

**L'INGERENZA DANNOSA DELLA BANCA NELL'ATTIVITÀ DELLA
FINANZIATA, TRA "AMMINISTRAZIONE DI FATTO" E "CONTROLLO"
SOCIETARIO*.**

di

Matteo De Poli

Sommario: I. *Premessa. La fattispecie e i rimedi astrattamente applicabili.* – II. *La Banca creditrice quale "amministratrice di fatto" dell'impresa debitrice.* – II. A. *Il problema della persona giuridica amministratore di fatto.* – III. *La responsabilità della Banca per l'abusiva direzione e coordinamento.* – III. A. *Gli indici di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento: il controllo (esterno) da "particolari vincoli contrattuali".* – IV. *Altre forme di responsabilità.*

I. PREMESSA. LA FATTISPECIE E I RIMEDI ASTRATTAMENTE APPLICABILI.

Il conferimento di poteri di direzione a una banca che conceda credito a un'impresa, specie se in difficoltà finanziaria o, perfino, in crisi, è una vicenda solo in parte collocabile nella tradizionale dinamica dei rapporti di forza tra creditore e debitore. In buona parte, infatti, detta vicenda sfugge a ogni inquadramento teorico che sminuisca il rilievo: i) delle caratteristiche del soggetto "banca", con tutto il suo, noto, *cofé* di potere economico e forza contrattuale, e ii) della peculiarità del bisogno di credito di un'impresa commerciale, reso più intenso in sistemi economici "banco-centrici" e caratterizzati dalla bassa capitalizzazione delle imprese. Se, poi, vi aggiungiamo l'importanza "pubblicistica" assunta dall'attività di monitoraggio del rischio di credito - il tipo di rischio più acuto tra quelli avvolgenti la banca commerciale - è naturale, allora, interrogarsi sulla possibilità che questa relazione si traduca, *de facto* o *de iure*, in un'ingerenza della banca nella gestione dell'impresa debitrice e in una forma di responsabilità - corresponsabilità nel dissesto di quest'ultima.

È noto che la tutela del credito bancario, specie nei casi di finanziamenti di maggiori dimensioni, può transitare attraverso il conferimento alla banca di taluni

poteri istituiti e regolati in *covenants* finanziari inseriti nei contratti di finanziamento o allegati agli stessi. E' questo l'ambiente contrattuale - il contesto, per così dire - che sollecita a interrogarsi sulla possibilità che, *ex contractu*, la banca s'ingerisca nella gestione dell'impresa sua debitrice. I riferimenti d'immediato richiamo sono quelli della responsabilità dell'amministratore di fatto e della responsabilità per eccesso, o abuso, di direzione e coordinamento.

Vi è spazio, però, per altre soluzioni.

Rimanendo nel caso dell'ingerenza illecita della banca nella gestione dell'impresa affidata, ingerenza che non derivi, però, dall'esercizio di poteri discendenti dalla stipulazione di *covenants* finanziari e che non transiti attraverso l'esercizio del potere di direzione e coordinamento, essa può configurarsi sia come una mera partecipazione al fatto lesivo altrui (a compiere il fatto lesivo sarà sempre l'holding), sia come consapevole sfruttamento dei vantaggi conseguenti da quel fatto lesivo altrui (sempre commesso dall'holding). Mi riferisco, dunque, alle ipotesi di cui al comma 2 dell'art. 2497 c.c. ai sensi del quale "Risponde in solido chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo"¹ "e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio".

Le ipotesi or ora descritte sono tutte forme d'interferenza gestionale illecita ed "esterna". Non altrettanto si può dire, invece, per:

- a) la responsabilità della banca da (concorso nel) compimento di atti di gestione conseguenti, o meno, al suo ingresso nel capitale sociale della società e alla conseguente assunzione esplicita di responsabilità gestorie; ipotesi che, sotto un certo aspetto, "semplifica" la soluzione del problema, riportandolo nell'ambito della normale responsabilità degli amministratori;
- b) la responsabilità da concessione abusiva del credito, di cui ha appena parlato il Consigliere di Marzo: qui non si ha un caso d'interferenza nella gestione dell'impresa debitrice ma una sorta di eterogenesi della concessione di credito;
- c) la responsabilità da interruzione abusiva del credito: anche in questo caso l'anomalia sta solo nella condotta della banca e all'interno della dinamica del contratto di credito;
- d) la responsabilità da erroneo o interessato consiglio, assieme ad ogni altro caso di "interferenza non gestionale" nell'attività dell'impresa affidataria

* Testo, con adattamenti, della relazione tenuta a Roma, il 15 maggio 2018, nell'ambito del corso organizzato da SSM – Scuola Superiore della Magistratura - e Luiss - Libera Università Internazionale degli Studi Sociali "Guido Carli" - su "Le azioni di responsabilità nelle società *in bonis* ed in quelle in crisi: recenti sviluppi del dibattito".

¹ Il legislatore allude all'abuso del potere di dirigere e coordinare altra impresa di cui al comma 1 dell'art. 2497 c.c..

attraverso comportamenti della banca che stiano “a cavallo” tra il consigliare e il dettare direttive. Qui il cuore della vicenda sta nel contratto di consulenza e, nuovamente, in un’attività della banca, non in quella dell’impresa debitrice.

Ciò detto, propongo, pertanto, di seguire questa distinzione:

- 1) una prima forma di responsabilità della banca discende dalla *(co)gestione, diretta o indiretta*, dell’impresa in crisi (da amministrazione di fatto e da direzione e coordinamento);
- 2) una seconda forma di responsabilità è da *erogazione del credito* o nell’*erogazione del credito* (da concessione abusiva del credito e da interruzione abusiva del credito);
- 3) una terza forma di responsabilità è da “*interferenza non gestionale*” dell’impresa in crisi. Essa prende spessore nei casi di banca mera consulente o *advisor* dell’impresa in crisi.

Per quanto riguarda il punto *sub* 1, deve notarsi che la responsabilità della banca derivante da gestione diretta o indiretta dell’impresa non può ridursi a un mero elenco di ipotesi individuate preventivamente. Infatti, i casi che possono determinare forme accentuate di (co)gestione da parte dell’istituto di credito erogatore di un finanziamento (o parte di un accordo di ristrutturazione) sono i più vari e devono essere valutati, di volta in volta, nel concreto; ciò che conta è, però, che si realizzi sempre quella “dislocazione delle funzioni gestorie (o di parte di esse) dall’organo amministrativo a centri di potere formalmente estranei alla struttura formale dell’ente”, necessaria perché si possa parlare quantomeno di direzione e coordinamento².

