

LA RESPONSABILITÀ DELLA BANCA DA (CO)GESTIONE DANNOSA DELL'IMPRESA FINANZIATA.

di

MICHELE CISOLLA

Sommario: *I. Premessa. Le diverse forme di responsabilità della banca da (co)gestione dell'impresa finanziata. – II. La banca amministratrice di fatto: un problema non nuovo. – II.1. I requisiti della responsabilità da amministrazione di fatto. – II.2. Gli indici sintomatici della figura dell'amministratore di fatto. – II.3. Il problema della persona giuridica amministratore di fatto. – III. La responsabilità della banca da abusiva attività di direzione e coordinamento dell'impresa finanziata. – III.1. Gli indici dell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento. Il controllo (esterno) da «particolari vincoli contrattuali». – III.2. Gli ulteriori requisiti della responsabilità per abusiva attività di direzione e coordinamento. Le esimenti. Cenni. – IV. Conclusioni in tema di responsabilità della banca per amministrazione di fatto e abusiva attività di direzione e coordinamento. – V. Altre forme di responsabilità. Cenni.*

I. PREMESSA. LE DIVERSE FORME DI RESPONSABILITÀ DELLA BANCA DA (CO)GESTIONE DELL'IMPRESA FINANZIATA.

L'intromissione attiva, diretta o indiretta, da parte della banca nella gestione della società finanziata, resa possibile dall'esercizio dei poteri riconosciuti all'ente creditizio da quelle

particolari pattuizioni – che nella prassi prendono il nome di *covenants* – inserite nei contratti di finanziamento (definibili a parere di chi scrive come “vessatori” in ragione del loro contenuto particolarmente stringente per la finanziata) può essere ricondotta a diverse tipologie di responsabilità che il nostro ordinamento conosce¹. A seconda delle concrete modalità in cui l’ingerenza dannosa si estrinseca, la responsabilità che può essere addebitata alla banca “coordinatrice”² è quella da amministrazione di fatto – fattispecie di formazione giurisprudenziale, che nel tempo ha conosciuto un progressivo ampliamento del suo ambito di applicazione ed è stata altresì positivizzata, se pure solo parzialmente, dal legislatore – e quella da abusiva attività di direzione e coordinamento *ex art.* 2497 c.c., derivante dal controllo esercitato dalla banca in forza di «particolari vincoli contrattuali» di cui all’art. 2359, primo comma, n. 3), c.c.

Esistono, tuttavia, anche altre forme di responsabilità della banca che interferisca, con modalità meno invasive o anche del tutto passive, nella gestione della finanziata. Sono le ipotesi in cui: *i)* la banca concorre nel compimento dell’illecito da parte degli amministratori della debitrice, sicché all’ente creditizio potrà essere addebitata, al ricorrere dei necessari presupposti, la responsabilità solidale ai sensi del combinato disposto degli artt. 2392 e 2055 c.c.; *ii)* la banca si limita a partecipare all’abuso realizzato da un altro soggetto che esercita eterodirezione sulla società finanziata, così incorrendo nella responsabilità *ex art.* 2497, secondo comma, prima parte, c.c. (c.d. banca “fiancheggiatrice”); *iii)* la banca che, pur non contribuendo causalmente all’abuso di direzione e coordinamento della *holding* sulla controllata e mantenendo un comportamento sostanzialmente neutro o passivo, ne trae beneficio (c.d. banca “approfittatrice”).

¹ Sul tema dei *covenants* tipicamente inseriti nei contratti di finanziamento e i connessi, ampi diritti e poteri riconosciuti alla banca da tali pattuizioni, si veda M. CISOLLA, *I covenants dei contratti di finanziamento a medio e lungo termine nella prassi bancaria*, in www.diritto bancario.it.

² S. BONFATTI, P.F. CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2011, 629 ss.

II. LA BANCA AMMINISTRATRICE DI FATTO: UN PROBLEMA NON NUOVO.

La possibilità di riconoscere in capo ad una banca la responsabilità da amministrazione di fatto per ingerenza abusiva (e dannosa) nell'impresa finanziata non appare una questione del tutto nuova. Invero, quasi due secoli fa, la Corte di Cassazione³ si è espressa in merito alla responsabilità di una banca ingeritasi nella gestione di un'impresa, riconducendola, sotto la vigenza del codice di commercio del 1882, alla figura dell'amministratore di fatto. Infatti, in quell'occasione la Suprema Corte ha affermato che Cassa Generale di Genova era stata co-amministratrice di fatto di Banca Concessionaria di Genova, poi fallita, accertandone la corresponsabilità nel dissesto. Singolare, invero, è il fatto che pure il debitore era una banca.

In seguito a questa risalente pronuncia, tuttavia, il panorama giuridico (giurisprudenziale e dottrinale) sull'ammissibilità della figura dell'amministratore di fatto si è mostrato quanto meno confuso, se non financo schizofrenico. Non ha aiutato, peraltro, la (prolungata) assenza di un'espressa disciplina legislativa all'interno dell'attuale codice civile, invero introdotta solo di recente all'art. 2639, primo comma, c.c.⁴.

Come si vedrà, infatti, dottrina e giurisprudenza hanno manifestato nel corso degli anni opinioni assai ondivaghe, talvolta concludendo per la compatibilità dell'istituto in questione con il nostro ordinamento, talaltra escludendo la cittadinanza di tale figura nel sistema giuridico italiano. In realtà, va osservato che un prezioso contributo è giunto dalla giurisprudenza penale della Suprema Corte, soprattutto negli ultimi tempi: terreno elettivo dell'argomento in esame, infatti, è quello delle procedure concorsuali e, quindi, dei conseguenti procedimenti penali per bancarotta.

³ Cass. Torino, 23 giugno 1886, in www.ilforoitaliano.it.

⁴ Tale disciplina è stata introdotta con il D.L. 11 aprile 2002, n. 61, recante la «Disciplina degli illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali, a norma dell'articolo 11 della legge 3 ottobre 2001, n. 366». È interessante notare che la relativa Relazione ministeriale richiama espressamente al contributo della giurisprudenza nella individuazione di tale figura, affermando che «Il primo comma della disposizione in esame tipizza la figura dell'«amministratore di fatto», largamente riconosciuta dalla giurisprudenza. L'equiparazione, ai fini della responsabilità, collegata all'esercizio di fatto delle funzioni è circoscritto alla presenza degli elementi della continuità e della significatività rispetto ai poteri tipici della funzione».

Si noti, peraltro, che il problema dell'ammissibilità o no dell'amministratore di fatto non è l'unico qui d'interesse. Invero, facendo un passo ulteriore e aderendo alla tesi favorevole al riconoscimento di siffatta forma di responsabilità nell'ordinamento giuridico italiano – che, come si vedrà, è oggi l'opinione maggioritaria –, occorre altresì valutare se anche la persona giuridica, e non solo quella fisica, possa assumere tale particolare veste.

È necessario procedere, pertanto, ad una (se pure breve) analisi della figura dell'amministratore di fatto: solo così, invero, si potrà valutare la sussumibilità della responsabilità della banca per ingerenza dannosa all'interno di tale fattispecie.

Preliminarmente, però, è opportuno individuare quali sono i casi in cui tale interrogativo può astrattamente porsi. In altre parole, si tratta di capire quali sono i comportamenti della banca che potrebbero indurre a ritenerla un gerente di fatto della società finanziata.

Anzitutto, va osservato che il soggetto “amministratore di fatto” potrebbe essere non solo la banca erogatrice del finanziamento – e ciò a prescindere dal fatto che sia entrata o no nel capitale sociale dell'impresa in crisi –, bensì anche un suo esponente che sia stato nominato, come avviene nella prassi bancaria, *professional advisor* della debitrice o, comunque, abbia assunto la direzione di quest'ultima. Il che pone l'ulteriore questione – la cui trattazione, tuttavia, non può avvenire qui per ragioni di economia – se, nel caso in cui amministratore di fatto sia accertato essere un esponente della banca (non componente l'organo amministrativo della stessa), egli sia tenuto a rispondere con il solo proprio patrimonio oppure se vi sia una responsabilità solidale della banca medesima. Le conseguenze, all'atto pratico, come è agevole constatare, sono tutt'altro che indifferenti, considerata la nota capienza degli enti creditizi.

Con riferimento, poi, agli atti che possono portare – tanto la banca quanto un suo esponente – alla qualificazione di “amministratore di fatto” della finanziata, va osservato che rilevano in tal senso non già gli atti di mero *consiglio finanziario* o di *stimolazione a sottoscrivere piani di risanamento* oppure la mera erogazione di credito (e le vicende ad essa

riferibili⁵), in quanto non sono atti di (co)gestione dell'impresa in crisi, bensì quelli di vera e propria (intromissione nella) gestione sociale che si traducano in atti di *mala gestio* lesivi del diritto dei soci e dei creditori alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale.

II.1. I REQUISITI DELLA RESPONSABILITÀ DA AMMINISTRAZIONE DI FATTO.

Chiarito quali sono gli atti che, in concreto, inducono ad interrogarsi sulla possibilità di attribuire alla banca la qualifica di amministratore di fatto, si tratta ora di individuare i confini che di tale figura giurisprudenza e (se pure in misura minore) dottrina hanno delineato.

Le prime pronunce giurisprudenziali che si registrano in tema di amministratore di fatto risalgono agli anni '80 del secolo scorso⁶ – il che, come si vedrà al successivo paragrafo §.5, è elemento comune anche agli ordinamenti degli Stati Uniti d'America e degli Stati del Commonwealth – e in esse non può non cogliersi una certa diffidenza da parte della Suprema Corte all'accertamento di tale figura.

Secondo questo primo orientamento giurisprudenziale, infatti, per l'assunzione della qualità di amministratore, sia pure in via di fatto, era necessaria “*una investitura, una preposizione che promani dall'organo sociale, sia pure in via indiretta o invalida*”⁷, non essendo a tal fine sufficiente il mero compimento, *de facto*, di atti di gestione della società. La possibilità di applicare la disciplina della responsabilità dell'amministratore non formalmente nominato, dunque, risultava circoscritta ai soli casi di nomina irregolare o implicita.

