

CORTE DI CASSAZIONE; sezione I civile; sentenza, 05-12-1998, n. 12325
CORTE DI CASSAZIONE; sezione I civile; sentenza, 26-08-1998, n. 8472

* * *

L'interesse di gruppo nella recente giurisprudenza: «cause suffisante» e «cause raisonnaable» dei rapporti intragruppo.

1. - *La problematica.* Il tema affrontato dalle sentenze in epigrafe, le garanzie intragruppo, è certamente uno dei più delicati tra quelli posti dal gruppo di società perché interseca tutti gli altri, dalla direzione unitaria, dal trasferimento di risorse all'interno del gruppo, alla legittimazione ai relativi negozi, alla loro compatibilità con l'oggetto sociale delle singole componenti, alla loro compatibilità con le norme sul capitale sociale, al conflitto di interessi di soci ed amministratori, alla tutela dei creditori e dei soci «esterni», fino alla rilevanza giuridica dell'interesse di gruppo ed alla stessa ammissibilità del gruppo di società nell'ordinamento italiano (1). Quest'ultimo non detta una disciplina organica in materia, limitandosi, piuttosto, a prevedere una serie di normazioni settoriali volte a tutelare esigenze ed interessi posti in pericolo da una situazione di controllo tra società, con conseguente moltiplicazione delle nozioni di controllo a seconda delle fattispecie di volta in volta ritenute rilevanti (2). Ciò, in parole brutali, significa che tra le esigenze e gli interessi presi in considerazione dal legislatore, non vi sono quelli connessi al fluire di risorse da una società del gruppo all'altra.

La decisione di non intervenire in tal senso sul gruppo di società – che nel 1942 si sarebbe ispirata, secondo un'autorevole opinione (3), ad una precisa opzione in senso liberista – è stata recentemente confermata, malgrado l'apertura contenuta nell'art. 21, 4° comma, l. 6 febbraio 1996 n. 52, con il d.leg. 24 febbraio 1998 n. 58, dove il controllo societario, nella struttura descritta dall'art. 93, assume rilevanza al fine di estendere l'ambito di applicazione delle norme di correttezza nella sollecitazione all'investimento; al fine di attribuire alla controllante il potere-dovere di informare il pubblico dei fatti idonei ad influenzare sensibilmente il prezzo degli strumenti finanziari emessi dalle controllate, con connesso potere-dovere di emanare «disposizioni» a queste ultime perché le rendano noti tali fatti inerenti alla loro gestione (4); al fine dell'applicazione degli oneri di pubblicità dei patti parasociali. Obblighi di comunicazione sono, poi, previsti per le partecipazioni rilevanti. Tutte norme di rilievo, che confermano il definitivo tramonto vuoi del riferimento ai gruppi come fenomeni dalla rilevanza solo economica, vuoi di un approccio legislativo in ampia misura sanzionatorio, repressivo, ma che lasciano tuttora nel limbo del giuridicamente indefinito i pur centrali aspetti sopra indicati (5), rendendo sicuramente problematica qualsiasi proposta di disciplina (6).

Questa scelta di politica del diritto in tema di gruppi è equivalsa ad affidare «allo *ius dicere* dei tribunali la funzione di individuarne una regolamentazione nell'ambito dei principî di diritto comune» (7). Inevitabile conseguenza di ciò è stata la particolare sensibilità della dottrina nei confronti della giurisprudenza, manifestatasi attraverso fitti dialoghi (8), talora sfociati in severi richiami (9), più spesso nell'ambizione di collegare alle sentenze le proposte *de iure condendo* di volta in volta formulate in materia di gruppi (10).

Di qui l'interesse per un riesame delle decisioni più importanti emesse in tema di garanzie intragruppo, volto ad individuare i reali interessi privilegiati in rapporto alle singole vicende concrete, separando, così, le *rationes decidendi* dagli *obiter dicta* (peraltro, da non sottovalutare, perché, come si è osservato in dottrina, destinati a preparare future *rationes*

decidendi) onde conseguire un triplice risultato: mettere a fuoco i principi fin qui elaborati dalla giurisprudenza, apprezzare adeguatamente le sentenze in epigrafe e verificare, infine, l'effettiva aderenza delle accennate proposte *de iure condendo* ai recenti orientamenti giurisprudenziali.

2. - *I precedenti*. I. - Il problema della prestazione di fideiussioni da parte di società nell'interesse di altre società si è proposto negli anni cinquanta (11), in particolare con Cass. 25 ottobre 1958, n. 3471, e 20 giugno 1958, n. 2148, *Foro it.*, 1959, I, 1150, con le quali sono state annullate, per conflitto di interessi degli amministratori e per esorbitanza dall'oggetto sociale, due fideiussioni rilasciate da una società nell'interesse di un'altra, collegata alla prima per aver la medesima compagine sociale ed i medesimi amministratori (che erano gli stessi soci) (12).

Malgrado non contengano alcun riferimento al gruppo e al collegamento societario, le motivazioni anticipano i momenti essenziali dei futuri approcci giurisprudenziali in materia, vuoi sotto il profilo teorico (peraltro, strettamente connesso al concreto contenuto delle decisioni), vuoi sotto il profilo degli aspetti di fatto destinati ad attrarre l'attenzione dei giudici.

Il «principio fondamentale» in tema di esercizio in forma collettiva dell'attività economica, che informa queste sentenze, è il seguente: «la società organizzata su base capitalistica, e avente quindi spiccata personalità giuridica propria, non si atteggia come una mera comunione di interessi di cui soggetti siano i soci, e soltanto i soci attuali, ma come la personificazione di un interesse superiore e distinto, non sempre e necessariamente coincidente con quello dei singoli soci predetti, e appunto perché tale, oggetto di un'autonoma tutela giuridica, rispetto alla quale ben è configurabile l'ipotesi di un conflitto di interessi dell'ente e quello della stessa totalità dei soci» (col. 1151). Di qui «l'esistenza di un interesse della società superiore e distinto da quello dei soci», che di fatto trasforma la valutazione del conflitto di interessi da «concreta» in meramente «potenziale» e che conseguentemente espande le ipotesi in cui vengono ravvisate dai giudici situazioni di conflitto di interessi.

Queste considerazioni rinvergono una pronta conferma nelle stesse sentenze in esame: Cass. 2148/58 annulla la garanzia ex art. 1394 c.c., non in base a fatti concreti, ma sulla mera affermazione che il rappresentante «anziché ispirarsi all'interesse del rappresentato, fa l'interesse proprio o di terzi» (col. 1154); Cass. 3471/58 giustifica una decisione analoga con la mancata menzione della garanzia nei libri sociali, ossia per una circostanza evidentemente ininfluenza al fine di stabilire la congruenza della garanzia stessa rispetto all'interesse della società.

Merita, peraltro, segnalazione che, malgrado quanto si è appena detto, Cass. 3471/58 procede al confronto tra l'oggetto sociale della garante rispetto a quello della garantita e ne deduce l'estraneità della fideiussione all'oggetto sociale della garante sul rilievo che nessuna connessione poteva esservi tra le attività economiche svolte dalle due società.

Va, inoltre, registrato lo «spiraglio» sulle ragioni sostanziali che possono avere guidato i giudici, aperto da uno dei molti autorevoli commentatori della sentenza (13), il quale segnalò l'intervenuta cessione del pacchetto azionario della garante e la conseguente esigenza di tutelare l'integrità del capitale sociale, destinato al conseguimento dell'oggetto sociale e alla garanzia dei creditori e dei nuovi soci.