Importante, dunque, non è tanto il contenuto formale degli accordi – *covenants* o accordi di ristrutturazione, secondo i casi - intercorrenti tra banca e società finanziata, ma l’esistenza di quel potere gerarchicamente sovraordinato in capo all’istituto di credito che consenta allo stesso di incidere in modo determinante sui processi decisionali di competenza dell’organo gestorio della società prenditrice³.

Fermo quanto detto, non sembra però errato individuare, già all’interno degli accordi tra banca finanziatrice e società finanziata, alcune previsioni dalle quali (singolarmente o combinate tra loro) è possibile presumere la responsabilità di cui all’art. 2497 c.c., se non addirittura *ex art.* 2476 c.c., qualora si ritenga di poter qualificare la banca quale amministratore di fatto.

²BENEDETTI, *La responsabilità ex art. 2497 c.c. della banca e le soluzioni negoziali delle crisi di impresa*, in *Rivista di diritto societario*, 2010, pp. 414 ss; ROPPO, *Crisi d’impresa: la banca risponde verso i creditori? (con postilla sugli sviluppi della responsabilità civile)*, in *Danno e responsabilità*, 1996.

³ Così CARIELLO, *Dal controllo congiunto all’attività congiunta di direzione e coordinamento*, in *Rivista delle società*, 2007, pp. 55 e ss; SCONAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi societari*, Torino, 1996, pp. 35 ss..

I comportamenti bancari che ricorrono con maggiore incidenza nella pratica, potendo far sollevare il dubbio di un'intromissione "eccessiva" nella gestione dell'impresa debitrice - ipotesi *sub* 1 – e ai quali, dunque, collegare causalmente, ai fini risarcitori, l'insolvenza di quest'ultima sono, tra i vari, i seguenti:

- 1) l'imposizione di determinati limiti alle scelte gestionali dell'impresa. Detti limiti sono previsti da appositi *covenants*⁴, accordi di vario tipo volti ad evitare operazioni inopportune da parte dei manager della società debitrice, tali da mettere a rischio il finanziamento erogato⁵. Spesso la banca finanziatrice, infatti, inserisce previsioni volte ad impedire all'impresa debitrice un'ulteriore ricorso al debito, onde prevenire una riduzione dell'attivo residuo rischiosa per i loro investimenti. Stessa *ratio* del divieto di ricorrere ad altro indebitamento, è quella propria dei divieti riguardanti la stipulazione di nuove garanzie, sia reali che personali: l'impresa debitrice non potrà, ad esempio, costituire garanzie subordinate su beni già gravati da garanzia relativa ad altro finanziamento, e ciò al fine di evitare controversie tra i vari creditori. In alternativa, spesso il finanziatore inserisce negli accordi clausole "*pari passu*", volte a garantire allo stesso garanzie equivalenti a quelle concesse, in pendenza dell'accordo, agli altri creditori e ripristinando così la *par condicio creditorum*. Le scelte gestionali possono oltretutto essere limitate da clausole riguardanti la distribuzione dei dividendi (limitazioni all'ammontare degli stessi, vincoli sulla frequenza di distribuzione oppure divieto di distribuzione) nonché la disposizione di determinati pagamenti, quali quelli relativi al riacquisto di azioni o alla riduzione del capitale;
- 2) i vincoli all'utilizzo delle risorse finanziarie possono però anche determinare un trasferimento in capo alla banca di alcune scelte gestionali rilevanti, basti pensare alle decisioni circa i pagamenti da effettuare, all'allocazione delle risorse interne o, addirittura, alla gestione della tesoreria. Ma le clausole volte a tutelare il patrimonio della società e, di riflesso, le garanzie creditorie, non sono le uniche in grado di influenzare la gestione dell'impresa. In particolare, veramente pervasive sono
- 3) le clausole contenenti veri e propri obblighi, per l'organo gestorio della società finanziata, di conformarsi a un *business plan* condiviso a priori con l'istituto di credito, cui possono aggiungersi divieti particolari, quale quello di modifica dell'oggetto sociale o, di inserirsi in nuovi mercati, di compiere determinate operazioni (ad esempio cambiare i fornitori), o di compiere

⁴ Alcuni esempi utili in PATRONI GRIFFI, *I covenants finanziari. Note introduttive*, in *Rivista di Diritto Societario*, 2003

⁵ Così SATTINI - BONIPERTI, *Mezzaninefinancing: la "via di mezzo" tra debito e capitale di rischio*, in *Amministrazione e finanza*, 2000.

operazioni di M&A con altre società, specie se queste ultime sono eccessivamente indebitate. Ancora

- 4) l'imposizione di determinati vincoli finanziari e di bilancio⁶. I finanziatori, infatti, hanno interesse alla conservazione di un certo ammontare di capitale di rischio, a tutela del proprio credito. Questo, specie nei paesi nordamericani dove i vincoli legali sul mantenimento di certe soglie di capitale sociale sono meno stringenti. Queste soluzioni contrattuali, c.d. “*covenants* di bilancio”, generalmente prevedono l'obbligo di: i) mantenere entro un determinato limite il rapporto tra indebitamento totale e capitale netto; ii) mantenere l'indicatore di liquidità corrente (capitale circolante in rapporto all'indebitamento a breve termine); iii) mantenere il capitale circolante netto al di sopra di un limite fissato; iv) mantenere gli oneri finanziari entro una percentuale di fatturato; v) non avere perdite superiori ad un certo valore⁷;
- 5) il potere di nomina di uno o più amministratori indipendenti nel consiglio di amministrazione dell'impresa debitrice. Tale prassi è diffusa prevalentemente in ambito nordamericano dove i finanziatori di un'impresa, agendo in pool, ne condizionano notevolmente l'attività attraverso gli amministratori da loro nominati. Tale prassi, tuttavia, non è priva di riscontro anche nel nostro Paese⁸. In particolare ciò accade quando si ritiene necessario uniformare le decisioni gestorie del gruppo a un preciso piano di impresa preventivamente e congiuntamente stabilito da società e istituto di credito. Gli amministratori “fiduciari” della banca agiscono, in tale contesto, come meri esecutori della volontà della banca stessa. In particolare, questi, di solito, godono di poteri molto ampi in relazione a particolari decisioni, quali l'assunzione di nuovi debiti, la distribuzione di dividendi o la dismissione di partecipazioni o rami d'azienda⁹. Si tratta, indubbiamente, di una delle più incisive forme di

⁶Alcuni esempi utili in UNICREDIT BANCA MEDIO CREDITO, CENTRALE DEI BILANCI (a cura di), *I covenants di bilancio nei finanziamenti a medio e lungo termine*, Roma, 2005, *passim*.

