

“NOTERELLE (QUASI) METODOLOGICHE IN MATERIA DI GRUPPI DI SOCIETÀ”¹**Carlo ANGELICI****Abstract:** Análisis de la situación legal y conceptual de la regulación de los grupos societarios.**Palabras Clave:** grupo – organización societaria – abuso de posición dominante**Abstract:** Analysis of the legal and regulatory situation conceptual of corporate groups.**Key words:** group - corporate organization - Abuse of dominant position

1. Premessa. È possibile, penso, convenire su due aspetti generalissimi e da essi prendere le mosse: che l'analisi giuridica presuppone, come in realtà ogni manifestazione del pensiero umano, schemi mentali che preesistono rispetto ai dati cui si volge l'indagine; e che i tempi in cui evolvono i primi sono (direi: necessariamente) diversi rispetto a quelli in cui mutano i secondi.

La vicenda, che per il suo carattere fisiologico contribuisce pure a illustrare il tradizionale «conservatorismo» del giurista, e che può essere anche benefica (poiché mette limiti all'arbitrio del legislatore e del potere politico), è costante e ineliminabile. Essa pone però un problema: quello di verificare quando la conservazione dei preesistenti schemi mentali entra in contrasto con i nuovi dati e allora, impedendo di comprenderli, diviene un effettivo ostacolo per chi voglia intendere il reale atteggiamento dell'ordinamento e il significato per esso delle fenomenologie considerate; quando, se tale comprensione si vuole perseguire, si rivela la necessità di elaborarne di nuovi e diversi.

E si tratta di una vicenda la quale presenta aspetti d'indubbio parallelismo, senza voler qui chiedersi se addirittura non s'identifica, con quella dei «paradigmi» di cui discorre Kuhn nella sua analisi delle «rivoluzioni scientifiche». La quale inoltre, nello specifico settore del pensiero giuridico, mostra due peculiari caratteristiche: che in esso è ancora più esplicito di quanto non sia altrove il rilievo (in altri settori del pensiero umano comunque presente, ma più facilmente occultato e/o inconscio) dei fattori ideologici e politici nella formazione e scelta di quegli schemi mentali (o, se si preferisce, «paradigmi»); e che l'elaborazione di nuovi implica, in certo modo per definizione, l'esigenza di costruirli sulla base di dati diversi da quelli precedenti, e allora, se si vuol dire, l'inserimento nel discorso giuridico di formule concettuali che prima le erano estranee, l'assegnazione ad esse di un significato propriamente «giuridico».

Il punto (mi) pare chiarissimo già pensando a uno schema (o formula o «paradigma») da almeno due secoli centrale per la comprensione dell'intero sistema del diritto privato, quello del diritto soggettivo: che certamente era estraneo al pensiero dei giuristi romani [discutendosi invece soltanto se sia metodologicamente corretto avvalersi di esso per la comprensione attuale (come diceva Savigny, odierna) del diritto romano: e si pensi alla notissima polemica fra Villey e Pugliese] e del periodo intermedio; che è in primo luogo emerso su un piano etico-politico, quindi fondamentalmente pregiuridico, ed è divenuto strumento concettuale per l'analisi del diritto positivo al momento dell'affermazione politica dei principi giusnaturalisti e poi liberali e dell'adozione delle codificazioni ad essi ispirate; fino a potersi presentare per un lungo periodo di

¹ Il presente scritto è destinato agli *Studi in onore di Mario Libertini*, illustre studioso di cui ho avuto l'onore di essere collega nella Facoltà romana di Giurisprudenza.

tempo come quello veramente caratterizzante l'intero sistema, definendosi il diritto privato appunto come un sistema di diritti soggettivi (e si pensi, per ricordare un illustre esempio, all'esplicita posizione di v. Tuhr).

2. Tradizione privatistica e riforma della disciplina dei gruppi. Ma non è certo il caso, in questa sede, proseguire un discorso così generale: che per un verso è notissimo (al punto che la storia del pensiero giuridico potrebbe persino essere intesa come quella della dialettica fra gli schemi mentali ricevuti e l'evoluzione dei dati normativi), per un altro richiederebbe ben maggiore approfondimento. Chiaro è però, ai fini di quanto si vuole qui segnalare, che il tema emerge nella maniera più esplicita, e assume una portata in grado di immediatamente coinvolgere il giurista pratico, nel momento in cui di un istituto si realizza una significativa riforma.

È fisiologico in tal caso che si manifesti una sorta di tensione fra gli schemi di cui prima ci si avvaleva come strumento di analisi e i nuovi dati normativi. Il che pone in giuoco per un verso, da un punto di vista teorico, l'interrogativo se i primi siano ancora utilizzabili o non sia necessario elaborarne di nuovi (con l'eventualità, se si sceglie la seconda opzione, di inserire nel discorso giuridico temi che prima gli erano estranei); e per un altro verso, da un punto di vista pratico-applicativo, la portata stessa della riforma, che inevitabilmente risulta limitata quando intesa alla luce degli schemi che si utilizzavano per la comprensione del sistema previgente.

Ciò appunto è avvenuto, e non poteva non avvenire, con riferimento alla riforma del diritto societario che sta per compiere il decennale: la quale, come in tante occasioni segnalato da uno dei suoi principali protagonisti, Paolo Ferro-Luzzi, è stata per lo più letta e interpretata avvalendosi dei concetti e delle prospettive già consueti.