II. - Cass. 14 settembre 1976, n. 3150, *id.*, 1977, I, 1998, ha esaminato il caso di due persone, che per lo sfruttamento di un brevetto per un procedimento di conservazione di sostanze alimentari costituiscono, nel

tempo, ben quattro società, una sola delle quali – di importanza strategica, perché presso di essa «funzionava un impianto capace di realizzare il brevetto» (col. 1999) – vedeva la partecipazione di una terza persona in posizione minoritaria. Una quinta società (appartenente per il novanta per cento ad uno dei soci di maggioranza e per il restante dieci per cento a suo figlio) acquistò l'accennata partecipazione di minoranza, con conseguente esclusione del «socio esterno» dall'affare. Il prezzo della vendita fu corrisposto da una delle società del gruppo attraverso, tra l'altro, l'erogazione di contante ed il rilascio di avalli.

Sopravvenuto il fallimento delle società del gruppo, la curatela della controllata che aveva pagato il prezzo, convenne gli eredi del socio «esterno» per la restituzione delle somme ricevute, sul rilievo che si sarebbe trattato o di atti a titolo gratuito e, dunque, inefficaci verso i creditori ai sensi dell'art. 64 l. fall., o agli stessi inopponibili in quanto posti in essere nella consapevolezza dell'insolvenza della società poi fallita (art. 67 l. fall.), ovvero in adempimento di atti contrari all'oggetto sociale della stessa (art. 2384 *bis* c.c.).

Di contro, la corte ha ritenuto che «i pagamenti effettuati e gli avalli prestati dagli amministratori di una società nell'interesse di altra società, pur se si configurino come atti a titolo gratuito per la mancanza di una controprestazione, possono non apparire estranei all'oggetto sociale ove, per la sussistenza tra le due società di unità di finalità e di amministrazione e identità di interessi . . ., tali atti risultino economicamente utili alla stessa società agente».

La sentenza merita attenzione per due motivi: innanzi tutto, in essa sono contenute formulazioni in tema di gruppi di società che saranno riprese dalla giurisprudenza successiva; di qui – ed è il secondo incentivo ad un'attenta analisi – la necessità di esaminare tali formulazioni soprattutto alla luce dei diversi piani di lettura offerti dalla sentenza.

Ad una prima ricognizione, infatti, si coglie, innanzi tutto, l'intento di inquadrare la vicenda nella griglia concettuale propria della società «monade». Infatti, la corte sottolinea la coerenza con l'oggetto sociale della fallita – «consistente nella costruzione di impianti e di installazione . . . in particolare del brevetto» sopra accennato (col. 2001) – delle erogazioni di denaro volte all'acquisto del pacchetto azionario della società avente tra i suoi *assets* l'impianto necessario alla realizzazione del brevetto medesimo. In pari tempo, la Cassazione svaluta la circostanza che dette azioni fossero intestate ad un terzo (un'altra componente del gruppo), ossia che le risorse della società fallita risultassero spese a favore formalmente di altra società (formale acquirente delle azioni), sulla base del rilievo che «quanto aveva l'una [società] era praticamente a disposizione dell'altra, e l'attività dell'una non poteva non essere correlata, quanto meno nelle intenzioni, al sostegno dell'altra».

Queste affermazioni introducono il secondo modulo argomentativo utilizzato dalla sentenza, che fa esplicitamente leva sul gruppo di società. Descritto quest'ultimo come la situazione che si determina quando una società abbia il possesso delle azioni di un'altra, ovvero «quando, pur non ricorrendo tale circostanza, . . . a) più imprese svolgano in sostanza una attività coordinata ed interdipendente, sicché appaiono necessariamente informate ad unità di indirizzo . . . b) si assicuri tale unità di principi direttivi mediante la c.d. 'unione personale' estrinsecantesi nell'identità dei dirigenti o dei titolari delle azioni (o delle quote) delle società», la corte aggiunge che, al ricorrere di tali circostanze, «gli interventi gratuiti compiuti da una società a favore di un'altra . . . debbono presumersi . . . come atti

preordinati al soddisfacimento di un proprio interesse economico, sia pure mediato ed indiretto ma giuridicamente rilevante, e non possono pertanto . . . essere considerati contrari o estranei al conseguimento dell'oggetto sociale della società che li ha compiuti» (col. 2004).

Peraltro, dalla sentenza filtra una terza chiave di lettura, meno esplicita, ma non per questo meno giustificata. Essa prende le mosse dall'osservazione che il gruppo di controllo (i due azionisti originari) già deteneva la maggioranza del pacchetto azionario della società *target* (quella che possedeva l'impianto necessario per realizzare il brevetto); era, in altre parole, già in grado di esercitare un'influenza dominante ai sensi dell'art. 2359 c.c. su detta società, sicché l'acquisto della partecipazione di minoranza attraverso una quinta società era pletorico rispetto all'asserito scopo di perseguire l'oggetto sociale della società *solvens*: quanto era necessario a tal fine era già nella disponibilità del gruppo. Dunque, questa fuoriuscita di risorse della controllata poi fallita sembrerebbe inutile.

Tuttavia, quando – secondo l'invito della stessa Cass. 3150/76 – si ponga attenzione «con visione globale e realistica [a] tutta la situazione di fatto, ricostruita, al di là dei documenti, per dare un senso plausibile agli atti in essi consacrati» (col. 2003), ci s'avvede che l'acquisizione della partecipazione di minoranza era finalizzata non al perseguimento di un disegno imprenditoriale proprio di una data società o di un gruppo, ma esclusivamente al vantaggio (a questo punto) extrasociale di ciascuno dei soci, vuoi di chi tra loro mirava ad escludere l'altro dall'affare, vuoi di chi dall'affare stesso intendeva uscire previa liquidazione della sua quota.

Altro, dunque, che interesse della società «in senso istituzionale», «diverso e distinto da quello dei suoi soci, considerati singolarmente, e collettivamente, o come maggioranza, o come gruppo di comando», cui la giurisprudenza dichiara di aderire in sede di valutazione del conflitto di interessi ex art. 2373 c.c. per la tutela delle minoranze e dei creditori! (14). In realtà, la sentenza in esame fa propria una visione schiettamente «riduzionistica» della persona giuridica (15), della società e del gruppo, interpretandoli come meri strumenti delle persone fisiche che, attraverso essi, perseguono disegni loro propri. Non solo: tra i due interessi sostanziali in conflitto (da un lato l'interesse extrasociale del socio di minoranza di una società del gruppo al disinvestimento e, dall'altro lato, quello dei creditori raccolti nel fallimento dell'altra società del gruppo) in questa vicenda la Cassazione privilegia il primo, con una scelta che rinviene la propria giustificazione nel rischio assunto dai creditori quando hanno dato fiducia al progetto imprenditoriale successivamente fallito: infatti – scrive un autore sicuramente sensibile alle esigenze del ceto creditorio (16) – «il credito che i creditori fanno alla società è non soltanto fatto alla società medesima come ente in sé (in dipendenza delle persone dei soci e degli amministratori, nonché della solidità delle garanzie offerte) ma anche e in primo luogo alla società in quanto esercita un certo ramo di attività economica» o – è coerente aggiungere – si prefigge un determinato disegno imprenditoriale, che, invece, nella fattispecie esaminata da Cass. 3150/76 evidentemente il socio di minoranza non aveva più interesse a perseguire.