⁷MENGHINI, *I covenants di bilancio nei finanziamenti a medio e lungo termine*, Roma, 2003.

⁸ In questo senso famoso è il caso “Trevitex”, Cass. pen., 28 novembre 2012, n. 7556, in cui sono stati condannati per concorso in bancarotta fraudolenta in primo e secondo grado trentatré banchieri di quattro diversi istituti di credito. Tali istituti avevano posto in essere un “comitato ristretto” al fine di monitorare la situazione finanziaria della società finanziata richiedendo, in cambio dell'erogazione di credito, in prima battuta il rinnovo del Consiglio di Amministrazione e la sostituzione dello stesso con amministratori di propria fiducia, e in seguito la nomina di un liquidatore, sempre di loro fiducia.

⁹ Così MUNARI, *Crisi di impresa e autonomia contrattuale nei piani attestati e negli accordi di ristrutturazione*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale* n. 357, Milano, 2012; LAMANDINI, *Struttura finanziaria e governo nelle società di capitali*, Bologna, 2001.

controllo¹⁰, un controllo capace di determinare una vera e propria traslazione dei poteri di gestione dall'organo gestorio societario alla banca finanziatrice. Infine

- 6) la creazione di c.d. “comitati misti”, composti da professionisti e manager delle parti, con compiti relativi al monitoraggio dell'attività dell'impresa debitrice. A riguardo è da notare che l'attività di questi comitati si limita generalmente alla vigilanza sul corretto svolgimento dei piani di salvataggio dell'impresa in crisi e alla loro pronta correzione, laddove necessario. Non è da escludersi tuttavia che, all'interno di detti comitati, i finanziatori abbiano veri e propri poteri di veto, arrivando così ad influire in maniera determinante sulla gestione dell'impresa debitrice¹¹.

Come si è detto, sta invece di certo al di fuori dei comportamenti astrattamente integrabili vicende di “interferenza gestionale” il mero

- 7) dare consigli tecnico-finanziari (ma, come si vedrà in seguito, non è detto che ciò sia sufficiente ad escludere una certa responsabilità della banca ai sensi dell'art. 2497, co. 2, c.c.).

II. LA BANCA CREDITRICE QUALE “AMMINISTRATRICE DI FATTO” DELL'IMPRESA DEBITRICE.

L'ingerenza di una banca nella gestione di un'impresa è vicenda che, sotto il vigore del codice di commercio del 1882, è stata in un'occasione riportata alla figura dell'amministratore di fatto, determinando così, in caso di responsabilità dell'istituto di credito, la facoltà di esperire comune azione di responsabilità contro la banca-amministratrice priva d'investitura formale. Quasi due secoli fa, infatti, la Cassazione¹² affermò che la Cassa Generale di Genova era stata co-amministratrice di fatto di Banca Concessionaria di Genova, poi fallita, accertandone la corresponsabilità nel dissesto. Singolarmente, anche il debitore era una banca.

¹⁰A riguardo SPOLIDORO, *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust*, in *Rivista delle società*, 1995. L'autore ritiene che le clausole contrattuali che attribuiscono ad una società il potere di nominare la maggioranza dei consiglieri d'amministrazione di un'altra integrino una vera e propria ipotesi di controllo, ipotesi non automaticamente integrata in presenza di altre pattuizioni.

¹¹ A riguardo GALLETTI, *Tecniche e rischi del finanziamento all'impresa in crisi*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, DI MARZIO, MACARO (a cura di), Milano, 2010, il quale ritiene sussistere in detta ipotesi la qualifica di amministratore di fatto in capo al finanziatore o al pool di finanziatori.

¹² Cassazione Torino 23 giugno 1886.

Nel vigore dell'attuale codice civile la figura dell'amministratore di fatto è stata dapprima tipizzata attraverso elaborazioni giurisprudenziali¹³ e solo in un secondo momento è seguita la tipizzazione legislativa, all'art. 2639 "Estensione delle qualifiche soggettive", comma 1, c.c.¹⁴. Questa disposizione ha sancito l'equiparazione tra soggetto di diritto e soggetto di fatto, prevedendo che, per i reati previsti dal Titolo XI "Disposizioni penali in materia di società e consorzi" del Libro V, "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 funzione"¹⁵.

Anche a ragione di tale inserimento della figura nella parte dedicata ai reati, la giurisprudenza penale della Cassazione ha avuto molte più occasioni di quella civile per cimentarsi con la figura dell'amministratore di fatto. Seppure in misura minore, anche la giurisprudenza civile ha però contribuito all'elaborazione della figura, da ultimo affermando che *"Per costante orientamento di questa Corte, 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 società (cfr. Cass. 2586 del 2014, nonché Cass. n. 28819/08; n. 6719/08; n. 9795/99). I responsabili della violazione delle norme poste a presidio della corretta gestione della società non vanno infatti individuati sulla base della loro qualificazione formale, quanto piuttosto per il contenuto delle funzioni dai medesimi concretamente esercitate. Pertanto, pur in mancanza di una investitura 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*

¹³ Così Cass. Civ., Sez. I, 14 settembre 1999, n. 9795, secondo cui *"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 alcuni atti di natura eterogenea ed occasionale"*.

¹⁴ Così modificato dal D.L. 11 aprile 2002 n. 61 "Disciplina degli illeciti penali e amministrativi riguardanti le società commerciali, a norma dell'articolo 11 della legge 3 ottobre 2001, n. 366". La relativa Relazione ministeriale, peraltro, si richiama espressamente alla 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 significatività rispetto ai poteri tipici della funzione"*. A riguardo anche A. BIANCONI, *sub art. 2369*, in *Leggi penali complementari*, T.PADOVANI (a cura di), Milano, 2003, p. 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), IX, Tomo I, Torino, 2004, p. 18.

¹⁵ Recentemente si v. Cass. Pen., Sez. V, 7 febbraio 2017, n. 33256, secondo cui *"in tema di bancarotta fraudolenta, in caso di concorso ex art. 40, comma 2, c.p., dell'amministratore formale nel reato commesso dall'amministratore di fatto, ad integrare il dolo del primo è sufficiente la generica consapevolezza che il secondo compia una delle condotte indicate nella norma incriminatrice, senza che sia necessario che tale consapevolezza investa i singoli episodi delittuosi, potendosi configurare l'elemento soggettivo sia come dolo diretto, che come dolo eventuale"*.

