

Anno 10 – Numero 20

31 ottobre 2012

NORMATIVA, GIURISPRUDENZA, DOTTRINA E PRASSI

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

DIRETTA DA ORESTE CAGNASSO E MAURIZIO IRRERA

COORDINATA DA GILBERTO GELOSA

IN QUESTO NUMERO:

- LE RISERVE
- LA VALUTAZIONE DELLE IMPRESE IN CRISI
- ABUSO DELLA PERSONALITÀ GIURIDICA

ItaliaOggi

ISSN 2039-6880



9 772039 688009

DIREZIONE SCIENTIFICA
Oreste Cagnasso – Maurizio Irrera

COORDINAMENTO SCIENTIFICO
Gilberto Gelosa

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

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



NDS collabora con la rivista:



VÍA CRISIS
Revista Electrónica de Derecho Concursal

SEZIONE DI DIRITTO FALLIMENTARE

a cura di Luciano Panzani

SEZIONE DI DIRITTO INDUSTRIALE

a cura di Massimo Travostino e Luca Pecoraro

SEZIONE DI DIRITTO TRIBUTARIO

a cura di Gilberto Gelosa

SEZIONE DI PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

a cura di Marco Casavecchia

SEZIONE DI TRUST E NEGOZI FIDUCIARI

a cura di Riccardo Rossotto e Anna Paola Tonelli

COMITATO SCIENTIFICO DEI REFEREE

Carlo Amatucci, Guido Bonfante, Mia Callegari, Oreste Calliano, Maura Campra, Matthias Casper, Stefano A. Cerrato, Mario Comba, Maurizio Comoli, Paoloefisio Corrias, Emanuele Cusa, Eva Desana, Francesco Fimmanò, Toni M. Fine, Patrizia Grosso, Javier Juste, Manlio Lubrano di Scorpaniello, Angelo Miglietta, Alberto Musy, Gabriele Racugno, Paolo Reviglione, Emanuele Rimini, Marcella Sarale, Giorgio Schiano di Pepe

COMITATO DI INDIRIZZO

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

REDAZIONE

Maria Di Sarli (coordinatore)

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

HANNO COLLABORATO A QUESTO NUMERO

Francesco Bavaglio, Alfonso Badini Confalonieri, Alberto Gallarati, Lorenzo Gelmini, Cristina Menichino, Federico Tallia, Giuseppe A. Trimarchi

SOMMARIO

	<i>Pag.</i>
STUDI E OPINIONI	
<i>Riflessioni sulle riserve</i> di Giuseppe A. M. Trimarchi	9
<i>Il valore di liquidazione e in ipotesi di funzionamento (going concern) delle aziende in crisi</i> di Francesco Bavaglioli e Lorenzo Gelmini	71
<i>Il trustee che esercita attività di direzione e coordinamento</i> di Alberto Gallarati	95
<i>Il patto di manleva con particolare riguardo al contratto di appalto e di acquisizione di pacchetti azionari</i> di Cristina Menichino	117
<i>I patti parasociali (parte II)</i> di Alfonso Badini Confalonieri	133
COMMENTI A SENTENZE	
<i>Abuso della personalità giuridica</i> (Tribunale di Roma, ord. 23.12.2011 e 23.04.2012) di Federico Tallia	185
SEGNALAZIONI DI DIRITTO COMMERCIALE	189
SEGNALAZIONI DI DIRITTO TRIBUTARIO	192
INFORMAZIONI CONVEGNI	197

SOMMARIO

STUDI E OPINIONI

Riflessioni sulle riserve

L'Autore analizza le singole poste di netto patrimoniale facendo precedere l'analisi delle problematiche connesse a ciascuna di esse dal richiamo ai principi in tema di redazione del bilancio.

di **Giuseppe A. M. Trimarchi**

Il valore di liquidazione e in ipotesi di funzionamento (going concern) delle aziende in crisi

Quando l'impresa interrompe l'attività una serie di valori, che attengono al patrimonio tecnologico, organizzativo e di relazione e che si sono consolidati negli anni di operatività, sono dispersi.

Di qui l'esigenza di trovare forme che consentano di preservare il patrimonio in questione, sia che l'impresa cessi l'attività per decisione propria (liquidazione volontaria), sia che la cessazione dell'attività sia imposta da uno stato di crisi, eventualmente sfociato nell'apertura di una procedura concorsuale.

Nelle situazioni prospettate è cruciale valutare correttamente:

- da un lato il valore di realizzo in ipotesi di vendita separata dei singoli beni ed i costi di liquidazione;

- dall'altro lato il valore in prospettiva di continuazione dell'attività d'impresa (going concern value).

Obiettivo del presente lavoro è prospettare i criteri valutativi ai quali attenersi in queste ipotesi, con specifica attenzione ai profili di interesse per le imprese in crisi.

di **Francesco Bavaglioli e Lorenzo Gelmini**

Il trustee che esercita attività di direzione e coordinamento

L'Autore prende in esame l'applicabilità degli articoli 2497 c.c. all'attività di direzione e coordinamento posta in essere da quel trustee che amministra un fondo in cui siano incluse partecipazioni di controllo in una o più società appartenenti ad un gruppo.

di **Alberto Gallarati**

SOMMARIO

Il patto di manleva con particolare riguardo al contratto di appalto e di acquisizione di pacchetti azionari

Il patto di manleva è frequentemente inserito nei contratti ed ha una rilevante importanza pratica perché consente di trasferire un determinato rischio su un soggetto diverso dal responsabile. Tale patto, espressione dell'autonomia privata, non è disciplinato dalla legge per cui nel presente scritto si intende affrontare la questione di quali siano i limiti di validità di tale patto secondo le regole sul contratto in generale. Viene poi fatto un confronto con alcune clausole affini, tra cui le clausole di esonero dalla responsabilità, che sono soggette al limite di cui all'art. 1229 c.c., per verificare se tale limite sia applicabile anche al patto di manleva. Inoltre viene descritta l'applicazione del patto di manleva in alcuni singoli contratti e vengono analizzate alcune questioni di natura processuale riguardanti l'applicazione di tale patto.

di **Cristina Menichino**

I patti parasociali (parte II)

Dopo aver delineato nella parte I le caratteristiche dei patti parasociali e i principali elementi della loro disciplina, l'Autore approfondisce le norme sulla durata e pubblicità dei patti relativi alle società per azioni, introdotte dalla riforma del 2003 negli artt. 2341 bis e ter c.c., confrontandole con quelle già previste per le società quotate nel T.U.F. del 1998. Segue una verifica dei limiti di validità dei patti, specialmente rispetto alla disciplina imperativa del diritto societario, dove la caratteristica autonomia dei patti stessi dal contratto sociale emerge quale criterio; tale verifica comprende un esame casistico delle clausole principali e più diffuse.

di **Alfonso Badini Confalonieri**

COMMENTI A SENTENZE

Abuso della personalità giuridica

(Tribunale di Roma, ord. 23.12.2011 e 23.04.2012)

L'articolo prende in esame due recenti ordinanze emesse dal Tribunale di Roma in tema di abuso della personalità giuridica.

di **Federico Tallia**

INDEX-ABSTRACT

	<i>Page</i>
STUDIES AND OPINIONS	
Remarks on funds	9
<i>In the first part of the essay the Author analyzes briefly principles of balance sheet drafting and then he focuses on individual balance sheet items.</i>	
by Giuseppe A. M. Trimarchi	
Liquidation value and going concern value of loss generating firms	71
<i>When a firm ceases operations some intangible assets (e.g. know-how, valuable relationships with clients and other stakeholders) developed during the ordinary course of the firm's existence vanish.</i>	
<i>Hence it is important to find ways to save these assets when the firm stops operating by its own will (voluntary liquidation) or as a result of poor performance or bankruptcy declaration.</i>	
<i>In these situations it is crucial to correctly assess:</i>	
<i>- the liquidation value of the firm: the amount of net cash obtained by selling the assets of a business piecemeal (not as a going concern);</i>	
<i>- the going concern value of the firm assuming the firm's continuing operations.</i>	
<i>Objective of this article is to describe and propose the most adequate criteria to assess those values with a specific focus on firms with poor performance.</i>	
by Francesco Bavaglio and Lorenzo Gelmini	
The trustee directing a group of companies	95
<i>The Author considers the possibility to enforce the discipline on group of companies (set by out by art. 2497 c.c. and the following articles) with regard to a trustee handling a fund which includes majority shares in one or more companies.</i>	
by Alberto Gallarati	

INDEX-ABSTRACT

The Indemnity Clause in relation to the Construction Contract and the Sale and Purchase Agreement of Shares 117

The Indemnity Clause is often included in the contracts and has a great practical relevance since it permits to transfer a risk to a person or a company different from the one who is liable. This clause, as expression of autonomy of the parties, is not provided by the Law, therefore the present paper aims to describe its validity limits according to the rules of the contract in general. The clause has been compared with other similar clauses or obligations, among them the Exclusion Clause, subject to the rule of article 1229 of the Civile Code, in order to verify if said rule is also applicable to the Indemnity Clause. Moreover, the Indemnity Clause is examined in some specific contracts and some procedural questions are analysed in relation to the applicability of this clause.

by **Cristina Menichino**

Shareholders agreements (Part II) 133

After having outlined in part I the characteristics of and the main aspects of their regulation, the Author goes into a deeper analysis on the specific rules brought by the 2003 Company Law amendments, as to the agreements' duration and publication, with a comparison with the similar rules enacted by 1998 Financial Markets Law on listed Companies. Finally, the characteristic autonomy of shareholders agreements from related Articles of Association comes up as a guideline in the check on shareholders agreements' limits of validity, with respect to mandatory rules on Companies; this check includes a survey on the main and most used clauses.

di **Alfonso Badini Confalonieri**

COMMENTS ON JUDGMENTS

Legal status abuse 185

The article analyses two recent decisions issued by the Court of Rome about legal status abuse.

by **Federico Tallia**

IL *TRUSTEE* CHE ESERCITA ATTIVITÀ DI DIREZIONE E COORDINAMENTO

L'Autore prende in esame l'applicabilità degli articoli 2497 c.c. all'attività di direzione e coordinamento posta in essere da quel trustee che amministra un fondo in cui siano incluse partecipazioni di controllo in una o più società appartenenti ad un gruppo.

di ALBERTO GALLARATI

1) L'attività di direzione e coordinamento e il trust

Il crescente impiego del trust quale holding di partecipazioni, anche in vista di programmare il passaggio intergenerazionale della propria impresa, potrebbe richiedere ai suoi amministratori l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento delle società controllate, specialmente laddove queste si articolino in un gruppo creato antecedentemente all'istituzione del trust.

