

Edoardo Compagnoni

# Società semplice holding. Tra limite alla commercialità e nozione di gruppo

(doi: 10.4478/112383)

Osservatorio del diritto civile e commerciale (ISSN 2281-2628)

Fascicolo 2, dicembre 2023

**Ente di afferenza:**

*Università degli studi di Brescia (unibs)*

Copyright © by Società editrice il Mulino, Bologna. Tutti i diritti sono riservati.

Per altre informazioni si veda <https://www.rivisteweb.it>

**Licenza d'uso**

L'articolo è messo a disposizione dell'utente in licenza per uso esclusivamente privato e personale, senza scopo di lucro e senza fini direttamente o indirettamente commerciali. Salvo quanto espressamente previsto dalla licenza d'uso Rivisteweb, è fatto divieto di riprodurre, trasmettere, distribuire o altrimenti utilizzare l'articolo, per qualsiasi scopo o fine. Tutti i diritti sono riservati.

# Società semplice *holding*

## Tra limite alla commercialità e nozione di «gruppo»

Edoardo Compagnoni

The Non-Commercial General Partnership Holding. Between the Commerciality Limitation and the «Group» Notion

With reference to the range of the exercisable activities by a non-commercial general partnership (*società semplice*), the aim of this paper is to investigate the nature of the assumption of shareholdings. Special attention will be paid to the stresses that may arise between the «non-commercial type» and the notion of «group of companies» resulting from the «direction and coordination activity» exercised by a «natural person holding».

Keywords: Non-Commercial General Partnership, Holding, Commercial Activity.

### 1. Premessa

Da una prima – e sommaria – lettura della disciplina del Codice civile riguardante la società semplice, si può essere indotti a pensare che questa rappresenti il tipo sociale utilizzabile *solamente* per l'esercizio dell'attività d'impresa non commerciale; e, quindi, dell'impresa *agricola*. Tuttavia, già nella Relazione al Re del Codice civile del '42 traspariva il fatto che il Legislatore storico aveva attribuito a questa un ruolo ben più ampio<sup>1</sup>.

La tendenza di ammettere *ulteriori* utilizzi della società semplice è riscontrabile anche nei recenti – e reiterati – interventi del Legislatore tributario

<sup>1</sup> Sono due gli indici presenti nella Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice civile del 1942 che depongono a favore del fatto che possano essere esercitate dalla società semplice *ulteriori* attività rispetto a quella agricola: *i*) il fatto che questa «sostituisce la società civile del codice del 1865» (v. § 927 della Relazione) e *ii*) la formulazione del § 931 secondo cui il «campo di applicazione specifico [della società semplice] è quello delle attività non commerciali e cioè *soprattutto* delle attività agrarie» (enfasi aggiunta). In particolare, si noti il fatto che l'avverbio «soprattutto» allude al fatto che ci sia qualcosa di *ulteriore* rispetto all'attività agricola che possa essere esercitata dalla società. Anche nella risalente manualistica erano diffuse simili posizioni: a tal proposito, cfr. – *ex multis* – A. Torrente, *Manuale di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1960, p. 600 e G. De Semo, *Istituzioni di Diritto Privato*, Firenze, G. Barbera, 1955, p. 671. Sul tema, già F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, Giuffrè, 1954, III, I, p. 302 – osservando che «l'attività economica esercitata dalla società semplice è *principalmente* attività agricola e attività di gestione di immobili» (enfasi aggiunte) – menzionava attività *ulteriori* rispetto a quella agricola.

volti a consentire (e ad agevolare) la *trasformazione* di società commerciali in società semplici aventi ad oggetto attività economiche *non produttive*<sup>2</sup>. Prendendo le mosse da questi, parte della dottrina – nonché della giurisprudenza<sup>3</sup> – si è pronunciata sulla *legittimità* della costituzione di una società semplice avente ad oggetto l'attività economica (*non imprenditoriale*) di *godimento* dei beni presenti nel patrimonio sociale<sup>4</sup>. Considerando il fatto che il «godimen-