*funzioni gestorie, svolte appunto in via di fatto, si concretino in atti che, per la loro natura e non occasionalità, siano sintomatici dell'assunzione di quelle funzioni (cfr. Cass. n. 4045/2016)*¹⁶.

Combinando i più accreditati responsi giurisprudenziali e l'elaborazione dottrinale si può sostenere che i tratti essenziali della figura dell'amministratore di fatto siano i seguenti¹⁷:

- i) assenza di una efficace investitura assembleare (o, aggiungerei, consiliare, in caso di cooptazione);
- ii) attività esercitata non occasionalmente bensì continuativamente¹⁸;
- iii) esercizio, da parte del gerente di fatto, delle funzioni riservate alla competenza degli amministratori di diritto¹⁹;
- iv) autonomia decisionale rispetto agli amministratori "di diritto", in posizione non necessariamente "surrogatoria" di questi ultimi ma almeno cooperativa e comunque non subordinata.

Quanto alla "significatività" dell'ingerenza nell'amministrazione della società del soggetto *sine titolo*, vi è consenso nell'affermare che non è necessario che questo eserciti *tutti* i poteri dell'organo amministrativo, essendo sufficiente l'esercizio di un'apprezzabile attività gestoria, sempre però che sia svolta in modo non episodico od occasionale.

La qualificazione della condotta in termini di *significativa e continua intromissione nell'amministrazione di società* porta con sé (in caso che da tale condotta, o concorso nella condotta, sia seguito un danno al patrimonio sociale o alle aspettative dei creditori sociali), la possibilità per la società, i suoi soci, i suoi creditori sociali, di esercitare le azioni di cui agli artt. 2393 - 2395 c.c.

¹⁶Cass. Civ., Sez. Trib., 3 agosto 2016, n. 16184, in *Giur.it.*, 2017, p. 105 ss., con nota di RIGANTI, *L'estrinsecazione della funzione gestoria, tra forma e sostanza*; Cass. Civ., Sez. I, 1 marzo 2016, n. 4045, in *Soc.*, 2016, p. 637 ss.; Cass. Civ., Sez. I, 23 giugno 2015, n. 12979, in *Giur.it.*, 2015, p. 2131 ss., con nota di RIGANTI, *Amministratore e holding di fatto*; Cass. Civ., Sez. Trib., 5 febbraio 2014, n. 2586, in *Ced.Cass.*, 2014; App. Roma, 17 gennaio 2017; Trib. Milano, 28 maggio 2017; Trib. Torino, 8 luglio 2016, in *Giur.it.*, 2017, p. 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, (nt. 37).

¹⁷Trib. Roma, 9 novembre 2014, in *www.ilcaso.it*.

¹⁸Così Cass. Pen., Sez. III, 20 gennaio 2017, n. 31906, in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*.

¹⁹ Gli atti che porteranno alla qualificazione della banca come amministratrice di fatto, dunque, non potranno trovare il proprio fondamento in meri consigli (consulenza) - qui la responsabilità sarà o per inadempimento o extracontrattuale, nei casi d'induzione all'inadempimento - o in atti di mera erogazione del credito - in questo caso, semmai, si discuterà di concessione abusiva di credito oppure d'interruzione abusiva di credito - bensì in atti di vera intromissione nella gestione sociale.

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

Si pone però il problema della configurabilità di una persona giuridica quale amministratore di fatto di una società di capitali.

Dando oramai per assodata la possibilità che una società di capitali possa essere nominata amministratrice di altra società di capitali²⁰ e che questa risponda in solido con la persona fisica che abbia designato a svolgere, in concreto, il compito di amministratore, incerta è, mi sembra, la possibilità di configurarla quale amministratore di fatto, con il risultato che l'effetto che si vorrebbe conseguire dall'esercizio di quest'azione, in altre parole, coinvolgere nel dissesto un soggetto notoriamente solvibile, potrebbe infrangersi contro questo scoglio. Secondo una recente decisione del Tribunale di Milano, infatti, quando una società non risulti formalmente amministratore di una società, il titolo della sua eventuale responsabilità va cercato negli artt. 2497 ss. c.c. perché la qualifica di amministratore di fatto non si confà alle persone giuridiche ma solo, semmai, alla persona fisica che abbia svolto l'attività gestoria nell'interesse della società designante²¹.

Questa decisione non convince per molte ragioni che qui, per economia, non si possono affrontare: ciononostante, l'autorevolezza dell'organo giudicante impone di considerarla come un importante ostacolo alla configurabilità della persona giuridica come amministratrice di fatto.

²⁰Si veda Trib. Milano, Sez. VIII, 27 febbraio 2012, con nota di G. PESCATORE, *Prossima fermata: persona giuridica amministratore di fatto*, in *Giur. Comm.*, 2014, p. 647, secondo cui “Una società non può essere qualificata come amministratore di fatto di un'altra società, essendo tale qualifica attribuibibile alle sole persone fisiche anche quando queste abbiano esercitato di fatto i poteri amministrativi per conto di una persona giuridica”. Cfr. altresì la massima n. 100 del Consiglio notarile di Milano, secondo cui “È legittima la clausola statutaria di spa o srl 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 sia della persona fisica da essa designata”.
Si veda anche Cass. Civ., Sez. II, 24 ottobre 2006, n. 22840, resa in materia di condominio, secondo la quale “il sistema non conosce disposizioni limitative della capacità o della legittimazione della persona giuridica, se non nei casi tassativamente previsti”.

²¹ Trib. Milano, 27 febbraio 2012.

III. LA RESPONSABILITÀ DELLA BANCA PER L'ABUSIVA DIREZIONE E COORDINAMENTO.

Dal punto di vista teorico, invece, sembrerebbe più fruttuosa una contestazione alla banca (e non a un suo esponente) di avere abusato del potere di direzione e coordinamento (art. 2497 c.c.) a essa derivato dalle previsioni dei citati *covenants*. *Covenants*, va precisato, che devono però essere stati in grado di conferire alla banca il controllo - di tipo esterno - sull'impresa sua debitrice. Il richiamo è, all'evidenza, a quei "particolari vincoli contrattuali" di cui all'art. 2359, comma 1, n. 3 c.c.²², fondativi del controllo di tipo contrattuale.