Quest'ultimo, infatti, può essere utilizzato in luogo di una società che detenga le partecipazioni della capogruppo, ovvero alla stregua di una vera e propria holding di partecipazioni.

Il primo modello è realizzabile mediante il trasferimento delle partecipazioni della holding dai soci (persone fisiche o giuridiche) ai trustee, i quali, per effetto di tale disposizione, ne diverranno a loro volta soci e potranno esercitare tutti i diritti amministrativi e patrimoniali assegnati dalle partecipazioni oggetto degli atti dispositivi in trust.

Secondo un differente modello, invece, si potrebbe pensare di assegnare al trust la funzione di vera e propria capogruppo. In tal caso, il trustee deterrebbe direttamente le partecipazioni di più società in precedenza riconducibili ad un solo imprenditore e potrebbe esprimere il proprio voto in ciascuna società partecipata, esercitando i diritti associati ad azioni e quote incluse nel fondo in trust.

Ad un simile assetto, si può pervenire attraverso due differenti percorsi, a seconda del tipo di holding che governa il gruppo antecedentemente all'istituzione del trust e del tipo di operazione che si intende intraprendere al fine di costituire in trust le partecipazioni delle controllate.

Laddove, infatti, la holding del gruppo sia una persona fisica, quest'ultima, istituito il trust, ovvero individuato un trust già esistente, potrebbe trasferire ai relativi trustee le partecipazioni dalla stessa detenute nelle controllate.

Se invece, una società holding preesiste all'istituzione del trust, allora, il modello anglo-americano potrà trovare adozione secondo almeno due differenti modalità.

STUDI E OPINIONI

DIREZIONE E COORDINAMENTO

Innanzitutto, qualora detta società abbia anche un'attività industriale, potrebbe essere opportuno procedere ad uno scorporo, mediante il trasferimento del relativo ramo d'azienda ad altra società di nuova costituzione, ovvero a società già costituita, nell'ambito del gruppo, incrementandone il capitale sociale. A seguito di tale operazione, la capogruppo diverrebbe una pura holding di partecipazioni e quest'ultime potrebbero costituire oggetto di atto dispositivo con cui la stessa società doti il trustee del fondo da amministrare nell'interesse dei beneficiari.

In alternativa, la holding potrebbe deliberare una trasformazione eterogenea in trust, usufruendo della nuova concezione di trasformazione varata dall'articolo 2500-septies, al fine di mutare le proprie regole organizzative interne, senza dover ricostituire tutti i rapporti, sostanziali e processuali, in precedenza instaurati con i terzi¹.

In tutte queste situazioni è alquanto probabile che il consiglio dei trustee sia richiesto, dallo stesso disponente o dai beneficiari, di comportarsi esattamente come il consiglio di amministrazione di una holding e di dirigere unitariamente le imprese esercitate dalle società controllate², incidendo sulla volontà delle rispettive assemblee³ e sulle deliberazioni degli organi amministrativi⁴, affinché questi adottino le decisioni suggerite⁵. Simile trasposizione di scelte potrà avvenire anche in via del tutto informale, ben potendosi ritenere che il rapporto fiduciario sussistente tra i trustee, espressione dell'imprenditore, e gli amministratori della società controllata si manifesti in direttive confidenziali a cui quest'ultimi si adeguino di loro spontanea volontà⁶. Qualora infatti così non fosse, si verificherebbe un'interruzione del vincolo fiduciario sussistente tra il *management* del trust e quello delle società del gruppo, a cui conseguirebbe la probabile mancata conferma, per gli amministratori di quest'ultime, allo scadere del periodo di carica, ovvero il rischio di revoca anticipata, salvo l'eventuale risarcimento del danno⁷.

¹ Sul tema si veda più diffusamente il mio GALLARATI, *La trasformazione eterogenea che coinvolge società di capitali e trust*, in CAGNASSO - D'ARRIGO - GALLARATI - PANZANI - QUARANTA, *Trasformazione, fusione e scissione*, in *Il nuovo diritto societario*, a cura di G. Lo Cascio, Milano, 2012, 104.

² SALAFIA, *La responsabilità della holding nei confronti dei soci di minoranza delle controllate*, in *Società*, 2004, 391.

³ GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, in *Contr. e impr.*, 2002, 1024.

⁴ GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, cit., 1024. Si veda anche SANTOSUOSSO, *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003, 242.

⁵ Si veda al proposito Cass. Civ. 26 febbraio 1990, n.1439 in *Giur. Comm.*, 1991, 360.

⁶ GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, cit., 1025, ove l'Autore porta a giustificazione della propria tesi altre norme in materia di società per azioni da cui si evince detto rapporto fiduciario.

⁷ In dottrina si è esclusa la possibilità che un mancato adeguamento ad una direttiva della controllante integri gli estremi della giusta causa di revoca (GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, cit., 1026).

STUDI E OPINIONI

DIREZIONE E COORDINAMENTO

Come noto, quando questa attività di direzione e coordinamento è esercitata nel nostro sistema giuridico da «società o enti» non vi è alcun dubbio che trovi applicazione il modello di responsabilità predisposto dal codice civile agli articoli 2497 c.c. e seguenti.

Per contro, laddove essa sia condotta dai trustee, si è dubitato dell'operatività del modello codicistico, preferendo concludere in favore della sua inapplicabilità⁸.

E' tali dubbi che il presente lavoro intenderebbe chiarire, cercando di risolverli alla luce dell'effettivo tipo di attività svolta dai manager del trust e del modello adottato dal disponente attraverso la scelta della legge regolatrice del rapporto ai sensi della Convenzione dell'Aja.

2) Il modello di responsabilità predisposto dal codice civile

Secondo l'articolo 2497 c.c., le società o gli enti che esercitino attività di direzione e coordinamento di altre società, agendo nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui, in violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili: (i) nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché (ii) nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società partecipata.

La norma prevede poi che rispondano in solido, unitamente a «le società o gli enti» che esercitano la descritta attività, tutti coloro i quali – a loro volta società, enti o persone fisiche⁹ – abbiano concorso alla condotta lesiva o abbiano dalla stessa tratto beneficio (nel limite di quanto percepito).

Alla luce di simile disposizione, autorevole dottrina ha osservato come la responsabilità possa essere estesa ad una serie di soggetti coinvolti (o coinvolgibili) nell'attività di direzione e coordinamento.

Si ritiene infatti che possano essere chiamati a rispondere, rispetto alla holding, i componenti dell'organo amministrativo (oltre ai direttori generali) e quelli dell'organo di controllo. Ai primi, infatti, può essere contestato di aver dettato l'operazione dannosa per la controllata e, ai secondi, di essersi resi protagonisti di fatti od omissioni a cui tale operazione è riconducibile¹⁰. Inoltre, sono stati inclusi tra i legittimati passivi dell'azione anche i soci della holding, che abbiano autorizzato gli amministratori ad

⁸ A. LUPOI, *Imputabilità al trustee dell'attività di direzione e coordinamento*, in *Trusts e att. fid.*, 2010, 164.

⁹ GUERRERA, *Compiti e responsabilità del socio di controllo*, in *Riv. dir. soc.*, 2009, 519; si veda anche PORTALE, *Riforma delle società di capitali e limiti di effettività del diritto nazionale*, in *Società*, 2003, 264.

¹⁰ In questo senso si veda SALAFIA, *La responsabilità della holding nei confronti dei soci di minoranza delle controllate*, cit., 395

STUDI E OPINIONI

DIREZIONE E COORDINAMENTO

effettuare la transazione pregiudizievole per la controllata, ovvero che dalla stessa abbiano percepito un vantaggio¹¹, nonché le altre società appartenenti al medesimo gruppo, purché beneficiarie della suddetta transazione e nei limiti del vantaggio eventualmente in concreto conseguito¹². Infine, si è altresì osservato come i creditori e i soci di minoranza possano trovar ristoro del danno subito anche attraverso l'esercizio di un'azione rivolta contro la stessa società soggetta a direzione e coordinamento, nella misura in cui le sia riconducibile la paternità degli atti lesivi¹³.

Una volta accertato l'esercizio dell'attività in questione, i soggetti responsabili, il nesso causale ed il danno sofferto dalla controllata, in ragione della deliberazione dalla stessa adottata, il codice richiede al Giudice di verificare se detto danno risulti mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento, ovvero sia integralmente eliminato, anche a seguito di operazioni a ciò dirette.

La prima esenzione va collocata nell'ambito di quelle posizioni di dottrina e giurisprudenza che, anteriormente alla riforma del diritto societario, avevano ritenuto di dover valutare il pregiudizio cagionato alla controllata dai suoi amministratori alla luce dei vantaggi (compensativi) che le dovessero essere riallocati in quanto appartenente al gruppo. Sulla scorta di questi orientamenti, infatti, l'articolo 2497 c.c., dispone che società e persone fisiche coinvolte nell'illecita attività andrebbero esenti da responsabilità laddove l'operazione svantaggiosa per la società eterodiretta abbia determinato un beneficio ad un'altra società del gruppo e detto beneficio sia in grado di ripercuotersi, successivamente ed in concreto, sulla stessa società danneggiata, in quanto appartenente al medesimo gruppo¹⁴.

¹¹ SALAFIA, *La responsabilità della holding nei confronti dei soci di minoranza delle controllate*, cit., 395.

¹² GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, cit., 1043.