<sup>2</sup> Sono i reiterati interventi del legislatore tributario che hanno posto le basi per le aperture della dottrina e della giurisprudenza verso alla legittimità di una società semplice avente ad oggetto attività economiche *non produttive*. In particolare, si segnalano l'art. 29 della Legge 27 dicembre 1997, n. 449; l'art. 3, commi 1 e 7 della Legge 28 dicembre 2001, n. 448; l'art. 1, commi 111-117 della Legge 27 dicembre 2006, n. 296; l'art.1, comma 129 della Legge 24 dicembre 2007, n. 244; l'art. 1, comma 115 della Legge 28 dicembre 2015, n. 208 e – da ultimo – l'art. 1, commi 100-106 della Legge 29 dicembre 2022, n. 197 che prevedono una trasformazione (fiscalmente) agevolata in società semplice per le società commerciali che «hanno per oggetto esclusivo o principale la gestione dei [...] beni» «non utilizzati come beni *strumentali* nell'attività propria dell'impresa» (enfasi aggiunta).

<sup>3</sup> La più recente giurisprudenza è orientata verso l'ammissibilità della società semplice avente ad oggetto attività economiche *non produttive*; in tal senso, cfr. Trib. Roma, 8 novembre 2016, n. 16411, in *Giur. it.*, 2017, p. 695 con nota di Cagnasso, O.; Trib. Torino, 31 agosto 2020, n. 2867 in *DeJure. Contra*, cfr. Cass., 1° aprile 2004, n. 6361, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, p. 4; Trib. Mantova, 3 marzo 2008, in *Società*, 2009, p. 1026 con nota di Lupetti, M.C. e in *Dir. e prat. soc.*, 2008, p. 84 con nota di Gaeta, M.M.; Trib. Varese, 30 marzo 2010, in *www.ilcaso.it*.

<sup>4</sup> Autorevolissima dottrina si è pronunciata sul tema dell'ammissibilità di una società semplice avente ad oggetto una attività economica «non produttiva». In particolare, P. Spada, *Dalla società civile alla società semplice di mero godimento*, in *Studio n. 69-2016/I* del Consiglio Nazionale del Notariato, poi in *Riv. not.*, 2016, I, p. 835 (da cui si cita) il quale riconosce in tale apertura il retaggio della «società civile» prevista dal Codice civile del 1865, dello stesso avviso anche O. Cagnasso, *La società semplice immobiliare: un ritorno ai codici abrogati?*, in *Giur. it.*, 2017, p. 697. Cfr. anche G. Baralis, *L'«eretica» società semplice di mero godimento immobiliare: riflessioni*, in *Studio n. 73-2016/I* del Consiglio Nazionale del Notariato, poi in *Id.*, *La validità «stabile» della società semplice di mero godimento immobiliare*, in *Riv. not.*, 2017, I, p. 428 secondo cui tale ammissibilità si rinviene in una «interpretazione costituzionalmente orientata» della disciplina fiscale cui si è detto *supra* alla nota 2 e – sempre in tal senso – *Id.*, *Influenze della legislazione tributaria sulla legislazione civile. Anche modifiche «indotte» alla legislazione civile?*, in *Studio n. 4129* del Consiglio Nazionale del Notariato. Sul tema, cfr. anche S. Patriarca, I. Capelli, *Art. 2251-2290. Società semplice*, in *Commentario del Codice civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. De Nova, Bologna, Zanichelli, 2021, p. 6; K. Martucci, *Le società di godimento nel diritto italiano d'oggi*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, p. 465; M.C. Lupetti, *Se siano ammissibili le società semplici di «mero godimento»*, in *Le Società*, 2009, p. 1026 e F. Raponi, *Trasformazione di società commerciale immobiliare in società semplice. Problematiche fiscali*, *Studio n. 92-2016/T*, del Consiglio Nazionale del Notariato. Invece, *contra* M. Cian, *L'organizzazione produttiva: elementi costitutivi*, in *Diritto commerciale 2*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 26 secondo cui «alla definizione dell'art. 2247 si ricava [...] l'inammissibilità di società di mero godimento: nessuna società può essere costituita *esclusivamente* a questo scopo» e, quindi, che i beni che compongono il patrimonio della società devono «risultare funzional[i] all'esercizio di un'attività produttiva» poi ribadisce che «l'inammissibilità di società di mero godimento è

to» di un patrimonio è raggiungibile solamente mediante la sua *gestione*<sup>5</sup>, è possibile convenire circa la legittimità di una società semplice «di gestione»<sup>6</sup>.