Dobbiamo però affermare senza indugi che, se tale maggiore semplicità di contestazione è vera sul piano teorico, su quello pratico anche quest'azione si scontra con difficoltà quasi insormontabili, legate essenzialmente all'improbabilità che la banca creditrice si spinga così avanti da trovarsi a dirigere e coordinare l'impresa che ha affidato.

Giova, a questo punto, mettere a fuoco la differenza tra amministrazione di fatto, da un lato, ed esercizio del potere di direzione e coordinamento, dall'altro. Con le parole del Tribunale di Milano²³, l'amministrazione di fatto "*presuppone un'ingerenza completa e sistematica nella gestione sociale (direttive impartite, condizionamento delle scelte operative dell'ente) da parte di un soggetto privo, nell'ambito della società stessa, di una investitura formale*" - l'amministratore di fatto, infatti, è figura che si riporta, salvo che per le forme dell'investitura, a quella dell'amministratore di diritto -, mentre la direzione e coordinamento "*attiene ad un'attività volta a coordinare la politica economica e le linee essenziali dell'attività delle società collegate, imprimendo una identità o conformità di indirizzi operativi a una pluralità di soggetti formalmente distinti, di modo che il 'gruppo' venga gestito in modo unitario*".

Diverse essendo le fattispecie, diverse sono le conseguenze sul piano dei rimedi esercitabili dalla parte lesa: nel caso dell'amministrazione di fatto, l'ordinaria azione sociale di responsabilità (art. 2393 c.c.), o l'azione sociale di responsabilità esercitata

²² Questa fattispecie è contigua ma diversa da quella prevista nella disciplina della subfornitura e, in particolare, all'art. 9 L. 18 giugno 1998 n. 192, ai sensi del quale "*È vietato l'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice. Si considera dipendenza economica la situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti. L'abuso può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto*".

²³ Trib. Milano, 27 febbraio 2012.

dai soci (art. 2393-bis c.c.) quella della minoranza o quella individuale del socio e del terzo (art. 2395); nel caso della direzione e coordinamento, l'azione disciplinata dall'art. 2497 c.c.

Mi limiterò a segnalare le differenze principali tra quest'ultima e l'azione sociale di responsabilità ex art. 2393 c.c. Sono, anzitutto, diverse le regole sulla legittimazione attiva, perché l'azione ex art. 2497 c.c. è esercitata dai soci della società diretta e coordinata, senza bisogno di alcuna partecipazione minima di capitale sociale, mentre, com'è noto, l'azione sociale di responsabilità contro gli amministratori di S.p.A. richiede la maggioranza del capitale sociale avente diritto di voto²⁴.

È, poi, diverso il presupposto della responsabilità, perché “dirigere e coordinare” da un lato è, come detto, attività di minore ampiezza dell’“amministrare”, dall'altro perché talune condotte sono di competenza specifica ed esclusiva della società controllata, pur quando essa sia soggetta a direzione e coordinamento di altra società. Si pensi, ad esempio, agli adempimenti formali quali la convocazione di assemblee: le rispettive azioni giammai potranno essere avocate alla società che esercita la direzione ed il coordinamento.

Se l'amministrazione di fatto presuppone un'ingerenza completa e sistematica nella gestione sociale da parte di un soggetto privo di un'investitura formale, la responsabilità della capogruppo ex art. 2497 deriverà da direttive o da altri atti diretti a incidere sulle scelte gestionali ed imprenditoriali della controllata²⁵, incontrando però il limite dei c.d. “vantaggi compensativi”²⁶, posto che, come recita la parte finale del comma 1 dell'art. 2497 c.c., “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”.

Anche in punto di danno risarcibile le differenze sono nette, perché l'azione contro l'amministratore di fatto presuppone il generico danno al patrimonio sociale della società, mentre quella contro la capogruppo richiede la prova del “pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale” (art. 2497 c.c.).

È diverso, poi, il destinatario dell'azione: nel primo caso, ex art. 2497 c.c., destinataria è la società che ha abusato della direzione e coordinamento - dunque, in genere, la capogruppo - con la possibilità, ai sensi del comma 2 dell'art. 2497 c.c., che sia citato in giudizio per la responsabilità in solido “chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo” e “nei limiti del vantaggio conseguito, chi ne abbia

²⁴ Quella esercitata dai soci (art. 2393-bis c.c.) richiede almeno un quinto del capitale sociale nelle società chiuse e almeno un quarantesimo del capitale sociale nelle società che fanno ricorso al mercato dei capitali.

²⁵G. PESCATORE, *op. cit.*

²⁶ Che, va da sé, non può essere invocato come esimente dall'amministratore di fatto.

consapevolmente tratto benefico”; nel secondo caso, destinatario è l’amministratore di fatto (assieme, eventualmente, a quelli di diritto e ai membri degli organi di controllo) della società controllata.

Altri elementi di diversità riguardano la rinuncia all’azione o la transazione della lite da parte della società danneggiata; e l’azione dei creditori sociali, posto che nell’azione *ex* art. 2394 c.c. si può agire nei confronti degli amministratori di una società solo “quando il patrimonio sociale risulta insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti”, mentre l’art. 2497 c.c. richiede la prova che l’azione della capogruppo abbia arrecato una lesione “all’integrità del patrimonio della società” e condiziona l’ammissibilità dell’azione alla mancata soddisfazione dalla società soggetta all’attività di direzione e coordinamento (art. 2497, comma 3, c.c.).

Le due azioni, dunque, sono diverse e, in taluni casi, cumulabili.

III. A. GLI INDICI DI ESERCIZIO DELL’ATTIVITÀ DI DIREZIONE E COORDINAMENTO: IL CONTROLLO (ESTERNO) DA “PARTICOLARI VINCOLI CONTRATTUALI”.

Ritornando all’ipotesi della contestazione alla banca di aver abusivamente diretto e coordinato l’impresa sua debitrice arrecando un danno alla redditività e al valore della partecipazione sociale dei suoi soci, spetta ora mettere in luce quando si ha direzione e coordinamento.

Soccorrono a tale fine le presunzioni di cui all’art. 2497-*sexies* “Presunzioni” c.c., e l’art. 2497-*septies* “Coordinamento fra società” c.c.