III. - Altra fattispecie di attribuzione patrimoniale tra società tra le quali sussisteva una relazione di controllo è quella esaminata da Cass. 6 ottobre 1976, n. 3286, *id.*, Rep. 1977, voce *Registro* (imposta), n. 155, e *Giur. it.*, 1977, I, 1, 258, la quale ha ritenuto che la remissione, ad iniziativa della controllante, di un debito vantato nei confronti della controllata, remissione finalizzata, secondo le dichiarazioni rese in assemblea di quest'ultima, ad «evitare difficoltà alla [controllata] e anche per scongiurare un pregiudizio

agli interessi della stessa [controllante]», non potesse essere qualificata ai fini fiscali come donazione, dal momento che l'attribuzione patrimoniale in discorso aveva avuto luogo «per il bene immediato della [controllata] e, quindi, anche per un vantaggio futuro della controllante» (col. 261) (17).

IV. - Finanziamenti e distacchi di personale posti in essere da una società a favore della propria controllante totalitaria, nonché a favore della società che deteneva tutte le azioni di quest'ultima, sono le operazioni ritenute espressione di *mala gestio* da Cass. 8 maggio 1991, n. 5123, *Foro it.*, 1992, I, 817, con osservazioni di DE LORENZO, che ha accolto l'azione di responsabilità ex art. 2393 c.c. deliberata contro gli ex amministratori della prima società successivamente alla cessione a terzi del suo pacchetto azionario.

Le venature «istituzionalistiche», inevitabilmente ravvisabili nel tentativo di configurare la società come entità dotata di vita propria e diversa dai soci, sono manifestamente strumentali all'esigenza di tutelare la nuova compagine dal depauperamento in precedenza subito dalla società a causa di operazioni intragruppo dalle quali questa non aveva ricevuto «nessun vantaggio, neppure indiretto»: in questa prospettiva si collocano i riferimenti ad un obbligo degli amministratori al perseguimento di «un interesse della società per la quale essi operano», completamente avulso da quello (della totalità) dei soci (col. 829). In altre parole, nella prospettiva adottata da questa sentenza i doveri fiduciari degli amministratori non avrebbero più, dal lato attivo, le persone fisiche che, conferiti determinati beni in vista di un'attività comune, li preposero al compimento di tale attività, ma l'astratto «omone» denunciato dietro le nozioni correnti di società e persona giuridica da un importante orientamento dottrinale (18).

Vero è che proprio uno di questi ultimi autori, Ascarelli, nel commento alle già esaminate Cass. 3471/58 e 2148/58, aveva individuato nella responsabilità degli amministratori lo strumento di reazione alle operazioni dettate dall'interesse extrasociale di tutti i soci. È del pari vero, però, che, quali beneficiari di detta tutela, si erano indicati i creditori della società garante (v. art. 2394 e 2395 c.c.), con l'esplicita esclusione dei soci futuri a pena dell'accoglimento di una nozione «istituzionale» della società e dell'impresa che implicherebbe coerenti controlli pubblici (anche da parte del giudice) sul «come», il «quando» ed il «perché» delle operazioni sociali (19).

Si profila, a questo punto, un problema di ordine sostanziale, di politica del diritto: le persone fisiche, che hanno distribuito il loro patrimonio in tre «mucchietti», non potrebbero, secondo questa sentenza, destinare d'accordo tra loro i beni contenuti in uno di questi «mucchietti» all'adempimento delle obbligazioni assunte a fronte degli altri. E l'interesse – se si vuole, extrasociale – dei soci al salvataggio delle imprese esercitate attraverso altre loro società dovrebbe cedere, non nel conflitto con contrapposti interessi concreti ed attuali (es., dei soci di minoranza o dei creditori della società depauperata, che nella vicenda risolta da Cass. 5123/91 non si profilavano), ma in vista o dell'«omone» o di futuri acquirenti della società allo stato neppure all'orizzonte.

La fragilità dell'impianto e della soluzione adottata da Cass. 5123/91 è confermata da ciò che – come evidenziato dalla sentenza stessa (col. 829) –, a paralizzare l'azione proposta, sarebbe stato sufficiente che i precedenti soci, riuniti in assemblea, avessero deliberato la rinuncia all'azione medesima: così, un mero adempimento formale avrebbe frustrato le pretese esigenze di giustizia fatte proprie dalla sentenza.

In realtà, Cass. 5123/91 pone il rischio dell'acquisto di una società

economicamente poco significativa a carico dei precedenti amministratori della stessa e correlativamente ne esonera gli acquirenti, i quali, invece, proprio per rilevarla dal commissario liquidatore delle controllanti, e, dunque, in una situazione di manifesta decozione del gruppo, ben avrebbero potuto e dovuto procedere ad una diligente valutazione del valore della società onde calibrarne opportunamente il prezzo e/o il contratto di acquisto, ad esempio mediante l'inserimento in esso di clausole volte a garantire la consistenza economica della partecipazione (cfr. Trib. Milano 4 giugno 1998, *id.*, Rep. 1998, voce *Società*, n. 712, e, per esteso, *Giur. it.*, 1998, 2106; Cass. 21 giugno 1996, n. 5773, e 28 marzo 1996, n. 2843, *Foro it.*, 1996, I, 3382, con nota di VASQUES) (20).

V. - Ha ad oggetto operazioni tra componenti di un gruppo conglomerato (fideiussioni rilasciate da una compagnia assicuratrice nell'interesse di una casa editrice avente i medesimi amministratori e, al pari di questa, posseduta interamente da una stessa società terza) Cass. 13 febbraio 1992, n. 1759, *id.*, Rep. 1992, voce cit., nn. 503, 521, e *Giur. comm.*, 1993, II, 502. La ritenuta mancata connessione della garanzia con l'attività assicurativa («l'oggetto sociale opera come limite all'attività anche per le società del gruppo») e la mancata previsione di un corrispettivo per la fideiubente sono alla base della decisione (pag. 514 s.).

Non a caso, peraltro, i due argomenti vengono svolti in successione. I giudici hanno innanzi tutto escluso che l'attività posta in essere a favore del gruppo fosse coerente con l'oggetto sociale della garante. Più precisamente, i giudici hanno «escluso che tra le società [garante e garantita] esistesse un collegamento giuridico stante l'inconfigurabilità dei presupposti richiesti dall'art. 2359 c.c.», ammettendo, però, che «le società fossero collegate in senso economico/dirigenziale, in virtù dell'unione personale costituita dalla pressoché totale identità dei titolari dei pacchetti azionari e dalla comunanza degli organi direttivi» (pag. 513).

Nella fattispecie si è, dunque, dubitato che la comunanza personale degli amministratori sia idonea di per sé a dar luogo ad un'aggregazione societaria finalizzata alla realizzazione di un disegno economico unitario (v. *infra*, nel testo), per la quale si è ritenuta, invece, indispensabile l'omogeneità dell'oggetto sociale. Tale posizione trova riscontro sia in dottrina, quando si nega che la comunanza di amministratori si traduca automaticamente in relazioni di «controllo» (21), sia nella legge, la quale o tace, ovvero confina gli *interlocking directorates* al ruolo di meri indici presuntivi dell'influenza dominante (cfr. art. 23 t.u. bancario) e per di più in ipotesi, come quella del gruppo bancario, in cui l'omogeneità dell'attività economica svolta dalle componenti del gruppo è assicurata per legge.

Tutto ciò significa che, nel caso definito dalla sentenza in esame, si è ritenuto che un'aggregazione societaria dia luogo ad un «gruppo» quando il coordinamento tra l'attività economica propria della singola affiliata e quella delle altre componenti – coordinamento avente come postulato un riscontro formale negli atti costitutivi delle componenti del gruppo – lasci intravedere quella che è stata designata con la locuzione «impresa di gruppo», ossia lasci intravedere il perseguimento di un disegno economico unitario da parte delle società del gruppo. Sennonché, – va evidenziato fin d'ora – escluso un tale coordinamento, si è in pratica negata la preordinazione del gruppo alla realizzazione di un disegno economico unitario, di un'impresa di gruppo.

