

La responsabilità della capogruppo per illeciti delle controllate.

Gruppo di società e concorso nell'illecito.

1. Premessa

- Si fa sempre più vivo il dibattito relativamente alla individuazione di principi che possano far ritenere la responsabilità della società madre per gli atti illeciti posti in essere dalle figlie (1). Diversi autori hanno indicato differenti progettazioni dirette a ricercare un collegamento più o meno diretto tra le società costituenti il gruppo, ma tutte queste tesi presentano la stessa difficoltà consistente nella impossibilità di superare la barriera della diversa personalità giuridica e autonomia patrimoniale dei singoli soggetti che compongono il gruppo. Nella presente trattazione dopo, una analisi dei singoli orientamenti, verrà indicata la possibilità di considerare il problema sotto un diverso aspetto.

2. Responsabilità del gruppo

La Giurisprudenza in più occasioni (e con essa la dottrina maggioritaria (2)) ha affermato che "il gruppo di imprese non costituisce un soggetto giuridico o comunque un centro di interessi autonomo rispetto alle società collegate, la nozione di interesse sociale deve essere valutata tenendo conto della autonomia soggettiva delle singole società del gruppo" (3).

Questo orientamento va condiviso, apparendo particolarmente artificioso (o forse solo prematuro, anche se la Corte di Giustizia con una recentissima decisione in tema di concorrenza ha ritenuto giuridicamente rilevante l'unità del comportamento tenuto dal gruppo(4), ricorrere ad una creazione giuridica quale "il gruppo, come impresa di imprese" (a meno che non si ricorra al concetto di finzione di gruppo (5) o si voglia configurare il gruppo come imprenditore occulto) (6). Il gruppo della società, tuttavia, è un concetto fuorviante per la soluzione del problema prospettato (responsabilità della casa madre per illecito delle figlie). L'atto illecito e l'obbligazione conseguente assunta dalla società figlia non va ricondotta al gruppo in quanto tale ma alla società madre e ciò o, come ritiene gran parte della Dottrina, per essersi avvalsa delle figlie per propria utilità, o per fatto proprio, a titolo di concorso, per aver partecipato direttamente alla commissione del fatto illecito.

Seguendo questa impostazione, appare superfluo procedere ad una classificazione delle varie nozioni di gruppo, come fatto da diversi autori ai cui scritti si rimanda (7).

3. Responsabilità della società madre.

Responsabilità per fatto altrui (concetto di direzione unitaria o influenza dominante).

- Vari autori, analizzando le varie fattispecie di gruppi esistenti hanno dedotto che la società madre può, a seconda dei casi, avere una maggiore o minore influenza nei confronti delle altre società del gruppo. La società capogruppo potrà limitarsi a dare indicazioni di massima (ad esempio una sorta di "direttive-quadro di politica aziendale", all'interno delle quali possono muoversi più o meno liberamente le società figlie) ovvero partecipare direttamente con precise indicazioni alle scelte gestionali di vario genere.

Nel primo caso limite difficilmente potrà evincersi una responsabilità della società madre mentre, nel secondo caso, vi sono certamente gli estremi per risalire al concetto di direzione unitaria o, quanto meno, ad una influenza dominante. Senza andare ad individuare tutte le analisi svolte in dottrina per identificare i vari casi in cui possa risalirsi ad una direzione unitaria o una influenza dominante è sufficiente tenere presente che di massima si ha la prima in caso di avocazione da parte della controllante di attribuzioni afferenti in misura più o meno estesa alla gestione amministrativa della controllata, si ha la seconda nel caso di emissione da parte della madre di direttive vincolanti per la controllata.