La Cassazione, inoltre, non ha dimenticato di evidenziare l'equivocità dell'espressione “amministratore di fatto”, poiché sarebbe evidente che dall'esigere un rapporto di amministrazione, se pure costituito in modo invalido od implicito, non possono derivare

⁵ Ad esempio, la sua concessione abusiva o interruzione brutale.

⁶ *Ex multis*: Cass. Civ., Sez. II, 12 gennaio 1984, n. 234, in *Riv. Dir. Comm.*, 1985, 29 ss.; Cass. Civ., Sez. I, 19 dicembre 1985, n. 6493, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, 374 ss.; Cass. Civ., Sez. I, 3 luglio 1998, n. 6519, in *Giust. civ.*, 1999, I, 151 ss.

⁷ Cass. Civ., Sez. II, 12 gennaio 1984, n. 234, in *www.dejure.it*.

problemi di imputazione all'ente dell'attività gestoria, invero sempre svolta *de iure* per la società⁸. In altre parole, i doveri degli amministratori (e le conseguenti responsabilità in caso di loro inadempimento) non sarebbero in alcun modo ipotizzabili senza il conferimento dei corrispondenti poteri gestori e, dunque, senza l'esistenza di un atto, esplicito o anche implicito, di *preposizione* da parte del competente organo societario, che tenga luogo della formale deliberazione di nomina.

Di qui, la conclusione che gli obblighi e le responsabilità inerenti all'amministrazione della società “*non [sarebbero] applicabili a colui che si ingerisca nella gestione senza il consenso degli organi sociali?*” e che, ove ciò accadesse, la società resterebbe estranea all'attività di tale soggetto, il quale risponderebbe dei danni eventualmente arrecati alla società a titolo di responsabilità aquiliana *ex art. 2043 c.c.*, non già di responsabilità contrattuale, in quanto soggetto terzo ed estraneo all'organizzazione⁹.

In un primo momento, dunque, la dottrina maggioritaria e la giurisprudenza ritenevano che vi fosse amministrazione di fatto solo in presenza di un atto di preposizione, ancorché invalido o informale, del competente organo sociale, dal quale derivavano, in capo al soggetto investito, tutti i poteri e di doveri che la legge e l'atto costitutivo ponevano a carico degli amministratori. Di qui, l'insufficienza del dato fattuale in ordine alla configurabilità della responsabilità in esame.

Verso la fine degli anni '90 si è registrato un *revirement* della Corte di Cassazione, la quale ha affermato a chiare lettere che il precedente orientamento che insisteva sulla necessaria presenza di un atto di preposizione, pure invalido, per la configurabilità della responsabilità da amministrazione di fatto, non poteva più essere condiviso.

La Suprema Corte, infatti, ha ritenuto non persuasiva l'idea che il sorgere degli obblighi tipici dell'amministratore trovi il suo imprescindibile presupposto nell'esistenza di un atto di preposizione e, quindi, di un atto negoziale riferibile alla società amministrata¹⁰. Ciò, in

⁸ Cass. Civ., Sez. I, 3 luglio 1998, n. 6519, la quale richiama Cass. Civ., Sez. II, 12 gennaio 1984, n. 234, entrambe in www.dejure.it.

⁹ Cass. Civ., Sez. II, 12 gennaio 1984, n. 234, in www.dejure.it.

¹⁰ Cass. Civ., Sez. I, 6 marzo 1999, n. 1925, in www.dejure.it.

particolare, sull'assunto che «non di rado, infatti, in presenza di determinate condizioni, rapporti di natura obbligatoria vengono in essere anche se la fattispecie negoziale, al cui perfezionarsi essi sono normalmente ricollegati, non si è realizzata o non è pienamente conforme al modello legale tipico». Sono, questi, i casi di c.d. rapporti contrattuali di fatto¹¹, che assumono rilevanza sul piano giuridico a prescindere dall'esistenza della corrispondente fattispecie negoziale di diritto. Pertanto, secondo gli Ermellini, non vi è motivo di ritenere che il sorgere degli obblighi inerenti all'amministrazione di una società abbia come presupposto ineliminabile la nomina, pure irrituale, dell'amministratore da parte dell'assemblea dei soci e che, in difetto di tale presupposto, l'attività dell'amministratore *de facto* abbia rilievo solo sul piano della responsabilità aquiliana.

II.2. GLI INDICI SINTOMATICI DELLA FIGURA DELL'AMMINISTRATORE DI FATTO.

Ciò chiarito, si tratta ora di individuare i confini che di tale figura la giurisprudenza ha tracciato, in particolare con riferimento agli *indici sintomatici* che consentono di valutare se si sia in presenza di un amministratore di fatto o no e, se sì, di cosa egli sia tenuto a rispondere.

In un primo momento, la Cassazione ha ritenuto che «l'individuazione della figura del c.d. amministratore di fatto presuppone che le funzioni gestorie svolte in via di fatto abbiano carattere sistematico e non si esauriscano, quindi, nel compimento di atti di natura 'eterogenea ed occasionale'»¹².

Pochi anni dopo, è stato introdotto l'art. 2639, primo comma, c.c., il quale dispone che, per i reati previsti dal Titolo XI *Disposizioni penali in materia di società e consorzi* del Libro V

¹¹ Di qui, peraltro, la teoria della responsabilità da contatto sociale qualificato.

¹² Cass. Civ., Sez. I, 14 settembre 1999, n. 9195, in *Società*, 2001, 807 ss. In questo caso, la responsabilità quale amministratore di fatto di uno dei soci è stata accertata in ragione dei «numerosissimi bigliettini rinvenuti presso la sede sociale nei quali lo S. si era qualificato come 'direttore generale' della società e dal fatto, ritenuto sufficientemente provato, che egli 'firmava per la società'».

del codice penale, al soggetto formalmente investito della qualifica o titolare della funzione prevista dalla legge civile è *equiparato* sia chi è tenuto a svolgere la stessa funzione, diversamente qualificata, sia chi esercita in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione¹³.

Anche in ragione dell’inserimento della figura in esame nella parte dedicata ai reati, invero, le Sezioni penali della Cassazione hanno avuto molte più occasioni di quelle civili per cimentarsi nell’accertamento della responsabilità (penale) dell’amministratore di fatto.

Da tempo, anzitutto, la giurisprudenza penale – poi seguita da quella civile – ha chiarito che non è necessaria alcuna investitura formale da parte del competente organo sociale – l’assemblea o, in caso di cooptazione, l’organo amministrativo – per imputare la qualifica dell’amministratore di fatto ad un soggetto¹⁴.

Di recente, ad esempio, la Cassazione penale¹⁵ ha avuto modo di ricordare che, per consolidata giurisprudenza, la nozione di amministratore di fatto postula l’esercizio in modo *continuativo* e *significativo* dei poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione. Non di meno, ha osservato la Corte, significatività e continuità non comportano necessariamente l’esercizio di tutti i poteri propri dell’organo di gestione, ma richiedono l’esercizio di «un’apprezzabile attività gestoria, svolta in modo non episodico o occasionale»¹⁶.

¹³ La Relazione ministeriale al D.L. 11 aprile 2002, n. 61, richiama espressamente la giurisprudenza affermando che «Il primo comma della disposizione in esame tipizza la figura dell’“amministratore di fatto”, largamente riconosciuta in giurisprudenza. L’equiparazione, ai fini della responsabilità, collegata all’esercizio di fatto delle funzioni è circoscritto alla presenza degli elementi della continuità e della sistematicità rispetto ai poteri tipici della funzione». Sul punto si vedano anche: A. BIANCONI, *Art. 2369, in Leggi penali complementari*, T. Padovani (a cura di), Milano, 2003, 2497; E. MUSCO, *Le società per azioni e la disciplina penalistica*, in *Trattato delle società per azioni*, G.E. Colombo e G.B. Portale (diretto da), Torino, 2004, IX, Tomo I, 8 ss.

¹⁴ Cass. Civ., Sez. I, 6 marzo 1999, n. 1925, secondo cui «indipendentemente da un atto di nomina, il concreto esercizio delle funzioni è sufficiente a far sorgere in capo all’amministratore di fatto gli obblighi e le responsabilità previsti dalla legge per gli amministratori di diritto».

¹⁵ Cass. Pen. Sez. V, 7 febbraio 2017, n. 33256, in *Rivista dei Dottori Commercialisti*, 2017, 4, 608 ss.

¹⁶ Nello stesso senso si è posta anche Cass. Civ., Sez. I, 14 settembre 1999, n. 9795, affermando che «Le norme che disciplinano la responsabilità degli amministratori (e dei direttori generali) delle società di capitali sono applicabili anche a coloro i quali si siano ingeriti nella gestione sociale in assenza di una qualsivoglia investitura da parte della società. Peraltro, la individuazione, a tali fini, della figura del cosiddetto “amministratore di fatto” presuppone che le funzioni gestorie svolte in via

Ciò comporta che la prova della posizione di amministratore di fatto si traduce nell'accertamento di *elementi sintomatici* dell'inserimento organico del soggetto con funzioni direttive, in una qualsiasi fase della sequenza organizzativa, produttiva o commerciale dell'attività della società – come, ad esempio, i rapporti con i dipendenti, i fornitori o i clienti – oppure in un qualunque settore gestionale di detta attività, sia esso aziendale, produttivo, amministrativo, contrattuale o disciplinare.

Se pure in misura minore, però, come si è detto, anche la giurisprudenza civile¹⁷ ha avuto modo di confrontarsi con la figura dell'amministratore di fatto, contribuendo nella sua elaborazione. In particolare, da ultimo la Suprema Corte ha affermato che ai fini della corretta individuazione dell'amministratore di fatto di una società è sufficiente l'accertamento del suo inserimento nella gestione dell'impresa, desumibile dalle direttive impartite e dal condizionamento delle scelte operative della società¹⁸. I responsabili della violazione delle norme poste a presidio della corretta gestione della società, infatti, secondo la Corte, non devono essere individuati sulla base della loro qualificazione formale, quanto piuttosto per il contenuto delle funzioni dai medesimi *concretamente* esercitate. Dunque, pur in mancanza di una investitura formale da parte della società, è possibile individuare in un determinato soggetto la figura dell'amministratore di fatto tutte le volte in cui vi sia la prova che le funzioni gestorie, svolte appunto in via di fatto, si

di fatto abbiano carattere sistematico e non si esauriscano, quindi, nel compimento di alcuni atti di natura eterogenea ed occasionale».

