrazione dei processi, rende in effetti il conflitto istituzionalizzato <sup>(21)</sup>, per cui tale conflitto va ricomposto guardando non tanto al rapporto fra le diverse società costituenti il gruppo, ma fra i destinatari finali dei risultati dell'attività (del gruppo) e coloro che, invece, partecipano alle singole fasi dell'attività solo con gli investimenti sul capitale delle società partecipate. <sup>(22)</sup>

La posizione di potere dell'ente in posizione apicale condiziona, in genere, il processo decisionale nei confronti della società eterodiretta, piegandolo a proprio vantaggio, con il rischio di decisioni e di operazioni decise ad esclusivo o prevalente suo beneficio, a discapito della società diretta e dei terzi estranei al rapporto di correlazione. <sup>(23)</sup>

Nel contesto in cui le posizioni soggettive non sono paritetiche, né speculari, né definibili in termini di diritti e di obblighi <sup>(24)</sup>, non potendo modificare la tipologia organizzativa del processo produttivo instaurato tra le parti, assumono particolare significato le strategie epistemologiche, quali strumenti atti a regolamentare il conflitto che si è venuto a creare all'interno del modello organizzativo, trovando così quell'equilibrio alla degenerazione asimmetrica della relazione instaurata.

Quando gli interessi individuali entrano in conflitto con un determinato potere privato (in particolare con quello imprenditoriale) la giurisprudenza di legittimità ha avuto modo di precisare la necessità di rifarsi ai principi di correttezza e di buona

---

<sup>(19)</sup> Trib. Verona 13.7.2007, in *Soc.* 11/2008, 1385 ha ritenuto che il conflitto di interessi che può verificarsi quando gli amministratori di una società siano anche membri dell'organo amministrativo della controllante assume rilievo solo qualora sia concretamente idoneo ad arrecare un danno alla società. E. CIVERRA, a commento della suddetta sentenza, fa notare come, a tal proposito, la composizione degli organi amministrativi delle società partecipanti al gruppo può rendere plasticamente evidente l'esistenza di un conflitto di interessi e porre la questione se occorra procedere, nella predisposizione dei piani operativi e decisionali della società, oltre che agli adempimenti di cui all'art. 2497-ter cod. civ. anche agli obblighi di disclosure previsti dall'art. 2391 cod. civ.

<sup>(20)</sup> G. MINERVINI, *Il nuovo diritto delle società*, in ABBADESSA PORTALE (a cura di), *Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, vol. II, 601.

<sup>(21)</sup> Cfr. G. SCOGNAMIGLIO, *Commento sub 2497cod. civ.*, in *Comm. Gabrielli*, 2015, 1128, sul conflitto d'interessi tipico dei gruppi societari e come fondamento e spiegazione dell'esigenza di compensazioni effettive e non meramente virtuali per definire i confini e i contenuti del pregiudizio e dell'operazione pregiudizievole.

<sup>(22)</sup> L. BENEDETTI, *La responsabilità "aggiuntiva" ex art. 2497, 2° co., c.c.*, *Quaderni di Giur. Comm.* n. 354, 2012, 35.

<sup>(23)</sup> AA.VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*, 2010, 502.

<sup>(24)</sup> A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, 2003, 393.

fede <sup>(25)</sup>, iscrivendoli nella c.d. “*tecnica del rapporto*”, cioè in quella tecnica caratterizzata dall’attribuzione di un diritto contrapposto a un obbligo. <sup>(26)</sup>

L’abuso rappresenta, in questo senso, una violazione della “*tecnica del rapporto*”, con conseguente causazione del pregiudizio.

L’identificazione del comportamento abusivo non potrà quindi che transitare attraverso un processo contrario, vale a dire la ricostruzione “*tecnica*” di quella che sarebbe stata la corretta gestione intersoggettiva, cioè quel *quid* che consenta di comparare il comportamento dovuto con quello concretamente tenuto. <sup>(27)</sup>

In sede di prova contraria, non rileva la dimostrazione dell’esistenza di un potere in grado di condizionare l’attività della società controllata, ma che quel potere, in astratto sussistente e legittimo, non sia stato *in concreto* esercitato, ovvero non si sia tradotto, in un’effettiva attività di condizionamento abusivo. <sup>(28)</sup>

Il problema va quindi, e ancora una volta, affrontato sul *quantum* di quel potere è stato utilizzato nel rapporto, cioè se esso abbia dispoticamente influenzato negativamente i rapporti, ovvero se sia stato coerente con i protocolli di una corretta gestione, in modo che la negoziazione tra le parti non sia stata inficiata da un’interferenza abusiva, ma, pur fatta nell’interesse sociale, abbia risolto il conflitto di interessi. <sup>(29)</sup>

---

<sup>(25)</sup> Cass. 20 febbraio 2004, n. 3370, che sancisce la massima secondo la quale l’alterità soggettiva fra socio e società non può essere reciprocamente opposta o non può essere da entrambi opposta ai terzi tutte le volte in cui ciò contrasta con il canone della buona fede.

<sup>(26)</sup> Sul punto cfr. Cass., rel. 10 settembre 2010 n. 116 - L. BENEDETTI, *cit.*, 11, il quale richiama Cass. 19 giugno 1982 n. 3773 e Cass. 27 maggio 1983 n. 3675, in *Foro it.*, 1984, I, 1541. Con riferimento al risarcimento del danno in rapporto ai principi di correttezza e buona fede cfr. anche Cass. sez. lav. 28 agosto 2013 n. 19826; Cass. sez. lav. 18 giugno 2014 n. 13863 – Un approfondimento anche in F. SALVATORE, *Correttezza e buona fede nell’esercizio dell’attività d’impresa*, Università degli Studi Roma Tre, a.a. 2010/2011, in <http://dspace-roma3.caspur.it> – I principi di buona fede e correttezza sono anche affermati dalla disciplina *antitrust* e dalla giurisprudenza di settore, con riferimento alle imprese che si trovino in posizione dominante sul mercato, al fine di sanzionare le condotte “abusive” di queste ultime. Ci si chiede tuttavia se sia possibile discutere di buona fede commerciale, ovvero, fino a che punto l’imprenditore, che ha come obiettivo principale lo sviluppo del *business*, sia tenuto all’osservanza di un principio che potrebbe collidere anche in maniera sensibile con il profitto e costringerlo a scelte non propriamente utili per la sua impresa. La giurisprudenza ha individuato alcuni comportamenti specifici in tal senso, quali gli obblighi di avviso e d’informazione nell’interesse del debitore; le prestazioni non previste nell’originario rapporto contrattuale da accettare per salvaguardare l’utilità altrui; l’obbligo di modificare il proprio comportamento in sede di esecuzione del contratto, di tollerare il ricevimento di una prestazione non esattamente conforme a quella originariamente pattuita se non sia compromessa l’utilità sostanziale della stessa; l’obbligo del corretto esercizio dei poteri discrezionali delle parti in fase esecutiva del contratto.

<sup>(27)</sup> L. BENEDETTI, *cit.*, 22.

<sup>(28)</sup> S. CORSO, *La pubblicità dell’attività di direzione e coordinamento di società*, *Quaderni di Giur. Comm.* n. 306, 2008, 75.

<sup>(29)</sup> Per G. SBISÀ, *cit.*, 62, ciò potrebbe rinvenirsi, anche per i vantaggi compensativi fondatamente prevedibili, nella documentazione ufficiale della capogruppo e della società eterodiretta, quali piani industriali e finanziari, *budget*, verbali dei c.d.a. della *holding*, informazioni sui rapporti intercorsi con la capogruppo nelle relazioni sulla gestione ex art. 2497-*bis* n. 5 cod. civ., nelle motivazioni delle decisioni inerenti agli atti pregiudizievoli ex art. 2497-*ter* cod. civ.



Il punto fermo è quindi costituito da un'indagine che non si limiti ad accertare *sic et simpliciter* il dominio e l'esistenza di pregiudizi in capo alla società eterodiretta, ma che penetri nei caratteri stessi della formazione del processo decisionale, confrontando, nel rispetto delle scelte della gestione, ciò che avrebbe dovuto essere, rispetto a ciò che invece è stato.

