

CAPITOLO III

LE AZIONI DI RESPONSABILITÀ E LA DENUNCIA AL TRIBUNALE

SOMMARIO: ■ **1.** Le responsabilità da direzione e coordinamento: le iniziative esperibili e l'azione "diretta" della società controllata ■ **2.** La natura della responsabilità della *holding* ■ **3.** Gli addebiti oggetto di possibile contestazione ■ **4.** Le responsabilità omissive ■ **5.** L'illecita prosecuzione dell'attività caratteristica e il criterio dei c.d. "netti patrimoniali" ■ **6.** I possibili profili di responsabilità conseguenti alla presentazione di una domanda di concordato inattuabile ■ **7.** Responsabilità della capogruppo ed esimenti: cenni alla teoria dei "vantaggi compensativi" ■ **8.** La responsabilità della capogruppo nei confronti dei creditori e dei soci ■ **9.** Il regime della prescrizione ■ **10.** I profili processuali.

■ **1. Le responsabilità da direzione e coordinamento: le iniziative esperibili e l'azione "diretta" della società controllata**

Secondo il disposto dell'art. 291, il curatore, sia nel caso di apertura di procedura unitaria, sia in quello contemplante una pluralità di procedure formalmente distinte, è altresì legittimato ad esercitare le azioni previste dall'art. 2497 c.c.

Alla luce del richiamo al plurale “azioni di responsabilità”, deve ritenersi che il curatore – in verità in modo non dissimile da quanto si riteneva in passato – sia legittimato ad esperire **tutte le iniziative direttamente o indirettamente originate dall’art. 2497 c.c.**, compresa quella – come si avrà modo di precisare nel prosieguo – direttamente esperibile dalla società eterodiretta.

Depone in questo senso anche la relazione illustrativa: “l’attribuzione al curatore della legittimazione all’esercizio di *tutte le azioni di responsabilità* contemplate dall’art. 2497 c.c., sia nel caso di apertura di una procedura unitaria che nel caso di apertura di una pluralità di procedure, e l’attribuzione del potere di denuncia di cui all’art. 2409 del medesimo codice (nei confronti di amministratori e sindaci delle società del gruppo non assoggettate alla procedura di liquidazione giudiziale) costituiscono attuazione dei criteri di delega di cui all’articolo 3, comma 3, lettera c), n. 2) e 3), della legge n. 155 del 2017”.

Il generico riferimento normativo al termine “azioni” dovrà comunque essere opportunamente calibrato in relazione all’iniziativa da intraprendere nel caso concreto, posto che – quantomeno in astratto – potrebbero essere proposte:

- a) l’azione *ex art. 2497*, comma 1, c.c. nei confronti della *holding*, esperibile dalla liquidazione giudiziale della società eterodiretta al fine di azionare un danno autonomamente riconducibile a quest’ultima;
- b) l’azione *ex art. 2497*, commi 1 e 4, c.c. nei confronti della *holding*, esperibile dalla liquidazione giudiziale della società eterodiretta in rappresentanza dei relativi creditori, al fine di azionare una “lesione cagionata al patrimonio della società” e, di riflesso, alle ragioni della massa;
- c) l’azione *ex art. 2497*, comma 1, c.c. nei confronti degli amministratori, dei sindaci o di terzi *ex art. 2497*, comma 2, c.c., per avere preso parte al fatto lesivo (e, nei limiti del vantaggio conseguito, di chi ne abbia tratto beneficio).

d) l'azione *ex art.* 2497, comma 1, c.c. nei confronti della *holding*, esperibile dalla liquidazione giudiziale della società che sia anche socia di un ente sottoposto alla direzione e coordinamento altrui, al fine di azionare il danno arrecato alla redditività e al valore della partecipazione.

Alla luce della precisazione contenuta nell'art. 255 c.c.ri.¹, deve prendersi atto della volontà del legislatore di prediligere la soluzione proposta da una parte della giurisprudenza, secondo cui, in contrasto con l'interpretazione sino ad oggi prevalente², le azioni di responsabilità nell'interesse della società e dei creditori possono essere esercitate dal curatore anche separatamente, non perdendo **la rispettiva identità giuridica** e rimanendo tra loro distinte sia nei presupposti (di fatto e diritto), che nella disciplina applicabile.

Ne consegue che, anche in materia di azioni *intercompany*, la scelta dell'una o dell'altra iniziativa non è affatto scevra da conseguenze (anche assai penalizzanti), incidendo sulla distribuzione dell'onere della prova, sulle modalità di determinazione dei danni risarcibili, sul regime di decorrenza del termine di prescrizione e finanche, come si avrà modo di precisare nel prosieguo, sulla competenza.

In quest'ottica, l'esperimento in via diretta dell'azione spettante alla società in luogo di quella di appannaggio dei creditori potrebbe risultare più vantaggiosa, in considerazione della

¹ Secondo cui le azioni di responsabilità potranno essere promosse o proseguite dal curatore “anche separatamente”.

² Nella più recente giurisprudenza di legittimità, v. Cass., 8 novembre 2018, n. 28533, in *IlCaso.it* l'azione *ex art.* 146 l. fall. ha “*contenuto unitario ed inscindibile [...], quale strumento di reintegrazione del patrimonio sociale previsto a garanzia sia dei soci che dei creditori sociali, nel quale confluiscono, con connotati di autonomia e con la modifica della legittimazione attiva, sia l'azione prevista dall'art. 2393 c.c., che quella di cui all'art. 2394 c.c.*”.

natura contrattuale che, secondo l'opinione in via di progressivo consolidamento, caratterizza la prima iniziativa rispetto alla seconda.

Naturalmente, l'esercizio di un'azione siffatta presuppone la positiva soluzione in merito alla nota questione relativa alla sussistenza (o meno) della **legittimazione all'azione di responsabilità** da parte della società eterodiretta (e, per essa, della relativa liquidazione giudiziale).

L'interrogativo nasce – com'è noto – dal tenore letterale dell'art. 2497 c.c., che si sofferma espressamente soltanto sulla responsabilità della capogruppo nei confronti dei soci della controllata (per il pregiudizio arrecato alla redditività e al valore della loro partecipazione) e dei suoi creditori, ove le relative pretese siano state lese dal nocumento arrecato al patrimonio dell'ente assoggettato a direzione e coordinamento.

Dinanzi al silenzio serbato dalla disposizione di legge in merito posizione della società eterodiretta, una parte della dottrina ha ritenuto di doverne negare la legittimazione all'esperimento dell'azione contro la *holding*, sul presupposto che essa sarebbe di esclusivo appannaggio dei soci e dei creditori sociali, vale a dire le due categorie di soggetti espressamente menzionati dall'art. 2497 c.c.³

Questa ricostruzione sarebbe altresì suffragata dal tenore dei lavori preparatori della riforma “organica” del diritto societario e, in particolare, dalla circostanza che il legislatore, dopo avere inserito nella versione originaria dell'art. 2497 c.c. la società eterodiretta nel novero dei soggetti legittimati all'esperimento

³ In questo senso, v., in luogo di altri, OPPO, *Le grandi opzioni della riforma e la società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 471 ss.; ROSSI, *Responsabilità e organizzazione dell'esercizio dell'impresa di gruppo*, in *Riv. dir. comm.*, 2007, 613 ss.; ABBADESSA, *La responsabilità della società capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, 279 ss.