¹³ RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Società*, 2004, 544; SALAFIA, *La responsabilità della holding nei confronti dei soci di minoranza delle controllate*, cit., 395; GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, cit., 1042-1043; BADINI CONFALONIERI-VENTURA, *Sub art. 2497*, in *Il nuovo diritto societario*, a cura di G. Cottino-G. Bonfante-O. Cagnasso-G. Montalenti, Bologna-Roma, 2004, III, 2168.

¹⁴ MONTALENTI, *Operazioni intragruppo e vantaggi compensativi*, nota a Cass. Civ., 5 dicembre 1998, n. 12325, in *Giur. it.*, 1999, 2317; MONTALENTI, *Conflitti di interesse nei gruppi di società e vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 1995, 710; MONTALENTI, *Persona giuridica, gruppi di società, corporate governance. Studi in tema di società per azioni*, Padova, 1999, 79, ss; GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, cit., 1031; GUIZZI, *Etero-direzione dell'attività sociale e responsabilità per «mala gestio» nel nuovo diritto dei gruppi*, in *Riv. dir. comm. e gen. obbl.*, 2003, 439; SALAFIA, *La responsabilità della holding nei confronti dei soci di minoranza delle controllate*, cit., 391, 397; RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, cit., 543; SBISÀ, *Responsabilità della capogruppo e vantaggi compensativi*, cit., 603; BADINI CONFALONIERI-VENTURA, *sub art. 2497*, cit., 2168;

STUDI E OPINIONI

DIREZIONE E COORDINAMENTO

Se poi la prova dei vantaggi compensativi così descritti dovesse essere eccessivamente onerosa o impossibile da fornire, la responsabilità da direzione e coordinamento potrà essere evitata soltanto laddove i soggetti coinvolti provvedano – con «una sorta di ravvedimento operoso»¹⁵, che consisterà, principalmente, nell'adozione di deliberazioni di segno opposto a quella svantaggiosa – a compensare il beneficio ottenuto da altra società e a rimediare, in concreto, alla lesione cagionata alla controllata. Tali delibere potranno essere assunte anche in pendenza dell'azione, al fine di far cessare la materia del contendere¹⁶.

3) L'applicabilità del modello predisposto dal codice civile all'attività di direzione e coordinamento esercitata dal trustee

L'ambito di applicazione dell'articolo 2947 c.c. può includere anche trust e trustee che, comportandosi da holding, pongano in essere l'attività descritta al primo paragrafo.

In favore di questa tesi depongono diverse considerazioni in merito al principio di effettività, che guida l'operatività della norma, alla struttura dei trust oggi generalmente veicolati nel nostro sistema giuridico dalla Convenzione dell'Aja e all'estensione degli effetti dell'articolo 2497 c.c. alle persone fisiche che esercitino l'attività ivi contemplata.

3.1) Il principio di effettività

Sotto il primo profilo, si ritiene che l'articolo 2497 c.c. sia informato al concreto esercizio dell'attività in questione e che, pertanto, ogniqualvolta se ne riscontri l'effettiva sussistenza, il sistema di norme su direzione e coordinamento (possa e) debba essere applicato.

Ciò comporta, tra l'altro, che non debbano necessariamente essere integrate le circostanze di fatto in presenza delle quali il codice presume, salvo prova contraria¹⁷, l'etero-direzione.

Si tratta, in particolare, del controllo societario, ai sensi dell'articolo 2359 c.c.¹⁸, il quale presuppone che i protagonisti del controllo stesso siano delle società¹⁹, e

GALGANO, *Direzione e coordinamento di società*, Artt. 2497-2497 septies, cit., 59; TOMBARI, *I gruppi di società*, cit., 1751.

¹⁵ RORDORE, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, cit., 543.

¹⁶ RORDORE, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, cit., 543.

¹⁷ TOMBARI, *I gruppi di società*, in *Le nuove s.p.a.*, dir. da O. Cagnasso e L. Panzani, Bologna-Roma, 2010, II, 1751; RORDORE, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, cit., 540.

¹⁸ Si veda l'art. 2497-sexies c.c. rimanda all'art. 2359 c.c., il quale definisce controllate, quelle società «a) in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria; b) in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza

STUDI E OPINIONI

DIREZIONE E COORDINAMENTO

dell'obbligo di redazione del bilancio consolidato²⁰, dal quale, peraltro, lo stesso formante legislativo prescinde laddove contempla la possibilità che si riscontri direzione e coordinamento anche in presenza di un rapporto di controllo fondato su clausole contrattuali o statutarie²¹.

Ne consegue che, sotto questo profilo, non vi sarebbero argomenti validi ad escludere dall'area di applicazione dell'articolo 2497 c.c. quell'attività di direzione e coordinamento resa possibile dal controllo realizzato per mezzo di un trust, benché questo non sia né una società controllante ex articolo 2359 c.c. né una società soggetta ai citati obblighi di bilancio.

Ciononostante, si potrebbe ritenere che trust e trustee sfuggano alla previsione codicistica in commento, in quanto estranei ai requisiti soggettivi dalla stessa richiesti.

In particolare, non essendo il trust né una società né un ente, si avrebbe facilità nel sostenere che l'attività di direzione e coordinamento esercitata per tramite dello stesso debba essere imputata personalmente al trustee, il quale, persona fisica, sarebbe comunque escluso dagli effetti dell'articolo 2497 c.c.

Un simile orientamento, tuttavia, si scontra, con almeno due dati piuttosto significativi.

In primo luogo, infatti, esso s'imbatte nel formante legislativo di quei sistemi giuridici che si discostano dal modello tradizionale inglese, il quale, come noto, non cataloga il trust tra i soggetti di diritto né gli riconosce caratteristiche che ad essi lo rendano assimilabile. Questo modello, infatti, prevede la responsabilità personale del trustee per le obbligazioni causalmente connesse con il fondo e gli attribuisce, con determinati limiti, un diritto di rivalsa sui beni in questo inclusi²².

dominante nell'assemblea ordinaria; c) le società che sono sotto l'influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa».

¹⁹ TOMBARI, *Riforma del diritto societario e gruppo di imprese*, in *Giur. Comm.*, 2004, I, 61; TOMBARI, *I gruppi di società*, CIT., 1750; RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, cit., 540.

²⁰ RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, cit., 540. Si veda l'articolo 2997 sexies, secondo cui «si presume salvo prova contraria, che l'attività di direzione e coordinamento di società sia esercitata dalla società o ente tenuto al consolidamento dei loro bilanci [...]».

²¹ Lo dispone l'articolo l'art. 2497-septies c.c. che estende l'intera disciplina contenuta negli articoli del IX capo alle società o agli enti che esercitano l'attività di direzione e coordinamento su altre società «sulla base di un contratto con le società medesime o di clausole dei loro statuti».

²² Secondo il *common law* inglese, infatti, i beni sono intestati al trustee il quale è personalmente responsabile per i contratti stipulati in ragione del trust e per i danni cagionati a terzi durante la gestione del fondo (PENNER, *The Law of Trusts*, Oxford, 2006, 22; HAYTON-MARSHALL, *Commentary and Cases on the Law of Trusts and Equitable Remedies*, 12th ed. by

STUDI E OPINIONI

DIREZIONE E COORDINAMENTO

In secondo luogo, l'orientamento descritto non considera autorevoli interpretazioni dell'articolo 2497 c.c., che tendono a ricomprendere nell'alveo dei suoi effetti anche le persone fisiche.

D.J. Hayton and C.C.J. Mitchell, London, 2005, 693; GRAZIADEI, *Diritti nell'interesse altrui. Undisclosed agency e trust nell'esperienza giuridica inglese*, Trento, 1995, 385. Nel *common law* Americano, si vedano G.G. BOGERT-G.T. BOGERT, *The law of Trusts & Trustees*, St. Paul-Minneapolis, 1980 §§ 712 e 714, DUKEMINIER-JOHANSON, *Wills, Trusts and Estates*, New York, 2000, 975.). Ove tuttavia egli abbia contrattato non “*as trustee*” (*Watling v. Lewis* [1911] 1 Ch. 414.) ma “*as trustee and not otherwise*” (*Re Robinson's Settlement* [1912] 1 Ch 717.), la sua responsabilità sarà limitata al valore dei beni gestiti in trust, nella misura in cui egli possa esercitare il *right of indemnity*, diritto di rivalsa su quest'ultimi (*Muir v. City of Glasgow Bank* (1879) 4 App.Cas. 337). I terzi, pertanto, dovranno convenire in giudizio il gestore, e non il trust che è privo di personalità giuridica. Quindi, sui beni inclusi nel fondo, il gestore potrà esercitare il diritto di rivalsa, il quale potrà essere oggetto di surrogazione da parte dei creditori, che avranno così diretto accesso alla *trust property* (*Re Johnson* (1880) 15 Ch.D. 548).

Alle loro pretese, tuttavia, saranno opponibili, da parte dei beneficiari, tutte le eccezioni che questi avrebbero potuto opporre al trustee (*Re Johnson*, cit.).

I creditori, allora, dovranno provare che: (i) il diritto di rivalsa del gestore non è escluso dall'atto istitutivo di trust; (ii) il debito è stato contratto dal manager in relazione alla gestione del trust, con i relativi poteri e senza che sia stata violata alcuna procedura autorizzativa interna o alcun dovere gestorio del trustee; e (iii) non può operare, tra beneficiari e trustee, compensazione idonea ad estinguere l'obbligazione che intendono far valere, in ragione di un debito del gestore originatosi per aver violato l'atto istitutivo di trust, in altre occasioni, precedenti o successive al credito per cui si effettua la surrogazione (Si veda UNDERHILL-HAYTON, *Law Relating to Trusts and Trustees*, 17th ed. by D. J. Hayton, P. B. Matthews and C.C.J. Mitchell, London, 2006, 1015.).