3. *Particolari fattispecie ricorrenti di abuso.* – L'abuso della direzione e del coordinamento, oltre ad avere per oggetto la gestione finanziaria <sup>(30)</sup>, può estrinsecarsi anche tra imprese legate fra loro da vincoli di natura contrattuale <sup>(31)</sup>, come tipicamente avviene nell'ambito di una filiera produttiva o distributiva, nella subfornitura industriale, nel *franchising*, nelle licenze di brevetti, di marchi o di *know-how*, nei contratti di agenzia, di somministrazione, di concessione di vendita in esclusiva e, in genere, in ogni altro rapporto commerciale e negoziale nel quale un'impresa sia in grado non solo di imporre vincoli limitanti e puntuali ai comportamenti di un'altra impresa, ma anche (e soprattutto) di influire sulla sua attività globale, indirizzandone le scelte strategiche fondamentali e condizionandone l'esistenza e la sopravvivenza. <sup>(32)</sup>

L'attività di direzione e coordinamento è inoltre un'attività atipica, un fatto, che può svolgersi in forma orale o scritta, con le modalità più svariate, consistente comunque nell'espressione della volontà dell'ente dirigente in ordine agli atti che dovranno essere compiuti dall'organo gestorio della società eterodiretta.

In tali condizioni, l'esistenza o meno di un abuso implica necessariamente una quantificazione di natura "tecnica" degli effetti collegati ai fattori scatenanti, poiché si potrà invocare la responsabilità da eterodirezione solo qualora sia dimostrata

---

<sup>(30)</sup> A. VALZER, *La responsabilità da direzione e coordinamento di società*, 2011, 33. L. BOGGIO, *L'organizzazione ed il controllo della gestione finanziaria nei gruppi*, in *Società, Banche e crisi d'impresa, liber amicorum Pietro Abbadessa*, 2014, 1492, afferma che anzi, spesso, questa è una delle principali funzioni avocate a chi organizza l'attività di gruppo.

<sup>(31)</sup> S. GIOVANNINI, *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, in *Quaderni di giurisprudenza*, 85 ritiene che il potere di direzione e di coordinamento delle varie imprese di matrice contrattuale sussista quando, ad esempio, una parte abbia - ex contractu - il potere di imporre alla controparte una determinata struttura finanziaria, ad esempio dettando requisiti minimi patrimoniali ossia una data proporzione minima tra la dotazione di mezzi propri e quella di mezzi di terzi nell'impresa ma anche (sia pure per via indiretta) in altri rapporti contrattuali dove ci si preoccupa non tanto della dotazione patrimoniale quanto dell'equilibrio finanziario, cioè di una dotazione di risorse finanziarie coerente alle necessità ed ai caratteri propri dell'attività di impresa e quindi, di una stabilità sostenibile nel tempo.

<sup>(32)</sup> Cass. 27 settembre 2001 n. 12094 ha chiarito che vi è soggezione a controllo esterno, ai sensi dell'art. 2359, co. 1, n. 3, cod. civ. in presenza di "rapporti contrattuali la cui costituzione ed il cui perdurare rappresentano la condizione di esistenza e di sopravvivenza della capacità di impresa della società controllata". Il contratto deve, cioè, contenere clausole in base alle quali i modi di esercizio dell'attività di uno dei *partners* vengano a essere influenzati, per tutta la durata del rapporto, dall'altro contraente. L'attività di direzione e coordinamento si distingue inoltre dall'amministrazione di fatto della società eterogestita perché l'ente dirigente non compie esso stesso atti di gestione rilevanti verso terzi e/o spendendo il nome, ma influenza e determina le scelte gestorie operate dagli amministratori della società diretta, in esecuzione delle direttive impartite.

l'esistenza di danni, direttamente riferibili a scelte e azioni dell'impresa dominante, che abbiano irreversibilmente condizionato la solvibilità a favore dei creditori della società eterodiretta e/o danneggiato il valore della sua partecipazione.

Non c'è quindi responsabilità se non c'è danno, e il danno sussiste qualora i pregiudizi subiti dai soci e dai creditori della società gestita siano la conseguenza diretta dell'abuso dell'ente dirigente, in uno stretto nesso di causalità materiale e giuridica, con esclusione, quindi, di tutte le altre cause. <sup>(33)</sup>

La preventiva quantificazione "tecnica" del danno si presenta quindi non solo come condizione necessaria per promuovere l'azione risarcitoria, ma soprattutto come misura discriminante per la determinazione l'altro presupposto dell'azione, cioè la sussistenza dell'abuso.

La sua corretta determinazione implica, così, l'esplicitazione e lo sviluppo oggettivo di tutti gli indizi gravi, precisi e concordanti, atti a fornire *in primis* la prova dell'esistenza dell'influenza dannosa e, conseguentemente, l'entità del pregiudizio creato.

Dal prisma visuale del singolo danneggiato, l'accertamento dell'abuso va effettuato, con criteri *ex ante*, sull'effetto economico che si è prodotto *ex post* sul patrimonio della società dominata, quale conseguenza di un comportamento dell'ente dirigente.

In tal modo potrà essere dimostrato, secondo principi riconosciuti dalla scienza economica, che diverse azioni condizionate avrebbero invece permesso, entro certi limiti (anche questi da determinare), la solvibilità nei confronti dei terzi e precluso ai soci (della società eterodiretta) di lamentarsi sulle direttive gestorie della capogruppo, poiché quest'ultime risulterebbero invece conformi ad una corretta programmazione <sup>(34)</sup> e a un equilibrio relazionale per prassi riconosciuto. <sup>(35)</sup>

Nella fase iniziale della direzione, ovvero in tutte le successive direttive impartite, il soggetto "forte" non potrà quindi prescindere dalla preventiva quantificazione degli effetti economici che possano riverberare in capo alla controparte, mettendo in essere un preventivo controllo di "equa sostenibilità", non già in via teorica, ma quale conseguenza di corrette regole economiche applicate alla fattispecie.

Tale processo rappresenta un elemento fondamentale e al contempo "tecnico" del rapporto economico instaurato, anche in grado di influenzare il potenziale giudizio

---

<sup>(33)</sup> Per una più approfondita analisi della causalità materiale e giuridica mi sia permesso richiamare S. CASONATO, *Il pregiudizio alla redditività e al valore della partecipazione sociale nella società eterodiretta ed il danno da lesione all'integrità del patrimonio della società controllata. Criteri per la determinazione del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento*, in *Dir. fall.*, II/2013, 277 ss.

<sup>(34)</sup> P. MONTALENTI, *Organismo di vigilanza 231 e gruppi di società*, 399. L'esistenza di un limite all'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, rappresentato dai principi della corretta gestione societaria ed imprenditoriale, impone alla capogruppo di organizzarsi affinché la gestione non travalichi il confine del lecito.

<sup>(35)</sup> Per L. BOGGIO, *cit.*, 1498, a tal proposito, la questione fondamentale è comprendere il limite di sindacabilità delle scelte e i parametri secondo i quali quel sindacato può essere compiuto. La gestione dell'impresa gode, infatti, di quel regime di libertà d'azione che incontra i vincoli segnati dalla c.d. *business judgement rule*, ossia dell'insindacabilità giudiziaria delle scelte di opportunità economica.

che dovesse essere compiuto a posteriori; esso va inoltre tenuto disgiunto dal parallelo obbligo di massimizzazione dei profitti, caratterizzante l'attività d'impresa. La disponibilità del soggetto "debole" non può mai essere intesa come una sua assunzione globale di responsabilità, poichè il soggetto eterodiretto potrebbe accettare le condizioni impartite o subite, preferendole ad altre, senza tuttavia trovare una futura soddisfazione in grado di reintegrare il patrimonio perduto, con possibilità di precludere l'operatività nel medio lungo termine, minando in tal modo la sua futura sopravvivenza.

Nella dialettica tra le parti, le condizioni imposte dall'ente dirigente, quali condizioni imprescindibili per la "tenuta" economico/patrimoniale del soggetto diretto, costituiscono pertanto un'asincronia atta a legittimare *ab origine* il sindacato di merito sull'esistenza dell'abuso e sulla conseguente responsabilità, comportando l'obbligo indiretto dell'ente dirigente di calcolare il punto di caduta, cioè quello di equilibrio delle condizioni atte a escludere la responsabilità per quanto potrà in seguito accadere in capo al soggetto eterodiretto.

I fattori conflittuali nella gestione dei rapporti economici tra imprese interessano una rete di rapporti, i quali non sono per forza riconducibili alla (sola) diarchia delle parti negozianti; in questi casi il diritto dei contratti è sicuramente applicabile, forse in misura anche preponderante, così come l'insindacabilità delle scelte gestorie connessa alla c.d. *business judgement rule*, ma non può esaurirsi nel "semplice" rapporto tra soggetto eterodiretto e il suo vertice, perché quest'ultimo deve fare i conti anche con la necessità di un esame definibile "*a garanzia allargata*", se solo si pensi che la continuità imprenditoriale dell'ente "gestito" andrà a coinvolgere i suoi creditori e i suoi finanziatori, e che l'attività del soggetto dirigente potrà essere valutata da una collettività di soggetti che non hanno partecipato alla contrattazione ma che potrebbero in futuro rivendicare delle pretese.

