

**RIFLESSIONI SU RESPONSABILITÀ PER ETERODIREZIONE DELL'IMPRESA E
PROCEDURE CONCORSALE ***

MASSIMO MIOLA

SOMMARIO: 1. Delimitazione dell'ambito della trattazione: le tecniche per affrontare la crisi dei gruppi di società nel panorama comparatistico, tra coordinamento delle procedure concorsuali e consolidamento sostanziale. – 2. L'approccio nel nostro ordinamento: il gruppo insolvente nelle procedure concorsuali speciali ed i riflessi in sede fallimentare della responsabilità da direzione e coordinamento. – 3. Responsabilità risarcitoria *v.* responsabilità patrimoniale per eterogestione abusiva negli «pseudogruppi», alla luce dei consolidati filoni interpretativi: *a)* il fallimento in estensione ai sensi dell'art. 147 l. fall. – 4. (*segue*): Fallimento della «super-società» ed eterodirezione abusiva. – 5. *b)* Il fallimento «autonomo» della *holding* individuale o società di fatto. – 6. Le applicazioni «congiunte» di responsabilità risarcitoria e patrimoniale da eterodirezione abusiva. – 7. (*segue*): L'incongruenza dell'utilizzazione della responsabilità da direzione e coordinamento per raggiungere risultati analoghi al fallimento in estensione *ex art.* 147 l. fall. La distinzione tra i due rimedi ed il rischio di svalutare la portata degli artt. 2497 ss. c.c. - 8. Precisazioni in ordine all'individuazione dell'eterogestione abusiva nella crisi del gruppo.

1. Delimitazione dell'ambito della trattazione: le tecniche per affrontare la crisi dei gruppi di società nel panorama comparatistico, tra coordinamento delle procedure concorsuali e consolidamento sostanziale.

Il tema, sin troppo ambizioso, di questo contributo si colloca all'intersezione tra due ampi settori del diritto dell'impresa quali sono, da un lato, la disciplina della direzione e coordinamento di società e, dall'altro, quella delle procedure concorsuali che coinvolgono in senso lato le imprese in forma societaria, e quindi a prescindere dalla ricorrenza di legami di gruppo tra di esse.

Ed infatti, la responsabilità da eterodirezione è chiaramente destinata ad operare, nell'intenzione del legislatore, anche e soprattutto a prescindere dall'apertura di una procedura concorsuale che coinvolga una o più delle

* Testo riveduto e con l'aggiunta delle note dell'intervento svolto ai "Venerdì del diritto fallimentare", organizzati dall'Università Suor Orsola Benincasa di Napoli, il 7 novembre 2014. E' destinato al *Liber amicorum* Giorgio De Nova.

società del gruppo. Questo in quanto l'obiettivo è di colpire gli abusi di direzione e coordinamento che vengono posti in essere dalla capogruppo nei confronti delle società eterodirette *in bonis* nel corso del normale svolgimento dell'attività di impresa, al fine di prevenire ed evitare che le manifestazioni patologiche dell'eterodirezione siano addirittura capaci di condurre alla crisi le società che vi siano sottoposte.

Così come, al contrario, è indubbio che, quanto meno in linea teorica, il più ampio tema delle modalità con cui vanno affrontate le situazioni di stato di insolvenza, e prima ancora di stato di crisi, in cui in vario modo si trovino coinvolte più società appartenenti ad uno stesso gruppo - che si presenta da tempo all'attenzione dei giuristi secondo una varietà di prospettive - prescinde dalla ricorrenza in concreto anche degli estremi di una responsabilità da eterogestione.

Non è certo ignoto che, in sede di interpretazione o di prassi operative, si ritenga in tali circostanze quanto meno di operare alcuni adeguamenti o correttivi, a seconda dei casi, alla disciplina di diritto comune, al fine non solo di realizzare il migliore funzionamento delle varie tipologie di procedure, sia più strettamente liquidatorie, sia e soprattutto con funzioni di risanamento, che vengono applicate in tali circostanze, ma anche di governare la fase, per certi versi ancora più delicata, che precede la formale apertura di una procedura.

Tuttavia, l'opportunità e gli stessi contenuti di un intervento normativo in materia, per quanto riguarda i profili ed i termini secondo cui esso dovrebbe differenziarsi rispetto al diritto comune applicabile alle società atomisticamente considerate, sono stati a lungo discussi, il che ha rallentato l'effettiva adozione di tali discipline¹. E questo in considerazione del fatto che, proprio in occasione di procedure concorsuali che coinvolgono le società appartenenti ad un gruppo emerge con maggiore evidenza, rispetto a quanto

¹ Non è priva di significati la circostanza che anche gli ordinamenti con una più lunga tradizione di disciplina dei gruppi di società sul piano del diritto societario, quale quello tedesco, non abbiano provveduto a regolamentare le situazioni di crisi che coinvolgono questi ultimi, pure a fronte di un ampio dibattito in sede scientifica, e solo di recente sia iniziato un *iter* legislativo rivolto a colmare questa lacuna: Si allude alla approvazione il 28.8.2013 di un *Gesetzentwurf eines Gesetzes zur Erleichterung der Bewältigung von Konzerninsolvenzen*, il quale allo stato non ha ancora concluso l'*iter* legislativo: cfr. di recente, BECK, *Perspektiven eines Konzerninsolvenzrecht*, in *DWIR*, 2014, 381 ss.; per una ricognizione delle principali questioni, v. gli AA. cit. in M. MIOLA, *Attività di direzione e coordinamento e crisi di impresa nei gruppi di società*, in *Società, banche e crisi di impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, Torino, 2014, vol. III, 2693 ss., spec. nt. 1 e 2, cui *adde*, A. VAN HOE, *Enterprise Groups and their Insolvency: It's the (Common) Interest, Stupid!*, in *ECFR*, 2014, 200 ss.

in termini generali suggeriscono le esigenze di disciplina specifica dei gruppi di società, la questione della configurazione del gruppo in termini unitari.

Si tratta, in sostanza, di superare i rischi di frammentazione delle procedure che derivano dal principio, ritenuto tuttora vigente e di generalizzata applicazione, che si sostanzia nella formula «*one company, one insolvency, one proceeding*»² - facente leva sulla distinta personalità giuridica delle singole entità che compongono il gruppo e che postula in primo luogo un accertamento dello stato di insolvenza condotto separatamente rispetto alle singole società - e di privilegiare la configurazione di un «gruppo insolvente» o quella, ancora più radicale, di un'«insolvenza di gruppo».

L'approccio sul piano giuridico alle questioni attinenti alla crisi che coinvolge un gruppo di società è a sua volta variegato, ed oscilla tra tecniche di unificazione sul piano procedurale, volte a consentire in modo più efficiente lo svolgimento e gli esiti delle procedure, con riduzione dei costi - da realizzare sul piano dell'accentramento dell'autorità giudiziaria competente, del coordinamento delle procedure riguardanti le distinte società e della cooperazione tra i relativi organi, o addirittura della loro unificazione, con risvolti significativi sul piano delle procedure di risanamento³ - e modalità più significative di unificazione sul piano sostanziale delle masse patrimoniali attive e passive delle varie società coinvolte.

Non è un mistero che soprattutto le tecniche di consolidamento procedurale abbiano trovato un diffuso riscontro qualora si tratti di procedure di insolvenza riguardanti gruppi *cross-border*, stante l'esigenza di realizzare un coordinamento tra procedure sottoposte a diversi ordinamenti in considerazione della differente nazionalità delle società componenti il gruppo, onde affrontare in modo coordinato e più efficiente il dissesto che coinvolge un'impresa economicamente unitaria, e ciò in specie in presenza di obiettivi di risanamento e salvataggio⁴. Non sono mancati i contrasti sulle

² Cfr. H. HIRTE, *Corporate Groups Insolvency*, in *ECFR*, 2008, 214 ss.; C. G. PAULUS, *Groups Insolvency - Some Thought about New Approaches*, in *Texas Int'l L. Jour.*, 2007, 820 ss.; UNCITRAL, *Legislative Guide on Insolvency Law. Part three: Treatment of Enterprise Groups in Insolvency*, New York, 2012, 20 ss. A maggiore ragione, questo assunto conduce ad escludere in via di principio la possibilità di ricomprendere nella procedura concorsuale le società *in bonis* del gruppo.

³ Sulle varie tipologie di coordinamento sul piano procedurale, v. H. Eidenmüller, T. Frobenius, *A New Approach to Regulating Group Insolvencies: "Procedural Consolidation" in the Context of National and International Reform Proposals* (30 aprile 2013), reperibile su <http://ssrn.com/abstract=2258874>; e soprattutto, M. BECKER, *Kooperationspflichten in der Konzerninsolvenz*, Köln, 2012, 141 ss.; C. SCHMOLLINGER, *Der Konzern in der Insolvenz*, Berlin, 2013, 95 ss.

⁴ Cfr. D. VATTERMOLI, *Gruppi multinazionali insolventi*, in *Riv. dir. comm.*, 2013, I, 602

effettive modalità con cui questi interventi possono dispiegarsi, in considerazione delle difficoltà nel rinvenire un giusto equilibrio tra le esigenze di un approccio coordinato sul piano procedurale alla crisi delle varie entità, secondo un modello universalistico, e le spinte delle singole legislazioni nazionali a sottoporre alla propria rispettiva giurisdizione le società coinvolte seguendo un principio di territorialità⁵.

Sicuramente, hanno ricevuto una minore attenzione in Europa le tecniche di *substantive consolidation*, a differenza degli Stati Uniti, dove comunque esse subiscono estese restrizioni da parte dei giudici attraverso la fissazione di criteri tesi ad applicarle solo a situazioni patologiche, quali l'impossibilità di ricostruire il patrimonio delle singole società rispetto alle quali opera il consolidamento, e viceversa ad escluderne l'applicazione, qualora esse non risultino a vantaggio di tutti i creditori⁶. Questo

ss., ove ampi rif., cui *adde*, M. RENNER, *Kollisionsrecht und Konzernwirklichkeit in der transnationalen Unternehmensgruppe*, in *ZGR*, 2014, 452 ss. La questione si presenta in particolare per l'esercizio, anche in sede concorsuale, delle azioni di responsabilità per eterogestione abusiva, nel caso in cui la capogruppo abbia la sede legale in uno Stato differente da quello delle società eterodirette, ove si accolta la tesi della mancanza di efficacia sovranazionale delle discipline nazionali in tema di gruppi, come deciso di recente da Corte di Giustizia, 20 giugno 2013, C-186/12 (caso *Impacto Azul*), su cui v. C. TEICHMANN, *Konzernrecht und Niederlassungsrecht*, in *ZGR*, 2014, 45 ss.; S. RAMMELOO, *The Judgment in CJEU C-186/12 (Impacto Azul): Company Law, Parental Liability and Article 49 TFEU – A Plea for a 'Soft Law' Oriented EU Law*, in *Eur. Com Law*, 2014, 20 ss.; F. MONTANARO, *Impacto Azul: la Corte afferma la compatibilità della normativa portoghese in materia di gruppi di società con l'art. 49 TFUE*, in *Dir. comm. int.*, 2013, 1129 ss.

⁵ Le incertezze sulle tecniche di coordinamento e di razionalizzazione delle procedure riguardanti le società del gruppo sono emerse nei lavori svolti dall'UNCITRAL per l'elaborazione di una disciplina della *Cross-Border Insolvency* (l'insolvenza dei gruppi era infatti assente nella *Legislative Guide on Insolvency Law* predisposta dall'UNCITRAL nel 2005), e solo di recente sono state superate, anche con riferimento ai gruppi in ambito domestico (UNCITRAL, *Legislative Guide on Insolvency Law. Part three: Treatment of Enterprise Groups in Insolvency*, New York, 2012), ma si sono riproposte in relazione al regolamento UE sulle procedure di insolvenza, destinate peraltro ad essere superate dalla recente emanazione, il 25 maggio 2015, al termine di un lungo dibattito sulle proposte di revisione (cfr. *Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Commission Amending COMI Regulation (EC) No 1346/2000 on Insolvency Proceedings*, Strasbourg, 12.12.2012 [COM (2012)744, Final], su cui v. BUFFORD, SAMUEL, *Revision of the European Union Regulation on Insolvency Proceedings – Recommendations (January 20, 2014)*, *Penn State Law Research Paper 2-2014*, reperibile su <http://ssrn.com/abstract=2382133>; e per ult. rif., M. MIOLA, *Attività di direzione e coordinamento*, cit., 2698 ss. e nt. 9-13), della nuova versione del Regolamento definitivamente approvata il 20 maggio 2015 (Reg. 2015/848/UE), nella quale si introduce (Capo V, artt. 56 ss.), una disciplina assai articolata, composta da meccanismi di cooperazione e comunicazione tra gli organi delle procedure di insolvenza riguardanti le singole società del gruppo, da un lato, e da un vero e proprio coordinamento di gruppo sul piano procedurale, dall'altro.

⁶ Per i necessari riferimenti, cfr., di recente, W.H. WIDEN, *Corporate Form and Substantive Consolidation*, in *Geo. Wash. L. Rev.*, 2007, 237 ss.; nonché D. VATTERMOLI, *Gruppi insolventi e consolidamento di patrimoni «substantive consolidation»*, in *Riv. dir. soc.*, 2010,

atteggiamento è dovuto soprattutto alla considerazione secondo cui in sede concorsuale possono realizzarsi analoghi risultati, in termini di riequilibrio patrimoniale tra le varie società del gruppo colpite da manifestazioni di eterogestione abusiva a beneficio anche, ma non solo, dei relativi creditori, senza pervenire all'unificazione delle masse attive e passive, bensì sperando altri rimedi quali quelli risarcitori o revocatori ⁷.

2. L'approccio nel nostro ordinamento: il gruppo insolvente nelle procedure concorsuali speciali ed i riflessi in sede fallimentare della responsabilità da direzione e coordinamento.

Questa impostazione si trova pienamente confermata nel nostro ordinamento, a partire dall'introduzione della disciplina sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi (d.l. 95/79: c.d. legge Prodi), a giusta ragione individuata come la prima espressione del riconoscimento da parte del legislatore delle esigenze del «gruppo insolvente»⁸, ed il cui tratto caratterizzante consisteva nell'utilizzare la direzione unitaria quale giustificazione teorica dell'obiettivo di realizzare, attraverso l'estensione della procedura alle altre società insolventi del gruppo, la «gestione unitaria dell'insolvenza». In sostanza, si tende a sfruttare i collegamenti di natura economica e produttiva intercorrenti tra le società per effetto della direzione unitaria per procedere ad un risanamento nell'ambito del gruppo, anche se non necessariamente a favore di tutte le società che lo compongono⁹, e dunque per realizzare

586 ss., che evidenzia gli effetti ulteriori e sotto certi aspetti più gravi prodotti dalla consolidazione rispetto al mero superamento della personalità giuridica, consistenti nel sottoporre il patrimonio di entrambe le società coinvolte, e non solo della capogruppo che ha realizzato l'abuso, al concorso dei creditori dell'altra e nella conseguente soppressione dei rapporti intragruppo: infatti, la posizione in specie della capogruppo e dei propri creditori viene modificata, con conseguente spostamento di ricchezza, in dipendenza della consistenza delle masse attive e passive delle società *ab origine* debitorie, e ciò in specie nel caso di estensione del consolidamento alle società *in bonis*.

⁷ Cfr. D. VATTERMOLI (nt. 6), 607.

⁸ Per la prima trattazione sistematica di tale problematica nel nostro ordinamento, v. B. LIBONATI, *Il gruppo insolvente*, Firenze, 1981, spec. 59 ss.

⁹ Non a caso, l'art. 81, comma 2, d. lgs. n. 270/1999, prevede che le imprese del gruppo sono ammesse all'amministrazione straordinaria «qualora presentino concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali», oppure «quando risulti comunque opportuna la gestione unitaria dell'insolvenza nell'ambito del gruppo». Sui limiti della soluzione accolta in tema di risanamento di gruppo, in quanto si richiede necessariamente l'insolvenza delle singole società e di conseguenza, pure configurandosi le società che ne fanno parte «come momenti di organizzazione giuridica di un unico tessuto economico», non si è presa in considerazione nemmeno in termini eventuali un'insolvenza di gruppo, anzi, «il gruppo insolvente è considerato atomisticamente e non unitariamente»: v. B. LIBONATI (nt. 8), 152 ss.

forme di unificazione del gruppo sul piano procedurale. Questa impostazione è stata poi sostanzialmente confermata dalla successiva evoluzione legislativa, a partire come è noto dalla completa risistemazione dell'istituto intervenuta con il d.lgs. n. 270/1999, sino al decreto c.d. Marzano (d.lgs. n. 347/2004), e dalle ulteriori discipline del gruppo insolvente contenute nella legislazione speciale¹⁰.

In quelle procedure trovavano per la prima volta elaborazione nel nostro ordinamento la categoria della direzione unitaria e la previsione di una responsabilità per il suo abuso, pure se limitatamente agli organi gestori della capogruppo e in collegamento all'apertura dell'amministrazione straordinaria, e dunque quale disciplina speciale del gruppo insolvente, che poi troverà generale riconoscimento nella riforma del diritto societario.

Di fronte a questa impostazione, confinata alle imprese di grandi dimensioni ovvero appartenenti a settori speciali, spicca maggiormente l'opposta soluzione adottata dalla legge fallimentare, nella quale anche a seguito della riforma non si è ritenuto di introdurre alcuna specifica disciplina relativa al gruppo insolvente, nel quadro di un'attenzione ridotta riguardo lo stesso fallimento delle società, risultando la disciplina del fallimento ricostruita essenzialmente intorno alla figura dell'imprenditore individuale¹¹, e nonostante le accentuate esigenze della gestione unitaria e del coinvolgimento delle varie società del gruppo che emergono in specie con riferimento alle soluzioni negoziate della crisi di impresa.

¹⁰ Tra i più recenti contributi, cfr. L. PANZANI, *L'insolvenza dei gruppi di società*, in *Riv. dir. impr.*, 2009, 527 ss., anche per il confronto con la disciplina dell'insolvenza dei gruppi transfrontalieri; nonché ID., *Il gruppo di imprese nelle soluzioni giudiziali della crisi*, in *Società*, 2013, 1358 ss.; L. DI MAIO, *I gruppi di società. Responsabilità e profili concorsuali*, Milano, 2012, 80 ss.; V. ZANICHELLI, *Il gruppo di imprese nell'amministrazione straordinaria*, in *Nuovo dir. soc.*, 2012, n. 14, 7 ss.; G. MEO, *Il risanamento finanziato dai creditori. Lettura dell'amministrazione straordinaria*, Milano, 2013, 99 ss.; M.R. ADIUTORI, *Insolvenza e responsabilità nel gruppo*, Milano, 2014.

¹¹ Per questo tipo di valutazioni, circa le scelte del legislatore in ordine alla disciplina del fallimento delle società, tra gli altri, di recente, v. S. FORTUNATO, *Procedure concorsuali società nella prospettiva della riforma*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 213; A. NIGRO, D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*³, Bologna, 2014, 311 s.; C. AMATUCCI, *Il fallimento delle società*, in *Trattato di diritto fallimentare* diretto da BUONOCORE, BASSI, vol. I, Padova, 2010, 88 ss.; G. CAVALLI, *Il fallimento delle società*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da A. JORIO, SASSANI, vol. 1, Milano, 2014, 171 ss.; L. GOMMELLINI, *Il fallimento delle società*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali* diretto da VASSALLI, LUISO, GABRIELLI, vol. 1, Torino, 2013, 283 ss.; ma v. già, A. NIGRO, *La società per azioni nelle procedure concorsuali*, in *Trattato Colombo-Portale*, vol. 9**, Torino, 1993, 209 ss. Il tema del gruppo insolvente era stato affrontato invece nei progetti preliminari, a partire da quello elaborato dalla Commissione Trevisanato: v. G. SCOGNAMIGLIO, *Gruppi di imprese e procedure concorsuali*, in *Giur. comm.*, 2008, II, 1091 ss.

Tuttavia, le spinte, che già in passato avevano condotto la prassi a rinvenire taluni contemperamenti finalizzati a realizzare un risanamento in grado di investire l'intero gruppo¹², hanno ricevuto un significativo sviluppo a seguito della riforma del diritto fallimentare¹³, favorite in questo anche da alcuni dati normativi¹⁴.