Successivamente, i giudici hanno indagato se la società comunque traesse un vantaggio dal negozio in esame e, all'esito negativo anche di questa seconda indagine, hanno negato un qualsiasi interesse giuridicamente rilevante della garante al rilascio della promessa, rendendola inefficace

attraverso l'art. 2384 *bis* c.c. Solo in questa prospettiva ha un senso l'affermazione per la quale «la fideiussione in esame, se pur favoriva la [debitrice] e, così una società del gruppo, creava pregiudizio alla fideiubente, di modo che, non fosse altro che sotto questa prospettiva, doveva essere riguardata come estranea all'oggetto sociale della [garante]» (pag. 514), atteso che, altrimenti, questa categorica affermazione equivarrebbe a dire che solo gli atti di gestione economicamente vantaggiosi sono coerenti con l'oggetto sociale di una società, sì che questa potrebbe pretendere l'invalidazione di tutte le operazioni che si rivelassero non favorevoli economicamente.

VI. - Analogò – e, per certi versi, più esplicito – l'iter argomentativo con cui App. Bologna 26 marzo 1992, *Foro it.*, Rep. 1993, voce cit., n. 578, e *Giur. comm.*, 1993, II, 502, nel conflitto tra creditore della società garantita e creditori della società garante, ha preferito questi ultimi escludendo il primo dal fallimento della garante a seguito della dichiarata invalidità ai sensi dell'art. 2384 *bis* c.c. delle fideiussioni da questo esibite. L'assenza di connessione tra l'oggetto sociale delle due società (l'una avente ad oggetto l'attività edilizia, l'altra il commercio di beni mobili registrati) è decisiva per concludere che – al di là del collegamento personale di soci ed amministratori, ritenuto ininfluenza – «tra le attività delle due società non esisteva alcun rapporto di complementarità . . . sicché le fideiussioni prestate dalla società [fallita] non erano neppure potenzialmente dirette a realizzare l'oggetto sociale della fideiubente in quanto prive di qualsiasi nesso, anche mediato ed indiretto, con lo stesso». Al contrario, prosegue la corte, detto interesse «si sarebbe potuto accampare . . . se tra le due società fosse esistito un collegamento realizzantesi o attraverso la partecipazione al capitale o mediante particolari vincoli contrattuali o infine attraverso . . . una direzione economica unitaria per effetto dell'influenza dominante» di una società sull'altra (pag. 505).

VII. - Ancora una volta assume rilievo decisivo la possibilità o no di ravvisare un disegno economico unitario tra le attività espletate dalle società coinvolte nell'operazione intragruppo, in App. Roma 22 febbraio 1996, *Foro it.*, 1997, I, 1612, che, su domanda della garante, ha dichiarato inefficace ex art. 2298, 2384 e 1394 c.c. la fideiussione rilasciata in nome di una s.n.c. dall'amministratore della stessa nell'interesse di una seconda società, della quale egli era nel contempo amministratore e socio di maggioranza: dal fatto che – al di là, anche in questo caso, della parziale «unione personale» – nessun collegamento giuridico o economico fosse intravisto tra le due società e la loro attività, si è tratta la conclusione che «l'amministratore [della s.n.c.] ebbe a concedere la fideiussione a favore della [s.r.l.] senza che nessun vantaggio ne derivasse in maniera diretta o indiretta al raggiungimento dello scopo sociale della [s.n.c.]» (col. 1616).

VIII. - Anche se non riguarda un'ipotesi di garanzia intragruppo, assume per certi aspetti il ruolo di *leading case*, Cass. 11 marzo 1996, n. 2001, *id.*, 1996, I, 1222, con osservazioni di LA ROCCA: la validità di una cessione di credito da una società ad un'altra, facente parte del medesimo gruppo, fu contestata dal terzo ceduto, sul rilievo che, trattandosi di attribuzione patrimoniale priva di corrispettivo, se ne dovesse dichiarare la nullità per violazione dell'art. 782 c.c. in quanto donazione posta in essere senza il rispetto della forma solenne.

A queste affermazioni la Cassazione ha replicato ripercorrendo, in buona sostanza, il problema storico-dogmatico dell'atto gratuito e della sua validità: si ha donazione solo quando non si intravede l'interesse «egoistico» che ha indotto l'autore dell'atto a dar luogo all'attribuzione patrimoniale

realizzata con l'atto medesimo a favore di un altro soggetto. Nella fattispecie, tale interesse «egoistico» viene individuato in una circostanza che sembra trascendere il soggetto giuridico cedente, dal momento che si tratta – secondo la stessa sentenza in esame – della «logica di gruppo», ossia della «politica imprenditoriale volta al perseguimento di obiettivi che trascendono quelli delle singole società partecipanti» (22).

Senonché – è doveroso aggiungere fin d'ora, ma sul punto si avrà occasione di tornare – la circostanza che il suddetto «interesse egoistico» trascenda la singola società non significa che sia ad essa estraneo, ma solo che esso è condiviso da tutte le componenti del gruppo senza distinzione tra capogruppo e controllate.

Le implicazioni dogmatiche della riconosciuta idoneità dell'interesse di gruppo a «vestire» l'attribuzione patrimoniale operata da una componente a favore dell'altra, possono adeguatamente apprezzarsi attraverso il confronto con Cass. 22 giugno 1990, n. 6278, *id.*, 1992, I, 1892, la quale ritenne legittima l'attribuzione patrimoniale intragruppo, posta in essere indipendentemente da una «logica di gruppo», sul decisivo rilievo dell'esistenza di un prezzo non irrisorio (v. col. 1901 e 1906). Assente il corrispettivo nella fattispecie esaminata da Cass. 2001/96, l'esclusione della donazione e dei correlati oneri formali si innesta nella tradizione dottrinale formatasi sulle obbligazioni di dare e sui «patti vestiti» ad esse afferenti e, in tale prospettiva, comporta che l'attribuzione patrimoniale intragruppo è ritenuta inserirsi in qualcosa di analogo a quelli che una volta erano i contratti consensuali tipici della tradizione romanistica (23), concetto che oggi può, per l'appunto, tradursi in quello di operazione economica ben nota all'ordinamento e volta a realizzare interessi riconosciuti dal medesimo meritevoli di tutela.

Ciò, in buona sostanza, significa che con Cass. 2001/96 il gruppo di società (o meglio: l'esercizio dell'iniziativa economica attraverso una pluralità di società tra loro connesse nel senso che sarà ulteriormente precisato *infra*) si avvia a diventare non solo un fatto lecito, ma un'espressione dell'autonomia privata valutata dai giudici positivamente alla stregua dello stesso art. 1322 c.c.: sotto quest'ultimo profilo vale osservare che nella specie si dà luogo ad una serie di contratti di società collegati tra loro in quanto teleologicamente preordinati alla realizzazione di quel disegno economico unitario che vale a legittimare, secondo la giurisprudenza in esame, gli atti intragruppo ad esso ispirati.