¹⁷ Cass. Civ., Sez. Trib., 3 agosto 2016, n. 16184, in *Giur. it.*, 2017, 105 ss., con nota di F. RIGANTI, *L'estrinsecazione della funzione gestoria, tra forma e sostanza*; Cass. Civ., Sez. I, 1° marzo 2016, n. 4045, in *Soc.*, 2016, 637 ss.; Cass. Civ., Sez. I, 23 giugno 2015, n. 12979, in *Giur. it.*, 2015, 2131 ss., con nota di F. RIGANTI, *Amministratore e holding di fatto*; Cass. Civ., Sez. Trib., 5 febbraio 2014, n. 2586, in *Ced. Cass.*, 2014; C. App. Roma, 17 gennaio 2017; Trib. Milano, 28 maggio 2017; Trib. Torino, 8 luglio 2016, in *Giur. it.*, 2017, 1394 ss., con nota di RIGANTI, *Amministratore di fatto e di diritto: ricorrenza e responsabilità*; Trib. Roma, 9 novembre 2014, in www.ilcaso.it; Trib. Milano, 29 novembre 2012, n. 10760, in www.dejure.it.

¹⁸ Cfr. Cass. Civ., Sez. Trib., 5 febbraio 2014, n. 2586; Cass. Civ., Sez. I, 5 dicembre 2008, n. 28819; Cass. Civ., Sez. I, 12 marzo 2008, n. 6719; Cass. Civ., Sez. I, 14 settembre 1999, n. 9795, tutte in www.dejure.it.

concretino in atti che, per la loro natura e non occasionalità, siano sintomatici dell'assunzione di quelle funzioni¹⁹.

Chiarito, quindi, l'orientamento oggi maggioritario della giurisprudenza di merito e di legittimità, da combinare con l'elaborazione dottrinale più accreditata, è possibile individuare i tratti essenziali della figura dell'amministratore di fatto, ossia:

- l'assenza di un'efficace investitura assembleare (e, a parere di chi scrive pare opportuno aggiungere per completezza, *consiliare*, nelle ipotesi di cooptazione);
- l'esercizio non occasionale, bensì continuativo e significativo dell'attività gestoria²⁰;
- l'esercizio delle funzioni riservate alla competenza degli amministratori di diritto; e, infine,
- l'autonomia decisionale rispetto agli amministratori di diritto, in posizione non necessariamente di surroga di questi ultimi, ma quanto meno di cooperazione e non di subordinazione.

Alla luce di quanto detto, tuttavia, è necessaria qualche precisazione sul concetto di “attività gestoria”. Si è detto, infatti, che il compimento occasionale di un atto gestorio non è sufficiente a ritenere integrata la fattispecie dell'amministratore di fatto. Ciò è sicuramente vero quando l'atto gestorio è di scarsa rilevanza e non produce significative alterazioni dell'equilibrio economico-patrimoniale della società debitrice. Diverso è il caso, invece, in cui l'atto riguardi un'operazione che possa ritenersi “decisiva” per le sorti della finanziata. Si pensi, ad esempio, al caso in cui l'interferenza gestoria abbia riguardato un'acquisizione: infatti, se pure l'operazione è *uno actu*, è evidente che essa necessita per sua natura di una preliminare (e intensa) attività gestoria, che si traduce in una illegittima interferenza nella gestione della società²¹.

¹⁹ Cfr. Cass. Civ., Sez. I, 1° marzo 2016, n. 4045, in www.dejure.it.

²⁰ Cfr. Cass. Pen., Sez. III, 20 gennaio 2017, n. 31906, in www.pluris-cedam.utetgiuridica.it.

²¹ Tale teoria è stata affermata in relazione all'intromissione dei soci nella gestione della società, fattispecie che fortemente assimilabile a quella di cui si discute. Sul punto: I. DEMURO, *Le decisioni dei soci sugli argomenti sottoposti alla loro approvazione nella s.r.l.*, in *Giurisprudenza commerciale*, Milano, 2008, 74; E. CODAZZI, *L'ingerenza nella gestione delle società di capitali: tra “atti” e “attività”*, Milano, 2012.

Con riferimento al requisito della *significatività* dell'ingerenza nell'amministrazione della società del soggetto *sine titolo*, la dottrina maggioritaria è concorde nel ritenere che non è necessario che tale soggetto eserciti *tutti* i poteri dell'organo amministrativo, essendo sufficiente l'esercizio di un'apprezzabile attività gestoria, sempre che questa – qui, l'altro requisito della *continuatività* – non sia svolta in modo episodico od occasionale, salvo quanto detto poc'anzi circa la teoria della gestione *uno actu*.

La qualificazione della condotta del soggetto nell'alveo della *significativa e continua intromissione nell'amministrazione della società* comporta – qualora da tale condotta, oppure concorso nella condotta, sia conseguito un pregiudizio al patrimonio sociale o alle ragioni dei creditori sociali – la possibilità per la società, i suoi soci o i suoi creditori sociali di esercitare le azioni *ex artt. 2393, 2393-bis, 2394 e 2395 c.c.* onde ottenere il risarcimento del danno subito.

II.3. IL PROBLEMA DELLA PERSONA GIURIDICA AMMINISTRATORE DI FATTO.

Delineati in breve i confini della figura dell'amministratore di fatto, si pone, tuttavia, il problema della possibilità per una persona giuridica – quale è la banca – di assumere tale qualificazione in riferimento ad una società di capitali.

Dando oramai per certa la possibilità per una società di capitale di essere nominata amministratore (di diritto) di altra società di capitali, come riconosciuto dalla giurisprudenza, e che la stessa risponda in solido con la persona fisica che abbia incaricato di svolgere, in concreto, il ruolo di amministratore, appare più incerta la possibilità di qualificarla come amministratore di fatto, così potenzialmente precludendo l'esercizio di qualsivoglia azione nei confronti della banca erogatrice del finanziamento “vessatorio”, con conseguente impossibilità di coinvolgere nel dissesto un soggetto notoriamente solvibile.

In tal senso si pone anche una recente pronuncia di merito²², la quale ha affermato che quando una società non risulta formalmente amministratrice di un'altra società, il titolo della sua eventuale responsabilità va ricercato nel disposto dell'art. 2497 c.c., in quanto la qualifica di amministratore di fatto non è compatibile con le persone giuridiche, se pure, a tutto concedere, potrebbe essere imputato tale ruolo alla persona fisica che, per conto della persona giuridica (per quanto qui d'interesse, la banca), abbia in concreto svolto l'attività gestoria²³.

Chi scrive ritiene, però, che le argomentazioni addotte dalla (se pure autorevole) giurisprudenza di merito per negare la qualificabilità di una persona giuridica come amministratore di fatto non appaiono irresistibili.

Secondo il Tribunale di Milano, infatti, la ragione per cui non si può ritenere addebitabile ad una persona giuridica la responsabilità da amministratore di fatto è che «o non è individuabile in alcun modo il soggetto-persona fisica designato dalla società amministrante come amministratore di fatto della società amministrata, ed allora manca un elemento essenziale dell'ammissibilità dell'assunzione dell'attività gestoria di una società da parte di un'altra società -; oppure il soggetto persona fisica collegato in qualche modo alla società presunta amministrante (es. suo legale rappresentante) ha svolto di fatto la funzione di amministratore della società amministrata ed allora non v'è bisogno di

²² Trib. Milano, Sez. VIII, 27 febbraio 2012, con commento di G. PESCATORE, *Prossima fermata: persona giuridica amministratore di fatto*, in *Giur. Comm.*, 2014, 647, secondo il quale «Una società non può essere qualificata come amministratore di fatto di un'altra società, essendo tale qualifica attribuibile alle sole persone fisiche anche quando queste abbiano esercitato di fatto i poteri amministrativi per conto di una persona giuridica».

²³ A sostegno di tale ricostruzione particolare pregio assume la massima n. 100 del Consiglio notarile di Milano, a mente della quale «È legittima la clausola statutaria di s.p.a. o s.r.l. che preveda la possibilità di nominare alla carica di amministratore una o più persone giuridiche o enti diverse dalle persone fisiche (“amministratore persona giuridica”), salvi i limiti o i requisiti derivanti da specifiche disposizioni di legge per determinate tipologie di società. Ogni amministratore persona giuridica deve designare, per l'esercizio della funzione di amministratore, un rappresentante persona fisica appartenente alla propria organizzazione, il quale assume gli stessi obblighi e le stesse responsabilità civili e penali previsti a carico degli amministratori persone fisiche, ferma restando la responsabilità solidale della persona giuridica amministratore. Le formalità pubblicitarie relative alla nomina dell'amministratore sono eseguite nei confronti sia dell'amministratore persona giuridica che della persona fisica da essa designata».

ricorrere alla figura della società amministrante di fatto, già essendovi un altro soggetto [...] che assume appunto la qualifica di amministratore di fatto»²⁴.

Ad avviso di chi scrive, però, non è corretto sostenere che sia la sola persona fisica – che ha agito per conto di una società – a dover essere considerata responsabile per gli atti di *mala gestio*: non è questa la sede per approfondire le modalità con cui una persona giuridica può svolgere l’incarico di amministratore²⁵, ma pare evidente che la gestione dell’amministratore persona giuridica passa necessariamente per il tramite di persone fisiche²⁶, né potrebbe essere diversamente poiché, come si è autorevolmente osservato²⁷, la società non nasce da ventre di donna. Il che, tuttavia, non significa che debba essere la persona fisica l’unico soggetto cui addebitare la responsabilità per l’attività gestoria che questa ha posto in essere per conto della persona giuridica.

Invero, in forza della (nota) teoria dell’immedesimazione organica, la persona giuridica è ritenuta capace di agire ed i suoi organi non sono investiti di un autonomo e qualificato potere di agire, con la conseguenza che la loro azione è ad ogni effetto azione della persona giuridica, sussistendo per l’appunto un rapporto di immedesimazione tra persona giuridica e persona fisica preposta all’organo²⁸.