Secondo l’art. 2497-*sexies* c.c., si presume, salvo prova contraria, che eserciti direzione e coordinamento su altra società quella che sia tenuta al consolidamento del suo bilancio e, per quanto oggi più ci interessa, la società controllante ai sensi dell’art. 2359 c.c., dunque anche ai sensi del n. 3 del comma 1 dell’articolo in questione, previsione che riconosce la possibilità di un controllo contrattuale, o esterno. La circostanza che l’uno (il controllo) sia l’elemento indiziario dell’altro (la direzione e coordinamento) ci fa comprendere che controllo e direzione/coordinamento sono situazioni diverse, come si ricava altresì dalla circostanza che è ammessa la prova contraria della presunzione ora esaminata. Perché il potere di controllo traci in nell’esercizio della direzione e coordinamento occorrerà che 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

*decisioni gestorie dell'impresa, cioè sulle scelte strategiche e operative di carattere finanziario, industriale, commerciale che attengono alla conduzione degli affari sociali*²⁷.

È però vero che distinguere nettamente potere di controllo, da un lato, e direzione e coordinamento, dall'altro, è cosa certamente possibile nelle ipotesi di controllo "interno", sia ai sensi del n. 1 sia del n. 2 del comma 1 dell'art. 2359 c.c.: invero, queste sono situazioni in cui l'influenza dominante derivante dalla partecipazione qualificata può sì essere esercitata in assemblea ma, ciononostante, non sfociare nell'esercizio di un'attività direttrice e coordinatrice della controllata, come accade, ad esempio, quando la controllante non emani direttive all'organo amministrativo della controllata. Nel caso di cui al n. 3 dell'art. 2359, comma 1, c.c., invece, il contraente che si avvantaggia dei particolari vincoli contrattuali non può dispiegare la propria influenza dominante in assemblea, non essendo socio, ed il suo controllo sulla controparte contrattuale si svelerà solo con l'esercizio fattuale ed effettivo del potere 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.

Come detto, il potere di controllo *ex art 2359*, comma 1, n. 3, c.c., si fonda non già su partecipazioni azionarie ma su "particolari vincoli contrattuali"²⁸, pertanto su poteri di fonte contrattuale di contenuto tale da consentire a una delle due (o più) parti di esercitare un'influenza dominante sull'altra e, di conseguenza, di controllarla. Giova ricordare nuovamente che questi particolari vincoli contrattuali possono edificare la fattispecie del controllo e fare di conseguenza presumere l'esistenza della direzione e coordinamento: non già, invece, edificare, per sé soli, una direzione e coordinamento, che richiede l'*effettivo* esercizio dei poteri derivanti dai "particolari vincoli contrattuali".

Nonostante sia frequente il ricorso al concetto di "dipendenza economica" quale presupposto di questa ipotesi di controllo, sembra preferibile la tesi secondo cui il controllo scatta solo quando la dipendenza rilevante trovi la sua fonte non già nei preesistenti rapporti di forza, ma proprio nei particolari vincoli contrattuali. Per essere più chiari: non è il bisogno di credito che, indebolendo l'autonomia gestionale del soggetto che si relaziona con la banca, porta a qualificare il rapporto

²⁷P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Rivista delle Società*, volume 2-3, 2007, p. 321.

²⁸ Si veda Trib. Roma, Sez. Imprese, 13 giugno 2016, n. 11925: "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".

tra banca ed impresa affidata in termini di controllo; sono i “particolari vincoli contrattuali” che circonda il contratto di credito - imbrigliando oltremodo il debitore – i fatti costitutivi della relazione di controllo. Il potere di direzione, dunque, deve essere effetto diretto *del contratto*, non di una preesistente relazione economica.

Se questa tesi è fondata, ne dovrebbe conseguire che la validità del contratto o del patto da cui promanano i “particolari vincoli contrattuali” sia una circostanza essenziale per la qualificazione della vicenda in termini di controllo: laddove il contratto, o il patto, non sia valido²⁹, verrebbe meno il presupposto di integrazione del controllo esterno. Anche l’abuso della propria maggiore forza economica che non sia stato contrattualizzato sfuggirà da tale qualificazione.

Quanto all’intensità del controllo esterno, seppure esplicito in forme diverse esso non dovrà essere inferiore a quella del controllo interno di diritto o di fatto, sicché dovrà essere “*dominante ed esclusivo, tale da potersi manifestare in via positiva, e non in un mero potere di veto*”³⁰. La Corte di Cassazione ha affermato³¹ che “*La configurabilità del controllo esterno di una società su di un’altra (quale disciplinata dal primo comma, n. 3, dell’art. 2359 cod. civ. nella formulazione risultante a seguito della modifica apportata dal D.Lgs. n. 127 del 1991 e consistente nella influenza dominante che la controllante esercita sulla controllata in virtù di particolari vincoli contrattuali), postula la esistenza di determinati rapporti contrattuali la cui costituzione ed il cui perdurare rappresentino la condizione di esistenza e di sopravvivenza della capacità di impresa della società controllata; 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, costituisce indagine di fatto, rimessa, come tale, all’apprrezzamento del giudice del merito e sindacabile in sede di legittimità solo per aspetti di contraddizione interna all’iter logico formale della decisione, ovvero per omissione di esame di elementi determinanti per la decisione stessa*”³².

²⁹ Ad esempio, perché i “particolari vincoli contrattuali” discendono dalla stipulazione di un contratto di dominazione (ossia un contratto in forza del quale una società s’impegna ad agire secondo le direttive e le istruzioni impartite da un’altra) – che i più ritengono nullo per il diritto italiano.

³⁰ M. NOTARI, J. BERTONE, *Commento all’art. 2359*, in M. NOTARI (a cura di), *Azioni*, in *Commentario alla riforma delle società*, P. MARCHETTI, L.A. BIANCHI, F. GHEZZI, M. NOTARI (diretto da), Milano, 2012, p. 707.

³¹ Cass. Civ., Sez. I, 27 settembre 2001, n. 12094

³² Si vedano, nello stesso senso, anche: Trib. Roma, Sez. III, 13 giugno 2016, n. 11925, secondo cui “*Non è configurabile il controllo esterno sulla base della sola reiterazione nel tempo di più ordini. Nonostante la reiterazione di rapporti negoziali aventi il medesimo oggetto (fornitura di beni o di 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 rapporti 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*

Alla luce di tali considerazioni, in particolar modo dell'insufficienza della sola situazione di dipendenza economica per configurare un esercizio di direzione e coordinamento, sembra di poter concludere che la possibilità di esercitare vittoriosamente contro una banca un'azione *ex art. 2497 c.c.* sia limitata a quelle rare ipotesi d'ingerenza non rientranti nelle ordinarie prassi del sistema bancario, generalmente improntate a cautela quanto alla contrattualizzazione dei poteri verso il debitore. Un'ingerenza, dunque, che sia tale da trasferire all'esterno della società il potere di determinare le scelte gestionali.