IX. - In una prospettiva non coincidente con quella di Cass. 2001/96, malgrado l'esplicito richiamo in motivazione, si colloca Cass. 29 settembre 1997, n. 9532, *id.*, Rep. 1998, voce *Fallimento*, n. 402, e *Fallimento*, 1998, 1041, con nota di GIO. TARZIA, la quale, in definitiva, ha stabilito che la garanzia rilasciata dalla capogruppo (successivamente fallita) a favore della controllata non configura un atto a titolo gratuito ai sensi dell'art. 64 l. fall., con la conseguenza che, in sede fallimentare, i creditori della garante non possono contestarne l'efficacia nei loro confronti.

La soluzione data al problema concreto da questa pronuncia è ineccepibile; non altrettanto può dirsi della motivazione: osservare che «gli interventi gratuiti compiuti da una società a favore di un'altra società giuridicamente autonoma dalla prima, ma ad essa collegata, debbono presumersi – qualora ricorrano particolari circostanze che rivelino unitarietà di finalità e di amministrazione – non già come espressione di spirito di condiscendenza e di liberalità, bensì come atti preordinati al soddisfacimento di un proprio interesse economico, sia pure mediato ed indiretto, ma giuridicamente rilevante», non contribuisce a mettere a fuoco i

reali aspetti sostanziali sottostanti al gruppo di società in genere e alla vicenda dedotta in giudizio in particolare.

Luci e (soprattutto) ombre delle riportate affermazioni si concentrano in quel riferimento all'«interesse economico, sia pure mediato ed indiretto» della controllante, riconosciuto idoneo ad escludere la natura «gratuita» ex art. 64 l. fall. dell'atto posto in essere a favore della controllata.

Tale locuzione non è adeguata al problema e alla concreta vicenda sottoposta a Cass. 9532/97. Più precisamente, nella sentenza del 1996 – dove pure compare il riferimento all'«interesse mediato ed indiretto» – la Cassazione doveva «vestire» l'attribuzione patrimoniale intragruppo onde escludere lo spirito di liberalità, l'esistenza di una donazione con i suoi oneri formali: di qui l'astratta idoneità della «logica di gruppo», dell'interesse anche mediato ed indiretto di ciascuna controllata a giustificare lo spostamento di risorse a favore di altra controllata. Diversamente, nel caso del 1997 si poneva, non un problema di nullità per difetto di forma o di causa dell'atto intragruppo, ma la necessità di fissare il rapporto tra il patrimonio della controllante e la fideiussione da essa rilasciata nell'interesse della controllata, onde stabilire la rilevanza della garanzia ai sensi dell'art. 64 l. fall., onde stabilire, cioè, se la prestazione della garanzia equivalesse o meno ad un'ingiustificata fuoriuscita di risorse dal patrimonio della società fallita (24).

Su queste premesse, la mera esistenza di un interesse del fallito alla prestazione verso il terzo non è sufficiente ad individuare il corrispettivo versato dall'*accipiens*, vale a dire l'«esborso, o . . . una qualsiasi prestazione patrimoniale [o . . .] una qualsiasi apprezzabile prestazione di *utilitas* da parte del destinatario del bene» o del beneficiario dell'atto richiesta al fine di poter superare la sanzione di relativa inefficacia disposta dall'art. 64 l. fall. (25). In proposito, non è privo di significato che proprio la difficoltà di valutare l'onerosità o meno dell'atto realizzato dal fallito ha indotto talora la giurisprudenza a risolvere il problema posto dall'art. 64 l. fall. attraverso il richiamo analogico alla presunzione posta dall'art. 2901, 2° comma, c.c. (26), ossia senza di fatto prendere in considerazione le ragioni che possono avere mosso il fallito a prestare la garanzia.

Quando, però, la tentazione di rifiutare l'ostacolo sia giustamente respinta, non ci si può limitare al riferimento ad un generico «interesse» del fallito, tanto più se si aggiunge trattarsi di un interesse «mediato ed indiretto». Occorre, piuttosto, adottare la prospettiva delineata da Cass. 12948/92, cit., col. 1141, secondo la quale «il problema della gratuità e onerosità sta ad indicare un certo modo di porsi del concreto assetto di interessi». E nella fattispecie di Cass. 9532/97 il «concreto assetto di interessi» depone nel senso che per la controllante, avente per oggetto sociale l'allevamento del bestiame, la prestazione di una garanzia a favore della controllata, gerente di un impianto di macellazione, equivale ad un atto imprenditoriale, ad un investimento, nei confronti del quale non ha alcun senso né chiedersi se sia a titolo «gratuito» od oneroso, né intravedervi solo un interesse «mediato ed indiretto», formula, quest'ultima, nella fattispecie assolutamente non solo priva di contenuto, ma addirittura fuorviante in quanto contribuisce a rigettare nella nebbia ciò che, invece, deve rimanere ben nitido.

In conclusione, nei casi in esame non si applicava l'art. 64 l. fall. perché l'atto posto in essere a favore della controllante non configurava, sul piano economico – nel quale in definitiva consiste il «concreto assetto di interessi» dei giuristi –, un atto a titolo gratuito a favore di un terzo, ma un atto diretto a realizzare immediatamente il progetto imprenditoriale perseguito

attraverso più società.

3. - *Le sentenze in epigrafe*. Nella fattispecie risolta da Cass. 8472/98 una società di persone (s.a.s.) aveva garantito le obbligazioni di una società di capitali (s.r.l.) ad essa collegata nel senso che tutti i soci della prima erano anche soci della seconda con una partecipazione, peraltro, non totalitaria, ma pari al settantacinque per cento del capitale. Escussa la garanzia, la società di persone (la cui compagine sociale era, nel frattempo, mutata) ne contestò la validità sotto il duplice profilo dell'estraneità all'oggetto sociale e del conflitto di interessi determinato dalla circostanza che, all'epoca del rilascio della garanzia, la rappresentanza legale delle due società spettava alla medesima persona.

La risposta della Cassazione è di estrema linearità: essa muove dall'osservazione che le due società operavano «nello stesso settore produttivo e commerciale, con partecipazioni in larga misura sovrapposte ed inoltre con fini convergenti, senza confronto concorrenziale»; espressione, questa relativa ai «fini» delle due società, successivamente precisata in motivazione col riferimento al perseguimento, da parte delle due società, di «progetti imprenditoriali di tipo unitario o quanto meno coordinato». Da questa premessa è agevole, per la corte, concludere per l'insussistenza del dedotto conflitto di interessi in quanto nella specie non si riscontra quella incompatibilità concreta tra esigenze del rappresentante e del rappresentato o di un terzo, che del conflitto di interessi costituisce presupposto indefettibile.

A margine di tale conclusione la corte osserva che l'eventuale conflitto «integrando una ragione di annullabilità è da apprezzarsi al tempo del perfezionamento del contratto» e non alla stregua di «eventi sopraggiunti che possano contrapporre interessi prima paralleli»: in altre e più chiare parole, il mutamento di compagine sociale e la conseguente fuoriuscita della garante dal gruppo non fanno venir meno la validità della garanzia rilasciata in precedenza.

Di interesse anche maggiore è la fattispecie esaminata da Cass. 12325/98: due società controllate avevano «promesso di garantire» i crediti accordati alla controllante nella sua attività di «polmone finanziario» del gruppo. La circostanza è utilizzata nei motivi di ricorso per dedurre la nullità della fideiussione promessa in quanto equivalente ad una donazione da parte delle due promittenti a favore delle altre società del gruppo che beneficiavano, al pari della garante, dei flussi finanziari concessi a fronte della promessa predetta.

Si ripropone, dunque, ad un dipresso il tema trattato da Cass. 2001/96, con la differenza che lì si contestava la validità dell'attribuzione patrimoniale intragruppo costituita da una cessione di credito, qui, invece, si contesta la validità della promessa sotto il duplice e connesso profilo della «mancanza di causa» e del difetto di interesse delle promittenti.