Soprattutto, all'assenza nella legge fallimentare di previsioni concernenti la crisi e l'insolvenza delle società facenti parte di un gruppo occorre affiancare la disciplina dell'attività di direzione e coordinamento quale introdotta dalla riforma del diritto societario, i cui risvolti applicativi rappresentano oramai il modello di riferimento non solo ai fini dell'interpretazione e dell'integrazione delle discipline speciali che fanno riferimento al gruppo insolvente¹⁵, ma anche della disciplina di diritto

¹² Cfr. M. FABIANI, *Legge fallimentare ed insolvenza dei gruppi societari*, in *Fallimento*, 1983, 901 ss.; F. CORSI, *L'insolvenza nel gruppo*, in *I gruppi di società*, a cura di Balzarini, Carcano, Mucciarelli, Atti del convegno internazionale di studi, II, Milano, 1996, 1057 ss.; N. RONDINONE, *I gruppi di imprese tra diritto comune e diritto speciale*, Milano, 1999, 699 ss.; A. GAMBINO, *I gruppi nelle procedure concorsuali minori*, in *Giur. comm.*, 1999, I, 367 ss.

¹³ Come emerge dall'ambito di ammissibilità di concordati preventivi e di accordi di ristrutturazione di gruppo, su cui, per taluni accenni, v. *infra*, nt. 27.

¹⁴ Basti pensare all'assenza di contenuti predeterminati per legge nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione, oltre che nello stesso concordato fallimentare, con la conseguenza che nei relativi piani è rinvenibile un ampio spazio, in specie attraverso fusioni, scissioni e conferimenti in società preesistenti o di nuova costituzione, per realizzare forme di risanamento idonee a coinvolgere un gruppo. È il caso dell'art. 160, comma 1, l. fall., laddove, pure precisandosi che autore della proposta è l'imprenditore che si trova in stato di crisi, si specifica, alla lettera *b*), che tra i contenuti della proposta rientra «l'attribuzione delle attività delle imprese interessate alla proposta di concordato ad un assuntore» (G. RACUGNO, *Concordato preventivo*, in *Trattato di diritto fallimentare* (nt. 11), vol. 3, Padova, 2010, 503); ed ancora, alle norme relative al voto (art. 127, comma 6., l. fall.); ed alla legittimazione alla proposta di concordato fallimentare (art. 124, comma 1, l. fall.); ed alla possibilità ed ai limiti del coinvolgimento delle società *in bonis* del gruppo in tali procedure.

¹⁵ E proprio in conseguenza dell'evoluzione normativa intervenuta con l'introduzione dell'art. 2497 c.c. - che, pure nel quadro di fattispecie analoghe a quelle prese in considerazione dalla legislazione speciale, accentua l'unitarietà dell'impresa di gruppo configurando doveri di correttezza gestionale e responsabilità per la loro violazione direttamente sulla capogruppo - si può fondare la soluzione dell'implicita abrogazione dell'art. 90, d.lgs. n. 270/1999 (P. ABBADESSA, *La responsabilità della società capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, in *Banca borsa, tit. cred.*, 2008, I, 288 ss.; *contra*, per la sua conservazione in vita, in quanto avente un campo di applicazione differente, v. A. NIGRO, *Diritto societario e procedure concorsuali*, in *Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, vol. 1, Torino, 2007, 202; S. BONFATTI, P.F. CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*⁴, Padova, 2011, 488 s.; M.R. ADIUTORI (nt. 10), 108 s.), con ciò superandosi definitivamente la questione, ampiamente dibattuta in passato, se la responsabilità degli amministratori della società esercente la direzione unitaria, prevista dal menzionato art. 90, si estenda anche alla stessa società capogruppo (per una panoramica delle posizioni sostenute in proposito, in collegamento alla natura contrattuale od extracontrattuale di tale responsabilità, v. G. SCOGNAMIGLIO, *La responsabilità della capogruppo: problemi ed orientamenti*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, 373 ss.).

comune della crisi di impresa, nel caso di sua applicazione a procedure che coinvolgono un gruppo di società.¹⁶

Il che conferma che si tratta di una disciplina che riguarda in prima battuta il gruppo di società *in bonis* e dunque si preoccupa di disciplinare le condizioni di lecito svolgimento dell'eterogestione, onde prevenirne le manifestazioni patologiche, fissando le conseguenze sanzionatorie che gli operatori accorti avranno cura di evitare: con il che può anche contrapporsi la responsabilità da eterodirezione che si manifesta nel gruppo *in bonis* ed il suo atteggiarsi in costanza di procedure concorsuali. Basti pensare, senza ovviamente svolgere in questa sede qualsiasi approfondimento sul punto, alla enunciazione dei principi di corretta gestione imprenditoriale e societaria, cui la direzione e coordinamento deve essere conformata al meccanismo dei vantaggi compensativi, attraverso il quale si fissano le condizioni per il perseguimento di un «interesse di gruppo» garantendone l'equilibrio rispetto a quello delle singole società, ai meccanismi di pubblicità e di informazione, attraverso i quali possono sottoporsi a verifica le modalità di svolgimento della direzione e coordinamento. A questo quadro generale si affiancano i doveri, riconducibili alla corretta gestione imprenditoriale e societaria, di prevenire ed accertare la crisi o l'insolvenza delle società del gruppo, adottando le misure atte ad impedire il peggioramento della situazione ed a ridurre i rischi di propagazione della crisi¹⁷.

Pure trattandosi di una disciplina del funzionamento di un gruppo di società *in bonis*, può ritenersi che solo nel caso dell'insolvenza e del conseguente fallimento della società eterodiretta risulti implicito l'esito negativo dell'azione esecutiva esercitata nei suoi confronti in qualità di obbligato diretto al risarcimento del danno, quale condizione, prevista dall'art. 2497, comma 3, c.c., per l'operatività in via sussidiaria della responsabilità da direzione e coordinamento della capogruppo¹⁸. Nella disciplina dell'attività di direzione e coordinamento è rinvenibile solamente una norma di diritto societario della crisi, anzi, a rigore, di diritto societario della crisi dei gruppi, vale a dire, l'art. 2497, comma 4, c.c., che disciplina l'esercizio da parte degli organi della procedura concorsuale dell'«azione spettante ai creditori della società eterodiretta per la lesione all'integrità del patrimonio della società», ma non di quella spettante ai soci di minoranza per il pregiudizio «alla redditività ed al valore della

¹⁶ Sulla disciplina della direzione e coordinamento di società, in rapporto alla crisi dei gruppi, v. M. MIOLA (nt. 1), 2705 ss.; N. ABRIANI, *Le responsabilità nelle crisi dei gruppi*, in *Nuovo dir. soc.*, 2012, n. 11, 93 ss.; cui *adde* gli AA. cit. *retro*, nt. 10.

¹⁷ V. *infra*, § 8.

¹⁸ V. sul punto, *infra*, § 7.

partecipazione sociale», stante la sua natura di azione individuale e non di massa¹⁹. Essa si pone sullo stesso piano dell'azione di responsabilità nei confronti degli organi gestori e di controllo che è affidata al curatore dall'art. 146 l. fall., con riferimento a società atomisticamente considerate, pure se si differenzia da quest'ultima per il fatto che non esclude in parallelo un'azione di responsabilità introdotta da un singolo socio²⁰, mentre resta dubbio se il curatore sia legittimato all'esercizio, sulla base di principi generali, dell'azione risarcitoria eventualmente spettante alla stessa società eterodiretta nei confronti della capogruppo²¹.

Dall'inquadramento sistematico di questa norma si deduce che non può certo ricostruirsi, attraverso di essa, il ruolo svolto dalla responsabilità da direzione e coordinamento nelle procedure concorsuali. Essa si limita a precisare le modalità con cui può essere fatta valere nel fallimento della società eterodiretta una responsabilità da abuso di direzione e coordinamento, i cui fatti costitutivi si siano verificati precedentemente alla crisi, ma che comunque la hanno provocato o quanto meno hanno concorso a provocarla, in modo da svolgere una evidente funzione

¹⁹ Con specifico riferimento alla legittimazione attribuita al curatore dall'art. 2497, ult. comma, c.c., per la sola azione spettante ai creditori della società eterodiretta, in quanto rivolta a beneficio dell'intera massa, a differenza dell'azione attribuita ai singoli soci per il danno riflesso a costoro prodotto, la cui legittimazione si conserva in capo a costoro, in parallelo, pur con la non coincidenza dei presupposti delle due azioni, con quanto disposto per le società azionarie dall'art. 2394-bis c.c., v. G. SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale e azione individuale nella responsabilità da direzione e coordinamento*, in *Nuovo diritto delle società* (nt. 15), vol. 3, Torino, 2007, 969 ss.; G. CAVALLI (nt. 11), 294 ss.; N. RASCIO, *La legittimazione attiva alle azioni risarcitorie del curatore nel fallimento*, in *Giur. comm.*, 2013, II, 147 ss.

²⁰ Cfr. G. FAUCEGLIA, *Art. 146*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, Commentario diretto da JORIO-FABIANI, Bologna, 2006, 2156; M. BUSSOLETTI, *Sulla "irresponsabilità" da direzione unitaria abusiva e su altre questioni aperte in tema di responsabilità ex art. 2497 c.c.*, in *Riv. dir. comm.*, 2013, I, 418 ss. e 427 s.; G. D'ATTORRE, *Le azioni di responsabilità da direzione e coordinamento nel fallimento della "eterodiretta"*, in *Riv. dir. comm.* 2015, I, 59 ss., ove approfondimenti sulle modalità di coordinamento delle azioni onde evitare un cumulo delle stesse e la conseguente duplicazione del risarcimento.

²¹ In senso favorevole alla legittimazione della società eterodiretta all'azione di responsabilità ex art. 2497 c.c., cfr., tra gli altri, V. CARIELLO, *Sub art. 2497*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. NICCOLINI, A. STAGNO D'ALCONTRES, Napoli, 2004, 1873; G. SCOGNAMIGLIO (nt. 19), 947 ss.; M. BUSSOLETTI (nt. 10), 418 ss.; Trib. Milano, 17 giugno 2011, in *Società*, 2012, 258, nt. H. SIMONETTI; Trib. Milano, 27 febbraio 2012, in *Riv. dir. soc.*, 2012, 734; Trib. Palermo, 15 giugno 2011, in *Giur. comm.*, 2013, II, 507, nt. L. BENEDETTI; Trib. Milano, 20 dicembre 2013 (*ord.*), in *Società*, 2014, 560; in senso contrario, ABBADESSA (nt. 15), 279 ss.; R. PENNISI, *La legittimazione della società diretta all'azione di responsabilità per abuso di direzione e coordinamento*, in *Società, banche* (nt. 1), 1631 ss.; M. MAUGERI, *Partecipazione sociale e attività di impresa*, Milano, 2010, 368 ss.; M. ROSSI, *I molti problemi "aperti" della disciplina dei gruppi: considerazioni a margine di una recente ordinanza cautelare*, in *Società*, 2014, 571 ss.; G. GUIZZI, I. PAGNI, *Noterelle in tema di legittimazione ad agire nell'ipotesi di illecito esercizio del potere di direzione e coordinamento di società*, *ivi*, 589 ss.

deterrente ²². Dunque, la responsabilità da eterogestione può essere configurata in relazione a condotte (o omissioni) che hanno provocato o accentuato la crisi, con la conseguenza che in caso di sottoposizione della società eterodiretta a procedura concorsuale non cambia il regime sanzionatorio dell'abuso di eterogestione. Si tratta sempre di un rimedio di natura risarcitorio, mentre non è previsto il fallimento della società esercente direzione e coordinamento, tanto meno in via di estensione, salvo che esso non discenda *motu proprio*, vale a dire per cause proprie e quindi in particolare per la ricorrenza di uno stato di insolvenza.

Più specificamente, ed a maggiore ragione, la disciplina della direzione e coordinamento non comporta, nel caso di apertura di procedure concorsuali, alcuna forma di consolidamento sostanziale attraverso l'unificazione delle masse attive e passive.

Questo vale in particolare per quanto riguarda il ruolo della direzione e coordinamento a proposito dell'ambito di ammissibilità degli effetti del concordato preventivo di gruppo, nonché dei piani di ristrutturazione di gruppo. In questi casi le finalità di semplificazione e la ricerca di sinergie, che favoriscano il perseguimento in un ambito di gruppo degli obiettivi di risanamento, risultano raggiunte attraverso forme di unificazione a vario livello sul piano procedurale, ma senza che a ciò possa ricollegarsi un significativo stravolgimento dei principi.

E ciò vale sia nel caso di presentazione da parte di ciascuna delle società coinvolte di una distinta domanda di concordato preventivo accompagnata da un autonomo piano ²³, con la conseguenza che si realizza un mero coordinamento di procedure che rimangono formalmente distinte, e che tuttavia risultano condizionate l'una dall'altra in quanto dipendenti dall'ammissione alla procedure e dall'omologazione che intervengano per ciascuna delle società coinvolte²⁴; sia qualora si giunga ad ammettere la

²² Cfr. U. TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, 2010, 52.

²³ A favore di questa impostazione, v. F. BONELLI, *Le insolvenze dei grandi gruppi: i casi Chrysler, Alitalia, Socotherm, Viaggi del Ventaglio, Gabetti, Risanamento e Tassara*, in *Crisi di imprese: casi e materiali*, a cura di F. BONELLI, Milano, 2011, 23; Trib. Milano, 18 febbraio 2010, *ivi*, 1013. Uguali considerazioni valgono per l'accordo di ristrutturazione di gruppo, il quale, pure se presenta carattere unitario per la partecipazione ad esso della pluralità di società del gruppo, richiede l'approvazione al 60% da parte dei creditori di ciascuna società, i quali potranno all'uopo essere suddivisi in ragione delle società di cui sono creditori, sul modello delle classi (pure se *sui generis*) (cfr. N. ABRIANI (nt. 16), 109 s.).

²⁴ Pure se è consentito individuare uno stretto nesso funzionale tra i contenuti e gli obblighi in essi previsti, in modo da consentire una loro valutazione unitaria Cfr. G. FAUCEGLIA, *Sul fenomeno del gruppo nel concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2011, II, 253 ss.; con specifico rif. a Trib. Milano, 10 novembre 2009, *ivi*, 2010, II, 343 nt. M. GALARDO, e in *Foro it.*, 2010, I, 297.

presentazione con un unico ricorso di una domanda unitaria per tutte le società coinvolte, accompagnata da un piano unitario redatto alla luce della situazione complessiva del gruppo e dunque espressione della direzione e coordinamento²⁵, e dalla nomina di un unico commissario; sia, infine, allorché si sia in presenza di una pluralità di domande presentate attraverso un unico ricorso sottoscritto dal legale rappresentante delle società²⁶. Ma in ogni caso, con netta distinzione tra i creditori e con distinte votazioni per le singole società, pure se in una unica adunanza, senza pervenire alla unificazione delle masse sul piano attivo e passivo²⁷, né alla formazione di classi uniformi di

²⁵ Cfr. Trib. Roma (decr.), 7 marzo 2011, in *Dir. fall.*, 2011, II, 247.

²⁶ Cfr. Trib. Benevento, 18 gennaio 2012, in *Dir. banc.*, 2012, I, 371, nt. D. VATTERMOLI.

²⁷ Così come espressamente sancito per il concordato di gruppo nell'amministrazione straordinaria c.d. speciale (art. 4-bis, comma 2, d.l. 347/2003). Questo in quanto la direzione e coordinamento e le esigenze sottostanti al concordato di gruppo non consentono comunque il superamento del principio della responsabilità patrimoniale universale dell'art. 2740 c.c., peraltro ritenuto derogabile in favore del concordato «in continuità», e della distinta personalità giuridica, con la conseguenza che ciascuna società deve essere chiamata a rispondere con l'intero patrimonio nei confronti dei propri creditori, salvo il ricorso alla fusione. Deve ritenersi, pertanto, del tutto eccezionale il consolidamento delle masse attive, anche se realizzato indirettamente attraverso la previsione di percentuali uguali, sulla base del valore totale dell'attivo liquidabile, di soddisfacimento della classe dei creditori chirografari (destinate a rimanere distinte) delle singole società coinvolte e l'elisione dei rapporti di credito/debito intragruppo (cfr. Trib. Roma, 25 luglio 2012, in *Fallimento*, 2013, 748, nt. C. TRENTINI; ma v. Trib. Benevento, 18 gennaio 2012 (nt.26)), perché essa comporta il conseguente utilizzo, anche se parziale, del patrimonio attivo di una società per il soddisfacimento dei creditori di altra società, sul modello della cessione solo parziale dei beni ai propri creditori finalizzati a consentire la realizzazione di un concordato «in continuità», consentita dall'art.186-bis l. fall. (ma v. anche Trib. Palermo, 4 giugno 2014, in *ilcaso.it.*, per un consolidamento di masse attive e passive); sul concordato di gruppo, v. G. SCOGNAMIGLIO (nt. 11), 1100 ss.; N. RONDINONE, *Società (gruppi di)*, in *Digesto comm., Agg.*, Torino, 2009, 591 ss.; F. BONELLI (nt. 23), 2 ss.; G. FAUCEGLIA (nt. 24), 253 ss.; M. GARCEA, *La rilevanza del gruppo nelle gestioni negoziate della crisi di impresa*, in *Riv. soc.*, 2012, 943 ss.; N. ABRIANI (nt. 16), 108 ss.; D. VATTERMOLI, *Concorso e autonomia privata nel concordato preventivo di gruppo*, in *Dir. banca e mercato fin.*, 2012, I, 378 ss.; S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, in *Trattato di diritto fallimentare* (nt. 11), vol. 4, 55 ss.; S. POLI, *Il "concordato di gruppo": i) profili problematici, agnosticismo del legislatore e supplenza giurisprudenziale*, in *Contr. impr.*, 2014, 1465 ss.; a favore della deroga all'art. 2740 c.c. ed alla separazione delle masse attive, in modo da consentire di destinare parte dell'attivo di una delle società del gruppo, pur essa non *in bonis*, non all'integrale pagamento dei propri creditori, bensì al soddisfacimento dei creditori concordatari di un'altra società, v. A. D'ATTORRE, *Concordato preventivo e responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, I, 359 ss.; S. POLI, *Il concordato di gruppo: ii) verifica critica degli approdi giurisprudenziali con tentativi di ricavare dal sistema le chiavi per un parziale superamento del dogma della separazione delle masse (attive) (parte II)*, in *Contr. impr.*, 2015, 100 ss., ed ora, ampiamente, R. SANTAGATA, *Concordato preventivo "di gruppo" e «teoria dei vantaggi compensativi»*, in corso di pubbl., in *Riv. dir. impr.* 2015, consultato per la cortesia dell'A., nel quadro della riconosciuta operatività, anche in tali circostanze, del principio dei vantaggi compensativi, l'accertamento dei quali sarebbe riservato al Tribunale in sede di ammissione al concordato, nel quadro della

creditori con riferimento non alle singole società, ma all'intero gruppo ²⁸. E questo a prescindere dall'eventuale coinvolgimento nel piano di risanamento di società *in bonis* del gruppo ²⁹.

Anzi, l'introduzione della disciplina dell'attività di direzione e coordinamento costituisce un'evidente indicazione della scelta dell'ordinamento di risolvere le questioni poste dai trasferimenti intragruppo al di fuori della tecnica del consolidamento sostanziale.

Ovviamente, si pone l'esigenza di verificare in pieno la portata alternativa di questa disciplina rispetto alle esigenze di repressione dei fenomeni di eterogestione abusiva che si intendono affrontare. Questo in quanto non vi può essere in assoluto coincidenza tra l'unificazione e la responsabilità gravante sul patrimonio di una società distinta da quella sottoposta a procedura concorsuale, in presenza di un abuso nell'attività di direzione e coordinamento che è ritenuta di per sé dall'ordinamento un fenomeno lecito. Le interferenze tra le due fattispecie emergono, viceversa, in pieno, qualora si sia in presenza di situazioni patologiche, quale sono quelle in cui l'abuso di direzione e coordinamento abbia condotto a forme di lesione dell'integrità patrimoniale delle società eterodirette.