In entrambi i casi tuttavia la Giurisprudenza (e la dottrina non è da meno, rilevando che una cosa è parlare di unitarietà aziendale del gruppo, altra è ricondurre senz'altro l'imputazione delle attività delle affiliate alla società madre) è particolarmente restia a individuare una precisa responsabilità della società madre per atti posti in essere dalle figlie, a meno che non si riesca a provare (8) (così ispirandosi alla Legge 95/79 art. 3 - legge Prodi), che gli amministratori della controllata abbiano agito come meri esecutori della volontà della controllante (9) ovvero la presenza di gravi precisi e concordanti elementi indicativi dell'esistenza di una direzione unitaria o la coincidenza di cariche amministrative significative in capo alle medesime persone. Tale esigente richiesta probatoria evidenzia tutti i limiti della tesi della "direzione unitaria": riuscire a dimostrare la direzione unitaria equivarrebbe a dimostrare di fatto la configurazione di un imprenditore occulto. A parere di chi scrive tale onere potrebbe essere sufficientemente soddisfatto per presunzioni (ma di questo seguirà un apposito paragrafo) qualora sussistano dati precisi e circostanziati quali il controllo delle quote di maggioranza della società figlia da

parte della società madre. Sin da ora è però opportuno precisare che, pur riscontrando nella Giurisprudenza maggioritaria una visione decisamente "formalistica", la Corte d'Appello di Milano con Sentenza 22 gennaio 1988 (10) in materia di concorrenza sleale imputabile alla controllante per attività della controllata, ha ritenuto che il rapporto tra controllata e controllante è di per sé sufficiente a rendere la prima responsabile degli atti commessi dalla seconda, a prescindere dall'accertamento che la figlia abbia effettivamente agito nell'interesse della prima (11).

4. Responsabilità della società madre per fatto proprio a titolo di concorso

-Si può individuare la responsabilità della società madre, qualora questa abbia partecipato alla realizzazione dell'illecito perpetrato dalle varie controllate (concorso nella commissione dell'illecito), realizzando quelle concause senza le quali l'illecito non si sarebbe mai potuto attuare. È la teoria della causalità adeguata ovvero causalità efficiente. In applicazione dei principi fissati dall'art. 41 c.p. sul concorso di cause, operanti anche in tema di illecito civile (12), il nesso eziologico va riconosciuto con riguardo ad ogni antecedente che abbia contribuito direttamente o indirettamente alla produzione dell'evento (13). In tali casi sussiste la responsabilità solidale di coloro che hanno partecipato alla realizzazione dell'illecito (14). In dottrina si è inizialmente parlato di responsabilità della controllante in forza della tutela aquilana del credito e più in particolare della specifica figura che va sotto il nome di concorso del terzo controllante nell'inadempimento del debitore (15).

Ma quali sono i comportamenti tenuti dalla società controllante all'interno dell'attività del gruppo che possono essere considerati a tal fine giuridicamente rilevanti? La dottrina ha indicato varie fattispecie in cui la società madre può attivarsi in modo da determinare la attività del gruppo:

- i) "Qualora la società sia una *holding* a carattere eminentemente finanziario a questa spetta la suprema direzione del gruppo, che essa esprime esercitando il voto di socio di maggioranza nelle assemblee delle controllate; le società operanti traducono le direttive che (si presume) ricevono dalla *holding* in specifiche attività di produzione o di scambio" (16); tale orientamento, come abbiamo sopra indicato, è stato seguito anche dal legislatore in tema di OPA all'art. 27 comma 4° L. 149 del 1992 (17), ove si presume che le operazioni della società controllata siano decise dalla società controllante "per l'attuazione di un indirizzo che è determinato dalla *holding* ed attuato dalle società che compongono il gruppo" (18).
- ii) Quando la controllante compie un'attività di gestione della controllata e ciò alla luce dell'abrogato art. 2429 c.c. bis ora 2428 c.c., per il quale la relazione degli amministratori deve illustrare l'andamento della gestione nei vari settori in cui la società ha operato, anche attraverso società da essa controllate (19).
- iii) Qualora la società madre partecipi direttamente e materialmente alla attività svolta dalla figlia.