Anche se – come è ovvio – larga parte delle argomentazioni della sentenza riecheggia Cass. 2001/96, non mancano accenni che testimoniano di un'ulteriore evoluzione. Ad esempio, pure in questo caso la donazione (obbligatoria) è esclusa perché la promessa è inserita nel contesto economico giuridico costituito dal gruppo. Della peculiarità della vicenda v'è, però, consapevolezza: nella fattispecie – si legge in sentenza per escludere la donazione – «il concetto di sinallagma non può non configurarsi in modo peculiare, dovendosi tener conto, per un verso, della logica di gruppo (che si riflette nell'attività delle singole controllate) e, per altro verso, dell'interesse economico che, sia pure in via mediata, viene a realizzare la società che assume l'obbligazione». Peraltro, il riferimento al

«vantaggio mediato o riflesso», abitualmente invocato a salvare gli atti intragruppo, sembra qui accompagnato alla consapevolezza dell'evanescenza del concetto medesimo, di guisa che si avverte la necessità di precisare: «quand'anche non fosse ravvisabile un preciso corrispettivo, non per ciò solo sarebbe configurabile una donazione (e, dunque, una promessa di donazione), occorrendo comunque un *quid pluris*, costituito dallo spirito di liberalità che deve conformare l'atto dispositivo: il depauperamento, poi, non sussiste nell'ipotesi in cui, mediante l'assunzione dell'impegno, la società controllata miri a conseguire un risultato rispondente ad un suo preciso interesse economico».

Qui non interessa tornare sulla nozione di «spirito di liberalità» quale sinonimo di assenza di «interesse egoistico» nell'attribuzione patrimoniale, di arricchimento di un soggetto da parte di un altro che al tempo stesso si impoverisce, di assenza di corrispettivo: si tratta di nozione, soprattutto nelle ultime due versioni, tradizionalmente acquisita (27), di cui d'ora in poi si è fatto cenno. Si tratta, per di più, di nozione non pienamente calzante nella fattispecie, dove a rigore non si controverte su un'attuale attribuzione patrimoniale (e già per questo solo si esula dalla figura tradizionale della donazione), ma su una promessa di fideiussione, della quale sottilmente viene contestato il difetto di interesse del promittente nell'assumerla.

Tenuto conto proprio di quest'ultimo aspetto, mette conto, piuttosto, sottolineare la preordinazione – nelle parole della corte sopra riportate – dell'impegno assunto dalle controllate ad un «preciso interesse economico» delle stesse, «interesse proprio» – aggiunge la Cassazione – «delle società controllate, non essendo necessario che sia anche esclusivo».

La portata di questi rilievi è notevole: risulta, infatti, accolta dalla Suprema corte l'idea – in passato proposta da chi scrive (28) – di un interesse di gruppo non esclusivo della capogruppo, ma condiviso da tutte le componenti, anche se alla prima ne spetta l'interpretazione e la definizione delle politiche idonee a conseguirlo, con rilevanti conseguenze, non limitate alla liceità delle operazioni intragruppo, ma estese a tutti gli altri aspetti della problematica posta dai gruppi di società, peraltro, connessa, come si è ricordato in apertura, con il tema qui trattato. Se, poi, da elementi pur sempre concettuali come le nozioni di «interesse di gruppo», di «logica di gruppo», di «disegno imprenditoriale unitario», si passa al dato sostanziale che esse sottendono, occorrerà, invece, focalizzare l'attenzione sull'impresa di gruppo, ossia sull'attività economica complessivamente svolta da tutte le componenti: è questa, l'impresa unitaria, che, per un verso, autorizza la Cassazione ad affermare che la cura del gruppo, l'emanazione delle direttive e degli atti necessari alla relativa gestione non solo non determinano un conflitto di interessi, ma addirittura rientrano nella gestione ordinaria della controllante. Ancora, è l'impresa di gruppo la *ratio* dell'attribuzione patrimoniale di cui al caso di Cass. 2001/96, nonché la spiegazione del vincolo giuridico assunto nella fattispecie risolta dalla sentenza in esame. Per ripercorrere la controversa distinzione a suo tempo intravista dal Gorla, l'impresa di gruppo, l'interesse di gruppo si pongono per la Corte di cassazione come *cause sufficiente* (29) e *cause raisonnables* delle operazioni intragruppo.

4. - *Conclusioni in vista del «d.d.l. Mirone»*. Il resoconto giurisprudenziale sopra condotto mostra la strada percorsa dal 1958 al 1998 dalla giurisprudenza in tema di gruppi e di garanzie intragruppo. Al riguardo mette conto rammentare che sul piano dei concetti nel 1958 si faceva perno sulla società monade, dotata di «spiccata personalità giuridica», protetta al punto da rendere potenzialmente configurabile un conflitto tra società e la

totalità dei suoi soci (Cass. 3471/58). Sul piano dei moduli operazionali, però, sin d'allora si fa largo una *ratio decidendi* improntata al confronto delle attività economiche svolte dalle società coinvolte nell'operazione recata all'attenzione dei giudici (v. la stessa Cass. 3471/58).

Sicuramente di grande importanza per quanto riguarda schemi operativi e formule successivamente utilizzate dalla giurisprudenza è stata Cass. 3150/76: da un lato essa ha individuato nello svolgimento di un'«attività coordinata ed interdipendente» la condizione essenziale per la configurabilità di operazioni lecite tra società, traendo due conseguenze: innanzi tutto, è stata sterilizzata la comunanza di amministratori tra le società del gruppo ai fini del conflitto di interessi, nel senso che tale comunanza, invece di essere valutata alla stregua di sintomo del conflitto, è stata ritenuta strumentale al coordinamento dell'attività delle società del gruppo; se possibile di maggiore importanza è la seconda conclusione tratta dalla Corte di cassazione, ossia la «presunzione» che gli atti intercorsi tra le società collegate siano stati ispirati da un interesse della dante causa «sia pure mediato ed indiretto».

La giurisprudenza successiva si è mossa in coerenza con queste direttrici. Nelle *rationes decidendi* sopra poste in luce, assume, infatti, un ruolo essenziale l'affinità dell'attività economica statutaria od in concreto svolta dalle società connesse da rapporti di partecipazione: tra quelli sopra esaminati, i soli casi in cui si è dichiarata l'invalidità dell'atto intragruppo sono quelli in cui, attraverso il confronto degli statuti o per altra via, non si è riusciti ad intravedere la ragionevole possibilità di una attività imprenditoriale omogenea e coordinata tra le società interessate (cfr. Cass. 1759/92, cit.; App. Bologna 26 marzo 1992, cit.; App. Roma 22 febbraio 1996, cit.).

A questo punto si profila il problema di stabilire se, alla stregua della giurisprudenza sopra esaminata, per la legittimità dell'atto intragruppo, del trasferimento di risorse intragruppo sia sufficiente la mera esistenza di un insieme di società connesse ex art. 2359 c.c. e contraddistinte dall'oggetto sociale omogeneo (cfr. Cass. 3150/76, cit.; 2001/96, cit.; 12325/98, in epigrafe), ovvero sia necessaria la prova specifica che l'atto si inserisca in una «logica di gruppo», ovvero – ipotesi vicina ma non coincidente con la precedente – se sia richiesta la prova specifica dell'«interesse mediato e indiretto» della dante causa.