La quantificazione "tecnica" e preventiva si presenta, infatti: (a) come necessaria perché gli effetti del negozio non riverberino sulla sopravvivenza dell'ente diretto; (b) come un nodo nevralgico per l'esenzione dagli effetti di nullità parziale e relativa o, comunque, di responsabilità a lui riferibile; (c) come fondamentale per le successive scelte, che dovranno tener conto, anche in questo caso, dell'interesse dei creditori e dei soci del soggetto eterodiretto in termini di vantaggi compensativi.

Qualora la direzione all'interno del gruppo si manifesti anche in rapporti di subfornitura o di somministrazione, l'assenza di una tale premeditata analisi potrebbe far correre il rischio di rendere l'oggetto impossibile; e l'impossibilità dell'oggetto è causa di nullità del contratto ex artt. 1325 e 1346 cod. civ.

Se nel contratto di subfornitura l'oggetto non è (solo) la fornitura o l'erogazione di un servizio destinato ad essere incorporato nella produzione del committente, bensì uno scambio nell'ambito di un sistema di cooperazione tra imprese che è incardinato in un processo di decentramento produttivo, così, nella eterodirezione societaria, i rapporti sono effettuati in un contesto di parti correlate<sup>(36)</sup>; le relative normative non

---

<sup>(36)</sup> Cfr. REGOLAMANTO CONSOB n. 17221 del 12.3.2010 - BORSA ITALIANA, documento 13.4.2015 per il quale "in base allo IAS 24 una persona o un'entità è correlata all'entità che redige il

possono che prevedere, necessariamente, delle deroghe rafforzative ai principi generali delle obbligazioni e dei contratti.

Ne deriva che: (a) nel contratto di subfornitura, l'oggetto del contratto sarà impossibile se è promesso un rapporto cooperativo/produttivo impossibile, cioè l'incapacità di proseguire a medio lungo termine il rapporto alle condizioni originarie (o sopravvenute) che ostacolano in modo assoluto il risultato cui essa era diretta; (b) in un sistema eterodiretto, la responsabilità si estende oltre i limiti negoziali, coinvolgendo il soggetto apicale sulle conseguenze di una mancata previsione programmatica degli effetti delle direttive da lui impartite che possono, parimenti, compromettere in modo assoluto l'esercizio imprenditoriale della parte correlata verso la quale la direttiva era stata impartita.

Nella pratica, una corretta eterogestione societaria comporterà la predisposizione di un processo logico previsionale per fasi: (a) analisi della redditività del "business" economico; (b) analisi della situazione economica e patrimoniale delle parti; (c) esame di ragionevolezza delle direttive operative dell'agire eterodiretto e di ripartizione della marginalità e dei benefici <sup>(37)</sup>, anche in termini temporali; (d) esame degli effetti dell'azione imposta e della solidità dei risultati, da effettuarsi anche sulla base di scenari "what if".

Il rapporto instaurato potrà quindi definirsi "non abusivo", e la responsabilità potrà quindi essere esclusa, allorché il livello di probabilità dell'attuarsi dei fatti previsti sia particolarmente elevata, quale "naturale sviluppo" di fatti prefigurati, di talché gli eventuali pregiudizi in capo ai terzi dovrebbero essere la mera conseguenza di fatti eccezionali o imprevedibili e, come tali, non addebitabili all'ente dirigente.

La logica sanzionatoria dell'art. 2497 cod. civ. sull'abuso del potere direttivo sembra volta non solo a punire l'abuso, ma anche a moralizzare i rapporti fra imprenditori e a conformare le condotte reciproche, permettendo rimedi e ravvedimenti compensativi in corso d'opera, cioè azioni tali da non render più assoluto il pregiudizio.

In tale processo logico previsionale, l'esenzione da responsabilità comporta tuttavia che, mentre nella fase di *input* della direttiva le previsioni possono essere, in qualche modo, approssimate (ma non irrazionali), essendo ciò un fattore fisiologico di tutti i processi previsionali, nella fase *ex post* eventuali differenze dovranno essere

---

bilancio (di seguito "la società") se ha il controllo o il controllo congiunto della società. E' correlata anche la persona o entità che ha un'influenza notevole sulla società oppure il dirigente con responsabilità strategiche nella società stessa. In tutti questi casi l'entità controllata o controllata congiuntamente da una persona nelle condizioni di cui sopra è considerata correlata della società. Se uno dei soggetti di cui sopra esercita un'influenza significativa su un'entità o ne è dirigente con responsabilità strategiche, questa entità sarà considerata parte correlata. E' inoltre entità correlata a una società quella che fa parte dello stesso gruppo, di conseguenza ogni controllante, controllata o società del gruppo è correlata alle altre. Un'entità è correlata anche se è una collegata o una joint venture della società in questione oppure se entrambe le entità sono joint venture di una stessa terza controparte. La correlazione si realizza anche se l'entità correlata è in joint venture di una terza che è collegata alla società."

<sup>(37)</sup> Sulla doverosità della pianificazione economico-finanziaria dell'impresa societaria cfr. D. GALLETTI, *La ripartizione del rischio di insolvenza*, 2006.

integralmente ripianate, in una sorta di ruolo di garanzia assunta dal soggetto dirigente per l'operato del soggetto eterodiretto.

In un'ottica di corretta gestione societaria e imprenditoriale, l'instaurazione di rapporti negoziali tra le società del gruppo, ovvero il compimento di atti in qualche modo imposti, non può basarsi solo su mere speranze di sostenibilità non valutate in modo appropriato, perché la legittimazione dei rapporti che si instaurano sarà considerata come ammissibile soltanto nell'ipotesi in cui si sia prefigurata una soluzione razionale, logica ed economicamente sostenibile.

Poiché all'interno di un gruppo il conflitto d'interessi è tuttavia sistemico, l'affidabilità sul fatto che i rapporti non produrranno lesioni all'integrità del patrimonio della società eterodiretta, ovvero pregiudizi riflessi sulle sue partecipazioni, pare quindi significativamente influenzata da un preventivo processo logico che simuli ipotetiche condizioni di indipendenza; cioè da una situazione caratterizzata il più possibile da un'oggettiva valutazione e da una razionale prevedibilità degli effetti, tenuto necessariamente conto del risultato complessivo derivante dai vantaggi compensativi già identificati oppure razionalmente erogabili in futuro.

Abusare di un'impresa significa danneggiarla, ossia arrecare pregiudizio alla sua attività imprenditoriale.

Il processo comprovante l'equa determinazione della ripartizione dei vantaggi economici connessi all'agire eterodiretto potrebbe essere scrutinato in futuro, per cui è consigliabile non solo che siano adottati criteri valutativi riconosciuti dalla *best practice* che tengano conto anche della fattispecie, ma che il processo risulti anche formalizzato in atti, delibere ovvero in documenti che rimarranno nella disponibilità di chi effettivamente eserciti la direzione e il coordinamento, utili in sede di prova contraria.

I profili patologici che si dovessero in seguito presentare, soprattutto con riferimento al risarcimento del danno, comportano infatti uno scenario completamente diverso da quello preventivabile, perché caratterizzato da una situazione contenziosa, con una fisiologica degenerazione del patrimonio dell'ente eterodiretto.

In tali casi, i criteri di valutazione del ristoro sono diversi da quelli negoziali propri di una situazione di normalità, non solo perché gli effetti della lesione si sono verosimilmente amplificati, ma anche perché i fattori esogeni al rapporto si sono confusi con quelli di causalità diretta, essendo difficile la loro enucleazione, così che la determinazione della retroversione delle utilità o l'indennizzo del danno potrebbero essere assunti per entità "allargate", così che il soggetto responsabile potrebbe essere chiamato ad indennizzare in misura superiore a quella "equamente" assegnabile o prevedibile. <sup>(38)</sup>

---

<sup>(38)</sup> Nel caso di un abuso nei rapporti di licenza dei diritti di proprietà industriale, ad esempio, anche il criterio indennizzativo di determinazione delle *royalties ragionevoli* è basato un concetto ben diverso da quello delle *royalties ordinarie*, per cui il danno richiesto si presenterà come maggiore rispetto alla remuneratività determinabile nella fase non contenziosa.

4. *L'eterodirezione biunivoca e un'ipotesi di soluzione delle posizioni conflittuali.* – Un'azione ex art. 2497, co. 1, cod. civ. sarà verosimilmente e fruttuosamente esperibile solo in relazione a specifici atti di ingerenza, dei quali possa essere “ricostruita” la gestione contraria ai principi di corretta gestione imprenditoriale e societaria.