In queste circostanze, prevedere una responsabilità della capogruppo nei confronti dei creditori delle società eterodirette, di ammontare pari all'ammontare del patrimonio attivo di queste ultime di cui si sia arricchita la capogruppo – e lo stesso può dirsi per quanto riguarda il compimento di ulteriori atti per esse pregiudizievoli e riconducibili all'influenza della capogruppo, quali l'assunzione di debiti conseguente alla concessione di finanziamenti intragruppo – equivale all'effetto che si produrrebbe attraverso il consolidamento, vale a dire il concorso dei creditori della società eterodiretta, per la parte non soddisfatta, anche sul patrimonio della capogruppo che si sia accresciuto per effetto di tali operazioni.

valutazione della fattibilità giuridica dello stesso: con ciò sollevandosi la questione delle modalità e dei limiti dell'assorbimento all'interno della procedura concorsuale della responsabilità da direzione e coordinamento nei confronti dei creditori sociali, sancita dall'art. 2497 c.c.

²⁸ Tutto questo con l'effetto di pervenire all'approvazione della proposta, anche qualora non si raggiunga la maggioranza dei creditori di una delle società del gruppo, bensì si ottenga una maggioranza tra tutti i creditori del gruppo, e per i creditori dissenzienti non ricorra un apprezzabile sacrificio: cfr. Trib. Crotone, 28 maggio 1999, in *Giust. civ.*, 2000, I, 1533; ma cfr. Trib. Milano, 24 aprile 2012, in *ilcaso.it*, che perviene a conservare la separazione tra le masse attive e passive almeno sino all'adunanza dei creditori, con separazione delle relative votazioni, anche se le società hanno già deliberato la loro fusione in vista del concordato.

²⁹ V. *infra*, § 8.

Non diversamente avviene nel caso in cui gli effetti della direzione e coordinamento consistano in un vantaggio ottenuto dalla società eterodiretta a scapito della capogruppo. Anche in questo caso, la ricostruzione di forme di tutela dei soci di minoranza e dei creditori della capogruppo si rivela alternativa al soddisfacimento ottenuto da questi ultimi sul patrimonio della eterodiretta che risulti indebitamente accresciuto, quale scaturirebbe dal meccanismo del consolidamento sostanziale.

Anche in sede fallimentare il legislatore considera, pertanto, pienamente operante la soluzione dell'eterogestione abusiva accolta dall'art. 2497 c.c., e fondata su un rimedio di natura risarcitoria, in contrapposizione ai rimedi societari, fondati su tecniche di responsabilità patrimoniale realizzate attraverso il superamento della personalità giuridica e della limitazione di responsabilità, e conducenti al consolidamento delle masse attive e passive. Tutto questo sul presupposto di una piena equiparazione, sul piano degli effetti, tra le due tipologie di responsabilità da eterogestione, come è dimostrato dal fatto che, anche a prescindere dai rimedi di natura risarcitoria, l'intreccio di relazioni finanziarie rinvenibile tra società del gruppo risulta in grado di realizzare forme di affidamento dei creditori esterni facenti leva sulla solvibilità del gruppo nel suo insieme pienamente alternative a quanto realizzabile *ex post* attraverso il consolidamento sostanziale. Basti pensare alle ipotesi di *cross-guarantees* tra le società del gruppo che consentono di ottenere l'adempimento dei debiti contratti da ciascuna delle società, usufruendo di garanzie azionabili sui patrimoni di tutte le società del gruppo³⁰. Ed ulteriori correttivi sono rappresentati dalla repressione degli abusi, realizzabile anche nei finanziamenti intragruppo attraverso il regime di postergazione (art. 2497-*quinquies* c.c.), onde evitare il fenomeno della discriminazione tra creditori forti e deboli, che è posto tra gli argomenti a favore del superamento della personalità giuridica.

3. *Responsabilità risarcitoria v. responsabilità patrimoniale per eterogestione abusiva degli «pseudogruppi» alla luce dei consolidati filoni interpretativi: a) il fallimento in estensione ai sensi dell'art. 147 l. fall.*

Occorre a questo punto tenere conto dei diversi meccanismi da lungo tempo presenti nel nostro ordinamento e rivolti a colpire gli abusi da eterogestione, al punto che la mancata introduzione nella legge fallimentare di una specifica disciplina relativa al gruppo insolvente,

³⁰ Cfr. R. SQUIRE, *Strategic Liability in the Corporate Group*, in *Univ. Chi. L. Rev.*, 2011, 605 ss.; per ult. rif. riguardo alla più ampia questione della rilevanza dei rapporti di gruppo ai fini della verifica circa la solvibilità della singola società, cfr. anche M. MIOLA (nt. 1), 2715 ss.

piuttosto che il riconoscimento dei risvolti applicativi che la disciplina della direzione e coordinamento presenta anche in sede fallimentare, risulta la conferma di una contrapposizione che si è andata gradualmente sviluppando nel nostro ordinamento tra due modelli attraverso cui affrontare la crisi che coinvolge un gruppo di società: vale a dire, da un lato, la responsabilità risarcitoria da abuso di direzione e coordinamento e, dall'altro, la responsabilità patrimoniale da eterogestione abusiva. Si allude alle ben note ricostruzioni volte a consentire di aggredire, mediante la sottoposizione a fallimento, il patrimonio dei soggetti a cui siano imputabili fenomeni di eterodirezione abusiva dell'altrui impresa, facendo scaturire una responsabilità illimitata a carico di soci c.d. «tiranni» originariamente a responsabilità limitata, sul presupposto dell'abuso dello strumento societario così perpetrato.

Non è certo, tuttavia, intenzione di questo scritto ripercorrere, nemmeno in minima parte, la vasta e cangiante serie di tecniche che si sono offerte nel corso di decenni al ruolo creativo della giurisprudenza, unificate dallo specifico obiettivo di colpire, mediante la sottoposizione a fallimento dei soggetti cui sia imputabile l'eterogestione abusiva, fenomeni di artificioso frazionamento dell'attività di impresa riconducibile ad una stessa o alle stesse persone fisiche, e dunque dietro cui si cela un'unica impresa ed un unico imprenditore, tali da realizzare situazioni di vero e proprio abuso della persona giuridica³¹ e di confusione dei relativi patrimoni: dunque, in una parola, qualificabili in termini di «pseudogruppi», che appaiono avulsi dall'elaborazione di un'organizzazione di gruppo funzionale alla ripartizione del rischio di impresa tra le varie entità, e

³¹ In sintesi, si tratta della ben nota congerie di tecniche volte, da un lato, a pervenire ad un'interpretazione analogica delle tipologie di fallimento in estensione di cui all'art. 147 l. fall., in modo da estenderne al massimo il campo di applicazione (tra cui primeggia la teoria dell'imprenditore occulto: cfr. W. BIGIAMI, *Responsabilità del socio tiranno*, in *Foro it.*, 1960, I, 1180) – idonea a realizzare una versione secondo il diritto italiano del superamento della personalità giuridica (su cui v. l'elegante sintesi di G. C. M. RIVOLTA, *Diritto delle società. Principi*, in *Trattato Buonocore*, Torino, 2015, 208 ss.) -; dall'altro, a rinvenire attraverso varie teorie, quali quelle della società a *latere*, della supersocietà, della *holding* personale come imprenditore individuale o società di fatto, una distinta società di fatto tra i soci persone fisiche o tra costoro e la società di capitali, ed a pervenire ad un fallimento che colpisce in via autonoma la società così individuata ed in via di estensione i soci della stessa, o direttamente i soci in quanto imprenditori individuali: per una complessiva panoramica di tali tecniche, n. A. NIGRO (nt. 11), 459 ss.; e per un'efficace e lucida ricostruzione delle tematiche, v. P. SPADA, *Patrimonio aziendale ed interposizione nell'esercizio dell'impresa, oggi*, in *AGE*, 2014, 27 ss.; un significativo esempio dell'ampiezza di utilizzo in giurisprudenza di tali tecniche, si rinviene in Trib. Messina, 8 marzo 1994, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2001, II, 251, nt. M. MIOLA.

piuttosto tali da integrare essenzialmente fenomeni di interposizione reale nell'esercizio dell'impresa ³².

Le finalità perseguite sono ben più limitate e specifiche, pure se presentano ugualmente una valenza sistematica ed applicativa di un qualche rilievo, alla luce dell'evoluzione normativa. Si tratta di verificare quale impatto abbiano avuto le riforme del diritto societario e fallimentare, nel delimitare l'impiego delle tecniche di responsabilità da eterogestione di natura patrimoniale: e ciò soprattutto in relazione all'introduzione di una disciplina legislativa dell'eterodirezione abusiva di tenore risarcitorio. Ed in stretta derivazione da ciò, se e quale portata possa avere, sul piano sistematico e della scelta dei rimedi normativi, l'eventuale (conservazione di una) distinzione tra gruppi veri e «pseudogruppi».

Volendo riassumere già ora quanto emergerà dalla sintetica indagine che si svolgerà di seguito, da un lato sussistono dei ridimensionamenti, impliciti o espliciti, di tali tecniche, in favore dei rimedi di natura risarcitoria, sullo sfondo dell'intento di rafforzare la distinta personalità giuridica delle società e di scongiurarne il superamento, rispetto alle quali si rinvergono manifestazioni di dominio abusivo ³³; ma dall'altro, permangono indubbi spazi di operatività, anche per la persistente tendenza della giurisprudenza all'allargamento dell'area della responsabilità patrimoniale, in specie mediante il fallimento in estensione, per sopperire a procedure concorsuali con attivo insufficiente; sino a giungere a situazioni di ingiustificata sovrapposizione e «confusione» tra le tecniche offerte dall'ordinamento rispetto ai fenomeni di eterogestione abusiva ³⁴.

³² Il termine «pseudogruppi» è impiegato da F. GALGANO, *Direzione e coordinamento di società*, in *Comm. al cod. civ. Scialoja-Branca*, diretto da Galgano, Bologna-Roma, 2005, 37, accanto a quello di «finezza di gruppo»: ID., *I gruppi di società*, in *Le società*, Trattato diretto da Galgano, Torino, 2001, 199.

³³ Sottolinea lo spostamento di prospettive, dalla responsabilità patrimoniale a quella risarcitoria, emergente dal nuovo quadro normativo ed in particolare dalla riconosciuta liceità della direzione e coordinamento e quindi delle limitazioni di responsabilità attraverso l'articolazione di gruppo, A. NIGRO, *sub Art. 147*, in *Il nuovo diritto fallimentare* (nt. 20), 2184; a favore del permanente richiamo, in relazione ai c.d. gruppi «finti», all'impiego di tecniche di superamento della personalità giuridica, in luogo degli artt. 2497 ss. c.c., stante la supposta inadeguatezza di tale disciplina ad affrontare le situazioni in cui alla moltiplicazione dei centri di imputazione non corrispondano finalità imprenditoriali ed una razionale programmazione di gruppo, per regolare il cui funzionamento contro il rischio di abusi, viceversa, tali norme risultano predisposte, v. M. GARCEA, *I gruppi di società di persone*, Napoli, 2008, 104 ss.; ID., *I "gruppi finti". Appunti in tema di gruppi di società e interposizione nell'esercizio dell'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, 205 ss.; in termini analoghi, E. MARCHISIO, *La "corretta gestione" della società eterodiretta ed il recepimento di direttive (programmaticamente o solo accidentalmente) dannose*, in *Giur. comm.*, 2011, I, 937 ss.

³⁴ Di «pericoloso spostamento dell'asse del sistema dei rimedi dalla responsabilità "risarcitoria" alla responsabilità "patrimoniale", in contrasto con le finalità della riforma del

Sicuramente appaiono degne di rilievo le conseguenze della riforma del diritto fallimentare sulla delimitazione dell'ambito di applicazione del fallimento in estensione, ai sensi dell'art. 147 l. fall.³⁵ E' indubbio che la fattispecie delineata da questa norma presenti dei vantaggi sul piano delle modalità di svolgimento delle procedure concorsuali: pur senza realizzare almeno formalmente l'unificazione delle masse attive e passive³⁶, e pur rimanendo distinte le singole procedure, essa consente un sia pure minimo coordinamento delle stesse, al punto che può configurarsi come un prototipo delle tecniche miranti a tale risultato³⁷.

diritto societario, scrive F. GUERRERA, *Note critiche sulla c.d. supersocietà e sull'estensione del fallimento in funzione repressiva dell'abuso di direzione unitaria*, in *Dir. fall.*, 2014, II, 63 ss.

³⁵ V. gli AA cit. *retro*, nt. 11, cui adde, F. VASSALLI, *sub art. 147*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di A. NIGRO, M. SANDULLI, V. SANTORO, Torino, 2010, 1935 ss. Vanno, inoltre, considerate le proposte di soppressione del fallimento in estensione e di sua sostituzione con meccanismi di tipo esecutivo idonei a raggiungere risultati uguali, pure se nel quadro di una responsabilità patrimoniale, con modalità più semplici (cfr. A. NIGRO (nt. 33), 2169; A. DIMUNDO, *Interrogativi sull'attualità del fallimento in ripercussione dei soci*, in *Fallimento*, 2009, 1039 ss., ove una ricostruzione storica delle origini della norma).

³⁶ Fermo rimanendo che, quanto meno nel caso di società di fatto, la distinzione tra masse passive della società e del socio, così come quella tra beni della società e del socio, sia ardua, in caso di mancata spendita del nome della società e di conferimento in società senza le formalità richieste: sui criteri applicabili in tali circostanze, v. A. JORIO, *Il fallimento*, in *Trattato Cottino*, vol. X, Padova, 2009, 774.

³⁷ Nonostante l'art. 148 l. fall. contenga la formula «pur rimanendo distinte le diverse procedure», non possono trascurarsi gli spunti per il coordinamento, al fine di realizzare una unità di indirizzo, presenti in tale disciplina. Così come la circostanza della mancata formazione di uniche masse attive e passive finalizzata a limitare, in contrapposizione ai creditori della società - il concorso dei creditori particolari del socio esclusivamente sul fallimento del loro debitore, e non su quello della società, che rispecchia il regime di responsabilità solidale dei soci illimitatamente responsabili, ponendosi semmai la questione se ai fini dell'ordine di liquidazione dell'attivo sia reso inoperante il regime del *beneficium excussionis*, e rispetta la separazione patrimoniale solo unilaterale presente nelle società di persone, senza di conseguenza procedere al suo superamento - non permette di tralasciare che la regola secondo cui il credito dichiarato dai creditori sociali nel fallimento della società si intende richiamato per l'intero anche nel fallimento del singolo socio produce, nella sostanza, un risultato analogo a quello del consolidamento sostanziale: sugli aspetti processuali del fallimento della società, v. A. NIGRO, *Il fallimento del socio illimitatamente responsabile*, Milano, 1974, 540 ss.; A. BONSIGNORI, *Il fallimento delle società. Profili processuali*, in *Trattato Galgano*, vol. X, Padova, 1988, 164 ss.; più di recente, C. MONTAGNANI, *Sub Art. 148*, in *Commentario alla legge fallimentare* diretto da C. CAVALLINI, Milano, 2010, 261 ss. Del resto, a conclusioni analoghe conduce la ben nota teoria dell'«insolvenza globale», che postula l'applicazione dell'art. 147 l. fall., sul presupposto dell'accertamento dell'insolvenza complessiva della società e dei soci (cfr. V. BUONOCORE, *Fallimento e impresa*, Napoli, 1969, 195 ss.; F. DENOZZA, *Responsabilità dei soci e rischio di impresa nelle società personali*, Milano, 1973, 162 ss.; F. VASSALLI, *Problemi di costituzionalità dell'art. 147 legge fallimentare dopo la sentenza n. 142 della Corte Costituzionale*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, I, 346), secondo una concezione destinata a ripresentarsi nell'ambito dei gruppi di società (per rif., v. M. MIOLA (nt. 1), 2718 s.).

Pertanto, è comprensibile la sua utilizzazione per colpire forme di eterodirezione abusiva, a partire dalla ben nota teoria del socio tiranno quale imprenditore occulto, che a seguito della riforma del diritto societario hanno trovato potenzialmente spazi nuovi, pure se di meno immediata applicazione, attraverso la ben nota teoria della «super-società» mirante ad individuare ed a dichiarare il fallimento di molteplici fattispecie di società di fatto intercorrenti tra società di capitali, o tra questa ed uno o più dei suoi soci, in modo da procedere al loro fallimento in estensione in quanto soci illimitatamente responsabili.

4. (Segue): *Fallimento della «super-società» ed eterodirezione abusiva.*

L'espresso riconoscimento, effettuato dalla riforma del diritto societario nell'art. 2361 c.c., dell'ammissibilità dell'assunzione di partecipazioni di società per azioni – e probabilmente anche di s.r.l. – (anche) in società di persone ha da un lato eliminato gli ostacoli che in via di principio si frapponevano alla configurazione di una società di capitali socia di una società di persone. Dall'altro, la disciplina in questione risulta circondare tale partecipazione di una serie di requisiti formali, che sembrerebbero limitarne l'utilizzabilità ai gruppi strutturati, e non certo alla diversa situazione che vede la ricostruzione in via successiva da parte dei giudici fallimentari di una società di fatto partecipata anche (o solo) da società di capitali.

Sono stati numerosi i tentativi della giurisprudenza di superare gli ostacoli rappresentati dal trattarsi in questi casi a tutti gli effetti di una società di fatto, e come tale non iscritta nel registro delle imprese: ne discendono i limiti all'applicabilità dell'art. 2361, comma 2, c. c, alla partecipazione in società di fatto, anche in caso di mancanza dei requisiti formali e quindi di una delibera assembleare di autorizzazione all'assunzione della partecipazione e, ma in termini meno convincenti, in mancanza dell'informazione sulla partecipazione in questione da fornire nella nota integrativa al bilancio, richiesta dall'art. 111-*duodecies* disp. att. 38.

³⁸ In senso favorevole all'ammissibilità della partecipazione in società di fatto ed al conseguente fallimento di questa, cfr. Trib. S.M. Capua Vetere, 8 luglio 2008, in *Fallimento*, 2008, 89, nt. F. FIMMANÒ; Trib. Forlì, 9 febbraio 2008, in *Giur. it.*, 2008, 1428, nt. G. COTTINO; in *NDS*, 2008, 1286, nt. M. SPIOTTA; in *Fallimento*, 2008, 1398, nt. IRRERA; e la nota di M. GARCEA, *Il fallimento della società occulta tra società di capitali. Riferibilità dell'impresa e partecipazione di società di capitali a società di persone*, in *Questioni e casi di diritto commerciale*, III, a cura di P. SPADA, Padova, 2010, 170 ss.; Trib. Prato, 13 novembre 2010, in *Giur. merito*, 2011, 272, nt. M. GAETA e in *Dir. fall.*, 2011, II, 382, nt. M. BAILO LEUCARI; App. Catanzaro, 30 luglio 2012, in *Giur. comm.*, 2013,

E così, si è sostenuto che l'assenza di una formale delibera assembleare che autorizzi l'assunzione della partecipazione costituisce fonte di responsabilità degli amministratori, ma non essendo previsto espressamente la nullità della stessa e comunque dovendo da essa scaturire effetti solo *ex nunc*, non si impedisce che la partecipazione sociale sia comunque produttiva di effetti; il tutto secondo un principio di effettività, che conduce ad attribuire rilevanza all'attività di impresa effettivamente svolta e quindi al suo fallimento (anche) in estensione, in parallelo a quanto sostenuto in tema di impresa illecita, pure se con il rischio di sconfinare nella non coincidente figura della società apparente: in altri termini, sarebbe rinvenibile una partecipazione assunta non mediante una delibera espressa, ma per fatti concludenti, che in sostanza sarebbe l'unica ammissibile, ad onta dell'art. 2361, comma 2, c.c., quando si tratti di società di persone costituite a loro volta per fatti concludenti ³⁹.

A queste argomentazioni può, tuttavia, contrapporsi la difficoltà, stante le caratteristiche della situazione, di rinvenire una ratifica tacita dell'assunzione della partecipazione in società di fatto da parte della società di capitali, oltre all'irrelevanza della coincidenza in tali circostanze tra amministratori e soci ⁴⁰, e la necessità che la qualità di socio, ai sensi dell'art. 2361, comma 2, c.c., sia ricavata formalmente e non per fatti concludenti ⁴¹.