Tuttavia, il manager potrebbe assegnare a ciascun creditore il diritto di promuovere l'azione esecutiva direttamente sui beni inclusi nel fondo, pattuendola nel titolo che ha dato origine al credito ed allocando così al terzo un diritto nuovo, autonomo e indipendente rispetto a quello di rivalsa, del manager, ed esercitabile in via surrogatoria dallo stesso creditore (UNDERHILL-HAYTON, *Law Relating to Trusts and Trustees*, cit., 1016; HAYTON-MARSHALL, *Commentary and Cases on the Law of Trusts and Equitable Remedies*, cit., 695; *Lewin On Trusts*, 17th ed. by J Mowbray, L.Tucker, N. Le Poidevin, E. Simpson and J. Brightwell, London, 2008, 679. Si vedano inoltre MERRALLS, *Unsecured Borrowings by Trustees of Commercial Trusts*, 10 Aust. Bar Rev. 248 (1993); ТЮ, *Lending to a Trust*, 19 Trust Law International 2 (2005)). Tali caratteristiche di novità, indipendenza e autonomia determinerebbero l'impossibilità per i beneficiari di opporre al terzo le descritte eccezioni sollevabili in caso di surrogazione (HAYTON-MARSHALL, *Commentary and Cases on the Law of Trusts and Equitable Remedies*, cit., 695; *Lewin On Trusts*, cit., 2008, 67).

3.2.) L'articolo 2497 c.c. e la struttura del modello per mezzo del quale si esercita attività di direzione e coordinamento

Quanto al profilo strutturale, va notato come non sia possibile sostenere, a priori, che nessuno dei trust veicolati dalla Convenzione dell'Aja nel nostro sistema giuridico possa essere escluso dalla categoria degli «enti».

Anzi, forse è vero il contrario, nel senso che la maggior parte dei fondi oggi amministrati in trust nel nostro ordinamento risponde ai requisiti che la Suprema Corte²³ ha enucleato per riscontrare un soggetto di diritto ed ha escluso sussistere in relazione ai fondi comuni di investimento.

In particolare, questi aspetti, che in parte sono rinvenibili anche nel modello tradizionale inglese, concernono il ruolo del gestore, la responsabilità per *mala gestio*, il tipo di responsabilità per le obbligazioni contratte e la presenza di una struttura organizzativa con rilevanza esterna.

Pare infatti quasi superfluo rilevare come tutti i trust abbiano uno o più soggetti che s'interfacciano con i terzi, i trustee, i quali rappresentano il dato giuridico imprescindibile e fondamentale di ogni trust (ci sono trust senza beneficiari ma non ve ne sono, nemmeno non espressamente istituiti, privi di trustee!) senza poter essere considerati un «estraneo», come è definita, dalla Corte di Cassazione, la società di gestione del risparmio rispetto al fondo.

Tutti i trust, inoltre, adottano un sistema di responsabilità del gestore tale per cui benché il trustee non risponda nei confronti del trust, ma di ciascun beneficiario, la sua negligente gestione non determina in capo al primo un'obbligazione di risarcire il secondo per l'eventuale danno causato alla sua sfera giuridico-patrimoniale, ma l'obbligo di ricostituire il valore del fondo in misura pari alla perdita secca occorsagli in conseguenza di scelte gestionali sleali, imprudenti o difformi da quanto previsto dalla legge applicabile al rapporto, dalle finalità del trust e dalle disposizioni dell'atto istitutivo.

A tali caratteristiche, rinvenibili peraltro anche nel modello tradizionale inglese, si associano alcune regole – tipiche delle leggi oggi più in voga per i trust interni – che di quel modello ne rivisitano i connotati.

Si tratta, in particolare, della disciplina delle conseguenze della segregazione patrimoniale in capo al trustee, la quale consente ai creditori del manager, con titolo causalmente connesso con l'attività gestoria, di promuovere l'azione esecutiva direttamente sui beni amministrati nell'interesse altrui e non sul patrimonio del gestore,

²³ Cass. civ., 15 luglio 2010, n. 16605, in *I contratti*, 2011, 27 con nota di LAMORGESE, *I fondi comuni d'investimento non hanno soggettività giuridica autonoma*, 31. La sentenza è altresì pubblicata in *Giur comm*, 2011, con nota di SCANO, *Fondi comuni immobiliari e imputazione degli effetti dell'attività di investimento*, 1133; in *Giur. it.*, 2011, con nota di BOGGIO, *Fondi comuni di investimento, separazione patrimoniale, interessi protetti e intestazione di beni immobili*, 333.

STUDI E OPINIONI

DIREZIONE E COORDINAMENTO

come accade nel diritto d'oltre Manica. In questo senso, certe giurisdizioni degli Stati Uniti²⁴, hanno utilizzato la tecnica di considerare il trustee come *representative* del fondo²⁵, permettendo ai creditori di eseguire sulla proprietà gestita la sentenza ottenuta nei suoi confronti²⁶. Restano tuttavia come presupposti per l'esclusione della responsabilità personale l'aver reso noto alla controparte la veste in cui il *manager* ha contrattato e l'aver posto in essere un atto consentito secondo la legge o l'atto istitutivo del trust. Per giunta, altri Stati della medesima federazione nordamericana, che hanno recepito lo *Uniform Probate Code*²⁷ e lo *Uniform Trust Code*²⁸, hanno parificato i creditori volontari a quelli involontari, assegnando a quest'ultimi, o solamente ad alcuni e con diverse sfumature, la facoltà di promuovere l'esecuzione sui beni inclusi nel fondo²⁹. In maniera non diversa si atteggiano la legge sul trust della Repubblica di San Marino, che tratta il trustee alla stregua di un amministratore di un patrimonio autonomo a tutti gli effetti³⁰ e i formanti legislativi di Jersey³¹, Anguilla³², Montserrat³³ e

²⁴ G.G. BOGERT-G.T. BOGERT, *The Law of Trusts & Trustees*, cit., § 712.

²⁵ Tale principio è affermato dal Field Code che definisce addirittura il trustee alla stregua di un agent della trust property. La regola è stata recepita in California (*Irvine v. MacGregor*, 1928, 265 P. 218, 203 Cal. 583; *Purdy v. Bank of America Nat'l Trust & Sav. Ass'n*, 1935, 40 P.2d 481, 2 Cal.2d 298), nonostante in alcuni casi sia stato ritenuto personalmente responsabile il manager (*Goldwater v. Oltman*, 1930, 292 P. 624, 210 Cal. 408, 71 A.L.R. 871). Anche in altri Stati la responsabilità personale del trustee è stata riformata.

²⁶ In molti Stati è stata superata la responsabilità personale dei trustees (*Wylly v. Collins*, 1851, 9 Ga. 223) In North Carolina, ad esempio si è permessa un'azione contro i trustees la cui sentenza di condanna è stata ritenuta titolo idoneo per l'esecuzione forzata sulla *trust property* (*Cannon v. Robinson*, 1872, 67 N.C. 53). La regola è confermata da tempo in Massachusetts (Mass. G.L.A. c. 203, §14 A), Indiana (West's Ann.Ind.Code 30-4-3-10), North Dakota (N.D. Cent. Code 59-02-13), Oklahoma (60 Okl.S.A. § 174), Iowa (Iowa Code Ann. § 633.4601), Pennsylvania (20 Pa.C.S.A. §§7122 (14), 331) Rhode Island (Gen.Laws 1956, §9-2-9), Washington (WASRCWA 30.99.100). Sul tema si veda JOHNSTON jr., *Developments in Contracts Liability of Trusts and Trustees*, 41 NYU L.R. 483 (1966). In Arizona, ad esempio, si prevede la possibilità di aggredire la *trust property*, convenendo in giudizio il gestore come fiduciario (Ariz. Rev. Stat. Ann. § 14-9112).

²⁷ s. 7-306.

²⁸ s. 1010.

²⁹ Per un'ampia descrizione della responsabilità extracontrattuale si veda G.G. BOGERT-G.T. BOGERT, *The Law of Trusts & Trustees*, cit., § 714.

³⁰ Si veda in particolare l'articolo 47, Legge 1 marzo 2010 n. 42 secondo cui «qualunque soggetto, diverso dagli altri trustee, dai beneficiari e dal guardiano, che sia titolare di diritti nei confronti del trustee, derivanti da obbligazioni assunte o da atti compiuti manifestando la qualità di trustee o da atti o fatti comunque inerentiale qualità, può soddisfarsi unicamente sul fondo in trust. Il trustee ha diritto di rivalsa sul fondo in trust, con preferenza rispetto a qualunque altro soggetto, in relazione a qualsiasi obbligazione egli abbia adempiuto personalmente a meno che egli debba adempiere obbligazioni risarcitorie verso il fondo o verso alcun beneficiario ovvero

STUDI E OPINIONI

DIREZIONE E COORDINAMENTO

Guernsey³⁴.

sia pendente richiesta risarcitoria nei suoi confronti».

³¹ Infatti, la Trust (Jersey) Law (1984), come successivamente modificata, assegna a coloro che abbiano un titolo casualmente connesso con il trust fund il diritto di eseguire le proprie pretese su quanto esso include purché il manager abbia agito nella sua qualità di trustee e i terzi abbiano così avuto notizia del rapporto di trust. Così dispone l'articolo 32 di tale legge: « (1) Where a trustee is a party to any transaction or matter affecting the trust – (a) if the other party knows that the trustee is acting as trustee, any claim by the other party shall be against the trustee as trustee and shall extend only to the trust property; (b) if the other party does not know that the trustee is acting as trustee, any claim by the other party may be made against the trustee personally (though, without prejudice to his or her personal liability, the trustee shall have a right of recourse to the trust property by way of indemnity).

(2) Paragraph (1) shall not affect any liability the trustee may have for breach of trust».

³² La stessa norma di Jersey è rinvenibile nel Trust Act 2000 di Anguilla.

³³ La stessa norma di Jersey è altresì rinvenibile nel Montserrat Trust Act 1998 secondo il cui articolo 20: «(1) Where, in a transaction or matter affecting a trust a trustee informs a third party that he is acting as trustee, a claim by the third party in respect of the transaction or matter shall (subject to subsection (3)) extend only to the trust property.

