

# Prova mutevole nell'abuso di direzione

Anche le tradizionali regole fondate sulla natura della responsabilità possono subire eccezioni

/ Maurizio MEOLI

Il Tribunale di Milano, nella sentenza n. [2575/2016](#), solo recentemente edita, prende in esame importanti profili della responsabilità da abuso di attività di **direzione e coordinamento**.

Si precisa, innanzitutto, che questa responsabilità (verso i soci della controllata, i creditori sociali e la stessa società) ha **natura** contrattuale. Di conseguenza, l'attore deve provare: l'**esercizio** dell'attività di direzione e coordinamento; il danno (pregiudizio al valore o alla redditività della partecipazione o all'integrità del patrimonio); il nesso causale tra attività di direzione e coordinamento e danno. L'attore è esentato dal provare l'illiceità dell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento.

La società convenuta/controlante, invece, dovrebbe provare: che il danno deriva da causa a lei **non imputabile** (per la liceità dell'attività direttiva) ovvero di aver fatto tutto il possibile per evitare il danno; l'esistenza dei c.d. "vantaggi compensativi" (quale elemento scriminante della responsabilità).

La responsabilità in questione, inoltre, non può derivare, genericamente, dall'attività direttiva (di per sé legittima), ma sempre da un **fatto determinato**: da una o più operazioni, diverse e collegate, o dello stesso tipo e ripetute, ma in ogni caso adeguatamente individuate, la cui illiceità potrebbe anche non essere di immediata percezione; con la conseguenza che l'attore deve quanto meno "**allegare**" tali **profili**, consentendo, così, alla società convenuta di difendersi.

Con riferimento, invece, ai soggetti che hanno preso parte all'attività abusiva e dannosa o ne siano stati beneficiari (ex [art. 2497](#) comma 2 c.c.), occorre distinguere tra: quelli che hanno un rapporto di tipo contrattuale con il danneggiato, società controllata o socio o creditore della controllata (ad esempio, amministratori e sindaci non solo della controllata, ma anche della controllante), nel qual caso la **responsabilità** sarà contrattuale; quelli che non hanno un rapporto di questo tipo, nel qual caso la responsabilità sarà da concorso extracontrattuale in responsabilità contrattuale (ex [art. 2055](#) c.c.).

Ne consegue, in questa seconda ipotesi, l'applicazione di un più gravoso regime dell'onere probatorio, dovendosi dimostrare il comportamento dannoso, la **sua illiceità**, il danno ed il nesso di causalità tra comportamento e danno. E l'addebito di illiceità dell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento non può essere fondato esclusivamente sulla deduzione che la holding abbia agito nel proprio interesse imprenditoriale, essendo necessario dimostrare anche che essa ha violato regole di corretta gestione societaria o imprenditoriale con l'effetto di provocare un danno alla

società controllata, danno non eliminato né compensato da altri vantaggi. È fatto, peraltro, salvo il caso in cui la situazione concreta renda necessario il ricorso al criterio della **vicinanza della prova** (come accadeva nella specie, dove l'onere di provare di non avere goduto di vantaggi compensativi è stato posto in capo alle società controllate attrici).

Deve essere riconosciuta – prosegue la decisione in commento – la legittimazione attiva della **società eterodiretta** ad agire in responsabilità nei confronti dell'ente/soggetto dirigente (cfr. Trib. Milano 20 febbraio 2015). L'azione della società controllata nei confronti della controllante, peraltro, non è un'azione ex art. 2497 comma 1 c.c., che è riservata a soci e creditori della controllata, ma un'azione volta a far valere la responsabilità diretta (di tipo contrattuale) della società controllante per i danni che l'illegittima attività di direzione e coordinamento abbia cagionato al patrimonio della società controllata in base ai **principi generali** ([artt. 1173 e 1218](#) c.c.).

È da escludere un'ipotetica responsabilità della società eterodiretta per il danno subito al proprio patrimonio per effetto dell'attività di direzione e coordinamento sulla base del principio di autoreponsabilità ([art. 1227](#) c.c.).

Ciò in quanto: nel nostro sistema **non esiste** un'affermazione di questo principio nei rapporti tra amministratori e società amministrata, che non può essere ritenuta responsabile del danno subito dal proprio patrimonio per effetto della "mala gestio" dei suoi amministratori (essa, invece, può sempre agire contro i propri amministratori che, concorrendo nell'abuso dell'attività di direzione e coordinamento, abbiano causato danno al suo patrimonio); non è consentito, per questo aspetto, richiamare l'autonomia soggettiva/terzietà della holding, in ragione della natura stessa dell'attività di direzione e coordinamento, che è attività di natura gestoria che si concretizza proprio e precisamente in una **influenza sulle decisioni** degli amministratori della società controllata; non pare conciliabile con l'art. 2497 comma 2 c.c., che coinvolge nella responsabilità tutti i partecipi ed i beneficiari dell'abuso, **escludendo le vittime**; non rileva l'ultimo comma dell'art. 2497 c.c., nella parte in cui riconosce al curatore, nel caso di fallimento della controllata, la legittimazione ad esercitare l'azione dei creditori sociali ex art. 2497 comma 1 c.c., e non l'azione della società.

Ed infatti, da un lato, la norma è collocata in un contesto in cui si parla dell'azione dei creditori (e dei soci) e non dell'azione della società, e, dall'altro, quest'ultima passa in capo al curatore in forza dei principi generali, **non** necessitando di **disposizione speciale**.