Se a livello teorico può essere attuata una ricostruzione complessiva anche per fattispecie complesse, di fatto, essa appare estremamente difficile e, talvolta, quasi impossibile, se non altro per una evidente difficoltà nella produzione delle prove (documentali e contabili) dell'operazione dannosa. <sup>(39)</sup>

A prescindere dal supporto documentale, il confronto dei fatti verificatisi (o che si potrebbero razionalmente verificare) con quelli che si otterrebbero con l'applicazione di criteri ispirati a una corretta gestione imprenditoriale, rappresenta, di per se stesso, un elemento necessario, in quanto nella dialettica tra la prova fornita dall'attore e la prova contraria della parte convenuta, tale processo valutativo è di estrema importanza. <sup>(40)</sup>

Trattasi, quindi, di ricercare i parametri scientificamente “accettabili” che consentano di interpretare il fenomeno conflittuale derivante dal rapporto di dipendenza tra imprese.

Gli strumenti offerti si rifanno quindi all'*analisi economica*, che si presenta quale mezzo capace di far fronte e di porre rimedio alle contrapposte posizioni, proprie delle situazioni di abuso, simulando scenari e capacità predittive utili a un giudizio di merito dell'agire in eterodirezione, con un passaggio dal piano dei principi a quello dei contenuti. <sup>(41)</sup>

Ciò è reso più facile prendendo in considerazione l'ipotesi di un rapporto bilaterale tra le parti, in quanto, in questo caso, la dinamica che si viene a formare sembra rappresentare il terreno di elezione con cui possono essere interpretate anche situazioni di abuso più complesse.

---

<sup>(39)</sup> V. SALAFIA, *La responsabilità della holding nei confronti dei soci di minoranza delle controllate*, in *Soc.* 2003, 2bis, 377.

<sup>(40)</sup> G.M. ZAMPERETTI, *La responsabilità di amministratori e capogruppo per “abuso di direzione unitaria”*, nota a Tribunale di Milano, 22.1.2001, in *Fall.* 2001, 1143 ritiene che le agevolazioni probatorie proprie del regime contrattuale siano “messe in discussione dal fatto che l'obbligazione di esercitare correttamente la direzione unitaria ha per oggetto un'attività e non un risultato”, con la conseguenza che anche nella responsabilità contrattuale discendente dall'abuso di direzione unitaria il danneggiato dovrà di fatto dare prova della colpa, non perché criterio di imputabilità, ma perché immagine speculare e negativa della diligenza che, ex art. 1176 cod. civ., costituisce canone dell'adempimento di quell'attività di cui il creditore è tenuto a dare prova. – F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, in *Trattato Colombo Portale* (diretto da), 1991, IV, 413 e 438 rileva, a sua volta, che la dimostrazione della colposa negligenza, nella prospettiva extracontrattuale si risolve nella prova dell'inadempimento degli obblighi o dei modelli comportamentali previsti dalla legge.

<sup>(41)</sup> A. GAMBARO, *L'analisi economica del diritto nel contesto della tradizione giuridica occidentale*, in AA.VV., *Analisi economica del diritto privato*, 1998, 461 già diverso tempo fa ha ricordato “Ciò che l'analisi economica del diritto può sensatamente fare, e secondo me ha fatto molto bene, è arricchire l'analisi giuridica con una capacità che essa possiede e che, invece, è sempre mancata all'analisi giuridica: la capacità predittiva”.

È questo il caso che riguarda, ad esempio, i criteri di ripartizione delle utilità economiche o finanziarie derivanti da un agire eterodiretto; in tale situazione, potrebbe accadere che la parte dominante tenti di porre in essere comportamenti opportunistici, per appropriarsi il più possibile delle rendite che la parte dipendente ricava dal rapporto instaurato.

Per valutare se la direttiva rappresenti un comportamento abusivo si dovrà quindi procedere ad uno scrutinio della razionalità economica del fatto comportamentale <sup>(42)</sup>, con una ricostruzione che si propone di determinare le aspettative ragionevoli nel momento decisionale.

La finalità perseguita è quella di collegare la valutazione alla volontà delle parti, sia pure fittiziamente ricostruita, al fine di rapportare a essa il comportamento attuativo in seguito intervenuto.

Ma poiché il rapporto, inserito all'interno del gruppo, è conflittuale, in quanto la razionalità individuale contrasta con la razionalità collettiva, l'ottimizzazione di Pareto, che prevede la massimizzazione dell'utilità per ciascun soggetto, sarebbe verosimilmente aggiudicata a favore della scelta operata dall'ente dirigente.

La scelta di massimizzare l'utilità eteroindirizzata a favore dell'ente beneficiario è tuttavia apparentemente la migliore, perché, in presenza del rischio di dover rispondere dei danni conseguenti all'abuso illecito, una scelta in tal senso potrebbe pregiudicare la stessa parte forte.

Si presume, inoltre, che i soggetti interessati dal rapporto, oltre ad essere ben informati, siano anche altamente razionali, rispettando il livello di razionalità altrui ed attribuendo una valutazione economica ad ogni elemento del rapporto, compresa la valutazione delle perdite, servendosi così per decidere il miglior corso d'azione.

In questo caso, in una logica di *dinamiche dominanti*, ma al contempo di razionalità decisoria, l'ente dirigente non potrà prescindere dagli effetti negativi che potrebbero riverberarsi, nei suoi confronti, nell'ipotesi che fosse accertato un abuso direttivo, venendo quindi chiamato a corrispondere dei danni, così come la parte eterodiretta non potrà sottovalutare che le sue pretese eccessive possano compromettere l'esistenza stessa del rapporto, pregiudicando quindi il *business* all'interno del "sistema gruppo".

L'equilibrio si raggiunge solo con un'opzione strategica, anche se spesso questa non è la più intuitiva ed è apparentemente controproducente.

Il miglior risultato si ottiene, cioè, quando ogni componente del gruppo fa ciò che è meglio per sé e, contemporaneamente, fa ciò che è meglio per il gruppo, cercando di massimizzare i profitti, ma anche di minimizzare le perdite, simulando ciò che le parti avrebbero concordato *ex ante*, in un comportamento economicamente razionale e strategico <sup>(43)</sup>, incardinato in un simulato scenario di abuso.

---

<sup>(42)</sup> G. CERIDONO, *Commento all'art. 9*, in N. LIPARI, *Disciplina della subfornitura nelle attività produttive (l. 18 giugno 1998, n. 192)* (a cura di), *Nuove leggi civ. comm.*, 2000, 440.

<sup>(43)</sup> A. RENDA, *Esito di contrattazione e abuso di dipendenza economica: un orizzonte più sereno o la consueta "pie in the sky"?*, in *Riv. dir. imp.*, 2000, 287 ss.

Se lo scopo è quello di trovare un equilibrio, allora non si può disconoscere come, pur con inevitabili approssimazioni, questo non possa essere ingiustificatamente scollegato dal pregiudizio che la parte eterodiretta potrebbe subire, comportando ciò una attenta ponderazione e riflessione sulle conseguenze economiche della direzione del rapporto, con recepimento dell'applicazione del principio della “*simulazione ipotetica*”.<sup>(44)</sup>

Tale meccanismo prevede l'applicazione della teoria dei giochi<sup>(45)</sup> e il concetto è noto come “*equilibrio di Nash*”<sup>(46)</sup>, ben applicabile a un contesto “non cooperativo” di gruppo, poichè richiama la razionalità delle parti, il cui scopo è massimizzare il guadagno e minimizzare le perdite.

La soluzione della contrattazione contenziosa di Nash (*Nash Bargaining Solution* o “*NBS*”), può essere anche sintetizzata nelle seguenti formule<sup>(47)</sup>

$$\begin{aligned}\pi_1 &= d_1 + \frac{1}{2} (\Pi - d_1 - d_2) \\ \pi_2 &= d_2 + \frac{1}{2} (\Pi - d_1 - d_2)\end{aligned}$$

---

<sup>(44)</sup> L'approccio di negoziazione ipotetico, previsto dai “*Georgia Pacific Criteria*”, è ormai un approccio comunemente applicato ed utilizzato per determinare la royalty ragionevole, spesso definito o “approccio secondo la volontà del licenziatario/licenziante”. In tal senso cfr. M.J. CHAPMAN, *Using settlement licenses in reasonable royalty determinations*, in IDEA – *The Intellectual Property Review*, 49/2008-2009, 313, per il quale, secondo questo approccio, il canone è ragionevolmente determinato sulla base di una valutazione di ciò che sarebbe risultato da un ipotetica negoziazione di mercato tra il proprietario di un brevetto e un volenteroso potenziale licenziatario dell'invenzione brevettata, tenendo conto della violazione operata - J. SKENYON, *Patent damages Law & Practice*, § 1.14, 2000. Secondo il principio *Georgia Pacific* n. 15 è quindi imposta una corretta determinazione della giusta royalty, che si basa su una simulazione della teorica negoziazione che i due contendenti avrebbero avuto, con un approccio ex ante, al fine di determinarne l'entità, tenuto conto della litigiosità e della violazione.