5. Illecito imputabile alla società madre a titolo di concorso nella contraffazione brevettuale

In sede brevettuale trova ampia applicazione quanto esaminato al punto 4 per una duplicità di motivi: a) la contraffazione brevettuale è un tipico illecito dalle connotazioni sia civilistiche che penalistiche; b) date le strutture produttive e commerciali capita spesso che autori della violazione possano essere società facenti parti di un gruppo. Al paragrafo 4 sono stati esaminati alcuni casi in cui una società madre possa partecipare alla consumazione dell'illecito: nei casi i) e ii) vi sarà una partecipazione di carattere psicologico o ideativo, cioè nella fase precedente la produzione (ad esempio tutte le decisioni di carattere gestionale relative alla scelta del prodotto da fabbricare, a quale utenti o consumatori rivolgersi e così via); nel caso iii) la società madre potrà intervenire direttamente partecipando ai singoli processi produttivi (cioè deciderà quali saranno le singole società del gruppo che fabbricheranno determinati componenti del prodotto ovvero il tipo di tecnologia da utilizzare; la controllante potrà intervenire direttamente nelle scelte di marketing).

Del resto l'illecito non è solo costituito dall'uso illegittimo del brevetto altrui, illecito è anche la produzione del bene contraffatto e la sua commercializzazione o il trarre proventi dalla diffusione del prodotto commercializzato (20): tutta questa figura complessa realizza l'illecito. Non è concepibile ritenere che la società madre non ha partecipato a tutto ciò, quando la stessa ha posto in essere una (e di massima ben più di una) delle concause senza le quali la determinazione dell'evento non si sarebbe mai potuta realizzare. A questo punto però, sorge il problema di provare una partecipazione della società madre, (richiesta dalla richiamata legge Prodi 95/79 art. 3), per cui si richiede la esistenza di un flusso costante di istruzioni della società dominante di scelte strategiche in ordine a nuove iniziative, alla politica commerciale e produttiva seguita dalla singola controllata (21). Per dimostrare la partecipazione della società madre a titolo di concorso nell'illecito, sarà sufficiente dimostrare che la società madre abbia posto in essere una di quelle concause che direttamente o indirettamente abbia contribuito alla produzione dell'evento (22).

La dimostrazione di tale partecipazione può senz'altro apparire una sorta di probatio diabolica (23). Tale prova oltre che di difficile, se non impossibile, realizzazione configgerebbe senz'altro una illecita ingerenza della altrui sfera di segretezza. La prova invece può essere offerta ricorrendo all'istituto della presunzione ai sensi degli artt. 2727 c.c. e s.s.; il Giudice, partendo da un fatto noto (contraffazione del brevetto da parte della figlia e controllo della madre sulla figlia), può risalire ad un fatto ignorato (partecipazione della madre alla consumazione dell'evento o in sede progettuale-ideativa o esecutiva).

La presunzione come mezzo di prova, pur se non solo in sede brevettuale (Corte di Giustizia CEE 22 giugno 1994 (24)) già ha avuto un riconoscimento dalla più attenta Giurisprudenza di merito. In un caso di contraffazione brevettuale nel settore elettronico è stato ritenuto che "la commercializzazione dei televisori è casualmente imputabile alla società madre in quanto è evidente che i prodotti vengano avviati al mercato italiano con il consenso ed anzi secondo le direttive del produttore. In senso contrario potrebbe concludersi soltanto se risultasse che la diffusione di tali prodotti nel mercato nazionale avviene in violazione di un divieto della società madre (Trib. Pinerolo 31 agosto 1993). Una volta risaliti alla responsabilità della società madre a titolo di concorso ne consegue la sua responsabilità solidale all'illecito perpetrato (25).