Di tale generale atteggiamento (lo si ribadisce: di per sé fisiologico e del tutto prevedibile) potrebbero individuarsi molteplici esemplari. Qui vorrei dedicare alcuni cenni alle sue implicazioni per una delle aree d'intervento della riforma che mi pare particolarmente emblematica, quella che concerne la disciplina dei gruppi di società e che la riforma denomina come «attività di direzione e coordinamento di società».

Prima però un'avvertenza preliminare: che i seguenti cenni non intendono in alcun modo considerare analiticamente le singole opinioni espresse in argomento, bensì, coerentemente con quanto prima osservato, sommariamente ricostruire un atteggiamento generale, una sorta di media che come tale non è specificamente riferibile a nessuno e che può in concreto non corrispondere al pensiero di alcuno.

In questo senso mi sembra che punto di partenza possa essere il modo stesso in cui, appunto generalmente, si è reagito alla principale (in certo senso pregiudiziale) novità della riforma in argomento: quella, evidentemente non soltanto formale ed estrinseca, di inserire per la prima volta nel nostro ordinamento una disciplina di portata generale, non soltanto settoriale, dei gruppi di società. Il che è avvenuto in un contesto nel quale la tradizione guardava a essi (almeno) con sospetto, soprattutto preoccupandosi dei pericoli che possono derivarne per gli interessi che si puntualizzano sulle singole società del gruppo: in primo luogo quelli dei soci di minoranza (quelli cc. dd. «esterni») e dei creditori delle società controllate, intendendosi allora il problema dei gruppi come quello fondamentale della loro tutela; ma poi anche, come in particolare avvenuto con l'elaborazione di Marcus Lutter e della sua scuola, quelli che si pongono all'interno della società capogruppo.

Si trattava in definitiva, per quanto concerne il nostro ordinamento, di una sorta di tensione (e in definitiva conflitto) fra un assetto normativo che in via generale assegnava rilevanza ai soli interessi riguardanti le singole società e una fenomenologia con la quale in fatto ne emergono (o possono emergere) altri, tale comunque da poter porre in pericolo i primi.

Naturale è perciò che la prima e più immediata percezione della novità rappresentata dagli artt. 2497 sgg. cod. civ. sia stata vedervi l'esplicito riconoscimento della legittimità in principio di tale fenomenologia, dell'«attività di direzione e coordinamento di società», intendendo allora la nuova disciplina come un modo, a seguito di tale riconoscimento, di disciplinarne i modi di esercizio e distinguerli quando leciti ovvero illeciti.

Fin qui, riterrei, nulla di strano e un discorso certamente condivisibile per descrivere la disciplina. Interessante è però, ai fini qui perseguiti, segnalare che ne è derivata una sorta di reazione a catena, la quale, se non m'inganno, è stata innescata proprio dall'esigenza di continuare ad avvalersi degli schemi mentali, se si vuol dire dei dogmi, consueti per l'analisi giusprivatistica.

Si tratta in sintesi (e, deve ribadirsi, senza in tal modo riferirsi al pensiero di alcun singolo giurista e fatte quindi salve le dovute eccezioni, ma considerando quanto generalmente rilevabile) di un processo mentale, di una serie di sillogismi, che potrebbe descriversi come segue: dal riconoscimento di quella «legittimità» dell'«attività di direzione e coordinamento di società» si deduce che ad essa corrisponde un diritto (o comunque una situazione giuridica attiva) di chi la esercita, concentrandosi il tema operativo sulla distinzione fra quando il suo esercizio può ritenersi legittimo ovvero abusivo; si deduce poi che a tale «diritto» corrisponde, logicamente non potrebbe non corrispondere, un obbligo (o comunque una situazione giuridica passiva) della società che le è soggetta; e si trae infine la conseguenza, di evidente rilievo applicativo, che ne risulta esclusa (o comunque circoscritta) la responsabilità di chi si è adeguato alle direttive adottate nell'esercizio di quel «diritto» (poiché in tal modo si è adempiuto un «obbligo»), in concreto degli amministratori della società controllata.

Mi rendo ben conto essere questa una ricostruzione estrema, quasi parodistica: ma che proprio perciò può rendere palese il ruolo, poi in definitiva anche operativo, che nel discorso svolgono gli schemi mentali del giurista, i suoi dogmi.

Con tale discorso, in effetti, non soltanto si esprime la tradizionale esigenza di descrivere l'esperienza giuridica in termini di situazioni soggettive, ma anche tecnicamente quella di porre al suo centro il rapporto giuridico, e di intenderlo alla luce di quello consueto diritto-obbligo; sicché, ritenendo irrinunciabile tale schema, il cuore della disciplina viene posto in una costruzione con esso della relazione intercorrente fra società controllante e società controllata.

Tale relazione viene così in definitiva assimilata a quella che è consueto pensare quando si tratta di vicende che coinvolgono distinti soggetti, più ampiamente sfere giuridiche fra loro estranee e diverse: la prospettiva a ben vedere centrale per la costruzione storica all'origine del diritto privato moderno (quella che O. v. Gierke chiamava del Individualrecht e alla quale voleva contrapporre l'altra del Sozialrecht).