<sup>(45)</sup> In generale si può affermare che la teoria dei giochi tratta di ogni situazione nella quale assumono importanza la strategia e l'interazione strategica dei giocatori, come peraltro accade di frequente nel diritto, che si confronta spesso con situazioni nelle quali vi sono poche persone che devono assumere decisioni e in cui la condotta ottimale che un soggetto deve adottare dipende dalle scelte di un altro agente: situazioni in cui, dunque, le considerazioni strategiche sono dominanti.

<sup>(46)</sup> J.F. NASH ha rivoluzionato l'economia con i suoi studi di matematica applicata alla teoria dei giochi, vincendo il Premio Nobel per l'economia nel 1994. Secondo Nash, nessun giocatore può migliorare il proprio utile modificando solo la propria strategia. A differenza del modello “*a somma zero*” di VON NEUMANN, è possibile che le scelte dei giocatori determinino un vantaggio per tutti (o limitino lo svantaggio al minimo). Va tuttavia precisato che non è detto che l'equilibrio di Nash sia la miglior soluzione possibile per tutti; in tale equilibrio il singolo giocatore non può infatti aumentare il proprio guadagno modificando solo la sua strategia, poichè tutti i giocatori potrebbero aumentare il proprio guadagno cambiando congiuntamente le proprie strategie, cioè allontanandosi insieme dall'equilibrio. Ciò che risulta invece importante nella teoria dell'equilibrio di Nash è che la stessa si applica ad un contesto “non cooperativo”, quale quello, appunto, richiesto dal caso di specie; uno dei più importanti teoremi dimostrati da Nash prevede, infatti, che ogni gioco finito ammetta almeno un equilibrio di Nash. Tale teoria è universalmente riconosciuta come il criterio fondamentale per determinare la soluzione di una contrattazione contenziosa anche in materia di royalty ragionevole (in tal senso, cfr. W. CHOI e R. WEINSTEIN, *An analytical solution to reasonable royalty rate calculation*, 2000).

<sup>(47)</sup> Per un approfondimento e un'applicazione pratica del metodo NBS vedasi, tra gli altri, W. CHOI – R. WEINSTEIN, *An analytical solution to reasonable royalty rate calculation*, 2000.



dove, in caso di disaccordo, ( $d_1$ ) rappresenta il *payoff* che una parte è disposta a corrispondere se la trattativa fallisce e ( $d_2$ ) il corrispondente *payoff* riferibile alla controparte.

La forma funzionale esatta di questi *payoff* dipende da ipotesi specifiche, nonché dalle condizioni economiche del “*business*” complessivo, nonché di quello specifico delle due società.

Il *payoff* complessivo ( $\Pi$ ) è anche il profitto totale derivabile dal *business*; le variabili ( $\pi_1$ ) e ( $\pi_2$ ) rappresentano, quindi, rispettivamente l’equo profitto per la società eterodiretta e quello dell’ente dirigente.

Le equazioni hanno la seguente interpretazione: in primo luogo le parti decidono quanto teoricamente sono disposte a dare alla controparte nel caso in cui non raggiungessero un accordo; successivamente si dividono il restante profitto.

Per ogni parte, la percentuale di guadagno è maggiore quanto più alta sia la commissione (*payoff*) che è disposta a pagare in caso di disaccordo, nonché di quanto più bassa sia quella dell’avversario; il relativo potere contrattuale regolerà, pertanto, le rispettive opportunità.

Con applicazione alle possibili fattispecie di direzione e coordinamento, in uno scenario contenzioso o “non cooperativo” creatosi in ipotesi di violazione abusiva, la scienza economica prevede che le parti si sarebbero verosimilmente e razionalmente accordate per dividersi la marginalità nella misura derivabile dall’equilibrio di Nash.

Il metodo è utilmente applicabile anche in sede di preventiva valutazione degli effetti della strategia di eterodirezione, perché risolve e sterilizza non solo le conseguenze che si produrrebbero in sede contenziosa ma, soprattutto, perché qualificherebbe il rapporto come non abusivo.

Un esempio pratico può meglio rappresentare il concetto.

Si ipotizzi che, nell’ambito di un processo produttivo integrato di gruppo, la pianificazione strategica comporti l’instaurazione di rapporti tra parti eterogestite per la produzione di un bene del valore pari a 100, che rappresenta anche il valore complessivo del *business* ( $\Pi$ ). I costi di produzione (*break even point*) della parte eterogestita sono stati accertati pari a 55.

La conflittualità sistemica del rapporto consiste nel fatto che l’ente apicale abbia dato disposizione di pagare il minor prezzo possibile (ad esempio, un importo non superiore 50), in modo da trattenere il maggior margine possibile del *business* (in questo caso pari a 50).

In tale situazione, l’abuso è già intuitivo, poiché il prezzo imposto (50) non remunera nemmeno i costi di produzione che l’eterodiretta dovrà sostenere (55).

Quest’ultima, tenuto conto dei propri costi, tenderà invece a massimizzare il proprio interesse, cercando di attrarre a sé il maggior margine possibile, essendo così disposta a produrre per un prezzo non inferiore a 75, in modo che il margine teorico di 45 ( $100 - 55 = 45$ ), rappresentato dal valore del business (100) al netto dei costi di produzione (55), fosse ripartito nella misura di 25 ( $100 - 75 = 25$ ) a favore della parte più forte e nella diversa misura di 20 ( $75 - 55 = 20$ ) a proprio favore.

Se le parti rimanessero egoisticamente ancorate nelle loro posizioni, la parte eterogestita perderà la propria quota di *business* (pari a 20), mentre, se la parte

dirigente imporrà il proprio prezzo, obbligando quindi la parte eterodiretta a produrre comunque alle condizioni imposte (50), potrebbe in futuro far correre il rischio allo stesso ente dirigente di dover corrispondere il danno equivalente al pregiudizio creato con l'abuso.

Su questa logica, in una simulazione di forzature all'obbligo del rapporto, il *payoff* che l'eterodiretta è disposta a pagare alla controparte è quello di riconoscere una possibilità di guadagno non superiore a 25, mentre il *payoff* che la società dirigente sarebbe disposta a riconoscere all'eterodiretta sarebbe nullo, confermando il prezzo nella misura pari a 50 (quindi, con la possibilità di un guadagno pari a 50).

Nello scenario sanzionatorio che si verrebbe a creare a seguito di un'azione ex art. 2497 cod. civ., la ricostruzione del danno, secondo i principi di una corretta gestione imprenditoriale, nonché dei principi di buona fede e di correttezza, che rimandano alla “*tecnica del rapporto*”, cioè alla tecnica che prevede la quantificazione del diritto contrapposto all'obbligo, il metodo NBS evidenzerebbe i seguenti risultati in termini ripartizione delle marginalità:

$$\begin{aligned}\pi_1 &= d_2 + \frac{1}{2} (\Pi - d_1 - d_2) = 0 + \frac{1}{2} (100 - 0 - 25) = \mathbf{37,5} \\ \pi_2 &= d_1 + \frac{1}{2} (\Pi - d_1 - d_2) = 25 + \frac{1}{2} (100 - 0 - 25) = \mathbf{62,5}\end{aligned}$$

La marginalità per l'ente dominante sarebbe stata quindi pari a 37,5 con un prezzo di negoziazione pari a 62,5 (100 - 37,5) e l'eterodiretta avrebbe beneficiato di un margine pari a 7,5 (62,5 - 55).

La ripartizione del profitto del *business* ammonterebbe quindi non nella misura piena a favore della dominante (50), né in quella di copertura dei costi dell'eterodiretta (55), e nemmeno in quella pretesa dall'eterodiretta (75), bensì nella minor misura di 37,5 atta a determinare un prezzo pari a 62,5.

Il danno che il soggetto forte sarebbe chiamato a corrispondere ai soci e ai creditori dell'eterodiretta sarebbe quindi parametrato al valore di 62,5 così che l'agire abusivo comporterebbe un indennizzo, ulteriore a quanto già corrisposto (50), non pari a 5 (55 - 50 = 5), né pari a 25 (75 - 50 = 25), bensì nella misura pari a 12,5 (62,5 - 50 = 12,5).