(2) If the trustee fails to inform the third party that he is acting as trustee-(a) he incurs personal liability to the third party in respect of the transaction or matter; or (b) he has a right of indemnity against the trust property in respect of his personal liability, unless, he acted in breach of trust.

(3) Nothing in this section shall prejudice any claim for breach of authority.

(4) A bona fide purchaser for value without notice of a breach of trust-(a) may deal with a trustee in relation to trust property as if the trustee were the beneficial owner thereof; and (b) is not affected by the trusts on which the property is held.

(5) A third party paying or advancing money to a trustee is not concerned to see-(a) that the money is needed in the proper exercise of the trust functions; (b) that no more than is so needed is raised; or (c) that the transaction or the application of the money is proper».

³⁴ La Trust (Guernsey) Law obbliga all'azione diretta sui beni in trust nel caso in cui il creditore abbia in qualche modo avuto contezza della qualità in cui il trustee ha agito, indipendentemente dal fatto che quest'ultimo abbia provveduto a rivelarla. Si veda l'articolo 42 secondo cui: « (1) Subject to subsection (3), where, in a transaction or matter affecting a trust, a trustee informs a third party that he is acting as trustee or the third party is otherwise aware of the fact, the trustee does not incur any personal liability and a claim by the third party in respect of the transaction or matter extends only to the trust property.

(2) If the trustee fails to inform the third party that he is acting as trustee and the third party is otherwise unaware of the fact (a) he incurs personal liability to the third party in respect of the transaction or matter, and (b) he has a right of indemnity against the trust property in respect of his personal liability, unless he acted in breach of trust.

(3) Nothing in this section prejudices a trustee's liability for breach of trust or any claim for breach of warranty of authority.

STUDI E OPINIONI

DIREZIONE E COORDINAMENTO

Infine, è generalmente incardinata nei trust odierni riconosciuti grazie alla Convenzione dell'Aja, una struttura organizzativa rilevante, non di rado composta da due consigli (di trustees e guardiani) e dal comitato dei beneficiari, al quale sono allocati poteri amministrativi tali da incidere sulla sorte degli altri soggetti e sulla amministrazione del fondo³⁵.

Ne consegue che, in presenza di una legge regolatrice del tipo di quella descritta, benché non possa essere riscontrata alcuna soggettività giuridica, a meno che questa non sia espressamente prevista dalla stessa legge applicabile, come talvolta accade, non possono ignorarsi, tanto da un punto di vista economico, quanto da quello giuridico, l'autonomia del patrimonio che i managers debbono amministrare nell'interesse altrui e i profili organizzativi che disciplinano i rapporti tra i vari soggetti coinvolti.

Ebbene, queste caratteristiche, che, secondo la Suprema Corte, definiscono un soggetto di diritto, consentono di ricondurre simili trust in questo tipo di categoria e, pertanto, tra gli «enti» di cui all'articolo 2497 c.c.

Ne consegue che dovrebbero rispondere, per direzione e coordinamento, ai sensi del

(4) This section applies to a transaction notwithstanding the lex causae of the transaction, unless the terms of the transaction expressly provide to the contrary». La stessa regola è presente nel Trust Act 2000 di Anguilla.

³⁵ Si pensi alla facoltà per il disponente, una volta nominati più trustees che si riuniscano in un consiglio, di stabilire, nell'atto istitutivo di trust, a quali di essi sia attribuito il potere di disporre dei beni compresi nel fondo e a quali sia riservata la sola gestione dello stesso, dissociando così il momento di formazione della volontà gestoria da quello operativo. Tali previsioni potranno anche essere lasciate alla volontà dei managers stessi, assegnando loro le relative regole con cui assumere decisioni di quel tipo.

Inoltre, è possibile prevedere l'indicazione di un quorum costitutivo e di un quorum deliberativo, laddove si intendesse snellire il procedimento di formazione della volontà dei trustees, sottraendo alla regola dell'unanimità, dominante in quasi tutti i sistemi di common law, le decisioni del consiglio. Quest'ultime, inoltre, potrebbero essere modulate a seconda del tipo di delibera da assumere e, anche, dell'investimento da effettuare.

Laddove il disponente abbia poi previsto la presenza di più guardiani occorrerà disciplinare le riunioni e le regole decisionali, con previsioni dello stesso tipo e della stessa natura di quelle appena descritte ed adottabili in seno al consiglio dei trustees. Si potranno così prevedere maggioranze qualificate ovvero poteri di veto in capo ad alcuni soggetti o, ancora, la necessaria approvazione della nomina dei trustees da parte dei guardiani.

Le stesse considerazioni possono valere per i beneficiari laddove si intendesse assegnare loro il potere di nomina e di revoca di trustee e guardiani, ovvero la facoltà di esprimere il proprio consenso – con portata vincolante – ovvero il proprio parere – con portata consultiva – in relazione ad alcune scelte di investimento che i managers intendano effettuare. In simili situazioni, la disciplina delle riunioni dei soggetti beneficiari dal disponente è imprescindibile e non di rado contemplata nei trust contemporanei, i cui atti istitutivi riportano, generalmente, quorum costitutivi e deliberativi a seconda delle decisioni da assumere.

STUDI E OPINIONI

DIREZIONE E COORDINAMENTO

codice civile, non soltanto il fondo in trust ma anche, in via solidale, tutte le persone, compresi i trustee ed eventualmente i guardiani, il disponente e i beneficiari stessi, a cui sia attribuibile un qualche profilo di responsabilità, per aver contribuito all'evento dannoso, occorso alla controllata.

3.3) L'estensione dell'articolo 2497 c.c. alle persone fisiche

A conclusioni non difformi e, dunque, in favore dell'applicabilità del sistema di regole previste dal codice civile in tema di responsabilità da direzione e coordinamento, si può pervenire analizzando il secondo profilo sopra richiamato, che, suggerendo di indagare i rapporti sussistenti tra l'articolo 2497 c.c. e le persone fisiche, assume rilievo laddove il disponente abbia adottato un modello di trust tradizionale, in linea con quello inglese, di cui si è brevemente detto in precedenza.

La dottrina che si è occupata del tema, considerando la (tradizionale) concezione che il common law d'oltre Manica ha del trust, ha notato come esso non sia incorniciabile nella nozione di «ente». Pertanto, l'eventuale attività di direzione e coordinamento esercitata dai trustee dovrebbe ragionevolmente essere letta alla stregua di attività esercitata da persona fisica e, pertanto, ricadere al di fuori dell'ambito di applicazione dell'articolo 2497 c.c. Simile attività, tuttavia, non resterebbe priva di governo, in quanto potrebbe comunque essere ricondotta a quelle regole operazionali elaborate da dottrina e giurisprudenza «in tema di "abuso di controllo", "socio tiranno" e "controllo forte"»³⁶.

Occorre allora chiarire se la norma in questione si rivolga anche alle persone fisiche e, laddove si ritenesse che queste siano escluse, quale possa essere la disciplina a cui far riferimento nel caso in cui i trustee dirigano e coordinino unitariamente un gruppo.

Al primo quesito, parte della dottrina ha risposto in senso positivo, includendo nella cerchia dei soggetti interessati dall'articolo 2497 c.c. le *holding* diverse da società ed enti³⁷ e, dunque, in questa prospettiva, (dovremmo potervi includere) anche i trustee.

In particolare, a fondamento di tale tesi si sono invocati almeno tre argomenti, di significativo rilievo.

In primo luogo, si è osservato come la norma finisca per ricomprendere anche persone fisiche, in quanto, essendo applicabile a società irregolari o di fatto³⁸, sarebbe

³⁶ In questo senso si esprime A. LUPOI, *Imputabilità al trustee dell'attività di direzione e coordinamento*, cit., 164, che non distingue a seconda della legge scelta.

³⁷ GUERRERA, *Compiti e responsabilità del socio di controllo*, cit., 519. Si vedano anche le argomentazioni di GALGANO, *Direzione e coordinamento di società, Artt. 2497-2497 septies*, in *Comm. al cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 2005 e IRACE, *Sub art. 2497 c.c.*, in *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, Torino, 2003, 3, 316.

³⁸ MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. soc.*, 2007, 323.

STUDI E OPINIONI

DIREZIONE E COORDINAMENTO

altresì applicabile all'unico socio superstite, laddove la pluralità dei soci venisse meno³⁹.

Inoltre, si è enfatizzata l'indifferenza della struttura della persona che esercita attività di direzione e coordinamento – su cui la costituzione di un'impresa di gruppo si fonda – rispetto alla sua (il)liceità⁴⁰.

In terzo luogo, a supporto dell'ampliamento degli effetti dell'articolo 2497 c.c., è stato indicato il suo secondo comma, che, conformemente a quanto in precedenza riportato, rende responsabili in solido per la condotta lesiva anche persone fisiche⁴¹. Quest'ultime, pertanto, sarebbero ricomprese nell'ambito di applicazione della norma in commento, indipendentemente dalla possibilità di ascrivere una responsabilità in via principale ad una società o un ente⁴².

A queste argomentazioni devono poi essere aggiunte alcune considerazioni di analisi economica del diritto che parrebbero deporre in favore delle medesima tesi estensiva.

Questa, infatti, importa più benefici che costi, in quanto permette ai trustee di coordinare e dirigere le società controllate, valorizzando l'impresa di gruppo, e all'ordinamento di fornire loro incentivi a informare la propria azione ai principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale.

Sotto il primo profilo, gli amministratori del trust potrebbero percepire con nitidezza i confini della liceità della propria area di intervento sugli organi delle controllate e potrebbero acquisire consapevolezza del fatto che il suggerimento di decisioni pregiudizievoli incontra un limite nell'assenza di vantaggi compensativi, ovvero nell'integrale eliminazione del danno, anche a seguito di operazioni a ciò dirette.