Il problema è estremamente delicato perché esso si risolve nel determinare lo spazio spettante ad un sindacato giudiziale sull'attività d'impresa (30). Più precisamente, pretendere la prova dell'«interesse mediato e indiretto» della società controllata nell'operazione intragruppo si traduce nell'indagine, da parte del giudice, sulla *ratio* di un determinato atto imprenditoriale, ossia se e come quell'atto si inserisca in una determinata politica gestionale della controllata e del gruppo, se tale politica, nel momento in cui viene posta in essere o successivamente, sia idonea a dar luogo ad un qualche «ritorno» economico a favore di una componente del gruppo, nonché se tale generico «ritorno» sia o no idoneo ad integrare un «interesse mediato ed indiretto» sufficiente a giustificare l'atto imprenditoriale *de quo*.

Sulla questione è recentemente intervenuto Trib. Roma 2 febbraio 1999, *Società*, 1999, 851, nel senso che «deve dichiararsi la nullità dell'accollo con cui una società controllata si è assunta un debito della società controllante se nessuna prova sia stata offerta sulla sussistenza del rapporto di provvista o di altra causa individuabile in una politica di gruppo in grado di realizzare sia pure indirettamente l'interesse di gruppo della società

disponente».

Contrariamente a quanto affermato in motivazione la decisione si discosta sensibilmente dalla giurisprudenza della Cassazione: in nessuna delle sentenze passate in rassegna il riferimento all'«interesse mediato ed indiretto» della controllata dante causa assume un ruolo chiave nell'economia della decisione; tanto meno ne è richiesta la prova specifica. Anzi, Cass. 3150/76, cui sia Cass. 2001/96, sia il Tribunale di Roma dichiarano esplicitamente di ispirarsi, configura altrettanto esplicitamente l'interesse «economico mediato ed indiretto», alla base dell'atto intragruppo, quale elemento «presunto» dalla esistenza di un gruppo di società piramidale omogeneo (e sempre di «presunzione» parla Cass. 9532/97). Niente di più lontano, dunque, dalla «prova rigorosa in ordine alla esistenza di una politica imprenditoriale di gruppo, in grado di realizzare sia pure indirettamente l'interesse economico della società disponente», richiesta da Trib. Roma, cit. (pag. 853).

D'altra parte, in una recente analisi è stata dimostrata l'impraticabilità concreta della teoria dei vantaggi compensativi, cui esplicitamente aderisce il Tribunale di Roma, sul rilievo che «il giudice . . . dovrebbe porsi nei panni dell'amministratore della controllata al momento della deliberazione dell'operazione e calcolare il saldo complessivo dei vantaggi e dei danni arrecati ad essa da quell'operazione e da tutte le altre operazioni, fino a quel momento compiute ovvero diligentemente prevedibili per il futuro, tra la società controllata e altre società del gruppo» (31).

Si è già anticipato come ciò si traduca per il giudice nell'adozione, fin qui sempre rifiutata (32), della *business judgement rule*: per le parti, dal canto loro, si profila una vera *probatio diabolica*, resa dal Tribunale di Roma ancora più difficile, dal momento che nella fattispecie una «prova rigorosa» è richiesta non al gruppo di comando, né ai soci esterni, ma al terzo, ossia al creditore accollatario, che aveva visto subentrare in qualità di proprio debitore la controllata alla controllante e che certo non era in grado né di conoscere, né di provare le politiche gestionali di medio lungo periodo, così come proposto dalla teoria dei vantaggi compensativi per la legittimazione degli atti intragruppo (33). La posizione di evidente disfavore in tal guisa riservata al creditore della controllante risulta ancora più irrazionale se riguardato nella prospettiva di quell'autorevole dottrina che ha individuato in tale categoria di creditori i soggetti maggiormente bisognosi di tutela a causa della loro «postergazione strutturale» (34).

Anche per questo va accolto con maggiore attenzione l'orientamento giurisprudenziale dominante, secondo il quale, in definitiva, i trasferimenti, le garanzie tra società connesse ai sensi dell'art. 2359 c.c. devono presumersi legittime quando le società operino in settori economici coincidenti o complementari.

Nella cornice così delineata occorre prendere atto che gli *obiter dicta* di Cass. 1439/90 (*Foro it.*, 1990, I, 1174) circa i poteri di direzione e coordinamento della capogruppo si sono tradotti nelle regole di giudizio sopra messe a fuoco, sulle quali qualche ulteriore riflessione si impone: già nell'attuale contesto normativo la giurisprudenza ritiene non solo lecita, ma meritevole di tutela da parte dell'ordinamento l'operazione economica consistente in un'aggregazione societaria caratterizzata da una schietta eterodirezione della politica economica delle società controllate, ritenendo, anzi, che tale direzione rientri nei normali poteridoveri degli amministratori della controllante (v. ancora le sentenze in epigrafe), ed escludendo, per di più, in via di principio un concreto sindacato di opportunità sulla ripartizione di costi e benefici delle strategie complessive, della «logica di

gruppo».

Assenza di sindacato sul merito delle politiche gestionali, però, non equivale ad assoluta assenza di politiche gestionali. In altre parole, i giudicati fin qui riassunti non escludono di per sé decisioni di segno diverso quando i trasferimenti e le garanzie intragruppo siano dolosamente diretti a danneggiare o frodare creditori e soci di minoranza, ovvero ad eludere il divieto di restituzione dei conferimenti. Invero, tra la «prova rigorosa» dei vantaggi ritratti o sperati da ciascuna consociata a seguito dell'operazione intragruppo ed il sostanziale avallo di pratiche dirette ad eludere o violare norme imperative, esiste pur sempre il giusto mezzo dell'allegazione di un ragionevole disegno imprenditoriale, sul quale – non a caso – insistono quasi tutte le sentenze passate in rassegna. Insomma – per ripercorrere ancora una volta immagini ormai entrate nel patrimonio della dottrina sui gruppi (35) – sì ad audaci vichinghi e ad alacri battellieri del Reno, no ai furbi.

Quest'ultima osservazione rinvia un riscontro immediato nel disegno di legge di delega recentemente licenziato dalla c.d. «commissione Mirone». Già ad una prima e disorganica lettura – la sola possibile all'indomani della pubblicazione dell'elaborato – nella proposta di legge si intravede la consapevolezza che il riferimento giurisprudenziale all'«interesse mediato ed indiretto», che assertamente sorreggerebbe la partecipazione dell'affiliata all'operazione del gruppo, è assolutamente privo di concreta rilevanza nelle decisioni giurisprudenziali. Nel disegno di legge, pertanto, si chiede qualcosa di più: un coordinamento tra gruppo di comando e minoranze, tra interesse di gruppo e interesse delle società controllate (art. 9, lett. a), coordinamento che si concretizza in quel vantaggio, derivante dall'appartenenza al gruppo, che, per l'art. 10, n. 12, del disegno di legge, esclude il reato di infedeltà dell'amministratore della società sacrificata alla strategia di gruppo.

Questa previsione, però, non deve essere interpretata come un significativo scostamento dalla giurisprudenza passata in rassegna, se non nel senso che mira a porre fine alla «presunzione» sopra denunciata e pretende un'equa ripartizione tra le componenti dei vantaggi ricavati o sperati dal gruppo (v., ancora, art. 10, n. 12). Non possono non apprezzarsi la misura e la direzione del proposto intervento legislativo, che – in accordo con l'ispirazione di fondo verso la trasparenza dei rapporti di gruppo (art. 2, lett. h) – in definitiva valorizza la motivazione delle «decisioni» relative a strategie ed operazioni intragruppo (art. 9, lett. b): quanto più la motivazione sarà improntata a criteri di ragionevolezza, tanto minori saranno i rischi di responsabilità penale degli amministratori e l'incidenza dell'intervento del giudice sull'operazione intragruppo e sulle strategie del gruppo.