Donde consegue, secondo chi scrive, che la persona giuridica può essere qualificata quale amministratore di fatto – con conseguente addebito della relativa responsabilità – ogni volta che ad agire in suo nome e conto sia stata una persona fisica che risulti suo amministratore o rappresentante a ciò debitamente autorizzato, oppure che si sia limitata a dare mera esecuzione a direttive e indicazioni gestorie fornite da un legale rappresentante della persona giuridica; ferma, in entrambe le ipotesi, la responsabilità della

²⁴ Trib. Milano, Sez. VIII, 27 febbraio 2012, in *www.dejure.it*.

²⁵ Per un approfondimento sul tema cfr. G. PESCATORE, *L’amministratore persona giuridica*, Milano, 2012, 35 ss.

²⁶ P. MONTALENTI, *Riflessioni in tema di persona giuridica*, in *Condizioni generali e clausole vessatorie*, Padova, 1997, 656 ss.

²⁷ T. ASCARELLI, *Personalità giuridica e problemi delle società*, in *Riv. soc.*, 1957, 921 ss., e successivamente in *Problemi giuridici*, Milano, 1959, I, 234.

²⁸ P. RESCIGNO, *Capacità di agire*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, Torino, 1988, II, 216-217.

persona fisica. In tutti gli altri casi, invece, mancando una volontà espressa della persona giuridica circa il compimento degli atti di gestione, non può addebitarsi a quest'ultima alcuna responsabilità da amministrazione di fatto.

Non di meno, considerata la posizione attualmente assunta dalla giurisprudenza di merito, qualora si voglia addebitare alla banca una qualche forma di responsabilità per l'ingerenza dannosa nella gestione della finanziata l'attenzione deve spostarsi verso altri lidi, quali la responsabilità da abusiva attività di direzione e coordinamento di cui all'art. 2497 c.c. – nelle diverse declinazioni, come si vedrà *infra*, del primo e del secondo comma – in forza di particolari vincoli contrattuali *ex art.* 2359, primo comma, n. 3, c.c.

III. LA RESPONSABILITÀ DELLA BANCA DA ABUSIVA ATTIVITÀ DI DIREZIONE E COORDINAMENTO DELL'IMPRESA FINANZIATA.

Dal punto di vista teorico, pare essere più fruttuoso addebitare alla banca – solo ad essa, non anche ad un suo esponente – la responsabilità di aver abusato del potere di direzione e coordinamento sull'impresa debitrice ai sensi dell'art. 2497 c.c., potere di cui la banca era titolare in forza delle previsioni contenute nei *covenants* del contratto di finanziamento. *Covenants*, preme precisarlo, che devono essere stati in grado di attribuire all'ente creditizio quella tipologia di controllo (esterno) sull'impresa debitrice derivante da «particolari vincoli contrattuali» di cui all'art. 2359 c.c., fondativi del controllo di tipo contrattuale, che, ai sensi dell'art. 2497-*sexies* c.c., consente di presumere, salva la prova contraria, l'esercizio dell'eterodirezione.

III.1. GLI INDICI DELL'ESERCIZIO DELL'ATTIVITÀ DI DIREZIONE E COORDINAMENTO. IL CONTROLLO (ESTERNO) DA «PARTICOLARI VINCOLI CONTRATTUALI».

Si tratta ora di individuare quali sono gli elementi al ricorrere dei quali può dirsi sussistente l'attività di eterodirezione da parte della banca finanziatrice: rilevano, a tal fine, gli artt. 2497-*sexies* e 2497-*septies* c.c.

L'art. 2497-*sexies* c.c. stabilisce che si presume, fino a prova contraria, che eserciti direzione e coordinamento su altra società quella che sia tenuta al consolidamento del suo bilancio e, per quanto in questa sede più interessa, la società controllante ai sensi dell'art. 2359 c.c., pertanto anche ai sensi del n. 3) del primo comma di tale previsione, riguardante il controllo contrattuale, o esterno. Il fatto che il controllo sia elemento indiziario della direzione e coordinamento ci fa comprendere che tali fattispecie sono diverse. Il che, peraltro, si ricava agevolmente dal fatto che l'art. 2497-*sexies* c.c. sancisce una presunzione *iuris tantum*. Invero, il controllo assurge a direzione e coordinamento solamente qualora la controllante non si limiti alla mera titolarità del potere, ma si spinga ad esercitare una pluralità sistematica e costante di atti di indirizzo idonei ad incidere sulle scelte gestorie dell'impresa, ossia sulle scelte strategiche e operative di carattere finanziario, industriale e commerciale e relative alla conduzione dell'attività sociale²⁹.

Non solo. È bene ricordare che il presupposto per l'esercizio dell'azione di danni *ex art.* 2497 c.c. non è la titolarità del potere di controllo, il quale – se pure in casi molto circoscritti³⁰ – potrebbe per vero anche mancare, bensì l'esercizio del potere di dirigere e coordinare³¹ una società in violazione dei principi di corretta gestione societaria e

²⁹ P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Rivista delle società*, 2007, 3, 321.

³⁰ Segnatamente, si tratta delle ipotesi di cui all'art. 2497-*septies* c.c. di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento in assenza di controllo da influenza dominante, ma in forza di un controllo contrattuale (c.d. patti di dominazione). Cfr. sul punto A. NIUTTA, *Sulla presunzione di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento di cui agli artt. 2497-*sexies* e 2497-*septies* c.c.: brevi considerazioni di sistema*, in *Giur. comm.*, 2004, 4, 983 ss.

³¹ L'art. 2497, primo comma, c.c. non pone dubbi sul punto. Non di meno, la giurisprudenza ha precisato a più riprese che «il presupposto di responsabilità *ex art.* 2497, comma 1 c.c. va

imprenditoriale³². Potere che, se pure in via del tutto eccezionale, può anche prescindere dal controllo.

Non di meno, va osservato che tale netta distinzione tra potere di controllo, da una parte, e direzione e coordinamento, dall'altra, è operazione sicuramente possibile nelle ipotesi di controllo "interno" di cui ai nn. 1 e 2 dell'art. 2359, primo comma, c.c.³³ Ciò perché, quando il controllo discende dall'influenza dominante derivante dalla titolarità di una partecipazione qualificata, tale influenza può essere sì esercitata nell'assemblea, ma ciò nonostante non sfociare nell'esercizio di un'attività di eterodirezione della controllata. È il caso, ad esempio, in cui la controllante non impartisce direttive all'organo amministrativo, ma si limita all'esecuzione delle attività di sua competenza. Nella fattispecie di cui al n. 3 dell'art. 2359, primo comma, c.c., invece, la parte che si avvantaggia dei «particolari vincoli contrattuali» non può esercitare la propria influenza direttamente in assemblea, in quanto non socio, sicché il suo controllo sulla controparte contrattuale sarà attuato solo mediante l'esercizio fattuale ed effettivo del potere (previsto *ex contractu*) che lo istituisce; potere che sfocerà in condizionamenti dell'agire sociale della controparte contrattuale che non prenderanno corpo in votazioni assembleari, ma, direttamente, nell'emanazione di atti direttivi indirizzati all'organo amministrativo della società.

propriamente individuato nell'effettivo esercizio di funzioni di direzione e coordinamento e non già nella sola sussistenza di astratta preminenza-soggezione» (cfr. Trib. Milano, Sez. Spec. Impresa, 14 dicembre 2016, n. 13636, in www.dejure.it).

³² A tal proposito, Trib. Milano, Sez. Spec. Impresa, 23 ottobre 2014, in www.dejure.it, ha osservato che «l'esercizio di un'attività di direzione e coordinamento rappresenta un fatto naturale e fisiologico, di per sé legittimo, che, tuttavia, al contempo richiede siano prefissati i limiti, oltrepassati i quali una tale attività diviene illegittima e fa sorgere la responsabilità di colui che, per tal modo, ne abusa: la direzione e coordinamento devono esser caratterizzate, ex art. 2497 c.c., dall'osservanza dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società controllate, nel senso che l'unitarietà della direzione non può giustificare l'utilizzo della gestione delle imprese controllate ad esclusivo beneficio dell'interesse della società controllante, bensì per il coordinamento degli interessi delle due; l'inosservanza dei principi di corretta gestione predetti espone a responsabilità la società controllante, insieme con i propri amministratori».

³³ Il controllo "interno" da influenza dominante può derivare dalla conversione del credito in azioni e dal conseguente acquisto della maggioranza dei voti in assemblea, dalla costituzione di un pegno sulle azioni, oppure dal conferimento di un mandato *in rem propriam* per esercitare taluni diritti in assemblea.

Il potere di controllo *ex art.* 2359, primo comma, n. 3, c.c., come detto, si fonda non già su partecipazioni sociali, bensì su «particolari vincoli contrattuali»³⁴, ossia su poteri di origine contrattuale il cui contenuto è tale da consentire a una delle due (o più) parti di esercitare un'influenza dominante sull'altra, donde di controllarla³⁵. È bene ribadire che tali pattuizioni contrattuali sono idonee a edificare la fattispecie del controllo esterno e, per l'effetto, far presumere l'eterodirezione, non anche, invece, a edificare di per sé soli una direzione e coordinamento, la quale richiede l'esercizio *effettivo e fattuale* dei poteri che tali particolari vincoli contrattuali attribuiscono. È interessante osservare, però, che è opinione condivisa che il controllo debba ritenersi sussistente ogni volta che un soggetto abbia il potere di nomina degli amministratori e, *lato sensu*, dei poteri organizzativi (ad esempio, modifiche statutarie, operazioni di riorganizzazione societaria, fusioni, scissioni) e delle scelte di finanziamento³⁶.

