

INTRODUZIONE

Con la crisi dei gruppi bancari statunitensi, propagatasi in Europa a partire dal 2008, si è aperto il dibattito in merito all'opportunità di operare una rivoluzione "darwiniana" nell'ambito dei sistemi normativi sulla crisi d'impresa nel segno dell'abbandono della cultura dell'emergenza per far posto alla programmazione e prevenzione della situazione di *distress*. La scintilla innescatasi con riguardo ai gruppi bancari e ai conglomerati finanziari, caratterizzati per natura dalla forte pregnanza degli interessi pubblicistici legati alla stabilità finanziaria e alla tutela del credito, ha infatti accelerato il processo di armonizzazione della disciplina europea, sempre più incentrata sull'adozione di misure di preparazione e gestione della crisi allo scopo di evitare crisi sistemiche, potenzialmente a diffusione transnazionale. Il tema della prevenzione della crisi poi, stante la rilevanza del gruppo societario quale forma privilegiata della "grande impresa" e il rischio contagio che fisiologicamente discende dalla sua conformazione strutturale, ha superato i confini della disciplina speciale bancaria ponendo una serie di problemi di carattere generale. Tra questi è stata segnalata in particolare la mancanza di una disciplina della *governance* delle società in stato di crisi che, nell'ambito del più ampio tema della configurabilità di un vero e proprio "diritto societario della crisi", pone l'interrogativo circa la possibilità di enucleare dall'impianto codicistico uno statuto speciale dell'impresa in condizione di *stress* che prescindendo dalla forma organizzativa concretamente adottata. Sull'onda delle moderne tendenze degli ordinamenti continentali, manifestatesi da ultimo in

Italia con la riforma integrale del sistema concorsuale ad opera del Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza (d.lgs. 14/2019), e dell'influenza operata dalle elaborazioni di stampo economico-aziendalistico e della *soft law*, intente a valorizzare la conservazione dei valori aziendali e del *going concern* secondo una concezione oggettiva del paradigma della continuità aziendale, il diritto della crisi d'impresa negli ultimi anni ha progressivamente arretrato il proprio baricentro fino ad assumere i caratteri di un sistema «pre-concorsuale», in quanto tale fondato non soltanto su strumenti negoziali di soluzione della crisi, ma anche (e ancor prima) sull'imposizione di modelli organizzativi funzionali alla sua prevenzione. La tematica risulta ancor più complessa e stimolante nell'ambito del gruppo societario, tradizionalmente ignorato dall'ordinamento generale sotto il profilo definitorio e delle dinamiche operative “fisiologiche” che lo caratterizzano, ma di recente oggetto di un mutamento di approccio che, prendendo le mosse dalla sua rilevanza quale possibile (e fortemente diffusa) forma organizzativa dell'attività d'impresa, ha condotto ad una trasformazione qualitativa dell'attività di direzione e coordinamento: da fatto produttivo di effetti giuridici avversi diviene esercizio di un'attività d'impresa unitaria a livello consolidato, se pur nel rispetto del tradizionale dogma dell'autonomia giuridica delle entità che lo compongono. Valorizzando il gruppo in senso economico, anche alla luce dell'esigenza di gestione unitaria dell'impresa di gruppo che perdura anche in situazione di crisi, e andando oltre il mero coordinamento procedurale nell'ambito di una situazione di insolvenza conclamata, è dunque possibile attribuire all'attività di