E ne risulta, qualora si volesse svolgere un'analisi critica, l'interrogativo se tale schema deve realmente ritenersi irrinunciabile, se non ci si possa invece e/o debba avvalere di altri, eventualmente elaborandone nuovi, per la comprensione della vicenda. Un interrogativo il quale, come accennato, costantemente e fisiologicamente si propone a seguito di ogni riforma del materiale normativo; e che, per i temi specifici che coinvolge, quelli appunto del «rapporto

giuridico» e del «soggetto», già da tempo è stato affrontato nella valutazione generale del diritto delle società e dell'impresa (ove, come notissimo, è risalente la questione concernente l'utilizzabilità degli schemi concettuali affermatasi per la costruzione del sistema generale del diritto privato, e proprio di quelli che qui vengono soprattutto in rilievo).

3. I «doveri» della società controllata. Ma non è certo questa la sede per una compiuta analisi del punto. Interessava in primo luogo evidenziare un esemplare tematico in cui la scelta (aggiungerei: storicamente inevitabile e per lo più inconscia) di continuare a utilizzare schemi mentali ricevuti dalla tradizione comporta non trascurabili conseguenze per l'interpretazione di un nuovo materiale normativo. E interessa sottolineare da un lato che essa non è necessariamente priva di alternative e dall'altro che bisogna essere consapevoli delle sue implicazioni e criticità.

Del resto, che siano in proposito ravvisabili criticità (mi) pare sufficientemente dimostrato sottoponendo il percorso logico sommariamente descritto a un test basato su un criterio comunque decisivo per il giurista, quello della praticabilità e del buon senso. Mi riferisco in particolare al passaggio con cui, implicitamente muovendo dal presupposto di dover individuare un «rapporto giuridico», dal riconoscimento della legittimità dell'«attività di direzione e coordinamento» si deduce un «diritto» a esercitarla e ad esso si vuole allora far corrispondere una «obbligazione» (o più genericamente un dovere) di adeguarsi alle direttive di chi quell'attività svolge.

In effetti, a prescindere dalla plausibilità logica di questo discorso, è l'affermazione stessa di quella «obbligazione» che, se le si vuole riconoscere un significato tecnico, non (mi) pare condivisibile. Basta pensare che, alla luce appunto di un criterio di buon senso, sembra difficilmente pensabile (direi da escludere) un'azione della società controllante volta a ottenere la condanna della controllata al suo adempimento ovvero al risarcimento dei danni (quelli, in ipotesi, dalla prima subiti) per effetto del suo inadempimento; ancora più difficile (e a maggior ragione da escludere) che nell'ipotesi di tali azioni non sia decisiva la difesa con cui la società controllata e i suoi amministratori adducono di aver con tale «inadempimento» perseguito i propri e singolari interessi.

Se si condividono le ragioni di buon senso che (mi) inducono a tale rilievo, possono risultarne due implicazioni forse non del tutto trascurabili.

In primo luogo che l'utilizzazione dello schema del «rapporto giuridico» per illustrare i rapporti fra controllante e controllata assume inevitabilmente un significato talmente generico da privarlo di ogni effettivo valore tecnico: una sorta di tributo alla tradizione, ma senza in realtà evocarne la sua portata più propria (e, ciò che più conta, in grado inoltre, quasi inavvertitamente, di provocare distorsioni in sede applicativa). Quello della controllata sarebbe un «obbligo giuridico» privo del suo principale significato, la possibilità di pretendere in quanto tale un intervento coattivo per il suo adempimento

In secondo luogo che, se si vuole discorrere di «doveri» della società controllata, in concreto dei suoi amministratori, non tanto può rilevare quello di eseguire le direttive della controllante, quanto quello in effetti generale di perseguire il proprio «interesse»: ciò, naturalmente, tenendo conto che esso concretamente si specifica per la situazione di gruppo, nel senso almeno che ciò decisamente caratterizza il contesto nel quale si svolge l'attività imprenditoriale della società.

Intendo dire che la partecipazione a un gruppo non modifica di per sé i «doveri» di una società

controllata e dei suoi amministratori: che rimangono pur sempre, con specifico riferimento ai secondi, quelli in via generale indicati dall'art. 2380 bis cod. civ. Modifica invece il contesto nel quale concretamente si svolge l'attività imprenditoriale della società: un contesto del quale non si può, direi ovviamente, non tener conto per la valutazione delle scelte, appunto imprenditoriali, in cui tale attività si realizza; e un contesto al quale appartengono, altrettanto ovviamente, pure le direttive con cui si esprime la «politica del gruppo».

Questa mi sembra la necessaria conseguenza della constatazione, che come detto mi pare necessitata per ragioni di buon senso, secondo cui la partecipazione a un gruppo non è (non può essere) in grado di far sorgere doveri direttamente o indirettamente coercibili a carico della società controllata: il che, se allo schema del rapporto obbligatorio si vuole conservare un significato tecnico, esclude in radice la possibilità di avvalersene per la configurazione concettuale dell'assetto d'interessi in questione.

4. «Potere» e «fatto» nella «direzione e coordinamento di società». Se ciò si condivide, diviene evidente, poiché da una concettualizzazione non è possibile prescindere, la necessità di volgersi a schemi alternativi. E, se si tiene conto dell'esigenza di una loro coerenza con gli assetti reali d'interessi, pare a chi scrive più che plausibile volgersi al dato primordiale che caratterizza, in primo luogo in termini pregiudiziali, la fenomenologia di gruppo: quello di segnalare una specifica e peculiare situazione di potere.

Del resto è lo stesso legislatore a suggerire questa strada: in particolare quando rifiuta ogni formalizzazione e persino ogni definizione dell'«attività di direzione e coordinamento» e si limita a predisporre presunzioni per il suo riconoscimento nel caso concreto. La considera, a ben guardare, sul piano del fatto e da essa trae conseguenze in punto di responsabilità, trasparenza e più in generale per l'esigenze di tutela che ne derivano.