Se, invece, già in sede preventiva, alla ricerca di un equilibrio tra interesse soggettivo e quello di gruppo, rispettando così i principi di correttezza economica, l'ente dirigente fosse stato disposto a corrispondere un prezzo maggiore (pari ad esempio a 58), allora il *payoff* non sarebbe stato nullo, bensì pari a 8; il metodo NBS avrebbe evidenziato sinteticamente i seguenti risultati:

$$\begin{aligned}\pi_1 &= d_1 + \frac{1}{2} (\Pi - d_1 - d_2) = 8 + \frac{1}{2} (100 - 8 - 25) = \mathbf{41,5} \\ \pi_2 &= d_2 + \frac{1}{2} (\Pi - d_1 - d_2) = 25 + \frac{1}{2} (100 - 8 - 25) = \mathbf{58,5}\end{aligned}$$

La marginalità per l'ente dominante sarebbe stata quindi pari a 41,5 con un prezzo di negoziazione pari a 58,5 (100 - 41,5) e l'eterodiretta avrebbe beneficiato di un margine pari a 3,5 (58,5 - 55).

Si sarebbe tuttavia verificata, fin dall'inizio, l'assenza di un abuso per mancanza di danno, poiché il prezzo pagato (58) non solo sarebbe stato in grado di remunerare

integralmente i fattori produttivi dell'eterodiretta (55), ma anche perché, in un giudizio di merito da parte del giudice (effettuato *ex post*), risulterebbe che quanto in precedenza corrisposto alla eterodiretta (58), era pressoché allineato all'equilibrio economico che si sarebbe ottenuto con il metodo NBS (58,5).

In tale seconda ipotesi, quindi, il soggetto forte non avrebbe ottenuto il massimo vantaggio paretiano, cioè quello di pagare il meno possibile (50) per avere il maggior margine possibile (50), ma, tenuto conto che in futuro sarebbe stato chiamato a pagare ulteriori somme oltre a quelle corrisposte, avrà raggiunto il miglior equilibrio per sé e per il gruppo, accontentandosi di poter beneficiare di una minore marginalità di 41,5 (anziché di 50) e permettendo all'eterodiretta di beneficiare, al contempo, di un margine pari a 3,5 che, pur minimo, le ha comunque permesso di operare in modo duraturo nel tempo e, soprattutto, di non potersi lamentare del prezzo imposto.

L'aspetto di maggior interesse rimane quello rappresentato dal fatto che un approccio responsabile, nell'ambito del gruppo, che preveda una parziale rinuncia del guadagno della parte forte e una contestuale "equa" remunerazione della parte debole, evita il conflitto sistemico e – soprattutto – il sorgere dei presupposti dell'abuso, sanzionabile ex art. 2497 cod. civ.

Il metodo NBS permette inoltre un altro grande vantaggio, rappresentato dalla responsabilizzazione imprenditoriale non solo dell'ente dirigente, ma anche della parte eterodiretta, poiché è interesse economico di quest'ultima, nell'ambito del ricatto economico che si è venuto a creare, evitare di prendere posizioni troppo rigide, cercando invece, fin dall'inizio, un equilibrio all'interno del gruppo stesso.

Infatti, se in fase di negoziazione l'eterodiretta si fosse accontentata di produrre a un prezzo inferiore (65) anziché a quello idealmente voluto (75), con un suo *payoff* quindi pari a 35, certamente non avrebbe potuto evitare l'agire dominate (che avrebbe mantenuto le condizioni iniziali pari a 50, con un *payoff* pari a zero), ma in sede giudiziaria potrà dimostrare che il danno da lei subito, a seguito dell'abuso, è maggiore.

Poiché, in questo caso, il margine sarebbe ripartito nella misura di 35 ( $100 - 65 = 35$ ) a favore della dominante e nella diversa misura di 15 ( $65 - 50 = 15$ ) a proprio favore, sempre secondo lo sviluppo del metodo NBS, si sarebbe ottenuto

$$\begin{aligned}\pi_1 &= d_1 + \frac{1}{2} (\Pi - d_1 - d_2) = 0 + \frac{1}{2} (100 - 0 - 35) = \mathbf{32,5} \\ \pi_2 &= d_2 + \frac{1}{2} (\Pi - d_1 - d_2) = 35 + \frac{1}{2} (100 - 0 - 35) = \mathbf{67,5}\end{aligned}$$

cioè un danno che il soggetto forte sarebbe chiamato a corrispondere nella maggior misura di 17,5 (anziché 12,5).

Poiché si presume, tuttavia, che il soggetto dirigente sia comunque altamente razionale, lo stesso eviterà tale rischio, rilanciando un prezzo più adeguato e parametrato all'equilibrio di gruppo (pari, per esempio, a 61).

In tal modo l'equilibrio sarebbe pressoché raggiunto, poiché il *payoff* della parte eterodiretta rimarrebbe pari a 35 ma quello della controparte si attesterebbe nella misura di 11.

$$\pi_1 = d_1 + \frac{1}{2} (\Pi - d_1 - d_2) = 11 + \frac{1}{2} (100 - 11 - 35) = \mathbf{38,0}$$

$$\pi_2 = d_2 + \frac{1}{2} (\Pi - d_1 - d_2) = 35 + \frac{1}{2} (100 - 11 - 35) = \mathbf{62,0}$$

A differenza dell'ipotesi iniziale, collegata a una presa di posizione rigida dell'eterodiretta, una sua responsabilizzazione più coerente alle dinamiche dominanti di gruppo sarebbe di suo vantaggio, in quanto, come sopra evidenziato, il prezzo finale di vendita sarebbe pari a 62 anziché 58,5, con una marginalità doppia (7,0 anziché di 3,5) rispetto a quella ottenibile con un atteggiamento rigido.

Anche in questo caso, quindi, sarebbero stati evitati fin dall'origine i presupposti di un pregiudizio in capo alla parte eterodiretta, perché la strategia imposta dall'ente dirigente, all'interno del gruppo, pur legittimamente esistente, non potrebbe essere definita abusiva.

5. *L'eterodirezione multivariabile e la matrice dei vantaggi compensativi.* – Soprattutto nei gruppi più strutturati, l'attività di direzione e coordinamento, come fattualità esistente, raramente si esplica solo in un rapporto binario tra due società, come in precedenza evidenziato, ma la “fattualità” dell'attività eterogestoria assomma una serie di eventi e di azioni eterodirette, il cui abuso può trovare tutela a norma dell'art. 2497 cod. civ. <sup>(48)</sup>

Una situazione ideale prevedrebbe che ciascuna relazione *intercompany* avvenga in conformità a un equilibrio economico tra le parti, ma ciò non è tuttavia verosimile; ovvero, nelle situazioni più illuminate, potrebbe avvenire per qualche azione, ma non per l'intero agire.

All'interno del gruppo possono quindi formarsi, in capo a ciascuna società eterodiretta, dei vantaggi o degli svantaggi economici in forza delle direttive impartite dal soggetto apicale.

Si apre a questo punto il problema di dover interpretare cosa s'intenda per risultato complessivo: vale a dire se tale risultato debba essere considerato con riferimento all'intero “gruppo” o solo con riferimento alla società eterogestita <sup>(49)</sup>, ovvero se rappresenti una mera condizione scriminate ed esimente o un più ragionieristico concetto di compensazione del danno <sup>(50)</sup>, ovvero – ancora – se vada determinato

---

<sup>(48)</sup> F. GALGANO, *Direzione e coordinamento di società*, 2014, 357, il quale fa notare come i non rari fenomeni di travaso di attività o di passività da una società del gruppo, decisi dalla capogruppo, possono artificiosamente deprimere il valore delle azioni delle controllate, ledendo l'interesse degli azionisti di minoranza di queste società e pregiudicando quello dei loro creditori. Non serve quindi “perforare lo schermo” o “squarciare il velo”, perché la responsabilità della controllante può essere affermata senza mettere in discussione l'alterità soggettiva delle due società, essendo la controllante quale “terza” rispetto ai rapporti contrattuali posti in essere dalla controllata.

<sup>(49)</sup> Per G. SCOGNAMIGLIO, *Commento sub 2497cod. civ.*, in *Comm. Gabrielli*, 2015, 1125, il risultato complessivamente positivo, se riferito al gruppo nel suo insieme, è un dato di per sé vago, insufficiente a provare che sia stato preservato l'interesse economico-patrimoniale della singola società.