direzione e coordinamento la valenza di strumento di «pianificazione e gestione della crisi», da considerarsi quale fase possibile (o probabile) del ciclo fisiologico della vita dell'impresa. Il diritto concorsuale è caratterizzato da una congerie di istituti posti a disposizione indistintamente dell'impresa insolvente o solo in crisi, e tale circostanza, come dimostrato dalla diffusa ritrosia degli amministratori a ricorrervi, non favorisce quell'accesso tempestivo che risulta indispensabile ai fini della conservazione della continuità aziendale. Emerge dunque la necessità di individuare regole di diritto societario di carattere cogente che favoriscano l'emersione tempestiva della crisi e consentano una gestione efficiente della stessa. L'introduzione da parte del legislatore del Codice della Crisi delle misure di allerta, espressione del più generale modello dell'*early warning*, è sicuramente apprezzabile, ma non risulta sufficiente a perseguire lo scopo illustrato se non è accompagnata dalla configurazione di un dovere di dotarsi, a partire dalla fase embrionale e organizzativa dell'impresa *in bonis*, di apposite misure di preparazione alla crisi che identifichino i canoni comportamentali da adottare nell'eventualità in cui si verifichi un evento avverso in grado di compromettere il *going concern* e determinare la disgregazione del compendio aziendale. Ciò evidentemente comporta una peculiare declinazione dei doveri e dei poteri degli amministratori della *holding* nell'ottica della previsione e prevenzione della crisi, quale attività di concretizzazione della clausola generale dei "principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale" che rappresenta la bussola dell'attività del *management* del gruppo societario. In questo contesto, il presente lavoro si propone di enucleare dal sistema normativo le

regole concrete indirizzate agli amministratori della capogruppo che rilevano ai fini della prevenzione della crisi dell'impresa di gruppo complessivamente considerata, valorizzando i principi contenuti nella disciplina generale nazionale e sovranazionale nonché, previa la necessaria opera di adattamento, nell'ambito delle discipline di settore. In particolare, nel primo capitolo si introdurrà l'oggetto dell'analisi mediante un inquadramento generale della disciplina in materia di gruppi di società e una rassegna dei principali contributi realizzati nell'ambito della *soft law* negli ultimi anni che hanno rinnovato l'attenzione degli addetti ai lavori sul tema in esame e stimolato i legislatori nazionali verso una presa di coscienza della rilevanza delle realtà di gruppo nel moderno contesto economico e sociale; si concluderà con una prima analisi delle novità introdotte con il processo di riforma dell'intero sistema concorsuale italiano attivato con la legge delega n. 155/2017 e culminato nell'adozione del Codice della Crisi e dell'Insolvenza che dedica al fenomeno dei gruppi una specifica disciplina e opera importanti modifiche al codice civile che mirano alla valorizzazione delle funzioni organizzative degli organi gestori nel solco delle due direttrici fondamentali dell'intera riforma: l'anticipazione e il governo della crisi d'impresa. Nel secondo capitolo verranno approfonditi i criteri dai quali desumere le regole di *governance* dei gruppi societari in un'ottica di "prevenzione" della situazione di *distress*, ricavabili dalla disciplina dell'attività di direzione e coordinamento esercitata dalla *holding*. Si procederà attraverso un tentativo di determinazione dei contenuti concreti del canone generale di correttezza gestionale sancito dall'art. 2497 c.c., valorizzando l'interdipendenza tra le entità del gruppo e l'interesse

imprenditoriale dell'impresa unitaria nel suo rapporto con gli interessi atomistici delle singole società appartenenti al gruppo, nonché riconsiderando lo spazio operativo della capogruppo alla luce della teoria dei vantaggi compensativi.

Sulla scorta delle argomentazioni superiori, nel terzo capitolo si individueranno i doveri specifici gravanti in capo agli amministratori della *holding* nell'ottica della conservazione del patrimonio sociale a garanzia dei creditori, evidenziando la portata decisiva assunta dalla funzione organizzativa anche a seguito dell'entrata in vigore del nuovo art. 2086, comma 2, c.c. Prendendo spunto dalla disciplina speciale in materia bancaria di matrice europea ci si soffermerà sulla necessità di misure di preparazione alla crisi a livello consolidato che, prendendo le mosse da una prognosi futura su tutti gli scenari ipoteticamente realizzabili, prevedano meccanismi di reazione proporzionali alla gravità e all'estensione dell'evento patologico, nonché sulla configurabilità di un vero e proprio dovere della società *in bonis* di intervenire in soccorso della società in crisi appartenente al medesimo gruppo attraverso forme di sostegno più o meno invasive, fino a configurare una prerogativa della capogruppo rispetto alla liquidazione della controllata insolvente. In conclusione, nel capitolo quattro l'analisi riguarderà alcuni degli strumenti messi a disposizione dall'ordinamento che possono consentire agli organi gestori di prevenire e gestire adeguatamente la crisi, tenendo conto anche delle innovazioni apportate dai più recenti interventi normativi che si collocano in controtendenza rispetto agli approdi della giurisprudenza maggioritaria.