Sicché il problema di una concettualizzazione, se si vuol dire di un'elaborazione dogmatica, diviene quello di orientarsi fra due termini senza dubbio delicati e per molti versi ambigui: quello del potere e l'altro del fatto.

Per il primo potrebbe assumere rilievo, pur in estrema e grossolana sintesi, la constatazione che in effetti il discorso «giusprivatistico» sul «potere» non è unitario e si presta ad assumere significati notevolmente eterogenei. Con esso si può indicare, ed è forse l'accezione più diffusa, comunque quella tecnicamente meglio definita, la presenza di una regola di produzione dell'azione: come quando, soggettivizzando quella contenuta nella procura, si discorre di un «potere» di rappresentanza del procuratore. Ma si può anche indicare la situazione che consente in termini fattuali, senza cioè l'intermediazione della produzione di regole, di realizzare direttamente interessi di chi agisce, e ciò pur quando potenzialmente si interferisce con quelli di altri.

È evidentemente il secondo aspetto che potrebbe interessare nella presente sede: proprio quello di più incerta concettualizzazione e che maggiormente sembra resistere a un inserimento nella consueta tassonomia delle situazioni giuridiche soggettive.

Né ciò può stupire, solo che si pensi alle difficoltà che incontra a tal fine la situazione di «potere» più conosciuta nell'esperienza giusprivatistica e che ne rappresenta in certo modo una forma primordiale: quella che riguarda il «potere di godimento» del proprietario e che, individuando una sorta di sua sfera di «sovranità», o con diverso accento di libertà, non sembra

agevolmente inquadrabile nel consueto schema del «rapporto giuridico». Al punto che si discute a volte, per quanto possa apparire paradossale, se realmente la proprietà si debba comprendere come diritto soggettivo oppure se il suo significato propriamente giuridico non debba intendersi circoscritto al ruolo delle regole che proteggono il proprietario nei confronti della generalità dei terzi, una sorta di «rapporto», pur esso in definitiva per a struttura obbligatoria, rilevante con tutti (e non è certo un caso, può incidentalmente ricordarsi, che nel sistema privatistico il quale più chiaramente pone al proprio centro la proprietà, quello del code civil, questi temi siano ancora attualmente discussi: si pensi, in particolare, al dibattito sulle proposte costruttive di Ginossar e Zenati-Castaing).

Già questo grossolano richiamo consente di segnalare una peculiarità del «potere» che si manifesta nell'«attività di direzione e coordinamento»: che il suo esercizio concreto può avvenire solo se e in quanto gli amministratori della società controllata si adeguano alle direttive della controllante; e che, se si condivide quanto prima osservato, ciò non può intendersi come adempimento di uno specifico dovere dei primi, trovando invece le proprie ragioni in quello generale di tener conto nella propria attività gestoria del contesto imprenditoriale in cui si colloca e opera la società da essi amministrata.

Potrebbe essere sintomatico a conferma di ciò che siano in primo luogo gli amministratori della società controllata a dover riconoscere e dare pubblicità alla situazione di «direzione e coordinamento». Poiché si tratta di un «potere» che si realizza sul piano del «fatto», non traducendosi nell'instaurazione di un rapporto obbligatorio, e un «fatto» il quale si manifesta concretamente nel momento in cui la società controllata segue le direttive della controllante.

Perciò, e direi a ragione, la legge non formalizza i modi in cui tali «direttive» si esprimono (lasciando così la loro eventuale precisazione all'autonomia imprenditoriale delle società coinvolte: come in particolare avviene con i «regolamenti di gruppo»). E perciò la riconoscibilità dell'«attività di direzione e coordinamento» non consegue di per sé ad un'analisi dei comportamenti della società controllante, bensì di quelli della controllata: ai cui amministratori infatti compete dare pubblicità a tale situazione e inoltre rendere trasparenti i propri comportamenti «influenzati» da quelle «direttive».

In definitiva, l'«attività di direzione e coordinamento» emerge giuridicamente quando le corrispondono, e in fatto, i comportamenti della società a essa soggetta, quando in concreto adotta un modello decisionale con cui si adegua alle scelte strategiche di quella che l'esercita: modello che mi è sembrato in altra sede poter descrivere come una sorta di outsourcing della funzione imprenditoriale appunto strategica.

Si comprende perciò l'impossibilità di utilizzare gli schemi consueti per il «rapporto giuridico»: in quanto non sono propriamente riconoscibili né una situazione giuridica attiva né una passiva.

E si comprende anche perché sempre più diffusa sia la convinzione, cui del resto palesemente si è ispirata la redazione degli artt. 2497 sgg. cod. civ., che si debba adottare la prospettiva oggettiva dell'attività. Essa qualifica la vicenda sotto un duplice aspetto: dal punto di vista della società controllata, quello che si è visto empiricamente decisivo, poiché centrale è un assetto decisionale, in termini quindi non episodici, in grado di far riconoscere la sua soggezione all'altrui «direzione e coordinamento»; e dal punto di vista più generale dell'«impresa di gruppo», in quanto a ciò necessariamente non può non corrispondere un modello organizzativo, di nuovo non esaurentesi in singoli e puntuali comportamenti, dell'attività imprenditoriale globalmente svolta.