Sotto il secondo profilo, invece, i trustee sarebbero consci delle conseguenze, su loro stessi e sul fondo, dell'esercizio dell'attività di cui all'articolo 2497 c.c. in violazione dei parametri ivi previsti; esercizio che li renderebbe per l'appunto responsabili su due fronti: quello dei soci di minoranza e dei creditori delle società controllate e quello dei beneficiari del trust. Costoro, in particolare, potrebbero convenire i manager per non essersi comportati conformemente alla legge nell'amministrazione dei diritti inerenti alle partecipazioni, e per chieder loro il ristoro

³⁹ GUERRERA, *Compiti e responsabilità del socio di controllo*, cit., 519.

⁴⁰ GUERRERA, *Compiti e responsabilità del socio di controllo*, cit., 519.

⁴¹ GUERRERA, *Compiti e responsabilità del socio di controllo*, cit., 519; si veda anche PORTALE, *Riforma delle società di capitali e limiti di effettività del diritto nazionale*, cit., 264.

⁴² GALGANO, *Direzione e coordinamento di società, Artt. 2497-2497 septies*, cit., 59; MONTALENTI, *I gruppi di società*, in ABRIANI-AMBROSINI-CAGNASSO-MONTALENTI, *Le società per azioni, Tratt. dir. comm.*, dir. da G. Cottino, Padova, 2011, 1064; IRACE, *Sub art. 2497 c.c.*, cit., 316. Si veda anche PORTALE, *Riforma delle società di capitali e limiti di effettività del diritto nazionale*, cit., 264.

STUDI E OPINIONI

DIREZIONE E COORDINAMENTO

del fondo in trust, laddove colpito da obbligazioni risarcitorie da adempiersi nei confronti di chi abbia lamentato un danno.

Per contro, laddove si accogliesse la tesi, contraria a quella qui sostenuta e fondata sulla diversità della definitiva formulazione dell'articolo 2497 c.c. rispetto a quella contemplata dallo schema presentato dal Governo il 29 settembre 2002⁴³, si verrebbero a determinare almeno due significative inefficienze.

Riterrei, infatti, che si potrebbe creare una disparità tra creditori e soci di minoranza di società eterodirette da altre «società o enti» e creditori e soci di minoranza di società eterodirette da persone fisiche⁴⁴. Al fine di beneficiare di tale differenza, gli attori del mercato sarebbero incentivati a creare strutture di gruppo distorte, che potrebbero dare origine a situazioni in cui è assai complicato determinare se direzione e coordinamento siano posti in essere dalla holding-persona fisica, ovvero da una società del gruppo, ed affidarsi al mero dato formale dell'assenza di posizione verticale del soggetto che la esercita parrebbe del tutto irrilevante, alla luce di quel principio di effettività che orienta l'applicazione dell'articolo 2497 c.c. Simili difficoltà, per giunta, aumenterebbero in situazioni in cui al vertice del gruppo vi sia una holding-persona fisica – eventualmente trustee – la quale sieda nel consiglio di amministrazione o sia amministratore unico di una società controllata e dalla quale impartisca direttive alle restanti società, etichettandole come provenienti dalla prima, la quale – magari – sia anche segnalata ai fini di cui all'articolo 2497 bis c.c. come società che esercita l'attività di direzione e coordinamento. È allora evidente che, in un simile caso, sarebbe del tutto arbitrario sostenere che la persona fisica – eventualmente trustee – abusi di quella giuridica e che il gruppo sia diretto dalla prima anziché dalla seconda, di cui la stessa persona fisica manifesta, nei confronti dei terzi, la volontà.

Chiaramente, la stessa disegualianza appena descritta si verificherebbe laddove si ammettesse l'applicabilità dell'articolo 2497 c.c. ai soli particolari trust di cui si è detto al paragrafo precedente, con l'inevitabile conseguenza che gli attori del mercato tenderebbero a regolare i propri rapporti con leggi straniere che consentano di attrarre il trust tra gli «enti» (di cui all'articolo 2497 c.c.), al solo fine di riportare sotto il cappello della disciplina codicistica i soggetti che esercitano l'attività di direzione e coordinamento.

Inoltre, la disegualianza di trattamento aumenterebbe laddove una lettura strettamente formalistica della norma, volta ad escludere le persone fisiche dal suo ambito di applicazione, dovesse concludere per l'applicabilità della stessa ai soli trust che, indipendentemente dalla legge regolatrice, siano amministrati da società, fiduciarie o meno. In tal caso, infatti, il dato meramente formale potrebbe ritenersi integrato, in

⁴³ Lo schema è pubblicato sul numero 12 di *Società* del 2002. Per una critica si veda PORTALE, *Riforma delle società di capitali e limiti di effettività del diritto nazionale*, cit., 264.

⁴⁴ GUERRERA, *Compiti e responsabilità del socio di controllo*, cit., 520.

STUDI E OPINIONI

DIREZIONE E COORDINAMENTO

quanto l'attività di direzione e coordinamento sarebbe effettivamente svolta da una «società o un ente», a prescindere dalla circostanza secondo cui questo agisca come trustee. Simile interpretazione, tuttavia, determinerebbe effetti poco desiderabili, in quanto sarebbe idonea ad incentivare gli attori del mercato a costituire società unipersonali, tese al solo fine di rientrare inequivocabilmente nell'ambito di applicazione della citata norma.

Infine, verrebbe in considerazione un'ulteriore inefficienza, di cui s'è appena accennato, che potrebbe essere rappresentata da un aumento del contenzioso e, dunque, dei costi transattivi, per l'appunto dovuti ad un incremento di iniziative giudiziarie volte ad accertare il significato e la portata del termine «ente» il cui utilizzo, nel codice civile, come è ben noto a chi si è occupato di trasformazione eterogenea, non è sempre informato al suo significato tecnico, generalmente attribuitogli dai formanti del nostro ordinamento. In tal senso, per ente, si potrebbe anche intendere un diritto dominicale condiviso su azioni o, per l'appunto, un trust.

Alla luce di tutte queste considerazioni l'interpretazione estensiva dell'articolo 2497 c.c. dovrebbe prevalere e, di conseguenza, si dovrebbe ritenere che anche laddove il trust non rivesta, secondo la legge scelta ai sensi della Convenzione dell'Aja, le caratteristiche di un centro di imputazione di diritti e obblighi, il trustee possa comunque essere chiamato a rispondere ex articolo 2497 c.c., fermo restando il suo eventuale diritto di rivalsa sui beni del fondo, da esercitarsi secondo i principi che, conformemente alla legge applicabile, ne disciplinano la responsabilità extracontrattuale.

Anche in questo caso, come già notato al precedente paragrafo, potranno essere solidalmente coinvolti tutti gli attori del trust, ivi compresi guardiani, beneficiari e disponente.

4) L'esclusione di trust e trustee dall'ambito di applicazione dell'articolo 2497 c.c.

Ferme restando le conclusioni a cui si è pervenuti nei paragrafi precedenti circa l'applicabilità dell'articolo 2497 c.c. all'attività di direzione e coordinamento condotta a mezzo trust, in considerazione degli argomenti appena esposti, pare comunque opportuno riflettere sulla disciplina applicabile alle persone fisiche e, nel nostro caso, ai trustee che siano ritenuti esclusi, in virtù della tesi restrittiva, dal perimetro di responsabilità tracciato dalla norma in commento.

Occorre, in altre parole, domandarsi quali possano essere le regole di riferimento per queste condotte dei gestori del trust, posto che non parrebbe legittimo consentire loro di ricadere in una lacuna dell'ordinamento.

4.1) Le regole operazionali applicabili

Sul punto riterrei necessario richiamare le regole operazionali applicate antecedentemente alla riforma del diritto societario, quando, in assenza dell'articolo 2497 c.c., dottrina e giurisprudenza hanno elaborato numerose tesi finalizzate a responsabilizzare le persone fisiche e le persone giuridiche che impartissero direttive alle controllate, amministrandole in un'ottica unitaria.

Tali tesi possono essere riallocate in due gruppi.

Nel primo gruppo si incontrano elaborazioni volte ad imputare alla holding - persona fisica o giuridica - le passività imposte alle controllate, in ragione di una condotta che è collocabile nell'area dell'abuso del diritto e in particolare dell'abuso della personalità giuridica. Queste tesi s'incardinano sul ruolo di chi si ingerisce nell'amministrazione delle società del gruppo, la cui responsabilità, in conseguenza dell'etero-determinazione delle scelte, è stata fondata, da dottrina e giurisprudenza, su numerose teorie, come quella della "holding tiranna", dell'"impresa fiancheggiatrice", della trasformazione implicita in società in nome collettivo e della "supersocietà" tra persone fisiche e persone giuridiche.

In particolare è "socio tiranno" colui che agisce attraverso gli organi societari per depauperare il patrimonio sociale, senza spendere il proprio nome e confondendo i propri beni con quelli della società⁴⁵. Similmente, si ritiene "tiranna" quella holding che

⁴⁵ La teoria del socio tiranno va ricondotta a Bigiavi (in diversi scritti, tra cui BIGIAVI, *L'imprenditore occulto*, Padova, 1954; BIGIAVI, *Fallimento dei soci sovrani, pluralità di imprenditori occulti, confusione di patrimoni*, in *Giur. it.*, 1954, 691; BIGIAVI, *Difesa dell'imprenditore occulto*, Padova, 1962, 113) al quale si oppose Ascarelli (in *Società di persone tra società; imprenditore occulto; amministratore indiretto; azionista sovrano*, in *Foro it.*, 1956, 405). In giurisprudenza, il leading case in cui si distinse la holding dal socio tiranno, è quello dei fratelli Caltagirone, deciso in Cass. Civ., 26 febbraio 1990, n. 1439. La sentenza è pubblicata in numerose riviste ed annotata da diversi Autori, in particolare, in *Giur. it.*, 1990, 713, con nota di WEIGMANN; in *Giust. civ.*, 1990, I, 622, con note di SANTARSIERE, *Verso un assetto giuridico della holding*, *ivi*, 2395 e di FARINA, *Società holding, holding personale ed attività d'impresa*, *ivi*, 2911; in *Società*, 1990, 598, con nota di SCHIANO DI PEPE, *L'imprenditore holding*; in *Giur. comm.*, 1991, II, 366, con nota di RONDINONE, *Esercizio della direzione unitaria ed acquisto della qualità d'imprenditore commerciale*; in *Riv. dir. impr.*, 1991, 316, con nota di JORIO; in *Riv. dir. comm.*, 1991, 515, con note di LIBONATI, *Partecipazione in società ed esercizio di attività economica infoma d'impresa*, *ivi*, 552 e di SAMBUCCI, *L'attività mediata dell'impresa holding: l'art. 2361 c.c.*, *ivi*, 564; in *Dir. fall.*, 1990, II, 1005, con nota di STRAMIGNONI, *Il fallimento della società collaterale*; in *Fallimento*, 1990, 495, con nota di LAMANNA, *La holding quale impresa commerciale (anche individuale) e il dogma della personalità giuridica*. Si vedano altresì GALGANO, *L'oggetto della holding è, dunque, l'esercizio mediato e indiretto dell'impresa di gruppo*, in *Contr. e impr.*, 1990, 401 e SPADA, *Della permeabilità differenziata della personalità giuridica nell'ultima giurisprudenza commerciale*, *Giur. comm.*, 1992, 429.