1 CAPITOLO 1 - LE FONTI NORMATIVE SUI GRUPPI DI SOCIETA' E IL CONTRIBUTO DELLA SOFT LAW

1.1. I gruppi di società nel diritto societario: ricognizione generale della disciplina

I gruppi di società rappresentano la “forma di organizzazione più evoluta”¹ dell’impresa di medio-grandi dimensioni.

Al fine di delineare al meglio i concetti e i problemi relativi al fenomeno dei gruppi occorre sin da subito adottare un duplice punto di vista, del giurista e dell’economista. Questa impostazione di fondo conduce alla tradizionale percezione del gruppo come un’impresa economicamente unitaria, ma giuridicamente dissolta in una pluralità di soggetti formalmente autonomi e distinti, sebbene funzionalmente collegati.² Nondimeno a seguito della nota sentenza “Caltagirone” della Corte di Cassazione³ è stata accolta l’idea che il gruppo possa essere considerato anche giuridicamente quale impresa unitaria e articolata, le cui fasi sono assegnate alle varie società che la compongono sulla base di un modello “accentrato” di aggregazione,

¹ U. TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 1; oltre che evoluta, i dati economici consentono di parlare anche di forma organizzativa particolarmente diffusa: attualmente in Italia operano oltre 120.000 gruppi societari, per un totale di circa 330.000 imprese (dati Cerved)

² G.F. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale, 2. Diritto delle società*, Torino, UTET, 2018, Nona edizione, 283 ss.; G. FERRI, *Diritto Commerciale*, Torino, UTET, 2001, p. 532

³ Cass. Civ., 26 febbraio 1990, n. 1439, v. nota di GALGANO F., in *Contr. e Impr.*, 1990; nota di JORIO A., in *Riv. dir. Impr.*, 1991, 316; nota di LIBONATI B., in *Riv. dir. comm.*, 1991, II, 515, nota di RONDINONE N., *Giur. Comm.*, 1991, II, 366; FARINA F., “*Società holding, holding personale ed attività d’impresa*”, *Giustizia Civile*, 1990, I; SANTARSIERE V., “*Verso un assetto giuridico della holding*”, *Giustizia Civile*, 1990, I;

ancora una volta di matrice aziendale.⁴ Ma anche aderendo a quest'ultima ricostruzione, sopravvive il tradizionale binomio unità d'impresa – pluralità di soggetti. Ad oggi sono state teorizzate e si sono diffuse diverse tipologie di gruppo, e tale eterogeneità è un fattore che complica ulteriormente l'individuazione di una nozione unitaria e onnicomprensiva del fenomeno⁵. Gli studiosi delle scienze aziendalistiche, nel tentativo di pervenire ad una definizione unitaria di “gruppo aziendale”, hanno constatato la indefettibile necessità di ricorrere al dato giuridico. Infatti, definendo il “gruppo economico” come qualsiasi forma di compresenza di un soggetto economico dominante e di una pluralità di aziende a questo subordinate, e prescindendo totalmente dalla considerazione della loro soggettività giuridica, l'assunto perde di significato dal momento che le aziende vengono private di autonoma rilevanza divenendo parti di un'unica impresa in forma societaria. Inoltre, la struttura organizzativa del gruppo comporta fisiologicamente la contrapposizione, almeno in parte, tra gli interessi collettivi, individuati dal c.d. *interesse di gruppo*, e quelli delle singole entità che lo compongono. Da tale contrapposizione deriva, da un lato, la necessità di un intervento normativo volto a stabilire i limiti al sacrificio dell'interesse

⁴M. BERGAMASCHI, *I gruppi aziendali dinamiche strategiche e strutture organizzative*, CEDAM, 2011, p. 59