Donde consegue, a parere di chi scrive, che la validità del contratto di finanziamento “vessatorio”, o anche del singolo *covenant*, che costituisce un «particolare vincolo contrattuale» è elemento essenziale ed imprescindibile per la qualificazione della relazione banca-impresa finanziata in termini di controllo: là dove il contratto (o il *covenant*) non sia

³⁴ Cfr. Trib. Roma, Sez. Spec. Impresa, 13 giugno 2016, n. 11925, in www.dejure.it, secondo il quale «Nel controllo interno l'operato degli amministratori è indirettamente condizionato da chi ha il potere di nominarli, rinnovarli in carica o revocarli, nel controllo esterno l'operato degli amministratori è influenzato indirettamente e fattualmente da vincoli contrattuali che sono “particolari” in quanto idonei ad attribuire ad un'altra impresa poteri legittimi di condizionamento indiretto dell'operato degli amministratori della controllata esterna. A differenza del controllo interno, quello esterno deve essere effettivo».

³⁵ Cass. Civ., Sez. I, 27 settembre 2001, n. 12094, in www.dejure.it, ha affermato che «Sussiste una situazione di controllo di esterno per influenza dominante in virtù di particolari vincoli contrattuali in presenza di rapporti contrattuali la cui costituzione e il cui perdurare rappresentino la condizione di esistenza e di sopravvivenza della capacità di impresa della società controllata. Tale carattere ‘essenziale’ deve desumersi non dal tipo di contratto in sé – non esistendo nell'ordinamento italiano una specifica tipologia di contratti di dominio o di controllo di impresa – ma dal concreto atteggiarsi del suo contenuto, che lo rende, nel caso singolo, vitale per la società controllata».

³⁶ P. MONTALENTI, *op. cit.*, 323.

valido³⁷, verrà meno il presupposto del controllo fondante l'attività di direzione e coordinamento.

Si pone, poi, la questione dell'intensità del controllo da particolari vincoli contrattuali, che non dovrà essere inferiore a quella del controllo interno di diritto o di fatto, dovendo perciò essere *dominante* ed *esclusivo* e tale da manifestarsi in *positivo*, non potendosi ridurre ad un mero potere di veto³⁸. Sul punto è intervenuta anche la Suprema Corte, affermando che la configurabilità del controllo esterno di una società su un'altra postula l'esistenza di «determinati rapporti contrattuali la cui costituzione e il cui perdurare rappresentino la condizione di esistenza e di sopravvivenza della capacità di impresa della società controllata», chiarendo altresì che per ritenere sussistente la responsabilità *ex art. 2497 c.c.* è necessario «l'accertamento della esistenza di tali rapporti, così come l'accertamento dell'esistenza di comportamenti nei quali possa ravvisarsi un abuso della posizione di controllo tale da convertire una situazione di per sé non illecita nel contesto della vigente disciplina codicistica in una condotta illecita causativa di danno risarcibile»³⁹.

³⁷ Fuori dei casi tipici di nullità e annullabilità, si può pensare all'ipotesi in cui i «particolari vincoli contrattuali» promanano da un contratto di dominazione (i.e. un contratto in forza del quale una società si obbliga ad agire seguendo le direttive e le istruzioni impartite da un'altra società), che secondo l'opinione prevalente è da ritenersi nullo per il diritto italiano. Invero, nonostante la novella legislativa cui è seguita l'introduzione dell'art. 2497-septies c.c., che sembrerebbe legittimare i patti di dominazione, la dottrina commercialistica esprime ancora profonde perplessità in ordine all'ammissibilità nel nostro ordinamento di contratti di dominazione veri e propri che riprendano l'esperienza tedesca dei *Beherrschungsverträge*, comportanti il trasferimento dei poteri di gestione dalla controllata alla controllante, e ciò in quanto manca nella sistematica del codice, anche dopo la riforma, un espresso riconoscimento del gruppo. Di qui il *favor* verso altri strumenti negoziali volti a consentire alla controllante di esercitare un'influenza dominante sulla controllata, mediante il controllo dell'assemblea di quest'ultima. Sul punto, cfr.: A. BADINI CONFALONIERI, *Art. 2497-septies*, in *Il nuovo diritto societario. Commentario*, G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti (diretto da), Bologna, 2004, III, 2219; D.U. SANTOSUOSSO, *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003, 118; V. CARIELLO, *Artt. 2497-sexies e septies*, in *Società di capitali. Commentario*, G. Niccolini, A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, 1898; F. MAIMERI, M. ALBANO, *Art. 23. Nozione di controllo*, in *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, C. Costa (a cura di), Milano, 2013, 196).

³⁸ M. NOTARI, J. BERTONE, *Commento all'art. 2359*, in *Azioni - Commentario alla riforma delle società*, P. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi e M. Notari (diretto da), Milano, 2012, 707.

³⁹ Cfr. Cass. Civ., Sez. I, 27 settembre 2001, n. 12094, in *www.dejure.it*. Nello stesso senso più di recente si è espressa anche la giurisprudenza di merito, quali; Trib. Roma, Sez. Spec. Impresa, 13 giugno 2016, n. 11925, in *www.dejure.it*, secondo cui «Non è configurabile il controllo esterno sulla

Alla luce di tali considerazioni, emerge che la possibilità di poter esercitare vittoriosamente avverso una banca un'azione *ex art. 2497 c.c.* è limitata a quelle ipotesi (rare) di ingerenza non rientranti nelle ordinarie prassi del sistema bancario – tipicamente improntate a cautela nel contrattualizzare i poteri dell'ente creditizio nei confronti della finanziata –, che sia tale da trasferire verso l'esterno il potere di determinazione delle scelte gestorie della società. Sotto tale profilo assumerà preminente rilevanza l'esame dei *covenants* contenuti nel contratto di finanziamento: tra le diverse esistenti, la tipologia di *covenants* che maggiormente espone la banca al rischio di una contestazione circa l'ingerenza abusiva nella gestione della finanziata è quella dei *positive covenants*, in quanto si traducono in obblighi di fare per l'impresa finanziata e in diritti e poteri di interferenza attiva da parte della banca. Ed è proprio in questi casi, infatti, che potrà invocarsi la presunzione di esercizio della direzione e coordinamento *ex art. 2497-sexies c.c.* e, quindi, sarà onere della banca convenuta provare che il controllo esterno da *covenants* è rimasto solo potenziale, senza mai concretizzarsi in quella effettiva pluralità sistematica e costante di atti di indirizzo da parte dell'ente bancario idonei ad incidere sulle decisioni gestorie dell'impresa finanziata⁴⁰.

base della sola reiterazione nel tempo di più ordini. Nonostante la reiterazione di rapporti negoziali aventi il medesimo oggetto (fornitura di beni o servizi) sia sintomatica di una posizione contrattuale forte di una società rispetto a un'altra, ciò non è di per sé sufficiente per configurare la fattispecie di controllo esterno in quanto la legge richiede che i particolari vincoli contrattuali che generano quel controllo siano 'particolari' ovvero che, sulla base di essi, la società controllata non possa autonomamente determinare le proprie scelte strategiche in ordine allo svolgimento della propria attività imprenditoriale. L'atteggiarsi dei rapporti negoziali, per integrare la fattispecie del controllo esterno, deve generare la traslazione all'esterno della società del potere di direzione dell'attività sociale, ma ciò non si verifica sulla base della sola reiterazione nel tempo di più ordini»; Trib. Palermo, 3 giugno 2010, in *www.dejure.it*, ove si legge che «La configurabilità del controllo esterno di una società su di un'altra e la conseguente presunzione di direzione e coordinamento esercitata dalla prima nei confronti della seconda postulano l'esistenza di rapporti contrattuali la cui costituzione ed il cui perdurare rappresentino la condizione di esistenza e di sopravvivenza della capacità di impresa della società controllata».

⁴⁰ P. MONTALENTI, *op. cit.*, 321. Considerata la difficoltà intrinseca alla prova di un fatto negativo (qui, il mancato esercizio del controllo esterno), la banca dovrà valutare con grande attenzione se inserire nei contratti di finanziamento *covenants* che le attribuiscono poteri, anche molto penetranti, al solo fine di "intimorire" la società finanziata, già nella consapevolezza che in concreto non li eserciterà.

III.2. GLI ULTERIORI REQUISITI DELLA RESPONSABILITÀ PER ABUSIVA ATTIVITÀ DI DIREZIONE E COORDINAMENTO. LE ESIMENTI. CENNI.

L'art. 2497, primo comma, c.c., come detto, individua i presupposti necessari per poter addebitare la responsabilità da abusiva attività di direzione e coordinamento alla società controllante. A far sorgere la responsabilità in parola, infatti, non è sufficiente il mero svolgimento dell'attività di direzione e coordinamento, essendo altresì necessario che: *i)* la controllante agisca nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui; *ii)* tale attività sia esercitata dalla controllante in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale; *iii)* da tale attività derivi un pregiudizio alla redditività e al valore della partecipazione e/o una lesione all'integrità del patrimonio della società; e, infine, *iv)* sussista un nesso di causalità tra l'eterodirezione e il danno⁴¹. Ulteriore profilo rilevante, in quanto esimente della responsabilità in esame, è quello dei c.d. vantaggi compensativi di cui all'art. 2497, primo comma, ultimo periodo, c.c.

Con riferimento all'elemento dell'«agire nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui», sono moltissime le interpretazioni che di tale locuzione sono state fornite negli anni⁴². Facendo dipendere la rilevanza del fatto dannoso dal perseguimento di interessi *imprenditoriali*, si pone fuori dal cono d'ombra della responsabilità in esame l'agire, in violazione dei principi di corretta gestione, per interessi di altra natura (privati o personali) propri o altrui. Con la conseguenza che, ai fini della norma in esame, non vengono in considerazione le ipotesi in cui sia stato perseguito un interesse di altro genere, quale, ad esempio, un interesse privato degli amministratori della *holding*⁴³. La condotta sanzionata

⁴¹ P. MONTALENTI, *op. cit.*, 318.

⁴² Sulle varie posizioni, ad esempio, si veda: V. CARIELLO, *Primi appunti sulla c.d. responsabilità da direzione e coordinamento di società*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, II, 336; F. GALGANO, *Direzione e coordinamento di società. Artt. 2497-2497 septies*, Bologna, 2014, 60-65; C. IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2005, 9-11; F. FIMMANÒ, *Dal socio tiranno al dominus abusivo*, in *Fall.*, 2007, 423; R. PENNISI, *La disciplina delle società soggette a direzione unitaria ed il recesso nei gruppi*, in *Liber amicorum Campobasso*, 3, 2007, 912-913; A. DI MAJO, *La responsabilità per l'attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 547.