Un discorso che riguarda l'organizzazione della società e dell'impresa (ed infatti a entrambi i

profili si riferisce l'art. 2497 cod. civ.) e che, di conseguenza, resiste ad una classificazione in termini di situazioni giuridiche soggettive storicamente elaborate al fine di concettualizzare vicende di tipo individualistico e statico.

5. Il problema del «contratto di dominio». I temi cui si accenna possono essere ulteriormente illustrati facendo riferimento a un aspetto specifico della disciplina, con riferimento al quale, ugualmente, si propone la necessità di un confronto con gli schemi consueti.

Mi riferisco alla disposizione dell'art. 2497 septies cod. civ., la quale afferma l'applicabilità delle regole in tema di «direzione e coordinamento di società» anche quando viene esercitata «sulla base di un contratto con le società medesime o di clausole dei loro statuti»; e che ha fatto sorgere il dubbio se in tal modo non si sia, pure nel nostro ordinamento, riconosciuta la validità dei «contratti di dominio».

Non è difficile in effetti evidenziare come al fondo lo schema logico all'origine di tale dubbio coincida con quello prima evocato. Sua premessa più meno consapevole è l'esigenza concettuale di intendere la situazione in termini di «rapporto giuridico» e, allora, di situazioni giuridiche soggettive; una premessa che per il tema specifico potrebbe apparire in certo modo rafforzata quando si evoca la figura del contratto, la cui funzione generale è appunto fondamentalmente costituire, regolare o estinguere il primo. Da tale premessa, e dal riconoscimento legislativo che un contratto può rappresentare la base per una «direzione e coordinamento», la conseguenza che il primo è in grado di costituire quelle situazioni giuridiche soggettive e che allora, potendo produrre tale «effetto», è valido.

Ma anche qui è evidente come tale discorso si regga e cada con quella premessa. Potrebbe essere chiaro, cioè, che se la tematica dei gruppi deve essere concettualizzata con l'individuazione di situazioni giuridiche soggettive delle società coinvolte (verrebbe da dire: delle «parti»), il riconoscimento che alla sua base può porsi un contratto non può significare altro che la sua idoneità a costituirle; che invece, se la situazione di «potere» indubbiamente caratteristica di tale tematica rileva essenzialmente per i modi in cui viene in concreto organizzata e svolta l'attività imprenditoriale della società controllata, anche in tale prospettiva deve essere inteso l'eventuale ruolo di un contratto: in definitiva come uno degli indici, su un piano analogo a quelli indicati dall'art. 2359 cod. civ. e richiamati dall'art. 2497 sexies cod. civ., sulla cui base riconoscere in fatto (allora, come mi sembra evidente, a prescindere da ogni questione di validità) gli assetti organizzativi e imprenditoriali in cui consiste la «direzione e coordinamento di società».

Ed in realtà non mancano esemplari tali da mostrare come la prospettiva dell'attività ponga l'esigenza di porsi su un piano diverso rispetto a quello in cui si caratterizza il tema della validità: un tema del resto, può incidentalmente osservarsi, strettamente connesso con la teoria negoziale e in definitiva, a ben guardare, con un discorso in termini di vicende delle situazioni giuridiche soggettive (si pensi, in particolare, alla c. d. «retroattività» dell'invalidità e al ruolo operativo della disciplina della ripetizione di indebito). Quando ci si muove sul piano dell'attività la questione si pone invece in termini di rilevanza, riguarda cioè i criteri normativi sulla cui base la disciplina di una serie di comportamenti diviene diversa rispetto a quanto accade quando singolarmente considerati.

Si pensi, per riferirsi a un'area tematica in cui ugualmente si tratta dell'attività imprenditoriale e nella quale pure rileva il profilo del «potere» (questa volta «di mercato»), alla disciplina delle intese restrittive della concorrenza: ove se ne dispone per tabulas la nullità, ma evidentemente

riconoscendone la rilevanza ai fini dei divieti e delle sanzioni previste dalla disciplina antitrust.

Si pensi pure al tradizionale tema dell'impresa illecita: di cui ormai si riconosce la piena rilevanza per l'applicazione della disciplina che si riassume nel c. d. «statuto dell'imprenditore» o almeno della sua porzione, in effetti quella operativamente più rilevante, dettata per la tutela dei terzi e del mercato.

E si pensi ancora, volendo indicare un aspetto di immediato rilievo ai presenti fini, al modo in cui nell'ordinamento tedesco viene affrontata la questione dell'invalidità degli Unternehmensverträge. In tale sistema, ove come noto i «contratti di dominio» sono espressamente disciplinati e ritenuti impegnativi, essa è da tempo risolta nel senso di negarne la «retroattività». Il che, per quanto qui interessa, evidenzia due profili di un qualche interesse: che la rilevanza di questi contratti ai fini dell'applicazione della disciplina dei Konzerne può cogliersi, anche al di là della loro impegnatività negoziale, sul piano del fatto della loro concreta attuazione; e che ciò si spiega, come avviene con la più diffusa motivazione della soluzione, per la loro portata non tanto obbligatoria di costituire impegni fra le parti (diremmo definire loro «diritti» e «obblighi»), quanto di determinare in concreto l'assetto organizzativo della società e i modi di svolgimento della sua attività imprenditoriale.

6. La «soddisfazione» dei soci ad opera della società controllata. Per il discorso qui svolto merita pure accennare a un tema specifico nel quale ancora mi sembra doversi porre in questione la plausibilità di un discorso nei termini consueti del «rapporto giuridico».