⁵ Si parla di gruppo gerarchico a «forma U» per indicare quello che opera come una piramide e si caratterizza per il controllo totalitario della *holding* sulle controllate, con una forte centralizzazione del management; di gruppo a «forma H» per indicare quello basato sul monitoraggio e la direzione da parte della holding che prescinde dal controllo totalitario delle partecipazioni delle società controllate; di gruppo a «forma M» con riferimento a quello che opera attraverso il controllo totalitario delle partecipazioni, ma con attribuzione di autonomia decisionale da parte delle controllate. Sul tema v. A. DÄHNERT, *The Threat of Corporate Group and the Insolvency Connection*, in *Int. Insolv. Rev.*, 2009, p. 211; per una diversa classificazione v. M. BERGAMASCHI, *I gruppi aziendali. Dinamiche strategiche e strutture organizzative, cit.*, p. 127 ss.

individuale in ragione della politica economica unitaria, dall'altro e specularmente, l'esigenza di garantire adeguata tutela ai soci di minoranza e ai creditori delle società controllate in modo da impedire che vengano pregiudicati dall'attività della holding. Di tali bisogni normativi si è fatto carico anche il diritto societario, seppur in modo disarticolato. Il codice civile italiano non fornisce una nozione unitaria e organica di gruppo di società, né dedica al fenomeno una disciplina generale ed unitaria. Fino alla riforma del diritto societario del 2003, il diritto comune ha di fatto ignorato la realtà economica dei gruppi, tenendo in considerazione esclusivamente il rapporto di «controllo» tra più società. Prendendo atto della portata fenomenica di tale modello organizzativo, ormai connotativo dell'impresa di medio-grandi dimensioni, il legislatore del 2003, nell'ambito di un disegno di riforma organica del diritto societario realizzato con il D.lgs. 17 gennaio 2003, n.6, ha preso in considerazione il fenomeno. Invero il legislatore delegato si è astenuto dal disciplinare espressamente i «gruppi di società», ma vi si è riferito introducendo la disciplina dell'attività di «direzione e coordinamento di società», contenuta nel Capo IX, Titolo V, Libro V del codice civile, agli artt. 2497 ss.

La Relazione illustrativa al d.lgs. citato ha motivato tale scelta osservando che *“qualunque nuova nozione si sarebbe dimostrata inadeguata all'incessante evoluzione della realtà sociale, economica e giuridica”*. Attraverso questa disciplina il nostro ordinamento ha sposato un approccio in controtendenza rispetto all'esperienza di altri ordinamenti continentali, ai quali pure è sembrato ispirarsi⁶. Il

⁶ U. TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, Giuffrè, 7 ss., Secondo l'A. la distinzione presente nella legislazione tedesca ha rappresentato un punto di riferimento per il nostro legislatore, nonostante la scelta di regolare diversamente il fenomeno del gruppo.

riferimento in particolare è all'ordinamento tedesco che per la prima volta con l'*Aktiengesetz* del 1965, par. 18, ha approntato una disciplina compiuta in materia, incentrata sulla dicotomia tra gruppi contrattuali e gruppi di fatto⁷ e caratterizzata da una certa analiticità e rigidità. L'idea di fondo alla base di questa disciplina è che la società controllata possa essere tenuta, in forza di un contratto, all'esecuzione di direttive anche pregiudizievoli volte al perseguimento dell'interesse della capogruppo e che spetti dunque al regolamento contrattuale la previsione di adeguate misure di protezione degli interessi "terzi" coinvolti. In mancanza di un simile contratto, l'esercizio di influenza dominante su un'altra società incontra come limite invalicabile il divieto di cagionare a quest'ultima un pregiudizio non compensato da un vantaggio equivalente⁸. La stessa normativa tedesca fonda preliminarmente il concetto di gruppo sulla direzione unitaria esercitata da un'impresa dominante su una o più società controllate, introducendo una presunzione di direzione e coordinamento in presenza di un tale rapporto tra due società. Anche il codice civile italiano riformato pone l'accento sul concetto di "direzione unitaria", ritenuto pacificamente criterio fondamentale ai fini dell'identificazione del gruppo di società ed elemento discretivo dello stesso rispetto alle altre forme di aggregazione di imprese. Per comprendere a pieno i tratti innovativi della disciplina introdotta nel 2003 occorre preliminarmente interrogarsi sul rapporto tra controllo e direzione unitaria. La nozione di «controllo» fa leva sull'art. 2359 c.c.,

⁷ G. SCOGNAMIGLIO, "Clausole generali", *Principi di diritto e Disciplina dei Gruppi di società*, in *Rivista di diritto privato*, 2011, 4, 517 ss.