<sup>(50)</sup> P. FERRO LUZZI, *Riflessioni sul gruppo (non creditizio)*, in *Riv. Dir. comm.*, 1/2001, 24 e C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, 2006, 197, affermano una concezione “rigorosa” dei vantaggi compensativi su una logica ragionieristica, cioè interpretato come “attuale” e in modo

anche con riferimento temporale, così da ricomprendere non solo i potenziali vantaggi compensativi che si sarebbero potuti produrre in futuro, ma anche le componenti di rivalutazione monetaria, di svalutazione delle valute e di interessi compensativi. <sup>(51)</sup>

Tali interrogativi risultano assumere una pregnanza concreta non solo nell'ambito di un procedimento sanzionatorio, ma anche – e forse più propriamente – in un'analisi preventiva da parte del soggetto controllante, atteso che ai suoi organi amministrativi incombe il dovere di una corretta gestione societaria ed imprenditoriale, nonché un obbligo di motivazione delle decisioni (art. 2497-ter cod. civ.) e di informativa (art. 2381, co. 5., e 2403-bis, co. 2, cod. civ.).

Il problema della corretta determinazione preventiva trova inoltre concretezza anche con riferimento alla possibilità di operare il c.d. “ravvedimento operoso”, quale atto in grado di compensare, a posteriori, gli eventuali pregiudizi in precedenza arrecati alla società eterogestita.

Se i rapporti tra le società del gruppo sono complessi, si determina necessariamente una matrice di relazioni *intercompany*, con reciproche posizioni debitorie e creditorie tra le varie società, generate, appunto, dall'attività di direzione e coordinamento.

Qualora le direttive abusive mostrassero i loro effetti solo ed esclusivamente all'interno del gruppo, il risultato complessivo – considerando il gruppo come un'unica entità – è necessariamente pari a zero, poiché i debiti e i crediti generati dalla direzione abusiva costituiscono null'altro che un trasferimento di ricchezza da una all'altra società.

Ma poiché gli assetti partecipativi all'interno del gruppo non sono uguali e i soggetti giuridici sono distinti, dal punto di vista della quantificazione del danno in capo ai creditori della singola società eterodiretta (e in capo a suoi soci di minoranza), la legittimazione ad agire consegue all'avvenuta consumazione dell'abuso nei loro stessi confronti, per il tramite indiretto della società eterogestita e indipendentemente dal gruppo nella sua entità unitaria.

I vantaggi compensativi complessivi non possono quindi essere determinati con riferimento all'intero gruppo (cioè pari a zero), ma limitatamente al risultato complessivo che ha impattato su quella specifica società.

In un gruppo complesso, i vantaggi compensativi non vanno perciò interpretati né nell'ottica biunivoca tra due entità, né nella natura delle operazioni compensative <sup>(52)</sup>, né, tantomeno, nell'ottica dell'intero gruppo, ma vanno tra loro sommati con

---

strettamente “algebrico” e “proporzionale”; non mancano tuttavia critiche tese a ritenere che il disposto dell'art. 2497 andrebbe letto in termini di *rule* piuttosto che di *standard*.

<sup>(51)</sup> Chi esercita la direzione e il coordinamento non potrà invocare un non meglio precisato “interesse” della società sottoposta alla direzione e coordinamento nell'operazione posta in essere a vantaggio del gruppo, ma dovrà fornire la prova della concreta idoneità ed adeguatezza della stessa ad attuare la compensazione con gli immediati effetti negativi direttamente prodotti nella sua sfera (cfr. Cass. 24.08.2004, n. 16707).

<sup>(52)</sup> L. BOGGIO, *cit.*, 1493, non necessariamente ad uno svantaggio finanziario deve corrispondere un vantaggio finanziario, ben potendo il primo essere “compensato” da un vantaggio economico o patrimoniale; in questo caso è, senza dubbio, più difficile stabilire se la compensazione sia

riferimento alle sole società/enti che sono entrati in relazione con la società eterogestita e danneggiata.

Il corollario è rappresentato dal fatto che non potranno essere valorizzati vantaggi compensativi conseguiti da altre società del gruppo che non abbiano impattato anche sulla società eterodiretta lesa.

Poiché l'azione 2497 cod. civ. è analoga a quella prevista dall'art. 2394 cod. civ. <sup>(53)</sup>, attraverso un'azione diretta e non surrogatoria nei confronti della società dominate <sup>(54)</sup>, il danno patrimoniale, sia esso risarcitorio per responsabilità da fatto illecito o per inadempimento di natura contrattuale, trova il suo limite nel minore tra l'equivalente del credito rimasto insoddisfatto (per i creditori) – o il minor valore della partecipazione (per i soci) – e l'importo determinato dal saldo complessivo dei soli vantaggi e dei soli svantaggi ottenuti dalla società di riferimento e non del gruppo nel suo insieme.

La pura e semplice appartenenza al gruppo non costituisce infatti, di per sé, un vantaggio compensativo. <sup>(55)</sup>

In ogni caso, pare doversi escludere la possibilità di compensare vantaggi futuri che si presentino come incerti, sia nell'*an* che nel *quantum*, così come la possibilità di valorizzare compensazioni puramente virtuali, non supportati da una prova particolarmente rigorosa (e non semplicemente presuntiva) sulla conseguenza immediata e diretta.

Indipendentemente dalle controverse tesi sulla natura dell'azione ex art. 2497 cod. civ. <sup>(56)</sup>, il progetto imprenditoriale di gruppo e le conseguenze patrimoniali subite dai creditori e dai soci dell'eterodiretta, convogliano verso una determinazione secondo concetti di buona fede, con un apprezzamento del danno patrimoniale in misura "piena", sia in termini di *danno emergente* che di *lucro cessante* <sup>(57)</sup>, apprezzabile quest'ultimo soprattutto con riferimento ai casi di abuso contrattuale.

Anche in questo caso un esempio potrà meglio rappresentare il concetto.

Ipotizzando che la società A sia il soggetto che abbia esercitato l'attività di direzione e coordinamento, e che i creditori della società eterodiretta B siano stati in grado di determinare correttamente i danni subiti da A per 100 e i vantaggi compensativi

---

"sufficiente", perché i termini sono più difficilmente raffrontabili, ma il dettato legale consente di ricomprendere nella valutazione ogni elemento utile acquisito per effetto della politica di gruppo della società pregiudicata. Di ciò sembra avere contezza il giudice di legittimità - Cass. ss.uu. 18 marzo 2010, n. 6538 - quando riconosce la legittimità delle compensazioni realizzate con "l'acquisizione di un'utilità economica in rapporto di causalità mediata ed indiretta con la prestazione eseguita.

<sup>(53)</sup> P. DAL SOGLIO, *commento all'art. 2497 cod. civ.*, in *Comm. Maffei Alberti*, 2015, p. 1550.

<sup>(54)</sup> Cass. 22 ottobre 1998 n. 10488 - F. GALGANO, *Direzione e coordinamento di società*, in *Comm. Scialoja Branca*, p. 100.

<sup>(55)</sup> Circ. ASSONIME 44/2006 – Sul fatto che la pura e semplice appartenenza al gruppo non costituisca di per sé un vantaggio compensativo cfr. anche Cass. pen. 36764/2006 e Cass. 16707/2004.

<sup>(56)</sup> Sulla responsabilità ex art. 2497, co. 1, cod. civ., come ipotesi ai confini tra responsabilità aquiliana e responsabilità contrattuale cfr. L. BENEDETTI, *La responsabilità "aggiuntiva" ex art. 2497, 2° co., c.c.*, *Quaderni di Giur. comm.* n. 354, 2012, 5 ss.

<sup>(57)</sup> L. GATTI, *La responsabilità nella gestione dei gruppi di società*, in AA.VV., *La responsabilità degli amministratori nelle società di capitali*, 2013, 778.

ricevuti da un'altra società controllata C nella misura di 30, si ricaverebbe che i danni richiedibili alla società A, da parte dei creditori di B assommerebbero ad un importo pari a 70. <sup>(58)</sup>

		SOGGETTO DEBITORE			TOTALE
		SOCIETÀ A	SOCIETÀ B	SOCIETÀ C	
SOGGETTO CREDITORE	SOCIETÀ A - <i>dominus</i>	-	(100)	50	<b>(50)</b>
	SOCIETÀ B	100	-	(30)	<b>70</b>
	SOCIETÀ C	(50)	30	-	<b>(20)</b>
	<b>TOTALE</b>	<b>50</b>	<b>(70)</b>	<b>20</b>	<b>-</b>

Trattandosi di un'obbligazione di valore, andranno inoltre calcolati gli interessi compensativi e la rivalutazione secondo i criteri della Cass. ss.uu. 1712/95 <sup>(59)</sup>, con la precisazione che i vantaggi e gli svantaggi dovranno essere valorizzati, in termini di interessi e di rivalutazione, alle singole date con cui si sono manifestati.