⁴³ R. PENNISI, *op. cit.*, 912.

dall'art. 2497, primo comma, c.c., dunque, è solamente quella che si inserisce nello svolgimento di un'attività d'impresa (qual è l'attività bancaria)⁴⁴, con la precisazione che l'interesse perseguito è estraneo a quello della società coordinata e diretta e che è indifferente che sia un interesse della *holding* o di altri⁴⁵.

Altro elemento costitutivo della fattispecie *ex art.* 2497 c.c. è quello della violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale. L'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, infatti, è illecito solo quando è compiuto in violazione di detti principi⁴⁶.

Il dovere della società che esercita l'eterodirezione di non violare i principi di corretta gestione *societaria* riguarda un profilo "interno" al gruppo, nel senso che richiede il rispetto sia degli obblighi generali di amministrare con diligenza e senza conflitto di interessi, sia degli obblighi specifici che sono posti *ex lege* o *ex statuto* in capo agli amministratori delle società coordinate e dirette⁴⁷. Inoltre, per essere lecite, le direttive della *holding* devono essere coerenti con i processi organizzativi e decisionali della controllata, ossia con le

⁴⁴ Con ampia motivazione in questo senso, F. GALGANO, *op. cit.*, 60 ss. Nello stesso senso anche G. SBISÀ, *Responsabilità della capogruppo e vantaggi compensativi*, in *Contr. e impr.*, 2003, 7, 601.

⁴⁵ Cfr. C. IBBA, *op. cit.*, 11.

⁴⁶ Sul punto, è interessante l'opinione di V. CARIELLO, *op. cit.*, secondo cui "la congiunzione e potrebbe lasciar presumere che la sanzione risarcitoria presupponga una gestione non corretta sotto il profilo sia societario, sia imprenditoriale" con la conseguenza che «alla sola violazione, rispettivamente, di principi di corretta gestione societaria ovvero imprenditoriale, non si accompagnerebbe la possibilità della tutela risarcitoria disposta dall'art. 2497». Ad avviso di chi scrive, tuttavia, la congiunzione è va intesa come duplicità di doveri della holding, nel senso che quest'ultima deve rispettare entrambe le regole, sicché la violazione anche di uno solo dei principi fa sorgere la responsabilità in esame, qualora ne consegua un pregiudizio per la controllata.

⁴⁷ Cfr. G. SBISÀ, *Art. 2497, in Direzione e coordinamento di società. Commentario alla riforma delle società*, P. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi e M. Notari (diretto da), Milano, 2012, 49, il quale afferma che esempi di condotte violative della corretta gestione societaria sono «la richiesta della capogruppo di modificare il verbale di una riunione dell'organo amministrativo della società soggetta a direzione unitaria per far apparire che era stato conferito il mandato a compiere una determinata operazione a persona diversa da quella originariamente indicata, o di compiere una determinata operazione non autorizzata, con l'intesa di farla successivamente ratificare dall'organo amministrativo», «la stipulazione di un patto parasociale tra la capogruppo e un socio di una controllata, non dichiarato alla società e in assemblea, con l'intesa che il socio, apparentemente estraneo al gruppo di comando, presente una lista di minoranza per la designazione dei componenti dell'organo amministrativo» oppure, ancora, «le istruzioni della capogruppo perché vengano compiute dalla controllata operazioni in violazione delle condizioni previste dall'art. 2358 c.c.».

procedure attraverso le quali quest'ultima ha predisposto i propri assetti organizzativi, amministrativi e contabili⁴⁸.

Gli interessi tutelati dal dovere di corretta gestione imprenditoriale, invece, sono quelli dei soci esterni e dei creditori della società coordinata e diretta. Infatti, la responsabilità della *holding* (per le modalità con le quali sono attuate le politiche di gestione della controllata) è conseguenza, nei confronti dei soci esterni, del pregiudizio arrecato alla redditività e al valore della partecipazione sociale e, nei confronti dei creditori sociali, della lesione cagionata all'integrità del patrimonio sociale. Donde consegue che la controllante deve esercitare il suo potere di indirizzo in modo tale da consentire alla controllata di svolgere la propria attività perseguendo l'obiettivo di creare valore e generare profitto⁴⁹. Costituiscono, ad esempio, violazione dei principi di corretta gestione imprenditoriale sia l'imposizione di singole operazioni nell'interesse della *holding* o di terzi e pregiudizievoli per la società eterodiretta, senza la prospettiva di un vantaggio compensativo, sia una politica di sistematica sottrazione di ricchezza alla società coordinata e diretta⁵⁰. In altre parole, il richiamo alla corretta gestione imprenditoriale, accanto alla corretta gestione societaria, pare riferibile ad una visione globale del gruppo che tenda ad impedire la vanificazione della redditività delle controllate e ad ottenere la valorizzazione di ogni singola impresa, valutando, nelle scelte strategiche e nelle decisioni concernenti le singole

⁴⁸ Sul punto, cfr. M. IRRERA, *L'obbligo di corretta amministrazione e gli assetti adeguati*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2009, 18, 16 ss.

⁴⁹ G. SBISÀ, *op. cit.*, 51.

⁵⁰ Esempio tipico è quello dell'utilizzo del *cash pooling* per drenare la liquidità del gruppo a vantaggio della *holding* o di una singola società, o per effettuare finanziamenti infragruppo incompatibili con le condizioni di mercato. Ancora, la stipulazione tra capogruppo e controllata di contratti di consulenza e fornitura di servizi amministrativi, contabili, fiscali e così via, che prevedano corrispettivi (non a condizioni di mercato) tali da assorbire gli utili che la società eterodiretta potrebbe conseguire, onde trasferirli in capo alla *holding*, oppure l'adozione di politiche infragruppo nella stipulazione di contratti di finanziamento, o di fornitura, o di commercializzazione di prodotti, con determinazione del costo dei beni e dei servizi forniti, in deroga alle condizioni del mercato, tale da trasferire gli utili conseguiti dalla società eterodiretta alla capogruppo. In proposito, si vedano: P.F. MONDINI, *Finanziamenti intragruppo e cash-pooling: un importante revirement della Corte di Cassazione tedesca*, in *Riv. soc.*, 2009, 904 ss.; A. MURASCA, *Gruppi societari, responsabilità e cash pooling come possibile strumento di abuso alla luce della novella tedesca "Momig"*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2010, 5, 13 ss.; F. GALGANO, *op. cit.*, 103.

operazioni, gli interessi di tutte le società, non invece solo di quella che esercita l'attività di direzione e coordinamento⁵¹.

Infine, ulteriore elemento è, *ça va sans dire*, la sussistenza di un nesso di causalità tra l'esercizio del potere di direzione e coordinamento da parte della *holding*, in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, e – altro elemento costitutivo della fattispecie – il pregiudizio alla redditività e al valore delle partecipazioni sociali oppure all'integrità del patrimonio della società⁵².

Da ultimo, qualche riflessione va svolta sulla questione dei c.d. “vantaggi compensativi” di cui all'ultimo periodo dell'art. 2497, primo comma, c.c., a mente del quale «Non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette». La norma prevede, dunque, due diverse tipologie di esimenti: la prima fa riferimento alla valutazione di sintesi dei fattori positivi e negativi inerenti alla normale attuazione dei programmi imprenditoriali del gruppo, mentre la seconda riguarda iniziative collegate al danno, o nel senso di modalità già previste in relazione alla singola operazione, o di nuovi atti specificamente diretti ad eliminare il pregiudizio derivante da una iniziativa precedente⁵³. Com'è ovvio, affinché le esimenti in parola trovino concreta operatività è necessario che il pregiudizio sia stato integralmente riparato⁵⁴.

In tema di esimenti, poi, particolarmente discusso è il regime temporale della compensazione. Ci si domanda, in sostanza, se l'espressione «risultato complessivo» concerna il risultato apprezzabile, o entro la chiusura dell'esercizio durante il quale l'atto

⁵¹ G. SBISÀ, *op. cit.*, 51.

⁵² Sul punto cfr.: Trib. Milano, 17 giugno 2011, in *Società*, 2012, 258 ss.; Trib. Palermo, 15 giugno 2011, in *Foro it.*, 2011, I, 188 ss.; Trib. Pescara, 16 gennaio 2009, in *PQM*, 2009, 1, 59 ss.; Trib. Roma, 13-17 luglio 2007, in *Riv. dir. comm.*, 2008, II, 211 ss.

⁵³ G. SBISÀ, *op. cit.*, 54.

⁵⁴ Cfr. R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2003, 672-673; E. CODAZZI, *Vantaggi compensativi e infedeltà patrimoniale (dalla compensazione “virtuale” alla compensazione “reale”): alcune riflessioni alla luce della riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2004, 6, 608-609; E. MARCHISIO, *Note sulle azioni di responsabilità ex art. 2497 c.c.*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, 10-12, 255-256.

pregiudizievole è stato compiuto o ha prodotto i suoi effetti, oppure al momento (eventuale) della fuoriuscita dal gruppo della società eterodiretta, ovvero ancora – come ritiene la dottrina più accreditata – al tempo dello svolgimento del (di nuovo, eventuale) giudizio instaurato *ex art. 2497 c.c.*⁵⁵.

Quanto sin qui detto in merito alla responsabilità da abusiva attività di direzione e coordinamento *ex art. 2497 c.c.* conferma che, come detto in apertura, in linea teorica, tale forma di responsabilità pare essere quella più corretta da addebitare alla banca che si sia ingerita abusivamente (e dannosamente) nella gestione della società finanziata. Responsabilità che si fonda, per quanto qui d'interesse, sul controllo da “particolari vincoli contrattuali” *ex art. 2359, primo comma, n. 3, c.c.* che la banca esercita sulla finanziata in forza delle previsioni contenute nei *covenants*.