⁸ A. DI MAJO, *I gruppi di società. Responsabilità e profili concorsuali*, Milano, Giuffrè, 2012, 161 ss. con ampi riferimenti ai principali ordinamenti stranieri, in particolare a quello tedesco, francese e della Gran Bretagna.

già presente nella versione originaria del codice del 1942, che individua tre forme tipiche di manifestazione: in primo luogo allude al c.d. «controllo interno di diritto», caratterizzato dalla titolarità da parte della società controllante della maggioranza dei voti in assemblea ordinaria della società controllata; in secondo luogo si occupa del c.d. «controllo interno di fatto», caratterizzato dalla titolarità da parte della controllante di una partecipazione minoritaria, ma tale da esercitare un'influenza dominante sulla società controllata; in terzo ed ultimo luogo annovera il c.d. «controllo contrattuale o esterno», che prescinde dalla partecipazione azionaria e si fonda su un rapporto contrattuale che pone la società satellite in posizione subordinata rispetto alla controllante.⁹

Prima della riforma del diritto societario era prevalente nella dottrina aziendalistica la posizione tesa ad equiparare i due fenomeni in questione, ricollegando al controllo una presunzione di influenza dominante e quindi ritenendolo di per sé necessario e sufficiente per l'esercizio della direzione unitaria.¹⁰ Alla luce della novella del 2003, l'analisi si concentra sul significato della locuzione «direzione e coordinamento», che evoca certamente il controllo, ma non si esaurisce in esso¹¹. Tale circostanza si desume, altresì, dall'art. 2497-

⁹ F. GALGANO, *I gruppi di società*, Torino, UTET, 2001, p. 25-26. Sul punto si è a lungo dibattuto sulla validità del contratto di dominio (*Beherrschungsvertrag*) alla luce dei principi dell'ordinamento societario italiano. Anche in considerazione dell'art. 2497-sexies c.c. pare potersi condividere l'opinione che propende per la legittimità delle manifestazioni di autonomia privata (contratti di coordinamento gerarchici, regolamenti di gruppo) volti a costituire o disciplinare il gruppo, v. U. TOMBARI, *Poteri e doveri dell'organo amministrativo di una s.p.a. "di gruppo" tra disciplina legale e autonomia privata (appunti in tema di Corporate Governance e gruppi di società)*, Rivista delle Società, 2009, 1, p. 122 ss.

¹⁰ M. BERGAMASCHI, *I gruppi aziendali dinamiche strategiche e strutture organizzative*, CEDAM, 2011, p. 50

¹¹ Sul punto v. NOTARI M., *Sub art. 2359*, in *Azioni: art. 2346-2362 c.c.*, Commentario alla riforma delle società, diretto da Marchetti, Bianchi, Ghezzi e Notari, Milano, Egea-

sexies c.c. che contiene una presunzione *iuris tantum* di attività di direzione e coordinamento esercitata dalla società tenuta al consolidamento dei conti di altra società o che la controlla ai sensi dell'art. 2359 analizzato. Tuttavia, tale presunzione è di carattere relativo e dunque ammette per natura prova contraria: ne deriva che può esserci controllo senza l'esercizio in concreto dell'attività di direzione e coordinamento. Per precisare dunque, se il controllo consiste nel potere di determinare la volontà della società controllata, la direzione unitaria determina un collegamento tra le società coinvolte funzionale all'unitarietà dell'azione e dell'interesse perseguito sul piano economico, senza però giungere ad una riduzione ad unità su quello giuridico¹². Essa consiste in una pluralità sistematica e costante di atti di indirizzo, impartiti dalla holding alle società controllate, idonei a incidere sulle scelte gestorie dell'impresa, intendendosi come tali quelle di carattere finanziario, industriale e commerciale¹³. Sebbene il connotato reale dell'endiadi «direzione e coordinamento» sia rappresentato dal concetto di «direzione unitaria», i termini che la compongono operano in diverse direzioni: il concetto di direzione in senso verticale, quello di coordinamento in senso orizzontale.