VINCENZO JANDOLI
Procuratore legale in Milano

NOTE:

(1) Il problema è particolarmente sentito sia a proposito delle norme comunitarie a tutela della concorrenza (è stata riconosciuta la responsabilità della società madre per illeciti concorrenziali delle figlie vedasi al riguardo la decisione nel caso *Materie Coloranti* 14 luglio 1972 Corte di Giustizia - STOLFI in *Le società multinazionali nel diritto comunitario*, Milano 1984 pg. 45 - o la più recente Sentenza Corte di Giustizia 22 giugno 1994 IHT-Ideal Standard in *Giustizia Civile* 1994 pg. 2388) che in casi di disastri ecologici, nel 1985 in USA il governo indiano agì in rappresentanza di migliaia di vittime, per il guasto agli impianti della Union Carbide India Ltd a Bhopal -India-, nei confronti della *Holding* statunitense (W Kolvenbach, *BhopalStorm over the Multinationals* in ZGR, 1986, pg. 47 e Franzosi in Bhopal: il rischio multinazionale per esercizio di attività pericolose, in *Foro Padano* 1985, II, pg. 199). (2) Unico autore in senso contrario è SCHIANO DI PEPE, *Il gruppo d'impresa*, Milano 1990, pg. 136 e ss. che ritiene potersi configurare una impresa di imprese o "se si vuole, una impresa di secondo grado"; in cui comunque la capogruppo viene configurata come l'imprenditore della impresa "gruppo". (3) (Cass. 8 maggio 1991 n. 5123, in *Foro Italiano* 1992, I pg. 817; nello stesso senso Cass. 16 luglio 1992 n. 8656). (4) Ai fini dell'applicazione delle regole della concorrenza, l'unità del comportamento sul mercato della società madre e delle sue filiali prevale sulla separazione formale tra le società, che risulta dalle loro personalità giuridicamente distinte (Corte di Giustizia 12 gennaio 1995).

(5) In Italia vi sono state diverse decisioni in cui è stato mutuato da esperienze francesi e statunitensi il concetto di "finzione di gruppo". Qualora all'interno di un gruppo si accerti che vi sia una sostanziale identità patrimoniale ovvero quando la costituzione di alcune società sia stata realizzata esclusivamente come schermo per proteggere la società madre che di fatto gestisce l'intera attività sociale, senza tuttavia assumere i cosiddetti rischi d'impresa, facendo svolgere l'attività nei confronti dei terzi alla sola società figlia, allora viene superato lo schermo della personalità giuridica, con la conseguenza che la controllante potrà essere tenuta a rispondere dei debiti sostenuti dalle controllate. La Corte d'Appello di Roma con Sentenza 28 ottobre 1986, in *Gadi* 2284 pg. 422; 1988, (confermando un precedente orientamento avuto nella Sentenza 19 febbraio 1981) ha ritenuto che ove della personalità giuridica si sia abusato, come nel caso in cui i fondatori trattino i beni della persona giuridica come propri, il giudice può superare lo schermo della personalità giuridica ed imputare ai fondatori i rapporti giuridici facenti capo all'ente". Dello stesso avviso il Tribunale di Venezia che con Sentenza 6 agosto 1982, in *Diritto Fallimentare* 1983, II, 744, ha ritenuto di individuare tale finzione di gruppo nel caso in cui la società che ha rapporti nei confronti di terzi risulti "obiettivamente incapace, benché dotata di una soggettività propria e distinta, di una attività imprenditoriale propria. Tali decisioni, comunque, non arrivano a configurare una autonoma personalità giuridica del gruppo, cioè non arrivano certo a "creare" un soggetto terzo (che sarebbe il gruppo) che si affianca alle singole persone giuridiche formalmente esistenti (cioè le società figlie e la madre). Ciò nonostante è da apprezzare l'indirizzo seguito dalla indicata Giurisprudenza che, scevra dai rigidi e preconetti schemi formalistici, a tutela dei terzi o delle nuove esigenze del commercio ha voluto comunque risalire ad una responsabilità della società madre per le obbligazioni, da fatto illecito contrattuale o extracontrattuale, anche più genericamente per attività poste in essere dalle figlie.