Nel rapporto banca-impresa instaurato in forza di un contratto di finanziamento “vessatorio”, grazie ai poteri riconosciuti all'ente creditizio dai *covenants*, ben possono ritenersi integrabili tutti gli elementi costitutivi della responsabilità *ex art. 2497 c.c.*, ossia:

- i)* nell'esercitare il potere di eterodirezione riconosciute, la banca agirà, con ogni probabilità, nell'interesse imprenditoriale proprio per garantirsi la restituzione del capitale erogato e il pagamento degli interessi; *ii)* per far ciò, violerà i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, in quanto le direttive date dalla banca agli amministratori della finanziata potranno considerarsi violative del dovere di diligenza e di operare in assenza di conflitto di interessi, ma anche (e soprattutto) della disciplina in materia di pronta emersione e gestione, anche mediante la liquidazione giudiziale, dell'insolvenza della debitrice; *iii)* da tale attività di direzione e coordinamento potrà derivare un pregiudizio

⁵⁵ Sul punto V. CARIELLO, *Art. 2497*, in *Società di capitali*, G. Niccolini, A. Stagno d'Alcontres (a cura di), Napoli, 2004, 1867, ove si legge che l'interpretazione corretta pare essere la terza, ossia nel corso del giudizio *ex art. 2497 c.c.* Secondo l'Autore, inoltre, «non è da escludere che, al fine di individuare i presupposti di funzionamento del precetto incastonato nell'art. 2497, co. 1, Il periodo, sia proficuo rivolgere l'attenzione al c.d. principio *Rozenblum*, messo a punto dalla giurisprudenza (prima penale, in seguito civile) francese» alla luce del quale la «teoria compensativa dovrebbe pur sempre presupporre, primo, che il gruppo sia strutturalmente stabilizzato; secondo, l'elaborazione e attuazione di una politica coerente per l'intero gruppo; terzo, che vantaggi e pregiudizi per le singole società del gruppo si contemperino equamente all'interno del gruppo stesso».

alla redditività e al valore delle partecipazioni sociali oppure all'integrità del patrimonio sociale. Non pare potersi parlare, invece, di vantaggi compensativi con riferimento alle operazioni realizzate dalla banca che esercita direzione e coordinamento: sicuramente non potrà applicarsi l'esimente relativa al "risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento", in quanto banca e impresa finanziata, com'è ovvio, non sono riconducibili ad un gruppo; diversamente potrebbe concludersi, invece, per l'esimente in forza della quale il danno risulti integralmente eliminato a seguito di operazioni a ciò dirette, poiché la banca ben potrebbe porre in essere operazioni dirette a rimuovere l'eventuale danno subito dalla finanziata in ragione dell'attività di eterodirezione svolta. Tale evenienza, tuttavia, se pure concepibile sul piano teorico, all'atto pratico pare difficilmente realizzabile.

IV. CONCLUSIONI IN TEMA DI RESPONSABILITÀ DELLA BANCA PER AMMINISTRAZIONE DI FATTO E ABUSIVA ATTIVITÀ DI DIREZIONE E COORDINAMENTO.

Esaminate nel dettaglio entrambe le forme di responsabilità astrattamente addebitabili alla banca che si ingerisca abusivamente e dannosamente nella gestione della società finanziata, giova mettere a fuoco la distinzione tra l'amministrazione di fatto, da una parte, e l'esercizio del potere di direzione e coordinamento di cui all'art. 2497 c.c., dall'altra, per poi svolgere qualche considerazione conclusiva su quale tra le due responsabilità appare essere quella – *in thesi*, ma la soluzione della questione non può prescindere da un'analisi delle circostanze del caso concreto – più facilmente contestabile all'ente creditizio.

A tale proposito è interessante osservare, anzitutto, quanto affermato a chiare lettere dalla giurisprudenza di merito, secondo la quale la fattispecie dell'amministrazione di fatto presuppone un'*ingerenza completa e sistematica* nella gestione sociale⁵⁶, mediante il

⁵⁶ Di nuovo, salvo quanto detto circa la teoria *uno actu*.

condizionamento delle scelte operative della debitrice e l'emissione di direttive, da parte di un soggetto (qui, la banca) privo, nell'ambito della società stessa, di un'investitura formale⁵⁷ – tanto è vero che l'amministratore *de facto* è una figura che si riporta, salvo che per le modalità di investitura, a quella dell'amministratore di diritto –, mentre l'esercizio della direzione e coordinamento riguarda un'*attività volta a coordinare la politica economica e le linee gestorie essenziali* delle società collegate da parte di un soggetto "sovraordinato", così imprimendo una identità o conformità di indirizzi operativi ad una pluralità di soggetti formalmente e giuridicamente distinti, ciò al fine di gestire il "gruppo" in modo unitario.

Diversi, però, come è facilmente intuibile, non sono solo gli atti che possono dare origine alle due diverse fattispecie ora esaminate, bensì anche le conseguenze sotto il profilo dei rimedi azionabili da parte dei soggetti pregiudicati: nel caso dell'amministrazione di fatto si potrà ricorrere all'esercizio dell'ordinaria azione di responsabilità *ex artt. 2393 e 2393-bis c.c.*, di quella individuale del socio o del terzo dell'art. 2395 c.c. oppure di quella di responsabilità dei creditori di cui all'art. 2394 c.c.; nell'ipotesi di abusiva eterodirezione, invece, si potrà esperire l'azione di cui all'art. 2497 c.c.

Pare utile evidenziare, dunque, quali sono le principali differenze tra l'azione *ex art. 2497 c.c.* e l'azione sociale di responsabilità di cui all'art. 2393 c.c.

In primo luogo, diverse sono le regole che disciplinano la legittimazione attiva, in quanto, mentre l'azione *ex art. 2497 c.c.* è esperibile dai soci della società soggetta a direzione e coordinamento senza la previsione della titolarità di una partecipazione minima al capitale sociale, per esercitare l'azione sociale di responsabilità contro gli amministratori di una società per azioni è necessaria la maggioranza del capitale sociale avente diritto di voto⁵⁸.

Diverso è altresì il presupposto fondante la responsabilità, poiché, da un lato, "dirigere e coordinare" è attività di minore ampiezza rispetto all'"amministrare" e, d'altro lato, taluni

⁵⁷ Trib. Milano, 27 febbraio 2012, in www.dejure.it.

⁵⁸ Diversamente, l'azione di responsabilità esercitata dai soci ai sensi dell'art. 2393-bis c.c. richiede almeno un quinto del capitale sociale nelle società che non fanno ricorso al mercato dei capitali e almeno un quarantesimo del capitale sociale nelle società aperte.

atti sono di specifica ed esclusiva competenza della società controllata, se pure soggetta a direzione e coordinamento da parte di altro soggetto⁵⁹.

Ancora. Mentre l'amministrazione di fatto presuppone l'ingerenza gestoria completa e sistematica di un soggetto privo della necessaria legittimazione formale, l'attività di direzione e coordinamento si sostanzia nel dare direttive o comunque in atti diretti a incidere sulle scelte gestorie e imprenditoriali della società eterodiretta⁶⁰, fermo il limite dei vantaggi compensativi di cui al secondo periodo dell'art. 2497, primo comma, c.c.

Pure sotto il profilo del danno risarcibile le differenze sono evidenti. Ciò perché l'azione contro l'amministratore di fatto si fonda sulla lesione al patrimonio sociale in danno a soci e creditori, mentre quella contro la società che esercita la eterodirezione richiede *per tabulas* la prova del pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale⁶¹. In quest'ultimo caso, pertanto, la società che esercita direzione e coordinamento sarà responsabile per il solo fatto di non aver osservato le regole di corretta gestione imprenditoriale e aver perseguito interessi alieni rispetto a quelli dell'impresa eterodiretta, senza che sia necessaria l'ulteriore prova – richiesta, invece, nell'ambito dell'ordinaria azione di responsabilità – che dall'abusiva attività di direzione e coordinamento sia derivato un pregiudizio a soggetti terzi.

È diverso, inoltre, il soggetto destinatario dell'azione: quella di cui all'art. 2497, primo comma, c.c. è esperibile nei confronti della società che ha abusato del potere di direzione e coordinamento – salva la possibilità prevista dal secondo comma di indirizzare l'azione di danno anche nei confronti di «chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo» e «nei limiti del vantaggio conseguito, chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio», responsabili in solido con la capogruppo –, mentre destinatario dell'azione *ex art.* 2393

⁵⁹ È il caso, ad esempio, degli adempimenti formali come la convocazione del consiglio di amministrazione o dell'assemblea, le quali giammai potranno ritenersi avocabili alla società che esercita l'attività di direzione e coordinamento.

⁶⁰ G. PESCATORE, *op. cit.*, 647.

⁶¹ Cfr. art. 2497, primo comma, primo periodo, c.c.

c.c. è l'amministratore di fatto della società eterodiretta, in solido, eventualmente, con quelli di diritto e i componenti gli organi di controllo di quest'ultima.

Ulteriori elementi di differenza riguardano la rinunciabilità all'azione e la transigibilità della lite da parte della società danneggiata (disciplinate dall'art. 2393 c.c., non anche nel caso di direzione e coordinamento), nonché l'esercizio dell'azione di danni da parte dei creditori sociali, considerato che l'art. 2394 c.c. consente l'azione solo «quando il patrimonio sociale risulta insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti», a differenza dell'art. 2497 c.c. che richiede la prova che l'azione della capogruppo abbia arrecato una lesione «all'integrità del patrimonio della società» e subordina l'esperibilità dell'azione al mancato soddisfacimento delle proprie pretese creditorie sul patrimonio della società eterodiretta⁶².

Tutte queste differenze consentono di comprendere agevolmente che le due azioni sono tra loro radicalmente diverse; il che consente di ritenerle – *in thesi* – pure cumulabili e, dunque, esperibili nei confronti della stessa banca che si sia dannosamente ingerita nella gestione della società da essa finanziata.

Da tutto quanto sin qui detto, tuttavia, è possibile trarre un'ulteriore conclusione: in linea teorica, la contestazione alla banca della responsabilità *ex art. 2497*, primo comma, c.c. si appalesa molto più agevole – sotto molteplici angoli visuali – rispetto a quella da amministrazione di fatto; e ciò, *in primis* – ma non solo, come visto –, in ragione dell'attuale orientamento giurisprudenziale (non condiviso da chi scrive per le ragioni esposte *supra*) che nega la possibilità di qualificare come amministratore *de facto* una persona giuridica, così tagliando le unghie alla possibilità di attribuire ad una banca la responsabilità connessa a tale figura.