Giuffrè, 2008, p. 723 ss., sopr. 725, l'A. osserva che si ha esercizio del controllo anche senza esercizio dell'attività di direzione e coordinamento ogniqualvolta la capogruppo si limiti ad esercitare le prerogative derivanti dalla titolarità della partecipazione di maggioranza, senza impartire direttive all'organo amministrativo della controllata; nello stesso senso LAMANDINI M., *sub artt. 2359-2359 quinquies*, in Niccolini e A. Stagno D'Alcontres, *Società di capitali*, Commentario, Napoli, 2004, p. 400

¹² Trib. Palermo 15 giugno 2011, n. 3184, in *Foro.it*, ritiene che l'attività di direzione e coordinamento costituisca un *quid pluris* rispetto al mero controllo, in quanto espressione di un potere di ingerenza più intenso, caratterizzato da un flusso costante di istruzioni impartite dalla società controllante che trovano corrispondenza nelle decisioni assunte dagli organi della controllata.

¹³ P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, *Rivista delle società*, 2007, 2-3, p. 321

Concentrando l'attenzione sulla disciplina codicistica, emerge la scelta del legislatore di regolare l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento indirettamente, attraverso la previsione della responsabilità (definita dalla relazione illustrativa di tipo extracontrattuale)¹⁴ della società capogruppo per l'ipotesi di un suo esercizio abusivo (art. 2497 comma 1 c.c.) e, in concorso, di chiunque abbia preso parte e ne abbia consapevolmente tratto vantaggio (art. 2497 comma 2 c.c.), nonché di un sistema di pubblicità specifico per le società appartenenti al gruppo (art. 2497-bis c.c.) ispirato al principio di trasparenza, posto al centro dell'intervento di riforma dalla legge delega. Risponde a questo principio generale anche l'obbligo previsto in capo agli amministratori della società eterodiretta di analitica motivazione delle decisioni influenzate dall'attività di direzione e coordinamento, dando conto delle ragioni e degli interessi (della holding o del gruppo) che hanno inciso sulle stesse (art. 2497-ter c.c.). Possono individuarsi due *rationes* principali (e connesse) dell'intervento riformatore: in primo luogo, legittimare la politica di gruppo valorizzando l'attività e non l'atto, entro il limite del rispetto dei vantaggi compensativi di cui al primo comma, ultima parte dell'art. 2497 c.c.; in secondo luogo, la volontà di introdurre forme di tutela nei confronti dei soci di minoranza e dei creditori della società eterodiretta con finalità deterrente e sanzionatoria dell'eventuale pregiudizio da questi patito in ragione dell'attività abusiva della capogruppo¹⁵. Quest'ultimo obiettivo risulta sotteso alla disciplina

¹⁴ In realtà la natura della responsabilità derivante da esercizio abusivo dell'attività di direzione e coordinamento è ancora dibattuta, sul punto si veda CONFALONIERI, *Art. 2497 Responsabilità*, Il nuovo diritto societario, Commentario diretto da COTTINO e altri, Bologna, Zanichelli, 2009, p. 2175 ss.

¹⁵ U. TOMBARI, *Il "Diritto dei Gruppi": primi bilanci e prospettive per il legislatore*

delle ipotesi di recesso per il socio della società eterodiretta (art. 2497-
quater c.c.) e dei finanziamenti nell'attività di direzione e
coordinamento (art. 2497-quinques c.c.). Tuttavia, l'analisi del diritto
societario dei gruppi non può esaurirsi con riguardo all'apposito Capo
del codice appena considerato, ma è opportuno tenere in debita
considerazione ulteriori disposizioni introdotte nel Capo V sulla
«Società per azioni» relative all'ipotesi in cui la società faccia parte di
un gruppo. Il riferimento è in particolare a: a) l'art. 2381, quinto
comma, c.c. che sancisce l'obbligo degli organi delegati di riferire al
consiglio di amministrazione e al collegio sindacale sulle operazioni
di maggior rilievo effettuate dalla società o dalle sue controllate; b)
l'art. 2403-bis c.c. che attribuisce al collegio sindacale il potere di
richiedere agli amministratori notizie sull'andamento delle operazioni
sociali o su determinati affari con riferimento anche alle società
controllate; c) l'art. 2409, primo e ultimo comma, c.c. che disciplinano
la denuncia al tribunale da parte dell'organo di controllo in caso di
gravi irregolarità degli amministratori della società controllante
potenzialmente dannose non soltanto per la stessa società, ma anche
per una o più società controllate; d) l'art. 2391-bis c.c. che disciplina
le operazioni con parti correlate¹⁶. Come evidenziato dalla dottrina
dunque, è possibile affermare che il diritto societario italiano oggi
contempra un vero e proprio «statuto organizzativo delle c.d. società di
gruppo» che delinea poteri e doveri degli organi di amministrazione e