Qualora l'azione recuperatoria sia promossa nei confronti della società dominante e non nei confronti dei suoi amministratori, si verificherebbe inoltre che, dopo l'azione promossa dai creditori di B, la società dominante A vedrebbe eroso il proprio

<sup>(58)</sup> R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento*, in *Giur. comm.*, I/2003, 662, sottolinea che le locuzioni “danno mancante” ed “integralmente eliminato” suggeriscono, infatti, la necessità di un'effettiva corrispondenza tra il danno cagionato da una determinata operazione e il vantaggio compensativo. Per L. GATTI, *cit.*, 787, un'ulteriore conferma per una simile conclusione sembra disporre anche il confronto tra la norma in commento ed il novellato art. 2364 cod. civ., in tema di infedeltà patrimoniale nell'ambito penale.

<sup>(59)</sup> Nel risarcimento per equivalente, l'obbligazione risarcitoria costituisce infatti un debito di valore di quanto compromesso o perduto; l'obbligazione risarcitoria avrà infatti ad oggetto la corresponsione di una somma di danaro, via via rivalutata, alla quale si cumulano gli interessi, a un tasso ritenuto equo dal giudice (Cass. ss.uu. 1712/95). Cass. 28 gennaio/19 marzo 2014, n. 6347 ha inoltre efficacemente riassunto i principi che disciplinano gli effetti del ritardato adempimento d'una obbligazione di valore, prevedendo che: (1) alle obbligazioni di valore sono inapplicabili sia l'art. 1277 cod. civ., sia l'art. 1224 cod. civ.; (2) l'obbligazione di valore deve essere monetizzata dal giudice con riferimento alla data di liquidazione, attraverso la rivalutazione monetaria che va disposta anche d'ufficio, in quanto la rivalutazione non rappresenta un accessorio del credito (al contrario degli interessi legali per le obbligazioni di valuta), ma costituisce una componente intrinseca del danno e, per l'esattezza, il danno causato dal decorso del tempo; (3) una volta attualizzato l'importo dovuto dal debitore moroso, spetta altresì al creditore il risarcimento dell'ulteriore pregiudizio rappresentato dalla perduta possibilità di disporre tempestivamente della somma dovutagli, investirla e ricavarne un lucro finanziario. Quest'ultimo tipo di pregiudizio va liquidato in via equitativa, anche sotto forma d'interessi (c.d. interessi compensativi), con la precisazione che: (a) la base di calcolo di tali interessi non è rappresentata dal credito rivalutato, ma dal credito originario (cioè espresso in moneta dell'epoca in cui sorse l'obbligazione) rivalutato anno per anno, ovvero rivalutato in base ad un indice di rivalutazione medio; (b) il saggio di suddetti interessi non deve necessariamente essere quello legale. Successivamente all'intervento della Cass. ss.uu. 17 febbraio 1995 n. 1712 i suddetti principi sono divenuti *jus receptum* nella giurisprudenza di legittimità: *ex plurimis* Cass. 26 ottobre 2004 n. 20742; Cass. 26 febbraio 2004 n. 3871; Cass. 8 aprile 2003 n. 5503; Cass. 26 aprile 1999 n. 4156; Cass. 18 febbraio 1999 n. 1372; Cass. 20 gennaio 1999 n. 490.

patrimonio per un importo equivalente al danno risarcito, senza poter recuperare l'importo in via di regresso contro la controllata. <sup>(60)</sup>

Quando l'agire abusivo esplica invece i propri effetti anche all'esterno del gruppo, perché, ad esempio, i pregiudizi subiti dalla controllata trovano contropartita in vantaggi ottenuti da soggetti terzi rispetto al gruppo senza una contropartita utile, ovvero perché rappresentano il frutto di dissipazioni o, più semplicemente, atti di *mala gestio* impartiti dalla controllante, allora il risultato complessivo, considerando il gruppo come un'unica entità, non sarebbe pari a zero, poiché l'effetto della direzione unitaria comporterebbe un impoverimento dell'intero gruppo e, all'interno di questo, anche della società eterodiretta.

In tal caso, i soci dell'ente apicale A sarebbero maggiormente legittimati all'azione di responsabilità nei confronti del proprio organo amministrativo, poiché il danno, alla fine riverberante in A, è direttamente collegato all'agire dei propri amministratori che hanno impartito direttive illegittime non solo nei confronti dell'eterodiretta B, ma dell'intero gruppo, ristabilendo così un equilibrio sostanziale che vedrebbe, alla fine, il pagamento del danno a favore dei creditori di B ad opera degli amministratori della controllante A, cioè da parte di coloro che effettivamente lo hanno cagionato.

*6. Conclusioni.* – L'abuso del potere economico nei rapporti tra imprese e lo strumento dell'azione risarcitoria previsto dall'art. 2497 cod. civ. continuano a essere oggetto di stimolanti e interessanti dibattiti giuridici, soprattutto in riferimento all'accelerato dinamismo e alla maggiore complessità del mondo economico.

La mancanza di una corrispondente evoluzione culturale sui principi costituzionali del dovere di solidarietà nelle relazioni sociali ed economiche, unitamente ad un diffuso timore per un'ingerenza nell'agire imprenditoriale di un sindacato giudiziale di merito, che possa porre un limite all'autonomia privata, lasciano nello sfondo linee di incertezza operativa.

La complessità del mondo economico e il crescente sviluppo dell'attività imprenditoriale nella forma organizzata del gruppo, fa proliferare i conflitti economici tra gli stessi operatori, così che tale conflittualità sta diventando ormai sistemica.

L'abuso del potere economico tra imprese corre pertanto il serio rischio di vedersi espandere, e tale espansione è solo in parte frenata da normative specifiche che si rifanno, comunque, ai principi di correttezza e di buona fede imprenditoriale.

Tra queste, il sistema della responsabilità disciplinato dagli artt. 2497 ss. gg. cod. civ. sembra rappresentare, proprio per la sua articolazione normativa, un'arma convincente contro gli abusi, i quali si possono attuare in modi diversi e fantasiosi, trovando la propria genesi sia in operazioni meramente finanziarie che economiche.

---

<sup>(60)</sup> G. FIGÀ-TALAMANCA - A. GENOVESE, *Riforma del diritto societario e gruppi di società*, in *Vita not.*, 2004, 1189.



Al di là dei principi di diritto, il problema rimane tuttavia quello di tradurre nella pratica i succitati principi, identificando il limite quantitativo, cioè quel *quid* oltre il quale il connubio abuso/danno si concretizza.

Conosciuto il limite, in un'ottica di buona fede preventiva, solo le corrette modalità dell'agire degli esponenti degli enti apicali può evitare di dover ricorrere al rimedio del risarcimento del danno, il quale, oltre all'effetto deterrente, non sembra rappresentare, comunque, un meccanismo tutelante dell'interesse pubblico dell'economia.

Con un ingenuo realismo, l'esperienza insegna che l'ottica sanzionatoria prevista dall'art. 2497 cod. civ. necessita di essere allargata anche a funzioni di prevenzione, perché, quando il danno si è già manifestato, le conseguenze economiche e quelle sociali sono difficilmente rimediabili.

Una moralizzazione degli enti dirigenti non è però ancora sufficiente, poiché, in uno scenario di *strategie dominanti*, un ruolo fondamentale è anche rappresentato da una presa di coscienza da parte dei soggetti eterodiretti, nel virtuoso tentativo di trovare il punto di equilibrio tra l'egoismo economico individuale e una convivenza cooperativa imprenditoriale di gruppo.

In un mondo capitalistico, ciò si traduce, ancora una volta, in una convenienza economica per tutti i soggetti coinvolti; secondo gli insegnamenti della scienza economica e della c.d. "*tecnica del rapporto*", ciò pare tuttavia possibile, purché nella bilancia decisionale si tenga conto non solo delle utilità economiche, ma anche delle potenziali perdite collegate all'agire imprenditoriale abusivo.

In particolare, la teoria dell'equilibrio di Nash per le situazioni conflittuali risulta essere propriamente applicabile alle *decisioni dirigenti*, risultando utile sia nella fase preventiva (al fine di eliminare le fattispecie abusive), sia nella fase patologica e sanzionatoria della quantificazione del danno nella sua misura "piena".

Perché ciò si realizzi, serve tuttavia che le disposizioni normative in tema di direzione e coordinamento siano maggiormente sensibilizzate dagli operatori giuridici, così che anche la giurisprudenza di merito e di legittimità possa consolidare un orientamento più consistente in ordine all'applicazione pratica dei principi già presenti nell'ordinamento, favorendo una crescita culturale e l'auspicato graduale recepimento da parte di un maggior numero di operatori economici. \_