Mi riferisco alle questioni interpretative poste da una disposizione, indubbiamente singolare e di incerta interpretazione, come il terzo comma dell'art. 2497 cod. civ.

Lo schema logico generalmente seguito in proposito mi sembra, anche se poi con diverse soluzioni applicative, il seguente. La disposizione certamente prevede la possibilità un pagamento della società controllata a favore di propri soci e, per ciò stesso, pone il problema di definire il rapporto fra l'una e gli altri, di definirlo anzi in modo che esso possa rappresentare la «causa» di un valido pagamento. Impostato il problema sul piano di quel rapporto fra le «parti», diviene in certo modo naturale individuare tale «causa» in quella consueta dei pagamenti, nella preesistenza cioè di un'obbligazione. Da ciò l'ipotesi interpretativa che la vicenda debba spiegarsi nel presupposto che anche la società controllata sia obbligata a risarcire il danno che i suoi soci hanno subito in conseguenza del scorretto esercizio della «direzione e coordinamento»; e da ciò una serie di problemi in merito ai rapporti fra questa obbligazione e quella della società controllante, per esempio quello spesso discusso se e in che termini debba affermarsi un onere di preventiva escussione della prima.

Anche qui, come per tutto il discorso finora svolto, non interessa tanto approfondire le diverse soluzioni tecniche (in questo caso, ancora più di altri, molteplici e con notevoli sfumature). Interessa invece sottolineare come pure questa impostazione del tema si spieghi per ed evidenzi la premessa, tipicamente concettuale, di dover pur esso ricondurre agli schemi consueti del rapporto obbligatorio; e si caratterizzi inoltre, anche per questo aspetto in termini analoghi a quelli prima segnalati, in quanto viene espunta dall'analisi una considerazione della specificità in cui si pone il problema societario, il suo riguardare in primo luogo i temi dell'attività e dell'organizzazione della società.

L'esito potrebbe quasi apparire, di nuovo ragionando in termini di buon senso, stravagante:

l'ipotesi di un obbligo risarcitorio a carico del patrimonio della società controllata, proprio quello che in primo luogo viene danneggiato dalla scorretta «attività di direzione e coordinamento». Ma soprattutto (mi) sembra sistematicamente inammissibile e operativamente di estrema pericolosità.

Sistematicamente inammissibile perché potrebbe implicare un completo superamento del principio che vuole tipizzate le vicende in cui sono possibili attribuzioni patrimoniali della società ai propri soci, un principio evidentemente funzionale ad assicurare il vincolo di destinazione cui è assoggettato il suo patrimonio. E ciò in una situazione nella quale la pretesa che si vuole «soddisfare» trova pur essa la sua ragione e la sua stessa definizione quantitativa nella posizione del socio interna alla società, verrebbe quasi da dire nella sua posizione «in quanto socio» (escludendosi infatti la rilevanza del pregiudizio diverso da quello concernente «la redditività e il valore della partecipazione sociale»).

Di estrema pericolosità, in quanto potrebbe agevolmente aprirsi la strada a operazioni collusive e fraudolente: che il terzo comma dell'art. 2497 cod. civ. sia utilizzato al fine di svuotare, per esempio ad opera consensualmente di maggioranza e minoranza, il patrimonio sociale; proprio uno dei pericoli per cui maggiormente si avverte l'esigenza di una disciplina specifica dei gruppi di società.

Assumerei perciò come un dato che quella «soddisfazione» presupponga il rispetto dei requisiti procedurali e sostanziali necessari per legittime attribuzioni patrimoniali della società a favore dei propri soci, e che si utilizzino quindi le regole procedurali ed operino i limiti quantitativi (quelli in sostanza risultanti dalla disciplina del «patrimonio netto») a tal fine in via generale predisposti.

Sicché, in definitiva, la disciplina cui si accenna non tanto riguarda un rapporto propriamente obbligatorio fra società e socio, quanto un'ipotesi particolare in cui lo specifico contesto (quello del «gruppo») è in grado di giustificare un adattamento, ma nella sostanza rispettandoli, di quelle regole e quei limiti: un problema, allora, che riguarda essenzialmente l'assetto societario interno di una società in quanto soggetta all'altrui «direzione e coordinamento».

Mi si permetta di illustrare il punto con un esempio concreto che mi è sembrato rendere comprensibile questa prospettiva ai miei studenti:

Si faccia l'ipotesi di una società controllata con due azionisti, quello A, che possiede la maggioranza ed esercita l'«attività di direzione e coordinamento», con una partecipazione del 60%, e quello B che partecipa al 40%. E si consideri una situazione in cui possa provarsi che in assenza dei comportamenti «abusivi» previsti dall'art. 2497 cod. civ. la società avrebbe realizzato utili disponibili nella misura di 100, i quali allora sarebbero distribuibili per un ammontare di 60 a favore di A e di 40 a favore di B.

Si consideri ancora l'eventualità che, a seguito di una «violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale», siano stati deteriorati i risultati economici della società e gli utili disponibili corrispondano a un importo di 50: con la conseguenza che secondo i criteri normali di distribuzione sarebbe possibile attribuirne 30 a A e 20 a B.

In questo caso il socio B subisce evidentemente un danno di 20: quello appunto risultante, secondo quanto in via generale richiesto in tema di pretese risarcitorie, da un confronto fra la situazione economica che si è concretamente realizzata per effetto del fatto pregiudizievole e quella ipotetica che si sarebbe avuta in sua mancanza.