Il confronto con la concorrente proposta di legge ad iniziativa dei deputati Veltroni, Mussi, Agostini e altri, delega al governo per la riforma della disciplina delle società di capitali e cooperative – la quale, in definitiva, mira ad introdurre in Italia una disciplina largamente tributaria del diritto tedesco dei gruppi, malgrado i dubbi sulla fortuna in concreto incontrata da questa esperienza (36) – evidenza che per i vantaggi compensativi, spettanti all'affiliata sfavorita dall'operazione intragruppo, non sono posti né termini perentori, né quantificazioni. Anzi, essi possono essere «anche soltanto ragionevolmente prevedibili».

Questa soluzione appare condivisibile. L'operazione coordinata tra le componenti del gruppo è – nella stessa percezione giurisprudenziale – un atto di impresa dal successo tutt'altro che scontato. Più precisamente, al di là di ipotesi meramente depauperatorie, che – come dimostra l'analisi

giurisprudenziale sopra condotta – sono destinate a non superare il vaglio giudiziale anche nel vigente quadro normativo, l'operazione ispirata all'interesse di gruppo si prefigge di indirizzare le risorse di una componente del gruppo verso altra componente in grado di valorizzarle meglio della prima: si tratta, insomma, di un tentativo di allocazione maggiormente efficiente, il quale reca in sé il rischio del mancato successo.

Nel disegno di legge della commissione ministeriale la natura imprenditoriale di questo atto non viene alterata. Al contrario, nella proposta di legge sopra menzionata il descritto potenziale di efficienza sembra seriamente oscurato, sia per il caso di aggregazione societaria caratterizzata dal «controllo» (rispetto alla quale si esclude «la responsabilità degli amministratori e l'annullamento degli atti per conflitto di interessi . . . qualora il danno trovi corrispettivo in vantaggi derivanti da altre operazioni contestualmente deliberate, purché tali vantaggi siano adeguatamente determinati»: art. 14, lett. c), sia per il caso di «gruppo di diritto», vale a dire formato a seguito della deliberazione assunta dall'assemblea straordinaria, con la quale una società di capitali non quotata e priva di obbligazionisti (il testo recita: «società . . . che non facciano appello al pubblico risparmio») si sia assoggettata «al dominio di un'impresa controllante»: in questa seconda alternativa il legislatore delegato è chiamato a «prevedere, per il caso in cui al termine dell'esercizio, la società dominata risulti avere subito un pregiudizio al netto dei vantaggi derivanti da operazioni intragruppo o dall'esecuzione di direttive dell'impresa dominante, adeguati strumenti di tutela delle minoranze per la determinazione di un equo indennizzo» (art. 14, lett. g).

In entrambi i casi, infatti, non solo – in analogia col modello tedesco (37) – si azzera il rischio del socio esterno; si rende, altresì, impossibile di fatto l'investimento di gruppo in quanto si impone che, contestualmente alla decisione di investire risorse nell'ambito delle strategie di gruppo, siano reperite risorse di valore corrispondente per compensare l'affiliata sfavorita o i soci di minoranza, con un risultato netto pari a zero: tanto vale vietare i rapporti intragruppo.

Di particolare interesse è un ulteriore aspetto della proposta di legge in esame: l'art. 14, lett. h), prevede la responsabilità dell'impresa dominante e dei suoi amministratori verso i creditori sociali delle società dominate, quando l'insufficienza del patrimonio di queste al soddisfacimento dei loro crediti sia stata cagionata dalle direttive impartite dall'impresa dominante. Al riguardo, richiamato il contenuto di nota 31, si potrebbe immaginare una disciplina tesa a generalizzare quello che, ad avviso di chi scrive, è il momento qualificante della disciplina del gruppo bancario. In tale prospettiva, non l'insolvenza della controllata, ma l'equilibrio, la correttezza della gestione dell'affiliata diviene il limite della direzione unitaria della capogruppo, che, dunque, può chiamare le componenti a partecipare alle operazioni che coinvolgono l'intero gruppo solo nella misura in cui, a seguito della partecipazione, non venga alterato detto equilibrio. Tale disciplina potrebbe essere integrata prevedendo che – fermo il limite appena enunciato – qualora in un numero di esercizi sicuramente superiore ad uno (v. invece art. 14, lett. g, della proposta), si susseguano operazioni di gruppo che vedano sfavorita la stessa componente, i soci di minoranza abbiano il diritto di cedere a quello di controllo le proprie partecipazioni al valore che queste avevano prima delle operazioni pregiudizievoli.

Un'ultima notazione: entrambi gli articolati non contengono riferimenti alla caratteristica richiesta al gruppo dalla giurisprudenza affinché l'interesse di gruppo sia giuridicamente rilevante, ossia l'omogeneità dell'attività

economica svolta dalle varie componenti del gruppo. Mi sembra un dato importante perché costituisce la giustificazione sostanziale del gruppo di società: l'espletamento di un'attività economica attraverso un insieme di organizzazioni sociali. In questa prospettiva, i principi ed i criteri direttivi di cui all'art. 9 dell'elaborato «Mirone» presuppongono una nozione di gruppo articolata sull'«influenza dominante» della controllante, sì da rendere possibile a questa l'attività di direzione e coordinamento dell'azione della controllante onde perseguire l'interesse di gruppo. In tale contesto, però, sembra di non immediata coerenza il riferimento al collegamento contenuto nell'art. 10.

GIOACCHINO LA ROCCA

--- Estremi documento ---

Archivio: foro italiano

Tipo documento: nota a sentenza

Vai a: sentenza 1, sentenza 2, nota a sentenza

Voci e sottovoci Repertorio:

Società [6270]

Gruppi

Autore: Gioacchino La Rocca

Titolo: L'interesse di gruppo nella recente giurisprudenza: «cause suffisante» e «cause raisonnée» dei rapporti intragruppo.

Giudicante: CORTE DI CASSAZIONE; sezione I civile; sentenza, 05-12-1998, n. 12325

Magistrati: Pres. Grieco, Est. Verucci, P.M. Mele (concl. parz. diff.)

Parti e avvocati: Banca di Roma (Avv. Vassalli, A. e F. Leonini) c. Soc. Carisio Alluminio e altri; Soc. Carisio Alluminio e altri (Avv. Jaeger, Libonati) c. Banca di Roma.

Giudizio precedente: Cassa App. Milano 24 ottobre 1995.

Giudicante: CORTE DI CASSAZIONE; sezione I civile; sentenza, 26-08-1998, n. 8472

Magistrati: Pres. Corda, Est. Graziadei, P.M. Morozzo Della Rocca (concl. conf.)

Parti e avvocati: Soc. Edilizia Adige (Avv. Liuzzi) c. Cassa di risparmio di Padova e Rovigo (Avv. Manzi, Fornaro).

Giudizio precedente: Conferma App. Venezia 7 febbraio 1996.

Nella rivista: anno 2000, parte I, col. 2939

Precedenti in Foro it.:

Foro it., 1992, I, 817 ►

Foro it., 1996, I, 3382 ►

Foro it., 1997, I, 1612 ►

id., 1996, I, 1222 ►

id., 1992, I, 1892 ►

Foro it., 1990, I, 1174 ►

Dottrina Foro Italiano:

Società [6270]

Dottrina Zanichelli:

COTTINO, Il nuovo diritto societario

COTTINO, Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009