STUDI E OPINIONI

DIREZIONE E COORDINAMENTO

si comporti nella stessa maniera rispetto alle società del gruppo che governa, in modo tale da poterle imputare i debiti delle controllate, laddove essa abbia effettivamente «travalicato i limiti propri dell'autonomia patrimoniale e personale delle società medesime, con abuso di maggioranze, usurpazione di poteri gestori e di controllo e dando vita ad un unico centro di imputazione giuridica dell'attività imprenditoriale svolta e ad una conseguente confusione dei patrimoni di ciascun ente»⁴⁶.

Nel medesimo senso, è esteso il fallimento della società al socio che abbia determinato il dissesto della stessa⁴⁷, utilizzandola per perseguire interessi personali («impresa fiancheggiatrice»), ovvero che abbia abusato della responsabilità limitata⁴⁸, in spregio all'articolo 2740 c.c., trattando la persona giuridica alla stregua di uno «strumento del linguaggio»⁴⁹.

Infine, uguale destino è previsto per quei soggetti che la dottrina coinvolgerebbe nel fallimento della controllata in virtù di una «trasformazione implicita» in società in nome collettivo⁵⁰ ovvero della sussistenza di una «supersocietà»⁵¹, entrambe tra persone fisiche (tiranne) e società controllate.

Tutte queste ipotesi, attenendo ad un uso strumentale e fraudolento della personalità giuridica, non hanno nulla da spartire con l'unitarietà delle strategie di gruppo⁵², nell'ottica della massimizzazione dei profitti, rispetto alla quale si è per l'appunto sviluppato il secondo e più recente gruppo di tesi.

Quest'ultime si riferiscono all'attività di direzione e coordinamento nel senso in cui è oggi intesa dal codice civile e stabiliscono i limiti entro i quali essa era reputata lecita antecedentemente alla riforma del diritto societario ed all'introduzione

⁴⁶ Trib. Messina, 15 febbraio 1996, in *Giur. it.*, 1996, 533 con nota di GLIOZZI. Secondo il Tribunale «va disposta, tuttavia, la separazione delle masse fallimentari, nel senso che ciascuna società è chiamata a rispondere delle proprie obbligazioni e ciascun socio di quelle personali e della società di fatto».

⁴⁷ La teoria risale agli anni sessanta (si veda Cass. Civ., 6 aprile 1966, n. 907, in *Foro it.*, 1966, I, 1037, con il commento di P. VITALE, *Socio « finanziatore abituale » della società, pretesa « attività intermediaria nella circolazione dei crediti » e « impresa fiancheggiatrice»*, in *Riv. dir. comm.*, 1966, II, 468-471) ed ha continuato ad essere applicata per diversi decenni (da ultimo, App. Torino, 28 settembre 1995, in *Giur. it.*, 1996, I, 2, 578).

⁴⁸ GALGANO, *I gruppi di società*, in *Le società, Trattato diretto da F. Galgano*, Torino, 2001, 207 e in *Direzione e coordinamento di società, Artt. 2497-2497 septies*, cit., 198.

⁴⁹ GIOVANNINI, *La holding persona fisica e l'abuso della personalità giuridica*, in *Giur. comm.*, 2004, 25.

⁵⁰ FERRARA JR., *Società etichetta e società operante*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, 668.

⁵¹ ASCARELLI, *Imprenditore occulto e partecipazione di una società di capitali ad una società di persone*, in *Foro it.*, 1959, 1519.

⁵² In questo senso anche GALGANO, *Direzione e coordinamento di società, Artt. 2497-2497 septies*, cit., 203.

STUDI E OPINIONI

DIREZIONE E COORDINAMENTO

dell'articolo 2497 c.c. Tali teorie presuppongono la liceità della citata attività e, indagando sulla legittimità della decisione della società controllata, adottata in pregiudizio alla stessa, ne giustificano l'assunzione mediante il bilanciamento di pregiudizi e benefici che la delibera riassegna all'interno del gruppo.

Sul punto, tuttavia, le soluzioni proposte sono piuttosto variegate.

Alcuni, infatti, hanno ritenuto che fosse opportuno comparare i vantaggi assegnati all'interno del gruppo con gli svantaggi occorsi alla controllata⁵³, altri che il sacrificio di quest'ultima fosse indifferente in nome di un interesse collettivo⁵⁴ e altri ancora che la prevalenza della politica comune si giustificasse in forza della coincidenza dell'oggetto sociale della holding con quello di ciascuna controllata⁵⁵.

Una diversa impostazione, invece, ha dato origine alla teoria dei vantaggi compensativi, notoriamente declinata in due modelli, uno rigido, ancorato ad un parametro quantitativo, e uno elastico, scevro da parametri algebrici.

Secondo il primo, i vantaggi riallocati all'interno del gruppo dovrebbero essere superiori o uguali agli svantaggi arrecati alla controllata, a seguito di un'operazione pregiudizievole⁵⁶ – deliberata dai suoi amministratori – che dovrebbe successivamente trovare effettivo ristoro.

Il secondo modello, invece, prescinde da una effettiva compensazione⁵⁷, e giustifica quelle operazioni che, al momento della loro realizzazione, siano coerenti (e razionali) rispetto ad una «politica economica generale di medio e lungo termine», dalla quale possa ragionevolmente determinarsi un vantaggio per la società controllata, «anche su piani economici differenti, anche in tempi diversi»⁵⁸.

Simile modello di compensazione dei vantaggi è stato sostanzialmente tradotto in regola operativa da parte della giurisprudenza di merito⁵⁹ e di legittimità⁶⁰ ed ha

⁵³ MIGNOLI, *Interesse di gruppo e società a sovranità limitata*, in *Contr. e impr.*, 1986, 729.

⁵⁴ GAMBINO, *Responsabilità amministrativa nei gruppi societari*, in *Giur. comm.*, 1993, 841.

⁵⁵ GALGANO, *L'oggetto della holding è, dunque, l'esercizio mediato e indiretto dell'impresa di gruppo*, cit., 401.

⁵⁶ BONELLI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società*, in *Giur. comm.*, 1992, 219.

⁵⁷ MONTALENTI, *Conflitto di interessi nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Persona giuridica, gruppi di società, corporate governance*, Padova, 1999, 105.

⁵⁸ MONTALENTI, *Conflitto di interessi nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, cit., 105.

⁵⁹ Si veda Corte d'Appello di Torino, 4 dicembre 2000, in *Giur. it.*, 2001, 1676, con nota di CERRATO, *Osservazioni in tema di operazioni infragruppo e di vantaggi compensativi*; nonché Tribunale di Roma, 5 Febbraio 2008, in *Foro it.*, 2008, 2326, dal quale, tuttavia, non si evince chiaramente se abbia ritenuto di accogliere l'uno o l'altro modello di compensazione dei vantaggi, anche se parrebbe propendere per quello disancorato da parametri algebrici.

⁶⁰ Parrebbero accogliere la declinazione elastica della teoria dei vantaggi compensativi Cass. Civ., 5 dicembre 1998, n. 12325, in *Giur. it.*, 2001, 1676, con nota di MONTALENTI, *Operazioni*

STUDI E OPINIONI

DIREZIONE E COORDINAMENTO

trovato accoglimento nel tenore letterale dell'articolo 2634 c.c., in tema di infedeltà patrimoniale, nonché nell'articolo 2497 c.c.

Quest'ultimo, infatti, come anticipato, si riferisce ad una valutazione del «risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento» e parrebbe in tal senso aver recepito una concezione elastica dei vantaggi compensativi⁶¹.

Allora, conformemente a questa interpretazione, in assenza di benefici connessi all'appartenenza al gruppo e capaci di ristorare i pregiudizi, gli amministratori della controllata, che hanno adottato la deliberazione, e quelli della controllante, che la hanno suggerita, *rectius* imposta, sono ritenuti responsabili nei confronti dei soci di minoranza della controllata e dei terzi creditori⁶². A quest'ultimi, basterà allegare l'esistenza di comportamenti apparentemente pregiudizievoli dell'organo amministrativo, i cui membri, convenuti unitamente ai manager della holding, dovranno fornire la prova della sussistenza di benefici, anche indiretti, di cui la controllata possa giovare (in quanto parte del gruppo)⁶³.

A ben vedere, questo sistema di responsabilità prescinde(va) dalla struttura della holding, la cui attività, come noto, non (era né) è affatto preclusa alle persone fisiche⁶⁴.

Pertanto, laddove quest'ultime fossero effettivamente escluse dall'articolo 2497 c.c., il modello appena descritto non potrà che rappresentarne la disciplina applicabile. Non pare infatti ragionevole ritenere che l'inserimento della (nuova) responsabilità da direzione e coordinamento nel codice civile abbia rimosso i principi e le regole operazionali precedentemente vigenti in suo luogo, i quali potranno e dovranno ancora essere applicati a tutte le ipotesi che si dovessero ritenere estranee ai suoi effetti.