Tutto ciò premesso, il presente contributo si sofferma sull'ipotesi in cui la *res*, oggetto della gestione, sia rappresentata da partecipazioni sociali<sup>7</sup>. E,

confermata dall'art. 2248» (enfasi in originale) e P. Ghionni, *Società di mero godimento tra teoria generale e nuovo diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2008, p. 1315.

<sup>5</sup> Cfr. G. Baralis, *La validità «stabile» della società semplice di mero godimento*, cit., p. 428 (nt. 4) il quale – retoricamente – osserva che è difficile immaginare «come si possa realizzare una attività di gestione che non sia strumentale al godimento» (enfasi aggiunte).

<sup>6</sup> In questi termini la massima O.A.11 del Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie la quale sancisce che «si ritiene legittima la costituzione di società semplici che abbiano quale oggetto sociale: «L'attività di gestione di immobili, mobili registrati e partecipazioni sociali, senz'altro aggiungere». A tal proposito la massima aggiunge che tale «attività di gestione di beni: a) integra la causa tipica del contratto di società prevista dall'art. 2247 c.c.; b) si differenzia dalla comunione di godimento in quanto, imprimendo un vincolo "produttivo/economico" ai beni gestiti, li sottrae all'uso diretto e personale da parte dei soci e li rende da essi inalienabili e indisponibili, in maniera incompatibile con le regole della comunione dettate dagli artt. 1102 e 1103 c.c.; c) non può essere svolta in maniera industriale [rectius commerciale] ai sensi dell'art. 2195 c.c.». Sul tema, si noti che la massima G.A.10 del Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie si sofferma sul distinguere le diverse sfumature che può assumere l'attività «di gestione» (soprattutto, al fine da capire a quali condizioni questa ricada nel «godimento» di cui all'art. 2248 c.c.). In particolare, questa sancisce che «la gestione di beni: a) integra un'attività commerciale, ove sia esercitata in maniera economica e con caratteristiche industriali (art. 2195, comma 1, n. 1, c.c.), cioè con modalità più o meno complesse che comunque presuppongano l'utilizzo e il coordinamento di uno o più mezzi della produzione (si pensi ad una società di autonoleggio o ad una società di locazione di appartamenti-vacanze); b) integra un'attività economica non commerciale, ove sia svolta senza necessità di coordinamento dei mezzi della produzione, in assenza di qualsiasi organizzazione di tipo industriale, al fine vincolante di ricavarne un utile e con esclusione della possibilità per i soci di utilizzare direttamente i beni sociali (è il caso di una società proprietaria di una o più unità immobiliari destinate ad essere locate in maniera stabile, senza che siano erogati servizi accessori); c) integra una comunione di godimento, ove sui beni gestiti non sia impresso il vincolo negoziale di destinazione produttivo/economico tipico del contratto di società, vincolo negoziale che, ove costituito, esclude l'applicazione della disciplina sulla comunione dettata dagli artt. 1102 e 1103 c.c. (facoltà per i comproprietari di utilizzare personalmente i beni e di disporne liberamente pro-quota)» (enfasi aggiunte). Pertanto, si evince che la principale differenza tra la «comunione di godimento» e la «gestione di beni» esercitabile ricorrendo allo schema societario (della società semplice) risiede nel vincolo di destinazione previsto dall'art. 2256 c.c. secondo cui «il socio non può servirsi [...] delle cose appartenenti al patrimonio sociale per fini estranei a quelli della società» (enfasi aggiunta). In questo senso, P. Spada, *Dalla società civile alla società semplice di mero godimento*, cit., p. 843 sostiene che – in ragione dello sdoganamento della società semplice «di godimento» – «non sarebbe da escludere la disapplicazione di regole incoerenti col godimento collettivo (come quella ricavabile dall'art. 2256 c.c.) e, per converso, l'apertura a patti (come quello dell'art. 1111.2. c.c.) coerenti con questo ma incongrui rispetto all'iniziativa collettiva speculativa descritta dall'art. 2247 c.c.» (enfasi aggiunta).

<sup>7</sup> Sulla società semplice avente ad oggetto la gestione di partecipazioni sociali, O. Cagnasso, *La società semplice immobiliare*, cit., p. 699 osserva che «una volta ritenute legittime le società di gestione immobiliare sono da considerare tali anche quelle aventi per oggetto beni

quindi, ci si chiederà *i)* in cosa consista la *gestione* di una partecipazione sociale e *ii)* quali siano i «limiti tipologici» – derivanti dall’art. 2249, comma 2, c.c. – all’operatività di una *holding* di partecipazioni costituita in forma di (*rectius* con il tipo della) società semplice<sup>8</sup>.