II, 433 nt. M. SPIOTTA; Trib. Reggio Calabria, 8 aprile 2013, in *Dir. fall.*, 2014, II, 63, nt. F. GUERRERA. In dottrina, v. A. BARTALENA, *La partecipazione di società di capitali in società di persone*, in *Nuovo diritto delle società* (nt. 15), 99; F. PLATANIA, *Il fallimento di società di fatto partecipata da società di capitali*, in *Fallimento*, 2008, 1293.

³⁹ Cfr. Trib. Forlì, 9 febbraio 2008 (nt. 38); Trib. Prato, 10 novembre 2010 (nt. 38); App. Catanzaro, 30 luglio 2012 (nt. 38); Trib. Nola, 29 maggio 2013, in *Foro napoletano*, 2014, 975, nt. P. GHIONNI CRIVELLI VISCONTI; Trib. Milano, 30 settembre 2013, in *Società*, 2014, 816, nt. F. ATTANASIO, ma senza pronunciarsi sul fallimento. In dottrina, v. F. FIMMANÒ, *Il fallimento della super-società di fatto*, in *Fallimento*, 2009, 90 ss. Per l'ampia rilevanza attribuita al rapporto societario di fatto, sulla base del principio di effettività, ai fini della sua opponibilità ai terzi, in quanto in grado di superare il vincolo legale dell'art. 2361, comma 2, c.c. e consentire la sottoposizione a fallimento della società di capitali partecipante, v. F. MURINO, *Sulla fattispecie di società di fatto tra società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2014, II, 918 ss.

⁴⁰ Per queste argomentazioni, fondate sui legami strettissimi in termini di rapporti finanziari e di composizione della compagine sociale, che di regola sono riscontrabili nelle vicende concrete sottoposte ai giudici, v. A. DELL'OSSO, *La supersocietà di fatto (tra società di capitali) al vaglio della Corte Costituzionale*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2014, II, 333 s., ove rif.

⁴¹ Cfr. App. Bologna, 11 giugno 2008, in *Fallimento*, 2008, 1293. Secondo una differente interpretazione, l'inopponibilità ai terzi della mancata autorizzazione assembleare dovrebbe operare almeno qualora l'assunzione della partecipazione sia avvenuta da parte degli amministratori in modo formale e non meramente per atti concludenti, trattandosi di un atto che non eccede i poteri che la legge «consente di conferire» ad essi, e non richiedendosi la verifica da parte dei terzi dell'intervenuta

Altro argomento proposto al fine di ammettere la sottoposizione a fallimento della c.d. supersocietà, nonostante la mancata ricorrenza delle condizioni fissate dall'art. 2361, comma 2, c.c., è costituito dal generale potere di rappresentanza attribuito agli amministratori dall'art. 2384, comma 1, c.c., a seguito della riforma del diritto societario, ed alla conseguente inopponibilità ai terzi delle limitazioni ai loro poteri di fonte statutaria o discendenti da una decisione degli organi competenti: questo consentirebbe di ammettere la piena validità ed efficacia nei confronti dei terzi dell'acquisto o sottoscrizione delle partecipazioni in società di fatto effettuato da costoro, anche in mancanza di una delibera assembleare di autorizzazione: infatti, non può ritenersi attribuita all'assemblea, anche per l'assenza di conseguenze per tali violazioni, una competenza gestoria in materia destinata ad incidere sulla ripartizione di competenze tra gli organi della società e tale da precludere in radice ogni effetto rispetto ai terzi degli atti concernenti la partecipazione in questione posti in essere dagli amministratori⁴².

L'argomento non può, tuttavia, essere condiviso, qualora si ritenga che la previsione dell'art. 2361, comma 2, c.c., nel subordinare all'autorizzazione dell'assemblea l'assunzione di partecipazioni in società con responsabilità illimitata dei soci, fissi un limite legale al potere altrimenti «generale» di rappresentanza e, prima ancora, di amministrazione degli amministratori, a tutela dall'aggravamento del rischio assunto dai soci rispetto al loro investimento iniziale, al di fuori della loro volontà, la cui violazione, con la conseguente inefficacia delle operazioni poste in essere, pertanto, potrà essere sempre opposta ai terzi e quindi sarà dotata di una rilevanza reale, e non solo obbligatoria⁴³. A

autorizzazione assembleare (v. M. SPIOTTA, *Società di fatto o «del fatto compiuto»?*, in *Giur. comm.*, 2013, II, 444 ss.; ed in termini generali, M. SCIUTO, *Problemi in materia di potere rappresentativo degli amministratori di s.r.l.*, in *Riv. soc.*, 2014, 28 ss.).

⁴² Cfr. Trib. Palermo, 14 ottobre 2012, in *Società*, 2013, 392, nt. C. HAMEL; Trib. Brindisi, 7 gennaio 2013, in *Giur. comm.*, 2014, II, 906, nt. F. MURINO; Trib. S.M. Capua Vetere, 8 luglio 2008 (nt. 38); App. Catanzaro, 30 luglio 2012 (nt. 38); v. anche F. FIMMANÒ, *Abuso di direzione e coordinamento e tutela dei creditori delle società abusate*, in *Riv. not.*, 2012, 298 s., che, pur configurando una vera e propria competenza attribuita in materia agli amministratori, ritiene che, comportando la violazione dell'art. 2361, comma 2, c.c., una nullità *ex nunc*, la società di fatto continui ad esistere fino alla definizione dei rapporti pendenti.

⁴³ Cfr. A. BARTALENA, *La partecipazione di società di capitali in società di persone*, in *Il nuovo diritto delle società* (nt. 15), vol. 1, 110 ss.; V. DONATIVI, *Sub art. 2361*, in *La riforma delle società*, a cura di Sandulli-Santoro, Torino, 2003, 227 ss.; G. COTTINO, *Note minime su società di capitali (presunta) socia di società di persone*, in *Giur. it.*, 2007, 2222 ss.; G. B. PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo amministrativo nei sistemi di amministrazione*, in *Il nuovo diritto delle società* (nt. 15), vol. 2, 30; M. GARCEA (nt. 38), 177 ss.; F. GUERRERA (nt. 34), 66 ss. Sulla permanente opponibilità dei limiti legali al

maggior ragione questo assunto vale nel caso di s.r.l., nella quale deve essere riconosciuta l'inammissibilità di deroghe alle competenze gestorie dei soci stabilite dall'art. 2479, comma 2, n. 5, c.c., a tutela del loro affidamento, per le operazioni che comportino una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale o una rilevante modificazione dei loro diritti, come potrebbe scaturire dall'assunzione della partecipazione in questione ⁴⁴.

Pertanto, deve affermarsi l'inammissibilità dell'acquisizione, da parte di una società di capitali, dello *status* di società soggetta ad (estensione) del fallimento per uno stato di insolvenza non proprio, senza il consenso e ad insaputa dei soci e dei creditori, i quali, altrimenti, si troverebbero in concorso con i creditori della società di fatto in assenza di qualsiasi informazione in proposito ⁴⁵. Dal che sembrerebbe trovare conferma che, in tali circostanze, in luogo della responsabilità patrimoniale debba trovare spazio di applicazione la responsabilità risarcitoria di cui all'art. 2497 c.c.,

potere di rappresentanza, nonostante la mancata riproduzione nel nuovo testo dell'art. 2384 c.c., v. V. CALANDRA BUONAURA, *Il potere di rappresentanza degli amministratori di s.p.a.*, in *Liber amicorum G.F. Campobasso* (nt. 15), vol. 2, 666 ss.; per l'opinione minoritaria, secondo la quale la riforma avrebbe eliminato anche l'inopponibilità dei limiti legali, v. F. BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni dopo la riforma delle società*, Milano, 2004, 82 s. Per una diversa ricostruzione, che considera la delibera assembleare di autorizzazione, pure se richiesta dall'art. 2361, comma 2, c.c., alla stregua delle limitazioni scaturenti da decisioni degli organi sociali, opponibili ai terzi, v. P. GHIONNI CRIVELLI VISCONTI, *La moltiplicazione dei soggetti fallibili ad opera della giurisprudenza: la figura della c.d. super-società tra società di capitali*, datt. in corso di pubbl., consultato per la cortesia dell'A., 6 ss.

⁴⁴ Cfr. F. GUERRERA (nt. 34), 67; diversamente, sul presupposto che l'attribuzione ai soci del potere che scaturisce dalla norma qui richiamata non costituisce, in caso di mancato esercizio, un limite legale al potere rappresentativo degli amministratori, M. SCIUTO (nt. 41), 30 ss. Si è altresì sostenuto che, data la posizione ed i poteri del socio di s.r.l., differenti rispetto a quello di s.p.a., l'applicazione analogica dell'art. 2361 c.c. potrebbe non essere necessaria, risultando sufficiente l'assunzione della partecipazione mediante comportamenti concludenti: cfr. F. FIMMANÒ (nt. 42), 300 s.

⁴⁵ Per queste critiche, e quindi in senso contrario all'ammissibilità di una società di fatto partecipata da società di capitali, v. App. Torino, 30 luglio 2007, in *Giur. it.*, 2007, 2219, nt. G. COTTINO e in *NDS*, 2007, n. 18, 59 ss., nt. M. IRRERA; Trib. Salerno, 3 luglio 2012, in *Dir. fall.*, 2014, II, 514; App. Venezia, 10 dicembre 2011, in *ilcaso.it*; App. Napoli 15 maggio 2009, in *RDS*, 2010, II, 102, nt. A. DI FEBBO; App. Bologna, 11 giugno 2008, in *Fallimento*, 2008, 1293; Trib. Mantova, 30 aprile 2013, in *Giur. comm.*, 2014, II, 906, nt. F. MURINO; Trib. S.M.C. Vetere (decr.), 15 gennaio 2015, in *Ilcaso.it*. In dottrina, v. G. COTTINO, *Note minime* (nt. 43), 2219; M. IRRERA, *La società di fatto tra società di capitali e il suo fallimento in estensione*, in *Fallimento*, 2008, 1328; P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. soc.*, 2007, 317 ss., ora in *Società per azioni, corporate governance e mercati finanziari*, Milano, 2011, da dove si cita, 252, che pone in evidenza come il conflitto si ponga in questo caso tra masse di creditori sempre di impresa, onde l'assenza di motivi per favorire gli uni a scapito degli altri.

per gli abusi di eterogestione di cui la società di fatto ed i suoi creditori siano stati destinatari ⁴⁶.

Non sono mancati i tentativi facenti leva sull'interpretazione, se non analogica, trattandosi di norma eccezionale, quanto meno estensiva, della disciplina del fallimento della società occulta introdotta dal comma 5 dell'art. 147 l. fall., sullo sfondo di un principio generale di soggezione a responsabilità patrimoniale di coloro che gestiscono l'impresa pur senza spenderne il nome, in modo da affrontare secondo una differente prospettiva la medesima problematica a fondamento del fallimento della «super-società» di fatto. In sostanza, come l'ordinamento ammette con questa norma l'estensione del fallimento da un imprenditore individuale ad una società occulta cui sia riferibile la stessa attività di impresa, la medesima soluzione, invocando una supposta incompletezza del dato letterale, dovrebbe valere nel caso di estensione del fallimento da una società di capitali ad una società di fatto tra la società originariamente dichiarata fallita ed altri soci di fatto, siano essi società di capitali e persone fisiche ⁴⁷, e lo stesso vale nel caso di estensione del fallimento ad una *holding* individuale che tuttavia, in mancanza della spendita del nome, sia configurabile a tutti gli effetti quale imprenditore occulto ⁴⁸, con la conseguenza che in entrambi i casi non si richiederebbe un nuovo accertamento dello stato di insolvenza del soggetto a cui il fallimento viene esteso.

Tuttavia, emerge a monte e con chiarezza la preclusione sancita dalla riforma del diritto fallimentare ad un'interpretazione analogica dell'art. 147 l. fall. finalizzata a consentire il fallimento in estensione anche da società di capitali ad *holding* individuali o società di fatto, a soci tiranni o sovrani, ad amministratori di fatto, ecc., il tutto sulla scia della ben nota teoria dell'imprenditore occulto ⁴⁹. Infatti, viene espressamente previsto il

⁴⁶ Cfr. P. MONTALENTI (nt. 45), 253; A. BARTALENA, *Società di fatto partecipata da società di capitali*, in *Riv. dott. comm.*, 2008, 316 ss.; F. FIMMANÒ (nt. 42), 304 s. E questo anche in virtù dell'assimilazione, ai fini della sottoposizione all'art. 2497 c.c., tra la società di fatto, di cui siano soci solo persone fisiche, e quella di cui siano soci, oltre queste, la stessa società eterodiretta (M. R. ADIUTORI (nt. 10), 47 ss.); in giur., v. App. Napoli, 5 giugno 2009, in *dejure*.

⁴⁷ Cfr. Trib. Prato, 10 novembre 2010 (nt. 38); Trib. Vibo Valentia, 10 giugno 2011, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2013, II, 457, nt. A. DELL'OSSO e in *Giur. merito*, 2012, 656, nt. M. FRANCHI, ove peraltro si fa riferimento, in modo non eccessivamente lineare, sulla categoria della società apparente rispetto ai terzi per soccorrere alla mancanza di prove circa l'esistenza tra i soci di una società di fatto; Trib. Palermo, 14 ottobre 2012 (nt. 42); Trib. Forlì, 9 febbraio 2008 (nt. 38); Trib. Nola, 29 maggio 2013 (nt. 38).

⁴⁸ Cfr. Trib. Milano, 11 aprile 2011, in *Fallimento*, 2011, 1233 ss., con nota di P. MENTÍ, *Fallisce un'altra holding personale: anzi no, è un noto imprenditore occulto*.

⁴⁹ Cfr. G. CAVALLI (nt. 11), 212 s.; A. JORIO, voce *Fallimento*, in *Enc. dir., Annali*, III, Milano, 2010, 343 s.; A. NIGRO (nt. 33), 2183 s.; e questo anche in considerazione del

fallimento in estensione nei confronti dei soci di s.n.c., di s.a.s. e di s.a.p.a., e quindi solo nei confronti di società *ab origine* con soci a responsabilità illimitata⁵⁰, pena altrimenti la conseguenza di una consolidazione sostanziale delle masse attive e passive di società *ab origine* caratterizzate da autonomia patrimoniale perfetta, in assenza di qualsivoglia accertamento dell'esistenza di uno stato di insolvenza in ciascuna di esse⁵¹. Con il che potrebbe ritenersi che il legislatore abbia inteso, almeno sotto il profilo del fallimento in estensione, sottoporre le società di capitali a forme di responsabilità da eterogestione di natura risarcitoria⁵².

Ne consegue che nel caso di società di fatto e di persone fisiche quali soci tiranni, la sottoposizione al fallimento non potrà derivare dall'estensione del fallimento delle società di capitali strumentali, ma sarà sempre necessario dichiarare il fallimento in via autonoma di una società di fatto, con conseguente necessità di accertamento dei relativi

fatto che i progetti in tale senso contenuti nei lavori preparatori (v. l'art. 37 del progetto Trevisanato), non sono stati accolti dalla riforma del diritto fallimentare. Nel senso dell'applicazione all'unico socio di s.p.a. o s.r.l., occasionalmente a responsabilità illimitata, v. Cass. civ., 14 aprile 2010, n. 8964, in *Foro pad.*, 2010, 683; Cass. civ., 12 novembre 2008, n. 27013, in *Giur. comm.*, 2009, II, 301, nt. V. BUONOCORE, *Azionista unico, «sovrano», «tiranno»: functi sunt munere suo?*

⁵⁰ In senso contrario all'interpretazione analogica dell'art. 147, comma 5, c.c., v. in giur., App. Bologna, 11 giugno 2008 (nt. 41); F. FIMMANÒ (nt. 42), 201 ss. Pertanto, deve ritenersi che nemmeno dall'art. 147, comma 1, l. fall., e dal meccanismo di estensione del fallimento di società di fatto ai suoi soci anche non persone fisiche, da esso consentito, possa ricavarsi - «allo stesso modo» di cui al comma 4 - il più complesso iter per cui a tale risultato si pervenga attraverso la preventiva estensione del fallimento alla società occulta di cui la prima si ritiene fare parte, ed agli altri soci di quest'ultima (cfr. U. BELVISO, *La nuova disciplina dell'estensione del fallimento dalle società ai soci (art. 147 l. fall.)*, in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, Napoli, 2008, IV, 1680 ss.; A. DELL'OSSO (nt. 40), 331 s. Inoltre, l'inammissibilità dell'interpretazione analogica dell'art. 147, comma 5, l. fall., discende anche dall'intenzione del legislatore di risolvere la questione del fallimento di società occulta come si presentava nella prassi, e cioè con riferimento alle persone fisiche esercenti un'impresa individuale.

⁵¹ Cfr. F. GUERRERA (nt. 42), 69 ss., con rif. a Trib. Reggio Calabria, 8 aprile 2013 (nt. 38), che era giunto all'estensione dal fallimento da una s.r.l. ad altra s.r.l., entrambe eterodirette da due coniugi, optando per l'individuazione di rapporti societari di fatto, ed in specie di una super-società, sulla base di elementi, quali l'unificazione di funzioni direttive ed i finanziamenti intragruppo, idonei piuttosto ad individuare l'esercizio di attività di direzione e coordinamento, e dunque a legittimare l'azione ex art. 2497, ult. comma, c.c., da parte del curatore; v. anche sul punto P. GHIONNI CRIVELLI VISCONTI (nt. 43), 17 ss., ove rif. comparatistica sul coordinamento di procedure che coinvolgono più società dello stesso gruppo sulla base di fallimenti «autonomi»; nel senso invece di sostanziali analogie rinvenibili tra le due fattispecie, v. A. ZORZI, *Il fallimento della holding (società di fatto) per insolvenza da responsabilità risarcitoria ex art. 2497 c.c.*, in *Ricerche giuridiche*, 2014, n. 1, 2014, 158.

⁵² Cfr. F. FIMMANÒ (nt. 42), 288 ss.

presupposti, tra cui, in particolare, lo svolgimento di un'impresa commerciale e l'*affectio societatis* tra i soggetti che la esercitano⁵³.

Per questo, possono comprendersi, anche se non condividersi, gli ulteriori sforzi di correggere il tiro ripristinando più ampi margini di operatività dell'art. 147, comma 5, l. fall., attraverso la questione di incostituzionalità dello stesso per contrasto ai principi di uguaglianza e parità di trattamento (artt. 3 e 24 Cost.), che è stata sollevata, nella parte in cui la norma non prevede l'estensione del fallimento alla società occulta, qualora l'imprenditore palese sia una società di capitali e non un imprenditore individuale, e dunque quando una società di capitali sia socia di una società di fatto (occulta) intercorrente tra la prima ed i suoi soci. In sostanza, si è in presenza di rinnovare censure al nostro ordinamento, perché non riconosce né pertanto consente il fallimento in estensione del socio tiranno, anzi, più in generale, non consente il fallimento in estensione di soggetti diversi dalla società di persone (e di s.a.p.a.), con regime di responsabilità illimitata dei soci⁵⁴.

5. b) Il fallimento «autonomo» della holding individuale o società di fatto.

D'altro canto, e proprio in considerazione dei limiti posti nel nostro ordinamento al fallimento in estensione, gli spazi per configurare una responsabilità da eterogestione di tipo patrimoniale continuano a presentarsi attraverso la soggezione a fallimento in via principale del *dominus* a cui gli abusi di eterogestione siano imputabili. E' il caso della sottoposizione a fallimento del *dominus* persona fisica⁵⁵, in quanto

⁵³ Cfr. F. FIMMANÒ (nt. 42), 301 ss. e già, ID., *Il fallimento della supersocietà di fatto*, in *Fallimento*, 2009, 94; F. PLATANIA (nt. 38), 1299; P. GHIONNI CRIVELLI VISCONTI (nt. 43), 21 ss., ove si sottolinea la scarsa tendenza dei giudici all'accertamento dei requisiti della società di fatto; A. ZORZI (nt. 51), 156 s.; Trib. Salerno, 11 giugno 2012 (nt. 45). Del resto, a favore dell'autonomo accertamento dello stato di insolvenza della società occulta, anche nell'ipotesi prevista dall'art. 147, comma 5, l. fall., v. M. SANDULLI, *I soggetti delle procedure concorsuali*, in *Trattato di diritto fallimentare* (nt. 11), 116 ss. Ma per un rapido accenno all'utilizzazione dell'art. 147, comma 5, l. fall., in chiave «bigiaviana», alle forme di «interposizione occultata», v. P. SPADA (nt. 31), 30 s.