E in questo caso, se si condivide l'esigenza segnalata, che cioè l'eventuale «soddisfazione» di tali pretese può soltanto avvenire nel rispetto dei criteri procedurali e nei limiti consentiti dal

regime generale delle distribuzioni ai soci, essa si traduce nella possibilità che l'utile disponibile di 50 venga ripartito, diversamente da quanto in via normale dovrebbe avvenire, attribuendolo nella misura di 10 a A e di 40 a B (il quale allora, trovandosi in una situazione identica a quella in cui si sarebbe trovato senza il comportamento pregiudizievole, potrebbe appunto considerarsi «soddisfatto»).

Mi rendo conto, naturalmente, che l'esempio è estremamente stilizzato e che una sua compiuta analisi richiederebbe una ben più approfondita valutazione di altri aspetti: per esempio e in particolare interrogandosi se e in che termini in casi del genere la quantificazione del danno, poiché riguarda «la redditività e il valore della partecipazione sociale», non richieda anche la considerazione di elementi prospettici. Ai presenti fini, meramente illustrativi dell'orientamento che si vuole proporre, può essere però sufficiente limitarsi a segnalare alcune implicazioni di ordine generale.

Può essere chiaro in primo luogo che nell'esempio ipotizzato la vicenda di cui al terzo comma dell'art. 2497 cod. civ. si attua in una sorta di «neutralità» del patrimonio sociale della controllata, in particolare nel pieno rispetto del «vincolo di destinazione» che lo caratterizza: nel rispetto cioè delle tecniche decisionali e dei limiti quantitativi a tal fine in via generale operanti.

Ma soprattutto mi pare significativo che così intesa la sua peculiarità riguardi (non quelle tecniche e quei limiti, bensì) essenzialmente le modalità di distribuzione fra i soci di valori che ad essi sono oggettivamente attribuibili.

Ciò potrebbe essere coerente con il significato economico dell'investimento in una società controllata: che è di tipo imprenditoriale per chi vuole con esso assumere il potere di «direzione e coordinamento», nella prospettiva allora di ricavare i propri vantaggi economici soprattutto aliunde, mediante i risultati del gruppo nel suo complesso; e che è di tipo finanziario per i soci «esterni», i quali invece solo nella società controllata possono ottenere il reddito sperato.

In definitiva: il terzo comma dell'art. 2497 cod. civ. potrebbe così rappresentare un dato normativo con il quale si riconosce la peculiarità dell'assetto d'interessi proprio delle società controllate in un gruppo, traendone la conseguenza della possibilità (e così ricreando un equilibrio in situazioni critiche) di ripartire i risultati economici sulla base di un criterio diverso da quello di proporzionalità alla dimensione quantitativa della partecipazione (criterio che presuppone invece in principio un'omogeneità degli interessi dei soci). In questo senso, si potrebbe dire, la situazione di gruppo diviene in grado di giustificare soluzioni, in definitiva organizzative, diverse da quelle altrimenti praticabili.

Ed è anche interessante, ai fini che qui soprattutto interessano, che in tal modo il tema non viene inteso sul piano del rapporto fra un creditore e un debitore di una prestazione, bensì ricondotto ad un'analisi degli assetti societari interni, perciò secondo prospettive non riconducibili a quella classica del «rapporto giuridico».

Un indizio di ciò, pur senza dubbio da non sopravvalutare, potrebbe essere la stessa terminologia utilizzata nella disposizione cui si accenna. La quale non discorre di un «adempimento», ma di una «soddisfazione»; e potrebbe così fare intendere che non tanto si tratti dell'esercizio di una pretesa risarcitoria nei confronti della società controllata e del suo adempimento di un obbligo, quanto di una presa d'atto che, se gli interessi dei soci «esterni» della società controllata sono stati dalla stessa al proprio interno «soddisfatti», neppure sussiste una pretesa risarcitoria nei confronti della controllante, neppure anzi è riconoscibile un danno risarcibile (poiché tale è in definitiva quello di non aver avuto «soddisfazione» dei propri interessi

nella controllata).

7. segue: e quella dei creditori. Anche per tale aspetto la prospettiva generale è quella che assume il punto di vista della società controllata e dei suoi assetti organizzativi, non di un suo «rapporto giuridico» con quella che su essa esercita l'«attività di direzione e coordinamento» (una prospettiva che sembra del resto chiaramente denunciata pure dalla disciplina degli artt. 2497 quater e quinquies cod. civ.). Ed è di nuovo su questo piano che penso debba essere impostato un ulteriore problema, l'ultimo cui vorrei accennare: quello conseguente alla congiunta previsione nell'art. 2497 cod. civ. di azioni risarcitorie dei soci «esterni» e dei creditori della società, all'esigenza allora di definirne i rapporti.

Un tema che non sorprende sia stato largamente trascurato: in quanto l'attenzione degli interpreti si è soprattutto concentrata sulla novità, senza dubbio la più appariscente, di un'azione «diretta» dei soci della controllata nei confronti della società controllante; in tal modo sostanzialmente trascurando le indicazioni che potrebbero ricavarsi dal trattamento della posizione dei creditori.

Se invece anche esso si considera, diviene possibile evidenziare alcuni aspetti forse non privi di rilievo anche in sede generale.

Mi riferisco in primo luogo al significato che nella prospettiva dei creditori potrebbe assumere lo stesso terzo comma dell'art. 2497 cod. civ. cui si è appena fatto cenno. Anche per essi, infatti, la «soddisfazione» da parte della società controllata impedisce un'azione risarcitoria nei confronti della controllante.