Allora, tenendo presente come la disciplina codicistica abbia recepito le previgenti regole operazionali, l'accoglimento della tesi restrittiva circa il significato di

infragruppo e vantaggi compensativi: l'evoluzione giurisprudenziale e Cass. Civ., 11 dicembre 2006, n. 26325, in *Giur. comm.*, 2008, 811, con nota di DE LUCA DI ROSETO, *Operazioni rientranti nell'oggetto sociale, interessi di gruppo e vantaggi compensativi*. Parrebbe invece accogliere una concezione rigida della teoria dei vantaggi compensativi Cass. Civ., 24 agosto 2004, n.16707, in *Giur. comm.*, 2005, 246, con nota di SALINAS, *Responsabilità degli amministratori, operazioni infragruppo e vantaggi compensativi*; in *Società*, 2005, 164 con nota di CIAMPOLI; in *Banca, Borsa, tit. cred.*, 2005, 373 con nota di CARIELLO, *La "compensazione" dei danni con i benefici da attività di direzione e coordinamento*

⁶¹ SALINAS, *Responsabilità degli amministratori, operazioni infragruppo e vantaggi compensativi*, cit., 266; DE LUCA DI ROSETO, *Operazioni rientranti nell'oggetto sociale, interessi di gruppo e vantaggi compensativi*, cit., 831.

⁶² Cass. Civ., 11 dicembre 2006, n. 26325, cit., 811; Cass. Civ., 24 agosto 2004, cit., 246; Tribunale di Roma, 5 Febbraio 2008, cit., 2326.

⁶³ Cass. Civ., 11 dicembre 2006, n. 26325, cit., 811; Cass. Civ., 24 agosto 2004, cit., 246; Tribunale di Roma, 5 Febbraio 2008, cit., 2326.

⁶⁴ Cass. Civ., 26 febbraio 1990, n. 1439, cit., 151.

STUDI E OPINIONI

DIREZIONE E COORDINAMENTO

«società o enti» di cui all'articolo 2497 c.c. non sembrerebbe in grado di spostare i confini della liceità dell'attività di direzione e coordinamento esercitata dalla capogruppo persona fisica rispetto a quelli riconosciuti alla medesima attività posta in essere dalle persone giuridiche.

Di conseguenza, i trustee di quei trust la cui legge scelta sia quella inglese o ricalchi il diritto di quell'ordinamento sarebbero comunque soggetti ad una disciplina non molto diversa da quella codicistica.

Va da sé, alcune differenze permarranno, pur senza alcuna ragion d'essere, se sol si considera l'irrelevanza della struttura del soggetto – persona fisica o meno – che esercita l'attività di direzione e coordinamento.

4.2) Le differenze con il sistema di responsabilità di cui all'articolo 2497 c.c. ed il loro appianamento

Le differenze riscontrabili tra le regole operazionali vigenti antecedentemente alla riforma del diritto societario e quelle dettate dal sistema di responsabilità previsto dal codice civile attengono principalmente alla legittimazione attiva all'azione e al danno risarcibile, nonché a quel ravvedimento operoso, di cui s'è detto in precedenza, e alle presunzioni previste all'articolo 2497-sexies c.c.

Dal primo punto di vista, considerando una società per azioni controllata, si può rilevare come il singolo socio, ovvero una minoranza di soci non qualificata ai sensi dell'articolo 2393-bis c.c., potrebbe trovare ristoro allo *shareholders value* soltanto esercitando un'azione ex articolo 2043 c.c.⁶⁵. Il buon fine di questa iniziativa, però, potrebbe essere compromesso dalla natura del pregiudizio di cui si richiede di essere tenuti indenni. Quest'ultimo, infatti, secondo la dottrina dominante non sarebbe causato dall'etero-direzione, ma rappresenterebbe un danno riflesso da quello che l'etero-direzione ha cagionato al patrimonio della società⁶⁶.

Inoltre, anche laddove una minoranza qualificata risultasse vittoriosa all'esito di un'azione di responsabilità ex articolo 2393-bis c.c., il risarcimento ottenuto sarebbe corrisposto alla società eterodiretta e non a ciascun socio. A conti fatti, pertanto, il risultato sarebbe differente, atteso che quanto liquidato resterebbe nella disponibilità di quegli stessi soggetti che hanno depauperato il patrimonio della società e il disincentivo previsto dall'articolo 2497 c.c.⁶⁷, secondo il quale il risarcimento è sottratto alla società e assegnato al socio, verrebbe vanificato.

⁶⁵ Si veda sul punto, antecedentemente alla riforma GALGANO, *I gruppi di società*, cit., 135 e, in epoca successiva, MONTALENTI, *I gruppi di società*, cit., 1064

⁶⁶ Si veda per tutti SALAFIA, *La responsabilità della holding nei confronti dei soci di minoranza delle controllate*, cit., 393.

⁶⁷ WEIGMANN, *I gruppi di società*, in *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003, 208.

STUDI E OPINIONI

DIREZIONE E COORDINAMENTO

In terzo luogo, le presunzioni dettate dall'articolo 2497–*sexies* c.c. non potrebbero operare ed un'eventuale transazione di segno opposto, finalizzata a riparare il danno sofferto dalla controllata sarebbe oggetto di libera valutazione del Giudice.

Quest'ultimo, peraltro, potrebbe rilevare l'inefficienza di un sistema che preveda discipline parzialmente difformi per fattispecie del tutto analoghe e, ricorrendo proprio all'interpretazione analogica, potrebbe limare le differenze descritte applicando il modello del codice civile alle situazioni di cui si pretende l'esclusione, in considerazione (lo si ripete) dell'irrelevanza della natura e della struttura del soggetto che esercita l'attività di direzione e coordinamento. Peraltro, sul punto, non parrebbe potersi eccepire l'insussistenza dei presupposti per ricorrere all'analogia, i quali, per contro, emergono nitidamente. Il Giudice infatti si troverebbe contemporaneamente davanti ad una lacuna del sistema e ad una fattispecie non regolata (della holding persona fisica) del tutto simile ad altra fattispecie (della holding persona giuridica) in relazione alla quale l'ordinamento ha predisposto una norma. In questo senso, sembrerebbe allora giustificata l'elaborazione di una regola operativa che associ alla situazione da disciplinare i medesimi effetti della norma espressamente contemplata per la situazione simile⁶⁸.

5) Conclusioni

In conclusione, riterrei opportuno distinguere tra due diversi tipi di condotte che il manager del trust può tenere rispetto alle società di cui amministra nel fondo le partecipazioni.

Qualora infatti egli non si limiti ad integrare la fattispecie della direzione e del coordinamento dell'intero gruppo – anche illecitamente – ma si prodighi in altre condotte, che denotino un illegittimo impiego della personalità giuridica, volto ad approfittare, in vario modo, del velo che la stessa erige, dovrebbero potersi applicare le descritte regole operative in tema di “holding tiranna”, “impresa fiancheggiatrice”, “trasformazione implicita” in società in nome collettivo e “supersocietà” tra persone fisiche e persone giuridiche. In tal modo, secondo quanto si è detto in precedenza, il

⁶⁸ CAIANI, voce «Analogia (teoria generale del diritto)» in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 349; SACCO, *L'interpretazione*, in *Le fonti non scritte e l'interpretazione* (G. Alpa, A. Guarneri, P.G. Monateri, G. Pascuzzi, R. Sacco), in *Tratt. dir. civ. dir.* da R. Sacco, Torino, 1999, 226; ALPA, *L'analogia e la finzione* in *Le fonti non scritte e l'interpretazione* (G. Alpa, A. Guarneri, P.G. Monateri, G. Pascuzzi, R. Sacco), in *Tratt. dir. civ. dir.* da R. Sacco, Torino, 1999, 299; GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già dir. da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, Milano, 2004, 192. In generale sulla struttura del ragionamento per analogia in logica si veda BOBBIO, *L'analogia e il diritto penale*, *Riv. pen.*, 1938, 87; ID., *L'analogia nella logica del diritto*, Torino, 1938; GIANFORMAGGIO, voce «Analogia», in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, I, Torino, 1987.

STUDI E OPINIONI

DIREZIONE E COORDINAMENTO

manager del trust sarebbe coinvolto nella responsabilità per le obbligazioni contratte sotto mentite spoglie.

Laddove invece l'attività posta in essere dal manager sia riconducibile a quella di direzione e coordinamento, anche illecitamente condotta, ma non sconfini nelle descritte fattispecie di abuso del diritto, si dovrà far riferimento all'articolo 2497 c.c., indipendentemente dalle caratteristiche affibbate al trust dalla legge scelta dal disponente per governarne i rapporti.

Abbiamo infatti notato come alcun dubbio possa essere sollevato in merito all'applicazione dell'articolo 2497 c.c. laddove il trust integri i requisiti enucleati dalla Suprema Corte in relazione ai soggetti di diritto ovvero tale etichetta gli sia stata affibbiata in virtù del diritto reso applicabile dal disponente.

La stessa norma codicistica dovrebbe poi governare l'etero-direzione esercitata da quegli amministratori di trust retti dal diritto inglese ovvero dal diritto di un sistema che ne abbia ripercorso le orme, allocando al manager responsabilità personale per le obbligazioni causalmente connesse con il fondo. Secondo quanto analizzato, infatti, paiono prevalenti gli argomenti giuridici e di analisi economica del diritto favorevoli all'inclusione delle persone fisiche nell'ambito di applicazione dell'articolo 2497 c.c., rispetto a quelli contrari, capaci di creare diseconomie e disparità di trattamento.

Quest'ultime, tuttavia, anche laddove si legittimasse la tesi che le determina, potrebbero (e dovrebbero) comunque essere mitigate con il recupero delle regole operazionali vigenti antecedentemente alla riforma del diritto societario, e potrebbero persino essere eliminate con il probabile ricorso, da parte del Giudice, all'interpretazione analogica dello stesso articolo 2497 c.c.