⁵⁴ Cfr. Trib. Parma (ord.), 13 marzo 2014, in *Fallimento*, 2014, 902, nt. F. SIGNORELLI e in *Giur. it.*, 2015, 138, nt. R. RUSSO; Trib. Bari (ord.), 2 gennaio 2013, in *Giur. comm.*, 2014, II, 906, nt. F. MURINO, e in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2014, II, 319, nt. A. DELL'OSSO; per uno spunto in tale senso, v. A. GOMMELLINI (nt. 11), 305. Pronunciandosi sulla seconda delle ordinanze di remissione qui menzionate, Corte Cost., 12 dicembre 2014, n. 276, in *Fallimento*, 2015, 414, nt. F. ANGIOLINI, non ha tuttavia deciso sulla questione di costituzionalità, adducendo il difetto di motivazione da parte del giudice rimettente in particolare sulla questione, ritenuta preliminare all'applicazione dell'art. 147, comma 5, l. fall., dell'ammissibilità di una partecipazione di società di capitali a società di persone anche in mancanza delle prescrizioni dell'art. 2361, comma 2, c.c.

⁵⁵ Il rif. è alla ben nota Cass. civ., 5 febbraio 1990, n. 1439, in *Giur. it.*, 1990, I, 713, nt. R. WEIGMANN.; in *Riv. dir. comm.*, 1991, II, 515, nt. B. LIBONATI; in *Giur. comm.*, 1991,

holding individuale, utilizzata per colpire condotte simmetriche a quelle consistenti nell'abuso nell'attività di direzione e coordinamento, alle quali si riferisce la responsabilità di cui all'art. 2497 c.c.

L'esigenza di ricorrere alla dichiarazione di fallimento della *holding* individuale in quanto esercente un'autonoma impresa commerciale, a seconda dei casi di sola direzione e coordinamento (*holding* pura) o anche di natura industriale o finanziaria (*holding* operativa), deriva dalla formale limitazione dell'ambito di applicazione dell'art. 2497 c.c. alle sole società o enti, limitazione che, come è noto, ha suscitato notevoli riserve, anche in relazione al percorso che ha condotto all'introduzione della controversa sottrazione della persona fisica dalla responsabilità da direzione e coordinamento. In sostanza, a prescindere dalla ricerca delle cause e dalla *ratio* di questa esclusione, può ritenersi che il legislatore abbia fatto di tutto per non affrontare e risolvere, attraverso la disciplina della direzione e coordinamento, il problema del «socio tiranno» persona fisica.

Non sorprende, pertanto, che si sia cercato in vario modo di sottoporre comunque ad una responsabilità di tipo risarcitorio la persona fisica in conseguenza dell'esercizio professionale e con stabile organizzazione dell'attività di direzione e coordinamento delle società partecipate, magari sul presupposto che sia comunque configurabile una *holding*, e quindi senza che possa giungersi a configurare *tout court* una responsabilità del socio di controllo ⁵⁶.

II, 366, nt. M. RONDINONE; v. anche, più di recente, Cass. civ., S.U., 29 novembre 2006, n. 25275, in *Giust. civ.*, 2007, I, 888; Cass. civ., 13 marzo 2003, n. 3724, in *Fallimento*, 2004, 155; nella giur. di merito, per il rigoroso accertamento dei requisiti dell'impresa commerciale in capo alla *holding* persona fisica, v. Trib. Genova, 26 settembre 2005, in *Società*, 2006, 330, nt. E. RONCO; Trib. Napoli, 8 gennaio 2007 e Trib. Vicenza, 23 novembre 2006, in *Fallimento*, 2007, 407, nt. F. FIMMANÒ; Trib. Roma, 19 dicembre 2012, in *Dir. fall.*, 2014, II, 515, nt. F. MURINO e in *Riv. dir. impr.*, 2014, 156, nt. S. MADDALUNO, *Sui riflessi della disciplina in punto di direzione e coordinamento di società sulla questione della fallibilità della "holding"*; App. Bologna, 23 maggio 2007, in *Società*, 2008, 316, con nota di F. ANGIOLINI; Trib. Vibo Valentia, 10 giugno 2011 (nt. 47); Trib. Milano, 11 aprile 2011 (nt.48); App. Milano, 17 luglio 2008, in *Fallimento*, 2009, 169, nt. PENTA; App. Roma, 9 dicembre 2013, in *Riv. dir. impr.*, 2014, 151, nt. S. MADDALUNO; App. Venezia, 12 marzo 2013, in *Ricerche giuridiche*, vol. 3, n. 1, giugno 2014, 143. In dottrina, sulla configurabilità della *holding* individuale, v. per tutti, di recente, A. VALZER, *La responsabilità da direzione e coordinamento di società*, Torino, 2011, 199 ss. Sul ricorso all'art. 2497 c.c., come alternativa alla società di fatto tra società di capitali, v. Trib. Torino, 30 luglio 2007 (nt. 45). Può ritenersi del tutto superata la questione della supposta estraneità della persona fisica alla categoria civilistica del controllo e dell'influenza dominante, ove intesa quest'ultima con riferimento esclusivamente alle società: v. M. PRESTIPINO, *Brevi osservazioni sulla fallibilità della holding personale*, in *Giur. comm.*, 2011, II, 649 s., per il riepilogo della questione.

⁵⁶ A favore dell'applicazione analogica dell'art. 2497 c.c. alla capogruppo persona fisica, v. F. FIMMANÒ (nt. 42), 283 ss.; M. PRESTIPINO, *La responsabilità risarcitoria della persona fisica capogruppo*, in *Giur. comm.*, 2011, I, 105 ss.; G. SCOGNAMIGLIO, *"Clauseole*

In particolare, si è fatto leva sulla responsabilità «aggiuntiva» di cui all'art. 2497, comma 2, c.c., per chiamare a rispondere in via solidale «chi», e quindi anche le persone fisiche, abbia concorso nel fatto lesivo scaturente dall'attività di direzione e coordinamento, o ne abbia consapevolmente tratto beneficio, nei limiti del vantaggio ricevuto dai poteri esercitati⁵⁷: questo, tuttavia, sull'imprescindibile presupposto che, trattandosi di responsabilità solidale, questa scaturisca comunque in via diretta da un'attività di direzione coordinamento, non essendo altrimenti nemmeno astrattamente configurabile la prima in assenza della seconda.

E così, può altresì essere configurata l'incostituzionalità dell'art. 2497 c.c., per contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost., stante la disparità di trattamento riservata ai creditori delle società eterodirette in conseguenza dell'esonero della persona fisica dal regime di responsabilità per eterogestione, pure se a parità delle condizioni di esercizio della direzione e coordinamento rispetto a quanto avviene nel caso di società od enti⁵⁸.

Anche in questo caso, tuttavia, deve tenersi conto dei correttivi elaborati dalla giurisprudenza, volti a favorire il fallimento della *holding* persona fisica. Ci si riferisce, in particolare, al progressivo allontanamento dal principio della spendita del nome, elaborato a partire dal ben noto caso Caltagirone, per sancire lo svolgimento di un'autonoma impresa commerciale da parte della persona fisica *holding*⁵⁹.

Sempre in argomento, occorre tenere conto della portata delle ulteriori delimitazioni all'applicazione dell'art. 2497 c.c., scaturenti ad es. dall'art. 19, comma 6, del d. l. 78/2009, a mente del quale, «l'articolo 2497, primo comma, del codice civile, si interpreta nel senso che per enti si intendono i soggetti giuridici collettivi, diversi dallo Stato, che detengono

generali», *principi di diritto e disciplina dei gruppi di società*, in *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, 2011, 611 ss.; A. VALZER (nt. 56), 204 ss.; in giur., v. Trib. Roma, 21 novembre 2011, in *Il caso.it.*, n. 6872; Trib. Venezia, 11 ottobre 2012, in *www.dirittobancario.it.*; App. Venezia, 12 marzo, 2013 (nt. 55); Trib. Milano, 20 dicembre 2013 (nt.21).

⁵⁷ Cfr. MONTALENTI (nt. 45), 228 s.; L. BENEDETTI, *La responsabilità "aggiuntiva" ex art. 2497, 2 co., c.c.*, Milano, 2012, 189 ss.; M.R. ADIUTORI, *Insolvenza*, cit., 50 ss.; in termini contrari, S. GIOVANNINI, *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento di società*, Milano, 2007, 200 ss.

⁵⁸ In questi termini, sembrerebbe, Trib. Roma, 19 dicembre 2012 (nt.55), in virtù di una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2497 c.c., sulla scia di F. FIMMANÒ (nt. 42), 286. Ed infatti, nulla esclude che la direzione e coordinamento possa essere esercitata da una persona fisica in termini perfettamente equivalenti a quelli di una società, come può argomentarsi anche dalla responsabilità per eterogestione del socio di s.r.l., scaturente dall'art. 2476, comma 7, c.c., su cui, per tutti, v. E. CODAZZI, *L'ingerenza sulla gestione delle società di capitali tra "atti" e "attività"*, Milano, 2012, 137 ss., ove rif.

⁵⁹ V. *infra*, § 6.

la partecipazione sociale nell'ambito della propria attività imprenditoriale ovvero per finalità di natura economica o finanziaria»⁶⁰.

La norma è chiaramente ispirata a porre rimedio alle possibili responsabilità scaturenti a carico dello Stato in conseguenza della crisi e dello stato di insolvenza dell'Alitalia: ma a questa finalità immediata consegue anche una precisazione di carattere sistematico di non scarso rilievo, che è quella del collegamento della responsabilità da direzione e coordinamento, nel caso in particolare di enti pubblici differenti dalla Stato, con un'attività imprenditoriale o comunque con finalità di natura economica o finanziaria.

Ne discende l'esclusione dalla sottoposizione a responsabilità dell'ente pubblico che agisce per finalità sociali o in senso lato pubblicistiche, come è il caso in particolare in cui esso eserciti un «controllo analogo» sulle società c.d. *in house* svolgenti servizi pubblici essenziali sostanzialmente equiparabile all'attività di direzione e coordinamento, in quanto la società risulta espressione di finalità pubbliche e non imprenditoriali, e può considerarsi un puro schermo dell'ente pubblico⁶¹.

A questo punto, volendo tracciare un bilancio del tutto provvisorio, può rilevarsi come le recenti riforme abbiano in qualche modo contribuito a meglio delimitare e precisare l'ambito di operatività di una responsabilità patrimoniale da eterodirezione abusiva finalizzata a condurre al fallimento il soggetto cui essa viene imputata; tuttavia, l'introduzione della responsabilità da direzione e coordinamento non ha per nulla eliminato tale approccio, anzi, sotto certi aspetti, le lacune e le incertezze applicative di tale normativa lo hanno conservato in vigore e sotto certi aspetti rafforzato. Rimane comunque confermato, alla luce di quanto sin qui osservato, che si tratta di percorsi normativi ed interpretativi, volti a sanzionare i fenomeni di eterogestione abusiva, del tutto indipendenti tra di loro.

⁶⁰ Cfr. V. CARIELLO, *Brevi note critiche sul privilegio dell'esonero dello Stato dall'applicazione dell'art. 2497, comma 1°, c.c. (art. 19, comma 6°, D.L. N. 78/2009)*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 343 ss.

⁶¹ V. M. BUSSOLETTI (nt. 20), 406 s.; cfr. anche F. FIMMANÒ, *La responsabilità da abuso del dominio dell'ente pubblico in caso di insolvenza della società controllata*, in *Dir. fall.*, 2010, I, 741 ss.; G. SBISÀ, *Sub art. 2497, commi 1-2*, in *Direzione e coordinamento di società*, a cura di G. SBISÀ, in *Commentario Marchetti*, Milano, 2012, 71 ss.; precedentemente, a favore dell'applicazione della disciplina in questione agli enti pubblici ed alle società *in house*, salvo il caso di interessi non imprenditoriali, v. MONTALENTI (nt. 45), 244 s.

6. *Le applicazioni «congiunte» di responsabilità risarcitoria e patrimoniale da eterodirezione abusiva.*

Rompendo questo consolidato schema, di natura teorica prima ancora che interpretativa, alcune soluzioni giurisprudenziali diverse e più incisive, emerse sulla scia delle suggestioni avanzate da una recente dottrina⁶², hanno fatto leva proprio sull'introduzione della responsabilità da direzione e coordinamento di cui all'art. 2497 c.c., utilizzandone gli elementi costitutivi al fine di facilitare, come conseguenza ulteriore dell'eterogestione abusiva, lo scaturire di una responsabilità patrimoniale per effetto dell'accertamento di una *holding* individuale o società di fatto e del suo conseguente fallimento.

In sostanza, si mira a ricostruire sotto varie intensità e modalità una sorta di collegamento tra i requisiti richiesti per l'individuazione di un'attività di direzione e coordinamento, ai sensi dell'art. 2497 c.c., e quelli richiesti per l'individuazione della *holding* individuale o società di fatto, al punto che la responsabilità da direzione e coordinamento giunga a costituire il *pruis* da cui ricavare la presenza anche dei secondi e farne pertanto scaturire, attraverso la dichiarazione di fallimento, la soggezione a responsabilità patrimoniale.

A tale fine, si parte dall'affermazione secondo cui l'eterodirezione abusiva – o, come anche è stata definita, in linea con l'impostazione accolta, la «direzione tirannica» - si caratterizza, in contrapposizione alle teorie del fallimento in estensione fondate sull'art. 147 l. fall., per tracciare una linea netta di demarcazione fondata sulla responsabilità risarcitoria, ai sensi dell'art. 2497 c.c.⁶³. Tuttavia, non ci si accontenta di ciò, in quanto non risulta precluso anche lo scaturire di una responsabilità patrimoniale in caso di insolvenza della *holding*⁶⁴, il cui accertamento, di regola discendente dall'attività imprenditoriale da essa svolta con il conseguente

⁶² Cfr. F. FIMMANÒ (nt. 42), 283 ss.; ID., *Sub Art. 2497, commi 3-4*, in *Direzione e coordinamento di società* (nt. 61), 114 ss.; ID., *Responsabilità da direzione e coordinamento ed insolvenza della società abusata*, in *Temi del nuovo diritto fallimentare*, a cura di G. PALMIERI, Torino, 2009, 95 ss.

⁶³ Cfr. F. FIMMANÒ (nt. 42), 288 ss.

⁶⁴ Cfr. F. FIMMANÒ (nt. 42), 287: «la ripercussione del fallimento di una società di capitali sull'imprenditore occulto, sulla *holding* di fatto od occulta, sul socio tiranno, sull'azionista sovrano...passa attraverso il microsistema normativo di cui agli artt. 2497 ss. c.c.: in ogni caso, non si tratterà di squarcio del velo della personalità giuridica (che resta intangibile ed anzi si rafforza), ma di responsabilità da *abusivo dominio* che, potendo anche configurare un esercizio professionale dell'attività di impresa può generare, in caso di insolvenza, l'assoggettamento a procedura concorsuale del *dominus*».

fallimento, è in qualche modo semplificato o, più correttamente, sostituito e assorbito, da quello a sua volta condotto rispetto al fallimento della società eterodiretta. Questo avviene allorché l'insieme dei debiti ammessi al passivo della società eterodiretta venga *tout court* imputato alla società che si asserisce avere esercitato l'eterodirezione abusiva, in quanto ritenuto automaticamente e per l'intero conseguenza della stessa e quindi tale da dare luogo ad un obbligo di risarcimento del danno ai sensi dell'art. 2497 c.c., a carico della società che eterogestisce, e da provocarne di per sé lo stato di insolvenza e quindi il fallimento⁶⁵.

Il risultato più significativo, ed in qualche misura maggiormente eccentrico della ricostruzione in questione, è che essa consente di pervenire alla dichiarazione di fallimento della *holding* senza dover accertare la sussistenza dei relativi presupposti, e comunque riducendo significativamente la portata dell'accorgimento richiesto. Si tratta, nel suo insieme, di un'interpretazione della responsabilità da direzione e coordinamento e del suo ambito applicativo del tutto irrituale, utile esclusivamente per consentire di pervenire alla dichiarazione di fallimento, a prescindere almeno in parte dalla ricorrenza dei suoi presupposti giustificativi. Questo vale in particolar modo in relazione al presupposto soggettivo, e dunque all'accertamento degli elementi costitutivi di un imprenditore commerciale, tra cui la spendita del nome.

Occorre, per comprendere la portata di questo assunto, ripercorrere gli orientamenti della giurisprudenza precedentemente alla riforma, per giungere alla configurazione di una *holding* personale. A partire dal caso Caltagirone, i criteri di individuazione dell'impresa hanno fatto riferimento al concetto di ingerenza nella gestione, che prescinde dalla sussistenza di un rapporto di controllo e dalla natura di soggetto controllante, per concentrarsi sui requisiti di professionalità, di organizzazione e di economicità che l'attività svolta deve presentare. In particolare, l'economicità della *holding* deve essere intesa come ricerca di vantaggi economici ad essa direttamente riferibili e che altrimenti non sarebbero

⁶⁵ In questa sede non rileva approfondire se, a sua volta, questa responsabilità deve essere configurata come extracontrattuale (G. SBISÀ (nt. 61), 81 ss.; F. GALGANO (nt. 32), 95 ss.; Trib. Napoli, 26 maggio 2008, in *Fallimento*, 2008, 1435 nt. O. CAGNASSO), ovvero come contrattuale, anche nei confronti dei creditori, in quanto conseguente alla violazione di un'obbligazione preesistente, e precisamente del divieto di ledere l'integrità del patrimonio sociale della società eterodiretta che grava, come violazione di un dovere specifico fissato per legge, anche sulla capogruppo in virtù del legame di gruppo, con i conseguenti vantaggi probatori (cfr. G. SCOGNAMIGLIO, *Poteri e doveri degli amministratori nei gruppi dopo la riforma del 2003*, in *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, a cura di Scognamiglio, Milano, 2003, 195 s.; S. GIOVANNINI (nt. 57), 111 ss.; ABBADESSA (nt. 15), 291; Trib. Milano, 17 giugno 2011 (nt.21)).

ottenuti, e quindi autonomi rispetto a quelli raggiungibili attraverso l'attività delle società eterodirette, e deve mirare non solo alla valorizzazione delle partecipazioni detenute, ma anche all'utilizzazione del loro patrimonio per ottenere ricavi in grado quanto meno di coprire i costi ⁶⁶.

E soprattutto, l'impostazione in termini di impresa «fiancheggiatrice» richiede la spendita del nome, con la conseguenza che la *holding* sarà chiamata a rispondere per le sole obbligazioni assunte in proprio nome, a tutela esclusivamente dei creditori, in genere forti, che con essa hanno direttamente contrattato, in particolare con l'ottenimento di garanzie, e non viceversa di quelli delle società eterodirette ⁶⁷.

Deve registrarsi un successivo affievolimento della portata di questo requisito, attraverso il riconoscimento della sufficienza del compimento di un'attività negoziale posta in essere in nome proprio da uno qualsiasi dei «soci di fatto», purché essa sia chiaramente percepibile dai terzi come riferita alla società di fatto, come avviene ad esempio quando sia accertato il coordinamento e l'intesa tra i familiari ⁶⁸. La spendita del nome viene pertanto degradata ad «esteriorizzazione»: quello che conta è la riferibilità al *dominus* dell'attività posta in essere da società eterodirette ⁶⁹. Questo corrisponde alla finalità delle ricostruzioni anche normative del dominio abusivo, quale attività complessivamente intesa: vale a dire,

⁶⁶ Cfr. le sentenze cit. *retro*, nt. 55; e in part., Cass. civ., 5 febbraio 1990, n. 1439 (nt. 55); in dottrina, sulle difficoltà a rinvenire nell'attività della *holding* un'«autonoma» economicità, v. P. SPADA, *Della permeabilità differenziata della personalità giuridica nell'ultima giurisprudenza commerciale (il caso Caltagirone: insincerità e saggezza della Cassazione)*, in *Giur. comm.*, 1992, I, 433; ma v. già A. VITALE, *Socio "finanziatore abituale" della società, pretesa "attività intermediaria nella circolazione dei crediti" e "impresa fiancheggiatrice"*, in *Riv. dir. comm.*, 1966, II, 458 ss.