Centrale, anche se non essenziale, sarà l'esame dei *covenants* inclusi nel contratto di finanziamento. Essi si usano distinguere in *negative covenants*, che si sostanziano in divieti o limiti posti all'azione della società debitrice (esempio tipico è il divieto di distribuzione degli utili), e in *positive covenants*, che si traducono in obblighi di fare (ad esempio, fornire periodiche relazioni). Qualora essi attribuiscono alla banca poteri concorrenti con una gestione *positiva* dell'impresa (obbligando la finanziata ad agire in un determinato modo, anche adattandosi a piani in precedenza predisposti dal finanziatore), ebbene, in tali casi potrà scattare la presunzione di direzione e coordinamento e spetterà alla banca convenuta in giudizio dimostrare che il controllo esterno è rimasto allo stato potenziale e non si è tradotto in quella *“pluralità sistematica e costante di atti di indirizzo idonei ad incidere sulle decisioni gestorie dell'impresa, cioè sulle scelte strategiche e operative di carattere finanziario, industriale, commerciale che attengono alla conduzione degli affari sociali”*³³.

In considerazione della maggior difficoltà di vincere la presunzione di esercizio di direzione e coordinamento con la prova di un fatto negativo, la banca dovrà valutare attentamente se acquisire quei poteri per il solo fine di esercitare una pressione sulla debitrice, senza però esercitarli effettivamente.

In linea teorica, i particolari vincoli contrattuali potrebbero essere provati anche senza la produzione in giudizio del documento incorporante i *covenants*, ossia

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, per il quale “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” (nella specie, il tribunale ha escluso che ricorra tale presupposto qualora il contratto di concessione di vendita intercorrente, tra due società non preveda alcuna esclusiva e lasci al distributore una notevole autonomia quanto alle attività di vendita e di marketing; Cass. Civ., Sez. I, 27 settembre 2001, n. 12094 secondo cui *“Sussiste una situazione di controllo 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 ‘esistenziale’ 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 renda, nel caso singolo, vitale per la società controllata”*.

³³ P. MONTALENTI, *op. cit.*, p. 321.

guardando il comportamento stabilmente tenuto dalle due parti, qualora esso sia sufficientemente univoco e grave da far desumere l'esistenza di "particolari vincoli contrattuali", pur non esplicitati. Ricordiamo nuovamente, infatti, che il presupposto per l'esercizio dell'azione *ex art. 2497 c.c.* non è la titolarità del potere di controllo, che potrebbe anche mancare, ma l'esercizio del potere di dirigere e coordinare³⁴ in violazione dei principi di corretta gestione imprenditoriale³⁵, esercizio che può (seppure eccezionalmente) prescindere dal primo.

Ricordiamo altresì che, per affermare la responsabilità della banca creditrice, occorre che questa abbia agito nell'interesse proprio (o altrui) in violazione dei principi di corretta gestione imprenditoriale e societaria. In questo caso, la gestione "imprenditoriale" che deve essere attuata con correttezza è quella pertinente l'impresa della controllante. È, dunque, la corretta gestione dell'impresa bancaria a fungere da criterio di discriminazione tra legittimo e illegittimo, e gestire correttamente l'impresa bancaria postula, anzitutto, il compimento delle azioni (lecite) capaci di ottenere il recupero del credito concesso. Anche il debitore, peraltro, ha interesse a liberarsi del debito. Fuori dei casi di crisi della società debitrice e di sopravvento dell'esigenza di preservare la *par condicio creditorum*, dunque, gli interessi delle due società coincideranno.

La responsabilità della banca potrebbe emergere quando l'attività tesa al recupero del proprio credito attraverso (anche) il controllo dell'attività della società debitrice penalizzasse l'ultima ben oltre l'esigenza di tutelare i propri interessi, come quando si traduca in assolute proibizioni alla debitrice di assumere qualsiasi posizione di rischio, anche la più modesta.

³⁴ Trib. Milano, Sez. spec. Impresa, 14 dicembre 2016, n. 13636, secondo cui "In tema di società di capitali ed azione di direzione e coordinamento, il presupposto di responsabilità *ex art. 2497, comma 1 c.c.* va propriamente individuato nell'effettivo esercizio di funzioni di direzione e coordinamento e non già nella sola sussistenza di una situazione di astratta preminenza-soggezione". Si veda, altresì, Trib. Milano, Sez. VIII, 17 giugno 2011, per il quale "La responsabilità per violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale nell'attività di direzione e coordinamento di società ha carattere diretto e natura contrattuale, presupponendo un preesistente dovere di protezione avente contenuto definito posto a carico della società dirigente verso la società diretta ed i suoi soci". In senso contrario, Trib. Palermo, 15 giugno 2011, secondo cui "Quella prevista dall'art. 2497 c.c. è una responsabilità extracontrattuale".

³⁵ Trib. Milano, Sez. spec. Impresa, 23 ottobre 2014, secondo cui "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 essere caratterizzate, *ex art. 2497 c.c.*, dall'osservanza di 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 delle società controllanti, bensì per il coordinamento degli interessi delle due; l'inosservanza dei principi di corretta gestione predetti espone a responsabilità le società controllanti, insieme con i propri amministratori".

IV. ALTRE FORME DI RESPONSABILITÀ.

Residuano, infine, altre tre ipotesi di responsabilità di cui è necessario valutare la praticabilità:

- quella della banca che abbia concorso all'illecito degli amministratori. Tale tipo di responsabilità può desumersi dal combinato disposto degli artt. 2392 c.c. (in tema di responsabilità degli amministratori) e 2055 c.c. (in tema di responsabilità solidale). Ai sensi di quest'ultimo articolo "se il fatto dannoso è imputabile a più persone, tutte sono obbligate in solido al risarcimento del danno". Ad esempio, potrà parlarsi di responsabilità dell'istituto di credito nel caso in cui sia stato erogato credito senza nessun tipo di riferimento a un *business plan* in grado di traghettare la società fuori dalla crisi, con condotta colposa degli amministratori nella gestione della stessa.