comunitario, in *Rivista del diritto commerciale*, 2015, 1, p. 80 il quale sostiene che nel
perseguire la prima finalità indicata il diritto italiano si pone come esempio di “Enabling
Law”, ossia diritto che favorisce una certa sistemazione/organizzazione di interessi che
altrimenti risultava essere non realizzabile.

¹⁶ Sul punto v. N. MICHIELI, *La gestione del conflitto d'interessi nelle operazioni con
parti correlate*, Milano, Giuffrè, 2016

controllo delle società coinvolte¹⁷. Inoltre, dalla disciplina indicata, è possibile desumere il riconoscimento implicito della legittimità dell'attività di «direzione e coordinamento». È stata proposta, infatti, una duplice lettura dell'art. 2497 c.c. sulla responsabilità della società capogruppo: prima ancora che nell'ottica della tutela dei soci di minoranza e dei creditori delle società eterodirette, la norma si pone come regola in positivo per l'esercizio della direzione unitaria imponendo alla holding il rispetto dei «principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale»¹⁸. Tale riconoscimento si traduce nella qualificazione del potere della holding in termini non di mero potere di fatto, ma di un vero e proprio potere giuridico in grado di incidere sull'organizzazione, le modalità di esercizio e le responsabilità relative alla gestione delle società soggette a direzione e coordinamento¹⁹. Si è parlato di un potere di “alta amministrazione” della società capogruppo e di un rilevante valore organizzativo della disciplina codicistica, riconoscendo all'art. 2497 c.c. una chiara funzione di «privilegio», in quanto consente alla *holding* di impartire alle società dipendenti anche direttive *prima facie* “pregiudizievoli”, a

¹⁷ U. TOMBARI, *Poteri e doveri dell'organo amministrativo di una s.p.a. «di gruppo» tra disciplina legale e autonomia privata (Appunti in tema di Corporate Governance e gruppi di società)*, in *Rivista delle società*, 2009, 1, p. 124 ss.; a favore G. SCOGNAMIGLIO, *Poteri e doveri degli amministratori nei gruppi di società dopo la riforma del 2003*, in *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 200 s.

¹⁸ Quest'ultima prospettiva trova una solida conferma nella Relazione illustrativa del D.lgs. 6/2003 e nella Circolare n. 44, 2006, Assonime, in www.assonime.it

¹⁹ v. G. SCOGNAMIGLIO, *Poteri e doveri degli amministratori nei gruppi di società dopo la riforma del 2003*, in G. Scognamiglio (a cura di), *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, Milano, 2003, pp. 195 ss.; A. VALZER, *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, in *Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 3, Torino, 2007, p. 866

condizione che gli interessi patrimoniali di queste ultime siano tutelati attraverso il meccanismo dei vantaggi compensativi²⁰.