⁶⁷ Cfr. ancora Cass. civ., 5 febbraio 1990, n. 1439 (nt. 55); Cass. civ., 9 agosto 2002, n. 12113, in *Fallimento*, 2002, 609; Cass. civ., 13 marzo 2003, n. 3724, in *Fallimento*, 2004, 155 e in *Giur. it.*, 2004, 562, nt. R. WEIGMANN.

⁶⁸ Cfr. Cass. civ., 18 novembre 2010, n. 23304, in *Fallimento*, 2011, 565, nt. F. SIGNORELLI, la quale tuttavia ribadisce in via di principio la spendita del nome; Cass. civ., 13 aprile 2007, n. 8853, in *Giust. civ.*, 2007, I, 1588 (relativamente all'agire in qualità di mandatario dei componenti di uno studio associato); ma v. già, Cass. civ., 13 dicembre 1999, n. 13954, in *Giur. it.*, 2000, 1215; seguite da App. Napoli, 1 agosto 2014, in *Dir. fall.*, 2014, II, 514, nt. MURINO e Trib. Torre Annunziata, 9 maggio 2013, in *Dir. fall.*, 2013, II, 374, nt. L. MACCHIARULO, *I presupposti di fallibilità di una holding società di fatto*.

⁶⁹ In sostanza, attraverso la riconosciuta ammissibilità di una «*contemplatio domini*» tacita, si mira ad aprire la strada anche al fallimento del *dominus* che non sia configurabile né come socio, né come amministratore, nel caso di attività di impresa che pure se formalmente imputata ad una società di capitali, con relativa sua spendita del nome, risulti riferibile a tutti gli effetti al primo. E evidente come in questo modo si assisterebbe ad un vero e proprio ritorno in auge della figura dell'imprenditore occulto, qualora si ammettesse l'estensione dal fallimento a costui, sotto le spoglie della *holding* tirannica, e dunque si giungesse a sancire un principio di responsabilità patrimoniale per eterogestione destinato a scaturire anche senza spendita del nome.

rinvenire tecniche di imputazione della responsabilità che prescindono dalla spendita del nome rispetto ai singoli atti in cui essa si esplica ⁷⁰. Il che deriva, in sostanza, dalla circostanza che la giurisprudenza si trova a qualificare come *holding* «individuale» o società di fatto fattispecie maggiormente riconducibili, se non addirittura identificabili con il «socio tiranno» ⁷¹.

L'obiettivo è di attenuare uno dei principali ostacoli – accanto a quello della discriminazione arrecata tra creditori «forti», in grado di preconstituirsì titoli per aggredire il patrimonio del *dominus*, e creditori «deboli» – che si presentano nell'utilizzare, onde sanzionare gli abusi di eterogestione, le tecniche di responsabilità patrimoniale che richiedono, per la loro stessa natura, la sussistenza dei requisiti dello svolgimento dell'attività di impresa da parte del gestore interposto ⁷².

Tuttavia, al di sotto di questo minimo requisito non è ragionevole scendere. Viceversa, la formula dell'attività di «direzione tirannica» tende a pervenire al fallimento del soggetto che la esercita - persona fisica o società di fatto - attraverso l'accertamento e la conseguente imputazione dello svolgimento, anche di fatto, di un'attività abusiva di gestione dell'altrui impresa, in quanto condotta in violazione dei principi di corretta gestione imprenditoriale e societaria: attività che viene configurata come imprenditoriale, ove professionalmente organizzata, e pertanto suscettibile di generare una responsabilità patrimoniale, pure se non sia intervenuta l'esteriorizzazione della stessa attraverso la spendita del nome e, dunque, in mancanza dell'imputazione diretta o indiretta degli atti di impresa al *dominus* ⁷³. Questo in quanto l'eterodirezione per sua natura non richiede

⁷⁰ Cfr. F. FIMMANÒ (nt. 62), 141 ss. Parallelamente, sul piano dell'economicità, ci si accontenta che il fine di lucro coincida con quello delle singole società eterodirette, allorché esso rifluisca nel patrimonio della capogruppo, senza quindi più richiedere una economicità ulteriore o distinta: v. Trib. Torre Annunziata, 9 maggio 2013 (nt. 68).

⁷¹ Cfr. L. MACCHIARULO (nt. 68), 378 ss.; v. ad es., Trib. Messina, 24 dicembre 1993 (nt. 31); Trib. Messina, 9 aprile 1999, in *Giur. comm.*, 1999, II, 580, nt. D. LATELLA.

⁷² Cfr. P. SPADA (nt. 66), 433 ss., e più di recente, ID. (nt. 31), 25 ss.

⁷³ Per la più compiuta elaborazione di questa tesi, volta ad operare un drastico ridimensionamento dei requisiti dell'attività di impresa in riferimento all'attività di direzione e coordinamento ex art. 2497 c.c., v. F. FIMMANÒ (nt. 42), 157 ss., a mente del quale «ciò che conta, in luogo dell'imputazione diretta o indiretta degli atti di impresa *al dominus*, è il dato, fattuale o giuridico, del governo della condotta unitaria», formula integralmente ripresa da Trib. Ancona, 10 agosto 2009 e App. Ancona, 5 marzo 2010, in *Giur. comm.*, 2011, II, 633; in termini assolutamente conformi, Trib. Vicenza, 23 novembre 2006 (nt. 55); Trib. Torre Annunziata, 9 maggio 2013 (nt. 68); e App. Napoli, 1 agosto 2014 (nt. 68), le quali anzi si trovano ad affermare la sussistenza dell'impresa sulla base di due argomenti tra di loro contraddittori: da un lato, la sufficienza di una *contemplatio domini* tacita; dall'altro, l'irrelevanza a tale fine di un'attività negoziale con i terzi (cfr. L. MACCHIARULO (nt. 71), 392 s.); ma diversamente, Trib. Napoli, 8 gennaio 2007, cit.; nel senso della non necessità della spendita del nome, ai fini del fallimento della *holding*

lo svolgimento di un'attività negoziale, né la spendita del nome, dato che si esplica attraverso direttive che vengono eseguite esclusivamente dagli organi gestori delle società eterodirette⁷⁴; ed ancora, non è necessario il perseguimento di un autonomo scopo di lucro, potendo questo coincidere con i vantaggi economici ricevuti, grazie alla direzione e coordinamento, dal gruppo nel suo insieme e dalle sue singole entità.

In sostanza, i titolari di pretese creditorie nei confronti delle società eterodirette sono legittimati ad agire nei confronti del *dominus* grazie allo scaturire, in conseguenza della direzione abusiva ed in quanto costituente essa di per sé – pure non essendo richiesta l'esteriorizzazione dell'attività di eterodirezione - attività di impresa, di una responsabilità non solo risarcitoria, ma anche patrimoniale, per le obbligazioni assunte dalle singole società del gruppo⁷⁵. Ulteriore corollario è che, qualora la società che eterogestisce sia divenuta insolvente, si potrà procedere alla sua dichiarazione di fallimento: il che giustifica a sua volta l'ammissione al suo passivo di tutti i crediti già ammessi al passivo della società eterodiretta, che «rappresentino le pretese rimaste insoddisfatte a causa della lesione dell'integrità del patrimonio sociale cagionata dal dominio abusivo»⁷⁶.

7. (Segue): l'incongruenza dell'utilizzazione della responsabilità da direzione e coordinamento per raggiungere risultati analoghi al fallimento in estensione ex art. 147 l. fall. La distinzione tra i due rimedi ed il rischio di svalutare la portata dell'introduzione degli artt. 2497 ss. c.c.

Questa soluzione, fondata su di una discutibile equiparazione sul piano sostanziale tra responsabilità risarcitoria e responsabilità

individuale, prima dell'introduzione dell'art. 2497 c.c., v. già Trib. Padova, 2 novembre 2001, in *Giur. merito*, 2002, 391. Ma v., correttamente, l'assunto secondo cui «il meccanismo dell'imputazione parte dagli atti, secondo le regole proprie di questi, e si riflette sull'attività, non viceversa», di G. OPPO, *Principi*, in *Tratt. di dir. comm.*, diretto da Buonocore, sez. 1, T. 1, Torino, 2001, 17; e già, escludendo che sia possibile imputare un'attività indipendentemente dall'imputazione degli atti da cui essa è costituita, v. T. ASCARELLI, *Società di persone tra società; imprenditore occulto; amministratore indiretto; azionista sovrano*, in *Foro it.*, 1956, I, 405 ss.

⁷⁴ V. F. FIMMANÒ (nt. 42), 309 s.; L. PANZANI, *I fenomeni del dominus abusivo e dell'eterodirezione dell'impresa societaria*, in *Fallimento*, 2009, 1060. Ma, evidenziando tutti i limiti, insiti nella costruzione dell'«impresa fiancheggiatrice», per affrontare il fenomeno dell'interposizione nell'esercizio dell'impresa, v. già P. SPADA (nt. 66), 434 ss.

⁷⁵ In questo senso, v. F. FIMMANÒ (nt. 42), 310 ss.; Trib. Ancona, 10 agosto 2009 (nt. 73), ai sensi del quale: «l'attività di direzione "tirannica" professionalmente organizzata, in spregio ai principi di corretta gestione imprenditoriale delle società strumentali eterodirette, configura di per sé attività di impresa ed una conseguente responsabilità per tutte le obbligazioni delle società dominate nei confronti di tutti i relativi creditori».

⁷⁶ Cfr. F. FIMMANÒ (nt. 42), 316.

patrimoniale, che non è prevista dalla legge ⁷⁷, è ancora meno convincente, laddove si passi a considerare le modalità attraverso cui la giurisprudenza procede in concreto ad operare il collegamento tra le due figure, al fine di pervenire alla dichiarazione di fallimento.

In effetti, la responsabilità da direzione e coordinamento implica che il soggetto che eterogestisce sia chiamato a rispondere, nei confronti dei creditori delle società eterogestite, del pregiudizio patrimoniale arrecato alla società loro debitrice per la violazione dei principi di corretta gestione imprenditoriale che ne abbia reso il patrimonio insufficiente al soddisfacimento delle proprie ragioni: ciò a prescindere da qualsiasi rapporto negoziale intrattenuto in nome proprio con costoro, e quindi anche a prescindere dalla spendita del nome, trattandosi di obbligazioni di natura risarcitoria e quindi non volontarie, oggetto come tali di accertamento e liquidazione giudiziaria ⁷⁸.

E', dunque, assolutamente corretto asserire che, in sostanza, una parte, anche se non necessariamente l'intero ammontare, del passivo fallimentare della società eterodiretta sia rappresentato da debiti e perdite provocate (anche) dall'abuso di direzione e coordinamento: e pertanto, che i creditori di tale società, qualora il danno conseguente all'eterogestione abusiva sia stato giudizialmente accertato, siano legittimati ad inserire il relativo credito anche al passivo della società che dirige e coordina, ovvero, ove tale azione non sia stata già promossa dai creditori, il curatore sia legittimato a promuovere l'azione di responsabilità ai sensi dell'art. 2497, ult. comma, c.c.⁷⁹. Azione che, peraltro, risulterebbe possibile in quanto l'intervenuto fallimento della società eterodiretta renderebbe automaticamente rispettato il requisito della «sussidiarietà» della responsabilità da direzione e coordinamento della capogruppo,

⁷⁷ Così F. VASSALLI (nt. 35), 1937 s.; M.R. ADIUTORI (nt. 10), 46; v. anche App. Milano, 17 luglio 2008 (nt. 55), ove l'acuto rilievo secondo cui, a voler generalizzare questo argomento, si dovrebbe pervenire all'acquisto della qualità di imprenditore commerciale ed al conseguente fallimento anche di coloro, in particolare organi di gestione, che sono sottoposti alla responsabilità solidale aggiuntiva ex art. 2497, comma 2, c.c., in quanto hanno preso parte al fatto lesivo o ne hanno tratto beneficio. E più in generale, si dovrebbe pervenire a qualificare attività imprenditoriale ogni fattispecie di ingerenza abusiva nella gestione svolta da amministratori di fatto suscettibile di essere perseguita penalmente, ad es. attraverso reati fallimentari, quali bancarotta fraudolenta, ecc.

⁷⁸ Per una chiara precisazione dei limiti dell'accertamento condotto dalla giurisprudenza circa la configurazione dei requisiti dell'impresa, e quindi di una *holding*, secondo quanto stabilito nel caso «Caltagirone», in presenza di attività di direzione e coordinamento, v. A. ZORZI (nt. 51), 160 ss.

⁷⁹ Cfr. M. PRESTIPINO (nt. 55), 657 s.; G. COTTINO (nt. 43), 2223. In questo modo, peraltro, si supererebbero i noti ostacoli scaturenti per imputare alla *holding* i debiti assunti dalle società eterodirette.

rispetto a quella posta a carico della prima dall'art. 2497, comma 3, c.c., dovendosi considerare dimostrata la sua incapacità ad adempiere⁸⁰.

Ma rispetto a questo assunto, è ben altro sostenere che, in conseguenza dell'astratta previsione dell'azione di responsabilità di cui all'art. 2497 c.c., la società che esercita l'eterogestione sia di per sé in stato di insolvenza e quindi sia destinata - come si è detto anche a prescindere dalla ricorrenza del presupposto soggettivo - a fallire⁸¹, dal momento che il riconoscimento in via legislativa della responsabilità da direzione e coordinamento non può ritenersi incida sui requisiti richiesti per individuare nella *holding* esercente direzione e coordinamento un'impresa commerciale soggetta a fallimento.

Anche sotto il versante dello stato di insolvenza, la ricostruzione in questione è destinata a tradursi in vere e proprie forzature circa le modalità con cui procedere al relativo accertamento. In sostanza, dall'ammontare dei crediti vantati nei confronti della società che si assume essere stata eterodiretta, anche se si sia in presenza di una mera domanda di ammissione al passivo della stessa e senza che si sia conclusa la fase di verifica, ovvero in presenza di opposizioni al passivo, e comunque prima del completamento del procedimento di accertamento del passivo, si intende non solo ricavare genericamente, ma anche quantificare l'ammontare del danno provocato dalla *holding* individuale o società di fatto che eterogestisce, per il dissesto della società eterodiretta o il suo aggravamento, e del corrispondente diritto al risarcimento ex art. 2497 c.c., con la conseguente sostanziale «estensione» dei crediti vantati nei confronti della società eterodiretta, in modo da essere fatti valere anche nei confronti della società esercente direzione e coordinamento

L'ammontare di questo credito, che viene pertanto a sua volta automaticamente computato nel passivo della società che esercita la direzione e coordinamento come debito, viene utilizzato per accertare in via esclusiva e senza ulteriore istruttoria il suo stato di insolvenza, in modo da fondare la domanda di fallimento da parte del curatore del fallimento della società eterodiretta, in diretta derivazione della legittimazione a costui attribuita dall'art. 2497, ult. comma, c.c.⁸². In sintesi, il danno da

⁸⁰ Cfr. F. FIMMANÒ (nt. 42), 312 s.; ID. (nt. 62), 115; G. CAVALLI (nt. 11), 294 ss.; sul tema della portata dell'obbligo di soddisfacimento posto a carico della società eterodiretta dall'art. 2497, comma 3, c.c., e sul principio di sussidiarietà da esso espresso, v. G. SCOGNAMIGLIO (nt. 19), 953 ss.

⁸¹ Cfr. Trib. Roma, 19 dicembre 2012 (nt. 55).

⁸² Cfr. Trib. Torre Annunziata, 9 maggio 2013 (nt. 68); App. Napoli, 1 agosto 2014 (nt. 68), entrambe relative al caso «Deiulemar»: in esso, si è verificato che l'importo ammesso allo stato passivo della società esercente l'eterodirezione era costituito dall'importo delle obbligazioni emesse con abusiva raccolta di risparmio tra il pubblico

eterogestione, per la «lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società», ai sensi dell'art. 2497, comma 1, c.c., viene ritenuto equivalente, in virtù di una sorta di presunzione, al passivo della società eterodiretta, e di esso è chiamata a rispondere la società che tale condotta ha tenuto⁸³: a voler essere ancora più sintetici e procedere in via di principi, l'aver provocato attraverso l'abusiva eterogestione il fallimento della controllata, ed il non avervi fatto fronte, viene considerato prova del dissesto della capogruppo.

In effetti, la legittimazione all'azione di risarcimento del danno da eterodirezione abusiva attribuita al curatore fallimentare dall'art. 2497, ult. comma, c.c., e pertanto configurata come azione di massa, non può essere di per se solo in alcun modo equiparata ad una legittimazione a richiedere il fallimento: tale azione potrà condurre al fallimento della società convenuta solo qualora, secondo principi generali, sia accertato, in conseguenza del suo esito vittorioso, l'inadempimento della società e l'ammontare del danno che la stessa è condannata a pagare e pertanto il suo stato di insolvenza.

È' indubbio che, ai fini del ricorso per la dichiarazione di fallimento, il credito fatto valere nella domanda non deve essere riconosciuto in via definitiva né deve risultare da un titolo esecutivo, non richiedendosi in tale sede che esso sia certo, liquido ed esigibile, qualora esso, anche se non scaduto o condizionale, risulti accertato come effettivamente esistente nei suoi elementi costitutivi, vale a dire l'*an* ed il *quantum*, al fine da attribuire una legittimazione al creditore istante, dovendo ogni ulteriore

effettuata dalla società che si assume essere stata eterodiretta. Uguale importo è stato «trasferito» anche nel ricorso di fallimento ed ammesso allo stato passivo della società di fatto esercente l'eterodirezione, sul presupposto che «risulti verosimilmente esistente» una lesione all'integrità del patrimonio sociale e quindi un diritto al risarcimento per eterodirezione abusiva il cui ammontare corrisponde a quello della raccolta abusiva effettuato sulla sua base dalla società sottoposta, a prescindere da ogni accertamento sull'eventuale distrazione di liquidità che sia sopravvenuta in conseguenza della suddetta raccolta; Trib. Venezia, 11 ottobre 2012 (nt. 56); App. Venezia, 12 marzo 2013 (nt. 55); Trib. Salerno (decr.), 11 giugno 2012 (nt. 45): nella fattispecie, il credito fatto valere dalla curatela ai fini della dichiarazione di fallimento della *holding* individuale era costituito dal diritto al risarcimento spettante ai creditori, sia pure *sub iudice*, e scaturente dall'azione di responsabilità civile promossa in sede penale riguardo ai reati ascritti alla persona fisica *holder*, e più precisamente, sulla circostanza che dagli atti del procedimento penale a carico di costui era ricavabile un «credito astrattamente esigibile derivante dalle condotte distrattive ipotizzate» da parte di costui nella qualità di amministratore della società fallita. E questo sulla base di argomenti presuntivi, quali quello secondo cui il credito verso l'imprenditore individuale *holding*, ex art. 2497 c.c., sussisterebbe ogni qual volta le società eterodirette siano fallite e la prima «non abbia provveduto alla soddisfazione dei crediti ammessi al passivo di ciascuna delle singole società» (cfr. Trib. Roma, 19 dicembre 2012 (nt. 55); v. anche Trib. Vicenza, 23 novembre 2006 (nt. 55)).

⁸³ Per questo rilievo, v. L. MACCHIARULO (nt. 71), 394.

approfondimento essere esperito ai fini della sua ammissione allo stato passivo⁸⁴. Tuttavia, è evidente che non può sostenersi una piena equiparazione tra il credito ammesso al passivo della società eterodiretta e conseguente alle obbligazioni assunte nell'esercizio della propria attività d'impresa - siano o meno esse riconducibili alla eterodirezione abusiva - che appunto non richiede una sentenza definitiva, ed invece il credito da risarcimento del danno sorto nei confronti della società capogruppo, che non risulta quantificato, e la cui stessa fondatezza potrebbe essere dubbia ed oggetto di contestazione⁸⁵.