Nell'ambito di tale forma di responsabilità, dunque, l'*eventus damni* da prendere in considerazione non è tanto l'erogazione del credito, quanto l'utilizzo fatto dello stesso da parte degli amministratori, di fronte a una banca che abbia concesso finanza in maniera negligente e superficiale³⁶. In ogni caso tale tipo di responsabilità troverà fondamento solo laddove l'erogazione di credito sia stata condizione indispensabile per il compimento degli atti di *mala gestio* contestati agli amministratori;

- quella della banca c.d. "fiancheggiatrice", la quale non esercita direzione e coordinamento ma prende parte all'abuso realizzato dal soggetto che esercita attività di direzione e coordinamento. Si pensi, ad esempio, al caso in cui la capogruppo, esercitando in modo abusivo il potere di direzione e coordinamento sulla controllata, arrechi un pregiudizio al valore delle partecipazioni sociali di questa e alla loro redditività, pregiudizio agevolato dall'esercizio dell'attività creditizia da parte della banca. Si può qui pensare a una concessione di credito fatta dalla banca alla controllata per finanziare un "velleitario" piano di salvataggio voluto dall'holding, rallentando la dichiarazione di fallimento³⁷. In questo caso la banca sarà responsabile ai sensi dell'art. 2497, co. 2, c.c. secondo uno schema definito di "trasmissione concentrica della responsabilità"³⁸: l'illecito della banca sarà

³⁶ Così BONELLI, *Concessione abusiva di credito e interruzione abusiva di credito*, Milano, 2011, pp. 263 ss..

³⁷ Così BONFATTI, *La promozione e la tutela delle procedure di composizione negoziale della crisi di impresa nella riforma della legge fallimentare* in www.judicium.it, 2005; AQUILINO, *Sostegno finanziario delle imprese in crisi e responsabilità della banca*, in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2009

³⁸ Così CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità*, in *Rivista di Diritto Societario*, 2003

concorrenziale³⁹ all'abuso posto in essere dalla capogruppo, del quale sarà pertanto necessario l'accertamento ai sensi dell'art. 2497, co. 1, c.c.⁴⁰.

Detta responsabilità potrebbe realizzarsi anche nel caso in cui la banca compia singoli ed episodici atti d'influenza⁴¹ sulle decisioni strategiche della holding riguardanti il gruppo, ad esempio nel ruolo di *advisor*, purché se ne dimostri l'incidenza causalmente efficiente delle istruzioni impartite (non integrerebbe pertanto alcuna responsabilità la mera consulenza);

- quella della banca c.d. "parassita" che, pur non avendo contribuito causalmente all'abuso di etero direzione della controllante e mantenuto un atteggiamento sostanzialmente neutro o passivo⁴², ne trae un beneficio. Un esempio potrebbe essere quello della banca che riesce a consolidare pagamenti e garanzie in precedenza acquisite grazie all'allontanamento dell'emersione dello stato di insolvenza della società debitrice e al conseguente differimento del fallimento, contrario ai principi di corretta gestione imprenditoriale⁴³. Altro caso ricorrente è dato dalla banca che accetta il pagamento del proprio credito da parte di una società dello stesso gruppo della debitrice in crisi (generalmente la controllante o comunque un'altra da quest'ultima etero diretta in modo abusivo), evitando così l'eventuale falcidia concorsuale⁴⁴.

Si tratta, dunque, di casi in cui la banca trae consapevolmente un beneficio dalla condotta illecita della capogruppo, che, esercitando in modo abusivo il potere di direzione e coordinamento sulla controllata, arreca un pregiudizio al valore delle partecipazioni sociali di questa e alla loro redditività.

Individuare in simili ipotesi una responsabilità aquiliana in capo alla banca sembra però di difficile realizzazione, non avendo questa contribuito causalmente alla

³⁹ A riguardo ESPOSITO, *L'azione risarcitoria di "massa" per "abusiva concessione di credito"*, in *Fallimento*, 2005, sostiene la responsabilità della banca per l'aver concorso con la holding nella violazione degli obblighi di corretta amministrazione per aver finanziato un piano inattendibile.

⁴⁰ Così BENEDETTI, *La responsabilità ex art. 2497 c.c. della banca e le soluzioni negoziali delle crisi di impresa*, in *Rivista di Diritto Societario*, 2010.

⁴¹ In tal caso non potrà essere integrata la responsabilità per abusiva attività di direzione e coordinamento che piuttosto richiede una pluralità sistematica e costante di atti di indirizzo idonei ad incidere sulle scelte gestorie dell'impresa in crisi. Si potrà tuttavia realizzare un concorso di responsabilità, punibile ai sensi dell'art. 2497 co. 2 c.c. Così MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Rivista delle società*, 2010.

⁴² Così ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, Padova, 2006; LIBONATI, *Diritto commerciale, impresa e società*, Milano, 2005.

⁴³ Così BONFATTI, *op.cit.*, che a riguardo cita il caso Italgrani; INZITARI, *L'abusiva concessione del credito: pregiudizio per i creditori e per il patrimonio del destinatario del credito*, in *Società*, 2007; VISCUSI, *I profili di responsabilità della banca nella concessione del credito*, Milano, 2004.

⁴⁴ A riguardo BENEDETTI, *La responsabilità ex art. 2497 c.c. della banca e le soluzioni negoziali delle crisi di impresa*, in *Rivista di Diritto Societario*, 2010; MIOLA, *Le garanzie infragruppo*, Torino, 2003; NIUTTA, *Il finanziamento infragruppo*, Milano, 2000.

realizzazione del danno. L'art. 2497 co. 2 c.c., ultima parte, infatti non richiede detta contribuzione causale ai fini della tutela nei confronti della banca "approfittatrice"⁴⁵: la tutela in esame è volta ad eliminare gli effetti pregiudizievoli di operazioni infragruppo illegittime, generalmente antieconomiche e contrarie alla corretta gestione imprenditoriale, ripristinando quindi il patrimonio dell'impresa impoverita. Tale tipo di tutela può quindi inquadrarsi all'interno della fattispecie dell'arricchimento senza giusta causa di cui all'art. 2041 c.c., che prende in considerazione una responsabilità di tipo indennitario, non risarcitorio⁴⁶. Il limite di queste tre ipotesi starà nella difficoltà di dimostrare l'illiceità dell'attività tesa al salvataggio della controllata.

⁴⁵GUIZZI, *Partecipazioni qualificate e gruppi di società*, in *Diritto delle società di capitali. Manuale breve*, ABRIANI (a cura di), Milano, 2003.

⁴⁶ Così PANZANI, *L'azione di responsabilità ed il coinvolgimento del gruppo di imprese dopo la riforma*, in *Società*, 2002; DAL SOGLIO, *sub art. 2497 septies*, in *Il Nuovo diritto delle Società*, MAFFEI ALBERTI, Padova, 2005; CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Rivista delle società*, 2003; ANGELICI, *op. cit.*; GUIZZI, *op.cit.*