⁶² Cfr. art. 2497, terzo comma, c.c.

V. ALTRE FORME DI RESPONSABILITÀ. CENNI.

Oltre a quella da (co)gestione dell'impresa finanziata, come detto in apertura, sussistono tre ulteriori forme di responsabilità della banca che meritano una breve analisi, ossia: *i*) la responsabilità dell'ente creditizio che abbia concorso all'illecito degli amministratori della finanziata; *ii*) la responsabilità della banca "fiancheggiatrice"; e *iii*) la responsabilità della banca "approfittatrice".

La responsabilità della banca da *concorso* nell'illecito degli amministratori della società finanziata trova il suo fondamento nel combinato disposto degli artt. 2392 (disciplinante la responsabilità dell'organo amministrativo) e 2055, primo comma, c.c. Tale ultima norma in materia di responsabilità solidale stabilisce che, quando il fatto dannoso è imputabile a più persone, queste sono tutte obbligate in solido al risarcimento del danno.

Siffatta responsabilità potrà essere contestata alla banca quando questa abbia erogato un finanziamento senza che le sia stato sottoposto alcun *business plan* – da implementare grazie alla nuova finanza erogata – in grado di condurre la finanziata fuori dalla crisi, con condotta colposa degli amministratori nella gestione della società.

In tale contesto, dunque, l'*eventus damni* non è tanto l'erogazione del finanziamento, quanto l'impiego di quest'ultimo da parte degli amministratori della debitrice, di fronte ad una banca che abbia concesso nuovo credito senza adottare le dovute cautele, dunque negligenemente⁶³. Ad ogni buon conto, giova osservare che presupposto di tale forma di responsabilità è che l'erogazione del finanziamento da parte della banca sia stata condizione indispensabile per il compimento degli atti di *mala gestio* da parte degli amministratori della società finanziata.

Altro tipo di responsabilità è quello della banca "fiancheggiatrice", ossia quella che non esercita attività di direzione e coordinamento, ma si limita a partecipare all'abuso realizzato da un altro soggetto che esercita eterodirezione sulla società finanziata. È il

⁶³ F. BONELLI, *Concessione abusiva di credito e interruzione abusiva di credito*, in *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, R. Sacchi (a cura di), Milano, 2011, 527 ss. e in *Crisi di imprese: casi e materiali*, F. Bonelli (a cura di), Milano, 2011, 249 ss.

caso, ad esempio, in cui la *holding*, mediante l'esercizio abusivo del potere di direzione e coordinamento sulla controllata, arreca un pregiudizio ai sensi dell'art. 2497, primo comma, c.c., pregiudizio agevolato dall'erogazione di nuova finanza da parte della banca. Si pensi al caso in cui la banca conceda un finanziamento alla controllata per porre in essere un piano di risanamento velleitario imposto dalla *holding*, così rallentando la liquidazione giudiziale della controllata stessa⁶⁴.

In tali ipotesi, alla banca potrà essere addebitata la responsabilità di cui all'art. 2497, secondo comma, c.c., mediante il c.d. schema di *trasmissione concentrica* della responsabilità⁶⁵: tale norma, infatti, prevede che “risponde in solido chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo”. Si tratterà, però, di un illecito concorrenziale⁶⁶ all'abusiva attività di direzione e coordinamento realizzata dalla *holding*, il cui accertamento *ex art.* 2497, primo comma, c.c. sarà pertanto *condicio sine qua non* della responsabilità della banca⁶⁷.

Tale forma di responsabilità, inoltre, può essere integrata anche qualora la banca che, agendo nel ruolo di *advisor*, compia singoli ed episodici atti di interferenza – che non siano

⁶⁴ In questo senso: S. BONFATTI, *La promozione e la tutela delle procedure di composizione negoziale della crisi di impresa e la riforma della legge fallimentare*, in *www.judicium.it*, 2005; C. AQUILINO, *Sostegno finanziario alle imprese in crisi e responsabilità della banca*, in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2009, 1 ss.

⁶⁵ V. CARIELLO, *op. cit.*, 1870 ss., ove si legge che «la formulazione del precetto da una parte e in particolare, incentiva – e le interpretazione che ne sono state offerte finora ne sono la più lampante dimostrazione – alla comprensione in esso di fattispecie applicative di responsabilità solidale che consumano un allargamento verso la responsabilità concorrente pure delle società “sorelle”, degli amministratori delle società dirette e coordinate e di quelle che dirigono e coordinano, di figure di c.d. amministratori di fatto, degli stessi soci ovvero di alcuni soci della società che dirige e coordina (vincolati o meno in un accordo parasociale della stessa); dall'altra e in generale, spiana la strada a un'estensione potenzialmente illimitata del novero dei soggetti responsabili, potendosi giungere in particolare – ma se la strada fosse imboccata, occorrerebbe procedervi con assoluta prudenza – a una propagazione di tale responsabilità a soggetti non appartenenti al gruppo».

⁶⁶ Sul punto è interessante la posizione di C. ESPOSITO, *L'azione risarcitoria di “massa” per “abusiva concessione di credito”*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2005, 8, 857 ss., il quale afferma la responsabilità della banca da concorso con la *holding* nella violazione degli obblighi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, in ragione del finanziamento di un piano di salvataggio inattuabile o comunque non attendibile.

⁶⁷ L. BENEDETTI, *La responsabilità ex art. 2497 c.c. della banca e le soluzioni negoziali delle crisi di impresa*, in *Rivista di diritto societario*, 2010, 2, 414 ss.

riconducibili alla citata teoria della responsabilità *uno actu* – nell’adozione delle scelte strategiche della *holding* riguardanti il gruppo⁶⁸. Ciò, però, purché si dia prova dell’incidenza causalmente efficiente dell’ingerenza della banca, con conseguente esclusione dell’attività di mera consulenza dal cono d’ombra della responsabilità in esame. Resta, infine, la responsabilità della banca “approfittatrice” (o “parassita”), la quale, se pure non contribuisce causalmente all’abuso di direzione e coordinamento della holding sulla controllata e mantiene un comportamento sostanzialmente neutro o passivo, ne trae beneficio⁶⁹. Il titolo di tale responsabilità, com’è ovvio, è quello dell’art. 2497, secondo comma, seconda parte, c.c., a mente del quale risponde solidalmente “nei limiti del vantaggio conseguito, chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio”.

Si potrebbe pensare, ad esempio, al caso in cui la banca riesca a consolidare pagamenti e garanzie acquisite in precedenza grazie al differimento dell’emersione dello stato di insolvenza della società finanziata (e, di conseguenza, dell’apertura della liquidazione giudiziale) realizzato dalla *holding* in violazione dei principi di corretta gestione⁷⁰; stato di insolvenza, *ça va sans dire*, del quale la banca era a conoscenza. Altro caso noto alla prassi bancaria è quello della banca che accetta il pagamento da parte della *holding* (o, comunque, di altra società da questa eterodiretta) del credito vantato nei confronti della controllata insolvente, onde evitare l’eventuale (ma probabile) falcidia concorsuale⁷¹.

⁶⁸ In questo caso, infatti, non si potrà dire integrata la responsabilità da abusiva eterodirezione, la quale richiede, come detto, una pluralità sistematica e costante di atti di indirizzo idonei ad incidere sulle scelte gestorie dell’impresa finanziata. Si realizzerà, invece, un’ipotesi *ex art.* 2497, secondo comma, primo periodo, c.c. Cfr. P. MONTALENTI, *op. cit.*, 321 ss.

⁶⁹ Cfr.: C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, Padova, 2006; B. LIBONATI, *Diritto commerciale, impresa e società*, Milano, 2005.

⁷⁰ Così S. BONFATTI, *op. cit.*, il quale cita sul punto il caso del Gruppo Italgrani. Nello stesso senso anche: B. INZITARI, *L’abusiva concessione del credito: pregiudizio per i creditori e per il patrimonio del destinatario del credito*, in *Valutazione del danno e strumenti risarcitori*, B. Inzitari (a cura di), Milano, 2016, 561 ss.; A. VISCUSI, *I profili di responsabilità della banca nella concessione del credito*, Milano, 2004.

⁷¹ In questo senso: L. BENEDETTI, *op. cit.*; A. NIUTTA, *Il finanziamento infragruppo*, Milano, 2000, 109 ss.; M. MIOLA, *Le garanzie intragruppo*, Torino, 1993.

Sono casi, all'evidenza, in cui la banca trae consapevolmente un vantaggio dalla condotta di abusiva eterodirezione della *holding* della controllata finanziata che arreca pregiudizio alla redditività ed al valore delle partecipazioni sociali di quest'ultima. In tali ipotesi, pare difficile addebitare alla banca una responsabilità aquiliana, non avendo questa contribuito in modo causalmente efficiente alla causazione del pregiudizio in sé. Ed è proprio qui che soccorre l'art. 2497, secondo comma, seconda parte, c.c., il quale non richiede tale contributo causale onde riconoscere una responsabilità della banca "approfittatrice"⁷². La tutela di cui discute, infatti, mira a rimuovere gli effetti pregiudizievoli di operazioni infragruppo illegittime, di regola antieconomiche e contrarie ai principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, reintegrando così il patrimonio della controllata indebitamente danneggiata. Siffatta tutela, dunque, può legittimamente inquadrarsi nell'ambito dell'arricchimento senza causa *ex* art. 2041 c.c., il quale disciplina una responsabilità non già risarcitoria, bensì indennitaria⁷³.

⁷² G. GUIZZI, *Partecipazioni qualificate e gruppi di società*, in *Manuale breve di diritto delle società di capitali*, N. Abriani (a cura di), Milano, 2003, 332 ss.

⁷³ L. PANZANI, *L'azione di responsabilità ed il coinvolgimento del gruppo di imprese dopo la riforma*, in *Società*, 2002, 12, 1477 ss.; P. DAL SOGLIO, *Art. 2497-septies*, in *Il nuovo diritto delle società*, A. Maffei Alberti (a cura di), Padova, 2005, 2302 ss.; V. CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Rivista delle società*, 2003, 1229 ss.; G. GUIZZI, *op. cit.*, 332 ss.