⁸⁴ Cfr. Cass. civ., 18 novembre 2011, n. 24309, in *Foro it.*, *Rep.* 2011, voce *Fallimento*, n. 246; v. anche Cass. civ., 11 febbraio 2011, n. 3472, in *Fallimento*, 2011, 1193, nt. F. ROLFI, a mente della quale l'accertamento sommario dell'insussistenza del credito comporta la carenza di legittimazione del ricorrente e quindi una pronuncia di inammissibilità dell'azione; Cass. civ., 4 luglio 2013, n. 16751, in *Foro it.*, *Mass.*, 2013, con riferimento alla carenza di legittimazione a presentare ricorso di fallimento della società cancellata dal registro delle imprese; Cass. civ., S.U., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Foro it.*, 2013, I, 2569; da ult., Cass. civ., 15 gennaio 2015, n. 576, in *Fallimento*, 2015, 531, nt. A. ALBANESE, che richiede a tale fine che il credito sia riconosciuto in un'ordinanza provvisoriamente esecutiva ai sensi dell'art. 186-bis c.p.c. L'accertamento dell'esistenza del credito ai fini della legittimazione del creditore al ricorso di fallimento assume tutta la sua rilevanza a seguito della riforma del fallimento e dell'eliminazione di ogni iniziativa officiosa, onde non è più sostenibile che tale domanda rappresenti un mero fattore scatenante l'accertamento da parte del Tribunale dell'incapacità del debitore di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni, idonea come tale a condurre alla dichiarazione di fallimento: ne consegue che non valorizzare questo ruolo equivarrebbe a smentire la portata della riforma intervenuta, conservando di fatto il regime previgente che si accontentava di una legittimazione del creditore alla *notitia decoctionis* (cfr. M. FABIANI, *Sub artt. 6-7 l. fall.*, in *Il nuovo diritto fallimentare* (nt. 20), 111 ss.; M. FERRO, *Art. 6*, in *La legge fallimentare*, a cura di Ferro, Padova, 2011, 95; F. DE SANTIS, *Il processo per la dichiarazione di fallimento*, in *Trattato Galgano*, vol. VXIII, Padova, 2012, 38 ss.; G. CAVALLI, *La dichiarazione di fallimento*, in *Il fallimento* (nt. 36), 153 ss.; F. AULETTA, *L'iniziativa per la dichiarazione di fallimento*, in *Trattato delle procedure concorsuali* (nt. 11), vol. 1, 343 ss.). Non dovrebbe pertanto essere sufficiente, nel timore di duplicare e di creare conflitti con l'accertamento in sede di formazione del passivo, la mera «auto-attribuzione» da parte del ricorrente della veste di creditore, a prescindere da qualsiasi minimo intervento istruttorio in sede prefallimentare (così, viceversa, F. ROLFI (nt. 84), 1197 ss.; e con specifico riferimento alla questione esaminata in questa sede, v. A. ZORZI (nt. 51), 163 ss.).

⁸⁵ In effetti, se è vero che il credito fatto valere ai fini del ricorso di fallimento risulta comunque oggetto di accertamento in sede di istruttoria prefallimentare, non può ritenersi che in questa impostazione possa rientrare anche il diritto al risarcimento del danno non ancora liquidato dal giudice: mancherebbe, in questo caso, che venga fatto valere nella domanda un credito inadempito, il che comporterebbe che alla dichiarazione di fallimento si pervenga attraverso la mera prospettazione della titolarità di un credito inesistente o inesigibile, onde l'insussistenza di un *fumus boni juris*. Ed infatti, anche la teoria da cui prende le mosse il filone giurisprudenziale che si sta esaminando riconosce che la responsabilità prevista dall'art. 2497, comma 3, c.c., in quanto operante solo sul piano esecutivo, non preclude, anzi impone, ai fini dell'azione di cognizione, che la capogruppo sia convenuta in giudizio per l'accertamento della responsabilità e la conseguente condanna al risarcimento del danno (F. FIMMANÒ (nt. 42), 317 s.). A questo può aggiungersi che, nel caso in cui quello da eterodirezione abusiva costituisca in

Si giungerebbe, altrimenti, all'assurdo che tutte le azioni di responsabilità che il curatore può esercitare nel corso del fallimento ai sensi dell'art. 146 l. fall., e di cui a ben vedere l'art. 2497, ult. comma, c.c., rappresenta un'estensione, potrebbero condurre alla dichiarazione di fallimento degli amministratori coinvolti a prescindere dall'accertamento dell'esercizio da parte di costoro di un'impresa commerciale. Né la circostanza che, ai sensi dell'art. 2497 c.c., si sia in presenza di una fattispecie di eterogestione, e non della responsabilità conseguente alla violazione degli obblighi connessi alla funzione gestoria, può condurre a soluzioni differenti.

Il credito da risarcimento del danno all'integrità patrimoniale della società debitrice provocato dall'eterogestione abusiva, al pari di qualsiasi altro credito vantato da terzi e posto a sostegno della domanda di fallimento, deve essere invece appositamente accertato, non essendo sufficiente a tale fine una mera delibazione del Tribunale fallimentare sull'esistenza del *fumus boni juris*: viceversa, la legittimazione del curatore della società fallita al promovimento di un'azione risarcitoria non equivale alla titolarità di un credito definito nei suoi elementi costitutivi, a meno di non volere impropriamente fondare ed assimilare, in primo luogo sul piano dell'ammontare, il credito vantato da terzi verso la società fallita e l'azione di responsabilità verso colui che ha provocato il sorgere o quanto meno l'inadempimento di tale credito da parte della società debitrice⁸⁶.

L'obiettivo della costruzione qui esaminate è, dunque, di pervenire alla dichiarazione di fallimento della società che eterogestisce, attraverso l'esperimento dell'azione ex art. 2497 c.c., prima dell'accertamento e quindi anche prima dell'esatta quantificazione del danno conseguente all'influenza pregiudizievole esercitata con la relativa condanna al pagamento della somma liquidata, fasi che vengono del tutto pretermesse ritenendosi in sostanza sufficiente, ai fini dell'accertamento dello stato di insolvenza, la mera prospettazione della curatela, avanzata in sede di

concreto l'unico credito vantato nei confronti della capogruppo, è possibile che non risulti superata la soglia di valore dei debiti scaduti, di cui all'art. 15, ult. comma, l. fall. (v. P. GHIONNI CRIVELLI VISCONTI (nt. 43), 15 s.).

⁸⁶ Prova è che neanche un eventuale provvedimento cautelare, quale un sequestro conservativo, che venisse ottenuto per un giudizio risarcitorio sul modello di quello di cui si discute in questa sede, potrebbe costituire di per sé un titolo idoneo ad accertare lo stato di insolvenza della società convenuta, dato che da esso non emerge un credito certo ed esigibile, risultando piuttosto il credito da esso rappresentato ipotetico ed eventuale in ciascuno dei suoi elementi costitutivo, né essendo ricavabile dalla misura cautelare alcun *fumus boni juris*: cfr. Cass. civ., 18 novembre 2011, n. 24309 (nt. 84); per un esempio di modalità di accertamento in giudizio del danno da eterogestione abusiva, v. Trib. Milano, 26 giugno 2014, in www.giurisprudenzadelleimprese.it.

esercizio dell'azione ex art. 2497, ult. comma, c.c., della titolarità di un credito corrispondente all'ammontare ipotizzabile del risarcimento del danno. Ci si accontenta, quindi, di un accertamento sommario che tende, da un lato, a sostituire la liquidazione giudiziale del danno con una liquidazione commisurata all'ammontare del passivo: dall'altro, ad omettere di verificare se il passivo della società fallita sia di per sé e per l'intero il frutto di operazioni di depauperamento del patrimonio conseguenti all'eterogestione abusiva, e dunque ricorrono gli estremi della «lesione cagionata all'integrità del patrimonio sociale» richiesta dall'art. 2497, comma 1, c.c. Accertamento a cui, di regola, deve farsi luogo attraverso apposite consulenze tecniche e che non potrebbe essere sostituito da meri processi deduttivi.

E quindi, ad esempio, alla qualificazione del credito risarcitorio si perviene in questo modo senza tenere conto del se ed in quale misura in conseguenza dell'eterodirezione, come accenneremo in seguito, siano intervenuti, anche per effetto delle operazioni da cui scaturisce il debito invocato, anche incrementi patrimoniali, a titolo di corrispettivo o di vantaggi compensativi⁸⁷.

In sostanza, la soluzione in esame ha l'effetto di provocare un incremento a dismisura dei poteri di accertamento del credito da parte del Tribunale, in collegamento alle caratteristiche dell'attività di direzione e coordinamento, superando le griglie costituite dalla spendita del nome e così via, che si pongono nel caso in cui si debba pervenire ad un fallimento in via autonoma, e giungendo ad un risultato paragonabile a quello proprio del fallimento in estensione, ma senza i limiti previsti dal nostro ordinamento per tale figura.

Per comprendere la peculiarità di questa impostazione basti pensare, ad altri fini, all'attenzione che viene prestata nel quantificare il danno da ritardo nella dichiarazione di fallimento, a seguito del superamento del criterio dell'intero *deficit* fallimentare ed all'imputazione del solo aggravamento del passivo effettivamente provocato dal ritardo, detratti gli eventuali incrementi di attivo registratisi nel frattempo⁸⁸.

⁸⁷ V. A. ZORZI (nt. 51), 165, con riferimento anche agli accertamenti tecnici richiesti ed alla ridotta incidenza, in queste circostanze, della tutela offerta al fallito circa l'esito delle liti. Per un esempio di accertamento più dettagliato, condotto in sede di dichiarazione di fallimento, delle operazioni, comportanti trasferimenti patrimoniali tra le società del gruppo, riconducibili all'abuso di eterogestione con i conseguenti squilibri tra perdite arrecate e vantaggi della società esercente attività di direzione e coordinamento, v. Trib. Venezia, 12 ottobre 2012 (nt. 56); App. Venezia, 12 marzo 2013 (nt. 55).

⁸⁸ Cfr. A. ZORZI (nt. 51), 163; e sull'evoluzione dei criteri, v. per tutti, G. CAVALLI (nt. 11), 273 ss. Per un parallelo tra le due questioni, a supporto dell'esigenza di sottoporre a

Il risultato cui conduce la costruzione sin qui esposta comporta inevitabilmente un improprio superamento della distinzione tra rimedi risarcitori e rimedi fondati sulla responsabilità patrimoniale, in particolare scaturente dal superamento della personalità giuridica, che l'art. 2497 c.c. intende tenere assolutamente distinti e che, invece, vengono di fatto cumulati, una volta che l'ammontare del credito da risarcimento posto a carico della società esercente la direzione e coordinamento, e corrispondente in sostanza al suo passivo, viene commisurato sommariamente all'intero ammontare del passivo della società eterodiretta, ed è pertanto, a sua volta, in grado di provocare automaticamente il fallimento della prima⁸⁹.

Nonostante, dunque, si prendano le mosse dal riconosciuto superamento delle tecniche giurisprudenziali di reazione all'abuso della personalità giuridica, in conseguenza dell'introduzione dei rimedi risarcitori connessi alla disciplina dell'attività di direzione e coordinamento, si raggiunge in sostanza ed indirettamente un risultato analogo alle prime, ed in particolare al fallimento in estensione, dalla società ai soci limitatamente responsabili, in quanto soci tiranni, sovrani, ecc. Infatti, l'aprioristica equiparazione dell'indebitamento della società eterodiretta al passivo di quella che dirige e coordina, a titolo di debito da risarcimento nei confronti della prima, produce un risultato sostanzialmente analogo a quello del consolidamento delle masse passive delle rispettive società, realizzando il travaso del passivo da una di esse all'altra⁹⁰. Effetto che è previsto dall'art. 147 l. fall., pure se entro precisi limiti, come si è già rilevato, ed è, viceversa, escluso che sia realizzabile nel caso di società con soci a responsabilità limitata. In ogni caso, tale costruzione non sarebbe *a priori* utilizzabile in caso di eterodirezione svolta da una *holding* individuale, posto che la mancata ricomprensione di tale figura nel novero dei soggetti ricompresi nella fattispecie della direzione e coordinamento, di cui all'art. 2497 c.c., impedirebbe di utilizzare la responsabilità che ne scaturisce per evitare l'accertamento dei requisiti dell'attività di impresa, al fine di procedere alla dichiarazione di fallimento.

risarcimento i soli danni che siano conseguenza dell'eterogestione abusiva, e non l'intero passivo fallimentare, v. A. D'ATTORRE (nt. 20), nt. 24.

⁸⁹ Cfr. App. Napoli, 1 agosto 2014 (nt. 68), ove, tuttavia, la distinzione affermata in astratto tra la responsabilità per i danni da direzione e coordinamento e quella patrimoniale per l'adempimento delle obbligazioni assunte dalle società eterodirette, viene smentita dalle conseguenze scaturenti in concreto dal tenore della decisione.

⁹⁰ Sull'impropria assimilazione tra la responsabilità – per fatto illecito o contrattuale – per abuso nella direzione e coordinamento e la responsabilità patrimoniale conseguente all'estensione del fallimento scaturente dall'art. 147 l. fall., v. F. VASSALLI (nt. 35), 1937 s.

La questione di fondo sottesa alla costruzione interpretativa qui esposta concerne la necessità di pervenire sempre e comunque al fallimento, per fare valere la responsabilità da eterodirezione abusiva e per raggiungerne nel modo migliore e più spedito i relativi effetti. Se, infatti, le possibilità di soddisfacimento dei creditori sociali conseguibili attraverso le due differenti tecniche appaiono assolutamente corrispondenti, risultando in sostanza il ricorso al fallimento il procedimento utilizzato per ottenere le somme dovute dal «*dominus*» a titolo di risarcimento del danno per eterodirezione abusiva, occorre chiedersi se non sia in astratto sufficiente a tale scopo l'esecuzione condotta sul patrimonio della società cui tale eterodirezione viene individuata, attraverso azioni di diritto comune.

E' il caso della richiesta e dell'ottenimento di apposite misure cautelari, quali il sequestro conservativo del patrimonio del *dominus* che esercita l'eterogestione, attraverso le quali si accerti la sussistenza di specifiche ipotesi di responsabilità da *mala gestio*, da coltivare attraverso l'azione risarcitoria⁹¹. Si tratta di stabilire se rispetto a tali rimedi di diritto comune, anche a costo di forzare l'accertamento dei presupposti e della ricorrenza o meno di una legittimazione del creditore a richiedere il fallimento, la scelta della procedura concorsuale aggiunga o meno maggiori cautele, ovvero esprima essenzialmente una maggiore consuetudine e l'*abitus* mentale dei nostri giudici, poco sensibili secondo una classica logica di *path dependance* ad esplorare i nuovi percorsi offerti da una riforma legislativa⁹². Ma, allora, può ritenersi che l'innovazione offerta dalla disciplina dell'attività di direzione e coordinamento sia stata, questa volta sì, «fallimentare».

Sullo sfondo campeggia la netta differenza tra i due istituti espressi dagli artt. 2497 c.c. e 147 l. fall.: gli indici della direzione e coordinamento non sono equiparabili a quello richiesti per individuare una società di fatto e per pervenire al suo fallimento: infatti, l'accentramento di funzioni direttive è fenomeno lecito, quando rispetta i principi di corretta gestione imprenditoriale e societaria. Soprattutto, la direzione ed il coordinamento non richiede che vi sia svolgimento di attività di impresa: anzi, il vantaggio

⁹¹ Es. Trib. Milano, 20 dicembre 2013 (nt.21), che accerta in tale occasione la responsabilità di taluni membri di famiglia Ligresti, per le ingenti ed indebite utilità conseguite attraverso l'ingerenza nella gestione del gruppo SAI-Fondiaria, esercitata sia mediante la diretta partecipazione all'amministrazione, sia mediante l'influenza dominante esercitata su taluni degli amministratori di diritto delle società di quel gruppo.

⁹² Per considerazioni analoghe, con riferimento a soluzioni alternative all'art. 147 l. fall., ma estensibili a tutte le ipotesi in cui si controverta circa soggetti non imprenditori che si intende sottoporre a fallimento, anche per condotte perseguibili con azioni di responsabilità contrattuali o extracontrattuali, v. A. DIMUNDO (nt. 35), 1054.

dell'introduzione della disciplina della direzione e coordinamento di società di cui all'art. 2497 c.c. è costituito dalla perdita di centralità dell'individuazione di un'attività di impresa: è sufficiente in proposito la ricorrenza di un interesse imprenditoriale, proprio o altrui, e dunque va distinta la finalizzazione «imprenditoriale» dell'attività dalla natura di impresa della stessa e quindi dall'attribuzione della qualità di imprenditore⁹³.

La società di fatto richiede di essere individuata differentemente: l'insolvenza non può essere ricavata dal fallimento della società eterodiretta; viceversa, è necessario accertare autonomamente lo squilibrio finanziario e gli indici di decozione. In sostanza, l'accertamento dalla società di fatto prescinde ed è un *prius* rispetto all'attività di direzione e coordinamento. Inoltre, più a monte, si pone la questione se la società di fatto possa essere considerata come soggetto esercente direzione e coordinamento: mancano, infatti, i meccanismi di pubblicità di cui all'art. 2497-*bis* c.c., pure se a rigore può ritenersi che la responsabilità sia destinata a scaturire a prescindere dal rispetto delle formalità pubblicitarie⁹⁴; mancano, infatti, forme di esteriorizzazione e manca, addirittura, un contratto⁹⁵. In ogni caso, l'attività di direzione e coordinamento deve collegarsi ad un interesse imprenditoriale, proprio o altrui, ma occorre

⁹³ Sulla non necessità dello svolgimento di attività d'impresa, v. G. SCOGNAMIGLIO (nt. 56), 611; P. MONTALENTI (nt. 45), 243 ss.: il che rileva, in particolare, con riferimento all'individuazione dell'attività di direzione e coordinamento da parte di enti pubblici non economici, e dunque al controllo analogo esercitato su società *in house*; per un riepilogo della questione, v. L. MACCHIARULO (nt. 71), 389 s.; a favore, invece, v. R. WEIGMANN, in *Giur. it.*, 2004, 564; in giur., nel senso del testo, v. ad es. App. Milano, 17 luglio 2008 (nt. 55); Trib. Forlì, 9 febbraio 2008 (nt. 38), che pure sostiene l'estensione del fallimento di società di capitali alla società di fatto *holding*: nel caso di specie, l'eterodirezione si manifestava attraverso un sistematico trasferimento intragruppo di contratti di *leasing* stipulati dalle singole società.

⁹⁴ La disciplina della pubblicità ex art. 2497-*bis* c.c. non può considerarsi indispensabile, e deve ritenersi non applicabile in caso di società di fatto, risultando solo strumentale, e potendo la responsabilità da direzione e coordinamento scaturire anche qualora la pubblicità non sia stata effettuata: v. V. CARIELLO, *La pubblicità del gruppo (art. 2497-bis c.c.): la trasparenza dell'attività di direzione e coordinamento tra staticità e dinamismo*, in *Riv. dir. soc.*, 2009, 466 ss.; P. MONTALENTI (nt. 45), 246; M. R. ADIUTORI (nt. 10), 45 s.

⁹⁵ A favore dell'esercizio della direzione e coordinamento da parte di società di fatto tra persone fisiche, v. P. MONTALENTI (nt. 45), 229 s.; quanto all'ipotesi di società di fatto tra persone giuridiche esercenti la direzione e coordinamento, il problema risulta intrecciato con quello dell'ammissibilità di tale partecipazione, su cui v. *retro*, § 3. Tuttavia, a differenza degli argomenti contrari all'ammissibilità di tale partecipazione, ed al conseguente fallimento, milita in questo caso la circostanza che la direzione e il coordinamento possono fondarsi su un mero fatto (v. F. MURINO, *Brevi note sul fallimento della holding personale (persona fisica e società di fatto tra persone fisiche) e sugli incerti confini tra responsabilità civile ed impresa commerciale*, in *Dir. fall.*, 2014, II, 545 s.).

distinguere tra finalità imprenditoriali e natura del soggetto che le persegue. Solo se si tratta di interesse imprenditoriale proprio, allora vi deve essere attività di impresa, ed anche spendita del proprio nome.