(6) Cioè considerare imprenditore occulto il gruppo o la società madre, quale soggetto nel cui interesse esclusivo viene svolta da

altri (società figlie) solo formalmente l'attività di impresa. Vedasi

FERRI in *Manuale di Diritto Commerciale*, Torino, 1986, pg.

105. Nell'ipotesi di esercizio dell'impresa a mezzo di prestanome, imprenditore è sempre colui nel cui nome l'impresa viene esercitata. Tuttavia, si tratta di stabilire se, data la particolare situazione di talune conseguenze giuridiche derivanti dall'esercizio dell'impresa, tali conseguenze non si producano anche a carico di colui che l'impresa effettivamente esercita sotto nome altrui (cosiddetto imprenditore occulto o indiretto). E questo in verità mi sembra doversi affermare sia perché non può ritenersi consentito al soggetto di esimersi, attraverso la creazione artificiosa di uno schermo, dalle responsabilità che la legge pone come necessaria contropartita del potere di gestione, sia perché nel nostro ordinamento giuridico è espressamente sanzionata la inscindibilità del rapporto potere-responsabilità... imprenditore è e rimane il prestanome, così come nella società di persone e nella società con un unico azionista, imprenditore è la società, e non i soci o l'azionista unico. Tuttavia in quanto chi esercita il potere di gestione e assume il rischio di impresa è colui che sta dietro e il prestanome è un puro strumento materiale per la realizzazione della sua volontà, la responsabilità di impresa ricade anche su di lui, così come ricade sui soci di una società di persone o sull'unico azionista.

(7) JAEGER, in *Considerazioni parasistematiche sui controlli e sui gruppi*, in *Giurisprudenza Commerciale* 1994, pg. 484; PETTITI, *Il gruppo di imprese o società*, in *Riv. di diritto commerciale*, 1992, pg. 832 e ss.

(8) La società controllante che, con colposi comportamenti omissivi e commissivi, posti in essere direttamente per mezzo degli amministratori da essa designati ed agenti quali meri esecutori della sua volontà, abbia leso l'integrità del patrimonio della società controllata, è tenuta a norma dell'art. 2043 c.c. a risarcire il danno a quest'ultima cagionato; Tribunale di Orvieto 4 novembre 1987, in *Giur. italiana* 1988, II, pg. 501. (9) Cass. 8 maggio 1991, n. 5123, in *Società* 1991, 1349; App. Genova 10 ottobre 1991, in *Società*, 1992, 496; App. Catanzaro 19 settembre 1985, in *Dir. Fallimentare* 1986, II, 50.

(10) In *Gadi* 2284, pg. 422; 1988.

(11) Cass. 10 luglio 1978, in *Gadi* 3446 (10007) e ASCARELLI, in *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano 1960, 255.

(12) Cass. 24 febbraio 1987 n. 1937, in *Arch. Circ.*, 1987, pg. 471.

(13) Cass. 21 febbraio 1984 n. 1984 in *Mass. Foro it.*, Zanichelli 1984.

(14) Cass. 11 novembre 1987 n. 8312.

(15) Così VISINTINI "La tutela aquiliana delle posizioni contrattuali" in *Contratto e Impresa* 1985, pg. 657 e GALLANO, *Responsabilità della controllante per la pregiudizievole influenza esercitata sulla società controllata*, in *Rivista Diritto e Società* 1988, pg. 359 anche SCOGNAMIGLIO, *La responsabilità della società capogruppo: problemi ed orientamenti*, in *Riv. delle società* 1988, pg. 391 che individua la responsabilità della capogruppo a titolo di concorso in solido con la società figlia al risarcimento dei danni da quest'ultima cagionata a terzi.

(16) GALLANO, *Il punto della giurisprudenza in Materia di gruppi sulla società; su Contratti e Impresa*, 1991, pg. 898.