Se ci si chiede allora in che cosa questa «soddisfazione» possa consistere, potrebbe essere evidente che sarebbe ingiustificato esaurirla nel pagamento del loro credito, che anzi, avvenuto tale pagamento, la norma diviene sostanzialmente superflua: poiché si è cessato di essere creditore e neppure è pensabile una legittimazione ad agire.

Si deve inoltre considerare che l'interesse della cui tutela si tratta non è immediatamente quello a ricevere il pagamento, ma l'altro strumentale alla «integrità del patrimonio della società». Sicché (mi) pare logico che quella «soddisfazione» debba soprattutto riferirsi all'ipotesi in cui tale integrità sia stata ripristinata; logico cioè che la «soddisfazione» sia individuata in termini omogenei al pregiudizio che è volta a eliminare.

Il che, in definitiva, fa pensare all'adozione di misure di ripatrimonializzazione che, da quella classica dell'aumento di capitale alle altre forme di «finanziamenti» e «versamenti» dei soci, possono essere in grado di reintegrare il patrimonio sociale. Con tali misure, che riguardano evidentemente vicende interne alla società controllata, i suoi creditori possono essere «soddisfatti», nel senso che è eliminata la situazione di pericolo che era stata «scorrettamente» creata per il loro credito.

Da ciò, se questi rilievi si condividono, una serie di implicazioni che vorrei brevemente segnalare.

Mi sembra in particolare chiaro che abbia veramente poco senso discutere in questo contesto di un «rapporto obbligatorio», sorto a seguito dell'abuso nella «direzione e coordinamento», fra la società controllata e i suoi creditori, di una pretesa dei secondi che possa considerarsi ulteriore rispetto a quella al pagamento del proprio credito. Si tratta invece, in tal modo intesa la

«soddisfazione» di cui al terzo comma dell'art. 2497 cod. civ., di un'eliminazione del pregiudizio per loro consistente nella riduzione della «garanzia patrimoniale»: un'eliminazione che, mi sembra, non può essere considerata contenuta di una specifica obbligazione del creditore.

A ciò corrisponde, in termini più concreti e tecnici, che quelle misure di «ripatrimonializzazione», su cui in effetti concentrerei il discorso per l'applicazione del terzo comma dell'art. 2497 cod. civ., neppure formalmente riguardano comportamenti cui la società controllata possa essere tenuta nei confronti dei propri creditori, bensì dei suoi soci, in primis naturalmente quello che esercita l'«attività di direzione e coordinamento». Sicché, se di un «obbligo» in proposito si vuole parlare, lo si dovrebbe riferire a tali soci, non alla società controllata in quanto tale.

Ne consegue, a ben guardare, che l'obbligo risarcitorio nei confronti dei creditori si pone pur sempre in capo alla società controllante e che il terzo comma dell'art. 2497 cod. civ. svolge il ruolo di prevedere un suo adempimento non solo direttamente risarcendoli, ma anche (se si vuol dire indirettamente) «ripatrimonializzando» la società controllata: in definitiva, se così è, una sorta di facoltà alternativa, che in quanto tale non può essere pretesa dal creditore, ma rimane nella disponibilità del debitore.

Può anche osservarsi che tali misure potrebbero pure essere in grado, a seconda delle circostanze, di «soddisfare» gli stessi interessi dei soci «esterni» della società controllata (quando cioè la società «controllante» la «ripatrimonializza», consentendo così un'adeguata distribuzione di dividendi e/o valorizzazione delle partecipazioni). Un ulteriore rilievo che, se condiviso, rafforza la sensazione svolgersi il discorso sul piano soprattutto del suo assetto organizzativo interno, non tanto nei termini di un rapporto obbligatorio con i soci e i creditori.

Si pensi del resto, per quanto concerne soprattutto i secondi, alla disposizione dell'ultimo comma dell'art. 2497 cod. civ. La quale, riferendosi al contesto in cui soprattutto diviene attuale l'esigenza di tutela dei creditori, chiaramente intende la loro azione ex primo comma dell'art. 2497 cod. civ. (non come quella nei confronti di un soggetto, la società controllante, formalmente estraneo al fallimento, bensì) come volta alla ricostruzione del patrimonio della società controllata (non perciò ad ottenere il pagamento di un altro credito, quello ulteriore risarcitorio, ma tramite tale ricostruzione a rendere possibile o più soddisfacente quello del credito originario).

Ne deriva anzi un problema che posso soltanto accennare, quello derivante dall'ipotesi, che più presumersi la più frequente, in cui le stesse vicende concrete comportino la possibilità di un'azione risarcitoria nei confronti della società controllante sia dei soci «esterni» della controllata sia dei suoi creditori: il problema, cioè, se e in che modo debba essere regolato il loro concorso.

Mi limito qui a osservare, del tutto apoditticamente, che possono essere rilevanti a tal fine sia il tipo di pregiudizio per gli uni e per gli altri rilevanti (che senza dubbio non necessariamente s'identifica) sia, e direi soprattutto, l'esigenza che anche per la soluzione di tale problema si rispetti il principio generale che (mi) è parso dover utilizzare nell'interpretazione dell'art. 2497, terzo comma, cod. civ.: che le «pretese» dei soci siano postergate rispetto a quelle dei creditori; ciò ritenendo, come mi sembra evidenziato dall'ultimo comma della disposizione, che l'esigenza di ricostruire il patrimonio sociale debba precedere quella di soddisfare i soci.