8. Precisazioni in ordine all'individuazione dell'eterogestione abusiva nella crisi del gruppo.

Le tendenze rinvenibili nella prassi, sin qui ricostruite, sono indicative delle difficoltà ad abbandonare, nonostante l'introduzione della disciplina della attività di direzione e coordinamento di società, soluzioni del tutto peculiari destinate ad affrontare i fenomeni di eterogestione abusiva in situazioni di crisi concernenti gli «pseudogruppi». In effetti, il percorso argomentativo che accoglie in via di principio, e quindi anche per questi ultimi, l'istituto della responsabilità risarcitoria introdotto dall'art. 2497 c.c., depone in favore di una complessiva tendenza al superamento, per effetto della riforma, delle tecniche fondate sulla responsabilità di tipo patrimoniale: tuttavia, ciò avviene solo in prima battuta, in quanto l'accertamento della responsabilità risarcitoria appare strumentale al risultato finale dell'«estensione» del fallimento della società che eterogestisce, combinazione questa che, nel suo insieme, è paragonabile ad un sostanziale superamento della personalità giuridica.

E' spontaneo porsi il dubbio se questa combinazione rappresenti uno sviluppo razionale delle tecniche di repressione degli abusi da eterogestione, o non costituisca piuttosto un'impropria eterogenesi delle finalità originarie del legislatore. Nel quadro di questa più ampia cornice si pone poi la questione se la distinzione tra gruppi veri e gruppi finti, con tutte le sue problematichità, ma anche con il bagaglio di situazioni e di schemi organizzativi che la prassi ha contribuito ad elaborare nel corso di decenni e con la sua incidenza anche nell'individuazione della tipologia di soluzione da adottare in concreto, sia destinata a rimanere inalterata a seguito della riforma, o piuttosto uno degli scopi della stessa, a questo punto rimasti irrealizzati, fosse proprio di pervenire ad una complessiva unificazione, attraverso la categoria della direzione e coordinamento di società, delle tecniche utilizzabili a tale fine.

E' difficile rispondere approfonditamente a queste complesse e stratificate tematiche. Si può solo, in sintesi, tentare di svolgere alcune riflessioni di principio sul ruolo, tutto da approfondire, della direzione e coordinamento nella crisi dei gruppi e della sua capacità di fare sorgere una responsabilità risarcitoria da eterogestione, specie ove questa venga intesa nella pienezza dei suoi contenuti e funzioni, che non sono limitabili

al ruolo di tecnica per trasferire sulla capogruppo il passivo delle società eterodirette. E questo soprattutto tenendo conto che il presupposto da cui muovono le costruzioni in termini di responsabilità risarcitoria combinata con quella patrimoniale, vale a dire che la disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento trova applicazione in prima battuta anche agli «pseudogruppi», impone la piena utilizzazione, anche in tali circostanze, delle elaborazioni proposte in ordine alle modalità di accertamento delle violazioni dei principi di corretta gestione imprenditoriale e societaria a cui il sorgere di tale responsabilità è, tra l'altro, subordinato.

Vengono in considerazione in questa prospettiva, in primo luogo, i doveri di prevenzione e di gestione della crisi che coinvolge le società del gruppo: si allude all'esigenza di tempestiva rilevazione dei segnali di crisi, in particolare attraverso l'adozione da parte della capogruppo di assetti organizzativi e di flussi informativi al livello di gruppo⁹⁶ e della scelta dei rimedi più idonei, in relazione alla situazione concreta ed all'evoluzione prevedibile, ad eliminare gli squilibri finanziari ed a ripristinare la regolare gestione: in entrambi i casi trattandosi di scelte gestorie, concernenti la regolamentazione convenzionale dell'attività d'impresa, riconducibili all'attività di direzione e coordinamento. Occorre, inoltre, tenere conto che la responsabilità da eterogestione costituisce un'eccezione ed è sottoposta a precise limitazioni che discendono in via di principio dalla sfera riconosciuta di liceità – e di conseguente irresponsabilità - della direzione e coordinamento: questa è delineata, per un verso, dai principi di corretta gestione imprenditoriale e societaria⁹⁷; per un altro, dall'ampliamento della sfera di discrezionalità gestoria e della conseguente insindacabilità delle decisioni, rispetto alle società atomisticamente considerate, che sono offerti dalla regola dei vantaggi compensativi⁹⁸, che consentono, alla stregua di una *business judgment rule* di gruppo, di delimitare gli spazi offerti al legittimo perseguimento di un interesse di gruppo⁹⁹.

⁹⁶ Cfr. M. MIOLA (nt. 1), 2709 ss.; L. BOGGIO, *L'organizzazione ed il controllo della gestione finanziaria nei gruppi di società (non quotate)*, in *Società, banche e crisi d'impresa* (nt. 1), 1481 ss.; ABRIANI (nt. 16), 99 ss., nonché, ID., *Il governo societario alla prova della crisi*, in *Crisis economica y responsabilidad en la empresa*, a cura di N. ABRIANI, J. M. EMBID IRUJO, Granata, 2013, 75 ss.

⁹⁷ Cfr. M. BUSSOLETTI (nt. 20), 398 ss.

⁹⁸ Senza poterci in questa sede soffermare sulle modalità di intendere gli stessi e sulla loro maggiore o minore estensione: cfr. per tutti, G. SCOGNAMIGLIO (nt. 56), 598 ss

⁹⁹ Cfr., di recente, G. SCOGNAMIGLIO (nt. 56), 596 s.; v. anche, in termini conformi, M. MAUGERI, *Interesse sociale, interesse dei soci e interesse di gruppo*, in *Giur. comm.*, 2012, I, 72 ss

Va subito sottolineato come i vantaggi compensativi, e prima ancora la discrezionalità gestoria di cui essi rappresentano il completamento, sono destinati a rivestirsi di ulteriori e specifici contenuti ed implicazioni in presenza di situazioni di crisi¹⁰⁰, in quanto è alla loro stregua che andranno valutate le varie tipologie di misure predisposte dalla capogruppo a favore delle società in crisi sottoposte a direzione e coordinamento, tenendo conto di quelle più idonee in considerazione della situazione concreta di ciascuna società, ivi compresi gli ausili realizzati tramite l'intervento di società *in bonis*¹⁰¹, nell'ambito di un piano di risanamento che coinvolga l'intero gruppo e che quindi consenta a queste ultime di non risultare travolte dall'insolvenza che colpisca le altre società¹⁰².

¹⁰⁰ A tale riguardo si è sostenuto, potendo riferirsi queste considerazioni anche all'ipotesi di attività di direzione e coordinamento, che le decisioni adottate in ordine alla tipologia dei rimedi da attuare ed al contenuto del piano attraverso cui raggiungere le finalità di risanamento, non sono riconducibili in tutto e per tutto alla discrezionalità gestoria, in virtù del rinvio effettuato sotto varie forme dal legislatore al parametro della correttezza – «ragionevolezza» del piano, «attuabilità» dell'accordo e così via, e dunque alla discrezionalità tecnica – sarebbero tali anche da circoscrivere in modo significativo l'assunzione di una responsabilità, in considerazione della portata assorbente (ed esonerante) che rivestirebbe l'attestazione del professionista: cfr. P. MONTALENTI, *La gestione dell'impresa di fronte alla crisi tra diritto societario e diritto concorsuale*, in *Riv. dir. soc.*, 2011, 827, seguito da N. ABRIANI (nt. 16), 107. Questa soluzione, che appare ispirata al condivisibile intento di evitare, attraverso il carattere flessibile che provocherebbe il richiamo a tali categorie generali ed ai parametri tecnici ad essi sottesi, di ricadere in forme di responsabilità oggettiva, non può non tenere conto che l'attestazione dell'esperto non è in grado di escludere in via di principio che la capogruppo, in virtù delle informazioni di cui dispone e della posizione rivestita, possa essere chiamata a rispondere per non avere rivestito il piano di quei contenuti e di quelle prestazioni che avrebbero consentito di evitare di sfociare nel fallimento, secondo la logica del *wrongful trading* quale metro di valutazione in queste circostanze dell'attività di direzione e coordinamento (v. *infra*, nt. 103; sul punto v. anche M. GARCEA (nt. 27), 959 ss.).

¹⁰¹ Cfr. M. GARCEA (nt. 27), 956 s. Il che potrà avvenire in particolare attraverso fusioni intragruppo, destinando taluni cespiti delle società *in bonis* a favore dei creditori delle società in crisi, attraverso atti di destinazione patrimoniale ex art. 2645-ter c.c., nonché costituzione di *trusts*, finalizzati alla realizzazione del piano previsto per un concordato preventivo o un accordo di ristrutturazione, senza che ciò comporti la lesione del principio della responsabilità patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c. (cfr. Trib. Milano, 25 marzo 2010, in *Fallimento*, 2011, 92, nt. A. PALUCHOWSKY e F.ROLFI; F. RAGONESE, *Il piano del concordato preventivo con messa a disposizione di beni di terzi: profili negoziali e notarili*, in *Fallimento ed altre procedure concorsuali*, diretto da FAUCEGLIA-FABIANI, vol. III, Torino, 2009, 1627 ss.; uguali considerazioni, sul piano di operatività dell'art. 2740 c.c., valgono nel caso di assunzione del concordato preventivo da parte di società controllante: v. Trib. Napoli, 19 novembre 2008, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, II, 93, nt. F. FIMMANÒ e A. CAPRIOLI.

¹⁰² Cfr. B. INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis legge fallim.: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi*, in *Dir. fall.*, 2012, I, 13 ss., che individua nell'adesione all'accordo di ristrutturazione da parte di società del gruppo diverse da quelle in stato di crisi, «al fine di prevenire oppure di evitare che la crisi si comunichi all'intero gruppo», una situazione tipica di applicazione del

Posto, quindi, che l'intervento della capogruppo deve essere ricondotto a questi parametri, non può configurarsi in assoluto un dovere di risanare le società in crisi o, più in specifico, di ripianare l'indebitamento o di ripristinare la loro liquidità, quanto, più in generale, un dovere di non aggravare la crisi e favorirne la propagazione, secondo le modalità che le circostanze del caso concreto suggeriscono ¹⁰³. Ed è su questo sfondo che andrà valutata l'intensificazione dei profili di sindacabilità circa il rispetto, da parte degli organi gestori, dei principi di corretta amministrazione e dei doveri di adeguata istruttoria, informazione e motivazione, che sono alla base delle decisioni assunte per fronteggiare la crisi.

Occorrerà, piuttosto, verificare attentamente, al fine di accertare i presupposti per il sorgere di una responsabilità *ex art.* 2497 c.c., ed anche in vista delle potenziali implicazioni in ordine al fallimento della società che ha esercitato la direzione e coordinamento, l'idoneità delle decisioni e la tempestività dell'intervento, sia sul piano gestorio che, più specificamente, della scelta ed adozione di soluzioni negoziate, a porre rimedio a situazioni di crisi in considerazione dei vantaggi compensativi che possono discendere dalla conservazione in vita della società ¹⁰⁴. In questo senso, il ruolo della capogruppo nella presentazione del piano di concordato, ed anche negli

principio dei vantaggi compensativi, fornendo giustificazione ad operazioni altrimenti da considerare pregiudizievoli.

¹⁰³ Cfr. U. TOMBARI, *Crisi di impresa e doveri di "corretta gestione societaria e imprenditoriale" della società capogruppo. Prime considerazioni*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di S. FORTUNATO, G. GIANNELLI, F. GUERRERA, M. PERRINO, Milano, 2011, 82 ss.; M. MIOLA (nt. 1), spec. 2752 ss.; N. ABRIANI (nt. 16), 80 ss. Con il che può ritenersi superata anche la questione circa la configurabilità di un dovere della capogruppo di risanare le società eterodirette, a sua volta da non confondere con quello più generale di esercitare la direzione e coordinamento, dato che, salvo il caso di mancata ricorrenza in concreto dell'attività di direzione e coordinamento, quello che conta non è l'omissione dell'intervento di salvataggio, quanto le diverse manifestazioni della direzione e coordinamento che, in quanto di contenuto differente, siano risultate in concreto pregiudizievoli.

¹⁰⁴ Per un'applicazione concreta, v. Trib. Roma, 5 febbraio 2008, in *Foro it.*, 2008, I, 2326, nt. H. SIMONETTI. In particolare, si possono segnalare l'eliminazione del rischio di azioni revocatorie e la rinuncia a rapporti di credito intragruppo, quale vantaggio per i creditori di società del gruppo il cui patrimonio attivo venga sia pure in parte messo a disposizione, nell'ambito di un concordato di gruppo, dei creditori di altre società del gruppo: cfr., tuttavia, la fattispecie decisa da Trib. Roma, 25 luglio 2012 (nt. 55), e App. Roma, 5 marzo 2013 (nt. 55), in cui veniva dichiarata inammissibile la proposta di concordato di gruppo consegnata in modo che due delle società più capienti cedevano solo parte dei propri beni ai loro creditori, mentre il residuo veniva destinato in favore dei creditori delle altre società ricomprese nel concordato, ed in cui il vantaggio compensativo era individuato, appunto, nell'impedire la dichiarazione di fallimento di tali società ed il conseguente instaurarsi delle azioni revocatorie. Dunque, non può ritenersi in via di principio che tali interventi costituiscano indice di responsabilità da direzione e coordinamento, in quanto operazioni volte ad eliminare il danno da essa scaturente; diversamente, v. App. Napoli, 1 agosto 2014 (nt. 68).

interventi di sostegno, finanziari o di altro tipo, a carico suo o di altre società *in bonis* del gruppo, lungi dal dare luogo a forme di unificazione della masse attive e soprattutto di quelle passive, deve essere riconducibile al compimento di atti idonei all'integrale eliminazione del danno da direzione e coordinamento, anche attraverso operazioni a ciò dirette ¹⁰⁵.

Al contrario, occorre considerare le conseguenze che il mancato intervento, o la non adeguata scelta nelle modalità di intervento – in particolare qualora attraverso la cessione di cespiti attivi a favore delle società del gruppo in crisi si produca l'impoverimento delle società *in bonis* che vengono coinvolte nell'intervento di salvataggio – possono avere nel provocare o nel favorire la propagazione della crisi all'interno del gruppo, o comunque il suo mancato contenimento ¹⁰⁶: è il caso, per un verso, dell'omesso intervento in favore di società del gruppo che vengono isolate e poste, pertanto, tempestivamente in liquidazione e/o lasciate fallire, perché non è rinvenibile alcun interesse, nemmeno in termini di vantaggio compensativo, a giustificare un intervento per consentirne la sopravvivenza; ed, al contrario, degli interventi di salvataggio, in particolare attraverso la prestazione di assistenza finanziaria, completamente sproporzionati rispetto alla capacità della società che li effettua di farvi fronte, e quindi pregiudizievoli anche per essa e tali da condurla verso la crisi.

Chi scrive ha in altra occasione approfondito i criteri di individuazione della responsabilità gravante sulla capogruppo, in ordine all'effettuazione di finanziamenti, sia *upstream* e *cross-stream*, sia *downstream*, in grado rispettivamente di pregiudicare la società finanziatrice eterodiretta, ove non recuperabili, ovvero la stessa capogruppo e quindi i loro soci di minoranza e creditori, laddove in grado di provocare uno squilibrio finanziario: il che può realizzarsi, in particolare, in caso di assenza di vantaggi compensativi od, al contrario, di responsabilità per violazione di un dovere di effettuare l'afflusso di nuove risorse, finalizzate ad evitare la propagazione dell'insolvenza, che impedisca di usufruire dei vantaggi compensativi, viceversa suscettibili di scaturire dalla conservazione in vita delle società in crisi ¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Ed in ogni caso, dalla proposizione della domanda di concordato, ed anche dall'impiego da parte della capogruppo *in bonis* del suo patrimonio in interventi di sostegno in essi ricompresi, non possono ricavarsi indici idonei all'accertamento *ex post* dei requisiti dell'impresa commerciale (così, invece, App. Napoli 1 agosto 2014 (nt. 68)).

¹⁰⁶ Cfr. M. MIOLA (nt. 1), 2725 ss. Con specifico rif. ad una responsabilità da direzione e coordinamento per la mancata adozione di opportune misure, proseguendo, invece, l'attività di impresa in presenza di una causa di scioglimento per riduzione del capitale al di sotto del minimo legale, v. App. Venezia, 12 marzo 2013 (nt. 55).

¹⁰⁷ Su tale tematica, si rinvia ancora a M. MIOLA (nt. 1), 2735 ss.

Considerazioni analoghe possono essere svolte, più in generale, con riguardo all'adozione di piani di risanamento ed all'accertamento della conformità ai principi di corretta gestione imprenditoriale e societaria delle decisioni circa i tempi e le modalità del piano di risanamento, e viceversa di una responsabilità da direzione e coordinamento da esse scaturente.

Deve, infatti, ritenersi che la capogruppo rivesta un ruolo significativo nella presentazione di una proposta di concordato preventivo o di accordo di ristrutturazione, o nella predisposizione di un piano di risanamento concernenti le società del gruppo, giustificato in primo luogo dalla disponibilità dei dati attinenti alla situazione finanziaria e patrimoniale delle società eterodirette necessari ai fini della loro elaborazione, e ciò a prescindere dalla configurazione nella fattispecie di un concordato di gruppo o di un accordo di ristrutturazione di gruppo ¹⁰⁸.

A questa conclusione può pervenirsi, in primo luogo, tenendo conto della competenza alla presentazione della domanda attribuita dall'art. 152 l. fall. all'organo gestorio della società. Questa decisione, configurandosi a tutti gli effetti quale atto di gestione, deve essere intesa, nel caso di gruppo di società, come potenzialmente riferibile anche alla società esercente attività di direzione e coordinamento, quanto meno sotto forma di impulso alla presentazione della domanda da parte dei competenti organi gestori della società da sottoporre alla procedura ¹⁰⁹.

¹⁰⁸ E questo anche in considerazione del fatto che nel concordato o nell'accordo che coinvolgono le società dello stesso gruppo, a prescindere che si tratti di un concordato di gruppo, si deve rinvenire se non un negozio soggettivamente complesso, quanto meno un fenomeno di collegamento negoziale che può giungere all'incidenza della mancata esecuzione del piano relativo ad una delle società sugli altri, e più in generale, al riconoscimento del ruolo di coordinamento svolto dalla capogruppo (v. N. ABRIANI (nt. 16), 109; M. GARCEA (nt. 27), 961 ss.).

¹⁰⁹ Al riguardo, può argomentarsi anche dalla disciplina del concordato fallimentare, dove l'art. 124, comma 1, l. fall. ammette, viceversa, la presentazione della domanda da parte delle società controllate dal fallito o sottoposte a comune controllo, escludendo, al contrario, la controllante, e quindi, *a fortiori*, la società esercente attività di direzione e coordinamento. Delimitazione questa, che deve essere spiegata alla luce delle esigenze peculiari poste da tale procedura, di privilegiare la domanda proveniente dai creditori esterni o da terzi rispetto a quella del fallito, che è sottoposta ad una delimitazione temporale; ma anche della prevenzione, a tutela dei soci e dei creditori esterni, dai possibili conflitti di interessi di cui siano portatori i creditori «interni» al gruppo, realizzabile attraverso la sospensione del loro diritto di voto nell'approvazione del concordato fallimentare (art. 127, comma 6, l. fall.). Si fuoriesce, pertanto, da questioni attinenti al funzionamento dell'organizzazione di gruppo, in quanto la mancata legittimazione della società capogruppo può essere letta come un rafforzamento della stessa limitazione della proposta del fallito o di società da costui controllate, che come è noto è rivolta a spingerlo a proporre il concordato preventivo, onde non essere poi costretto a subire in sede fallimentare l'iniziativa di terzi. Poiché nel concordato preventivo questa esigenza non sussiste, anzi l'obiettivo consiste nell'incentivare al massimo la proposta del fallito, può

A questo si aggiunge che le ulteriori cautele da cui tale concordato è assistito, grazie all'intervento obbligatorio del professionista, spianano la strada all'intervento della capogruppo, eliminando il rischio che il voto sia falsato da conflitto di interessi. Non è da escludere, inoltre, che la legittimazione alla proposta di concordato da parte della capogruppo sia prevista in statuto, ed addirittura che il dovere di avanzare tale proposta costituisca oggetto di un vero e proprio obbligo previsto in un *covenant*.

ben ammettersi che lo stesso valga per la proposta proveniente dalla capogruppo (su questi aspetti, cfr. M. GARCEA (nt. 27), 949 ss.; N. ABRIANI (nt. 16), 96).