Dal lato della società controllata, tale funzione di privilegio corrisponde alla «sottoposizione della propria volontà ad una volontà esterna», appunto della capogruppo, che attribuisce agli amministratori di tale società una funzione c.d. “di filtro” delle direttive ricevute dall’organo gestorio della capogruppo rispetto agli interessi della società che gestiscono e del gruppo nel suo complesso. Ne deriva che gli amministratori di una società «diretta e coordinata» sono privi del potere di alta amministrazione (ossia di definire le linee strategiche della propria società), devono collaborare con la capogruppo ed eseguire le direttive di quest’ultima, purché risultino legittime, ossia non in contrasto con i principi di “corretta gestione societaria e imprenditoriale”, letti alla luce della teoria dei vantaggi compensativi codificata all’art. 2497, primo comma, ultimo periodo, c.c. Laddove quest’ultima condizione non risulti integrata gli amministratori sono tenuti a porre in essere forme di legittima “disobbedienza” funzionali all’attivazione della clausola di esonero da responsabilità, nel rispetto del generale dovere di diligenza nella gestione della società. Una dottrina è andata ulteriormente oltre, suggerendo di utilizzare categorie giuridiche alternative rispetto a quelle tradizionali di “potere” e “fatto” per una più adeguata comprensione della realtà e della disciplina del fenomeno.

²⁰ U. TOMBARI, *Poteri e doveri dell’organo amministrativo di una s.p.a. «di gruppo» tra disciplina legale e autonomia privata (Appunti in tema di Corporate Governance e gruppi di società)*, cit., 126, il quale fa riferimento al diritto azionario tedesco (*Aktiengesetz*) e alla *Privilegierungsfunktion* dei §§ 311 ss. evidenziando la differenza con il nostro ordinamento che, a differenza di quello tedesco, non richiede una compensazione “ragioneristica” del danno

È stato pertanto affermato che il gruppo debba essere studiato prescindendo dai profili di “fattualità”, e quindi dalla categoria del “fatto”, e concentrando l’attenzione sulla sua natura di “nuova forma di organizzazione dell’impresa”²¹, che incide sulla ripartizione delle competenze tra gli organi delle società del gruppo e pone il problema centrale del “governo”.

Il diritto societario non prende in diretta considerazione il problema della crisi di una o più società del gruppo, ma, come meglio sarà evidenziato nei capitoli seguenti, il rispetto dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale nell’esercizio dell’attività di direzione e coordinamento impone alla società capogruppo di individuare un punto di equilibrio tra l’interesse del gruppo e gli interessi delle singole società che vi partecipano, a tutela del patrimonio, della redditività e dell’equilibrio finanziario delle stesse²².

²¹ U. TOMBARI, *Il “Diritto dei Gruppi”*: primi bilanci e prospettive per il legislatore comunitario, cit., p. 82 ss

²² E. RICCIARDIELLO, *Gli strumenti di prevenzione della crisi dei gruppi tra principi generali e discipline speciali*, in Banca Impresa Società, 2018, 2, p. 369

1.2. L'evoluzione dell'ordinamento italiano nella disciplina dei gruppi insolventi

In virtù delle peculiari caratteristiche e dell'eterogeneità delle situazioni suscumbibili nell'ambito delle relazioni di gruppo, può considerarsi oggi come dato acquisito, ancora una volta dalle scienze aziendali prima ancora che da quelle giuridiche, la necessità di disciplinare il gruppo e strutturare il concreto funzionamento dei rapporti infragruppo partendo dal superamento della tradizionale visione puramente atomistica dell'attività imprenditoriale che caratterizza da sempre l'impianto della legge fallimentare (r.d. 16 marzo 1942, n. 267). In questi termini si è reso necessario un ripensamento dei concetti di crisi e insolvenza in relazione all'impresa di gruppo, che tenga in debita considerazione, come si dirà meglio oltre, il potenziale "effetto domino" generato dalle forti interrelazioni esistenti tra le entità che la compongono²³. Assumendo come premessa che «in un gruppo i programmi operativi non avvengono a livello di singole imprese, ma in una prospettiva globale», già la dottrina, anticipando le recenti tendenze ad affermare la visione imprenditoriale del gruppo come aggregazione diretta e coordinata, aveva tratto il naturale corollario per cui «è logico dunque che anche in sede di riorganizzazione il discorso debba essere articolato nella stessa prospettiva globale».²⁴

Tali istanze costituiscono probabilmente il fondamento dell'introduzione nel nostro ordinamento, ad opera della c.d. legge

²³ Tra i primi a segnalare l'esigenza di una visione unitaria del fenomeno B. LIBONATI, *Il gruppo insolvente*, Firenze, Nardini Editore, 1981

²⁴ Così B. LIBONATI, op. cit.