(17) ...Dopo la pubblicazione dell'offerta e per tutta la durata di questa è fatto divieto di effettuare contrattazioni, anche per interposta persona, dei titoli oggetto della medesima: a) all'offerente, alle società che lo controllano, che ne sono controllate o che sono sottoposte a comune controllo, anche attraverso patti di sindacato, o che sono sottoposte a comune controllo, anche attraverso patti di sindacato, o che sono con esso collegate, e al mandatario eventualmente designato dall'offerente. (18) GALLANO, "Gruppi di società, insider trading, OPA obbligatoria", in *Contratto ed Impresa* 1992, pg. 637. (19) PAVONE LA ROSA, "Gruppi di imprese ed informazione societaria" in *L'informazione societaria*, Milano 1982, pg. 1122; BONELLI, *Diritto Commerciale*, 1987, pg. 352; COLOMBO, in

Informazione societaria e gruppi di società, in *L'informazione societaria*

Milano 1982, pg. 677; la gestione e la direzione unitaria da parte della controllante emerge dalla lettera dell'art. 2429 bis c.c. per il quale "la relazione degli amministratori... deve illustrare l'andamento della gestione. nei vari settori in cui la società ha operato, anche attraverso altre società da essa controllate.."

BONELLI, "La responsabilità della società controllante per gli illeciti delle proprie controllate" op. cit..

(20) Sia la produzione sia la messa in circolazione del prodotto contraffatto costituiscono fatti lesivi del diritto del titolare del brevetto per invenzione (Trib. Torino 21 settembre 1987, [Giur. Ann. dir. Ind. 220/1](#)) e dunque tutti i terzi che abbiano preso parte alla fabbricazione, all'uso o alla vendita di ciò che è brevettato sono direttamente responsabili di contraffazione nei confronti del titolare del brevetto (Trib. Roma 27 novembre 1985, [Giur. Ann. dir. Ind. 1970/1](#)).

(21) Così Tribunale di Alba che, con ordinanza del 16 dicembre 1994, ha ritenuto il difetto di legittimazione passiva della società madre per una contraffazione brevettuale della figlia in assenza del richiesto riscontro probatorio.

(77) (Cass. 21 dicembre 1984 n. 6652 in *Mass. Foro it.*

Zanichelli 1984).

(23) In sostanza si dovrebbe "filmare" o "registrare" il consiglio di amministrazione della società controllante in cui si decide di intervenire sulle scelte della controllata, non solo ma si dovrebbe anche provare che durante il consiglio di amministrazione della controllata si decide di eseguire le decisioni prese dalla controllante.

(24) Vedasi il Considerant n. 37. Nelle situazioni sopra descritte la funzione del marchio non è affatto pregiudicata dalla libertà delle importazioni. Infatti nella citata sentenza Hag II la Corte ha dichiarato che affinché il marchio possa svolgere la sua funzione esso deve garantire che tutti i prodotti che ne sono contrassegnati sono stati fabbricati sotto il controllo di una unica impresa cui possa attribuirsi la responsabilità della loro qualità (punto 13). In tutti questi casi vi è un controllo effettuato dalla stessa entità. Il gruppo di società, nel caso di prodotti distribuiti da una consociata; il fabbricante, nel caso di prodotti posti in commercio dal concessionario; il licenziante se si tratta di prodotti posti in commercio dal concessionario; il licenziante se si tratta di prodotti smerciati da un

licenziatario. Nell'ipotesi della licenza, il concedente ha la possibilità di controllare la qualità dei prodotti del licenziatario inserendo nel contratto clausole che impongano il rispetto delle sue istruzioni e gli conferiscano la facoltà di sincerarsene. (*Motivazione della Convenzione Benelux e della legge uniforme*, Bulletin Benelux 1962-2 pg. 36; in *Giust Civ.* 1994, pg. 2388).

(25) Nelle obbligazioni da fatto illecito sia contrattuale che extracontrattuale sussiste la responsabilità di tutti coloro che abbiano concorso a cagionare il danno (Cass. 11 novembre 198v n. 8312. in *Arch. Civ.* 1988, pg. 429).