Infatti, il fatto che ad essa sia precluso lo svolgimento di attività *commerciali* impone di verificare se – e a quali condizioni – l’assunzione di partecipazioni integri i requisiti di cui agli artt. 2082 e (soprattutto) 2195 c.c.

Prima di iniziare l’analisi, è utile ordinare le varie *nuances* che può assumere l’attività di «assunzione di partecipazioni» secondo una *climax* che va dalla definizione più «ampia» a quella più «circoscritta». In modo da – una volta individuata quale sia la componente *imprenditoriale* (e, segnatamente, di impresa *commerciale*) insita in esse – erigerla a «frontiera» delle attività esercitabili dalla società semplice<sup>9</sup>.

*mobili* ed in particolare le *partecipazioni sociali*. Si apre così uno scenario molto differente e sicuramente rilevante: in particolare viene in considerazione la figura della *società semplice holding*, spesso utilizzata ai vertici di importanti gruppi societari» (enfasi aggiunte). Sul tema, cfr. anche S. Patriarca, I. Capelli, *Della società semplice. Art. 2251-2290*, cit., p. 6. In ottica comparatistica, si noti che il *Gesetzentwurf* sulla riforma del diritto societario tedesco (*Handelsrechtsreformgesetz – HrefG*) 13/8444, 40 menzionava la possibilità che le *oHG* o *KG* fossero utilizzate come *Besitzgesellschaften* o come *holding* di partecipazioni. Invece, per quanto riguarda l’ordinamento francese, in merito all’utilizzo della *société civile* per l’assunzione di partecipazioni di controllo, cfr. M. Leroy, *Société civile et optimisation de la transmission à titre gratuit du patrimoine privé*, in *La semaine juridique notariale et immobilière*, 2009, p. 1166 e D. Martin, A. Couret, *Les sociétés holdings*, Paris, PUF, 1991.

<sup>8</sup> Più precisamente, l’art. 2249 c.c. prima (comma 1) sancisce che le società «che hanno per oggetto l’esercizio di un’attività *commerciale* devono costituirsi secondo uno dei tipi regolati nei capi III e seguenti» (i c.dd. tipi «commerciali» ossia s.n.c., s.a.s., s.r.l., S.p.A. o S.a.p.A.). Mentre – ai sensi del comma 2 – «le società che hanno per oggetto l’esercizio di un’attività *diversa* [da quella commerciale] sono regolate dalle disposizioni sulla *società semplice*, a meno che i soci abbiano voluto costituire la società secondo uno degli altri tipi» (enfasi aggiunte). Sul principio di tipicità, cfr. G. Oppo, *L’identificazione del tipo «società di persone»*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, p. 619; P. Spada, *La tipicità delle società*, Padova, Cedam, 1974; Id., *La tipologia delle società tra volontà e nomenclatura*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, I, p. 521; Id., voce *Società. Tipi di società in generale*, in *Enc. giur. Treccani*, 1993. Sull’affievolimento di tale principio, cfr. P. Montalenti, *Il diritto societario dai «tipi» ai «modelli»*, in *Giur. comm.*, 2016, I, p. 421, secondo cui «il principio di tipicità può dirsi, se non tramontato, certamente fortemente appannato nel nostro ordinamento giuridico, con forti assonanze con gli altri ordinamenti europei: con una formula sintetica potrebbe dirsi che il sistema societario è passato dai “tipi ai modelli”» (enfasi in originale) in senso analogo anche Spada, P., *Fasti di un dogma inutile*, in *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, I, a cura di V. Di Cataldo, V. Meli, Milano, Giuffrè, 2015, p. 709 il quale afferma che «il monumento dogmatico che chiamiamo «tipicità della società» non serve a nulla ed è spesso evocato a sproposito».

<sup>9</sup> A tal proposito, le attività che staranno «al di sotto» di questa «frontiera» concettuale saranno esercitabili – anche – da una *società semplice*; mentre quelle che lo travalicano lo saranno *solamente* da una società costituita ricorrendo ad uno dei c.dd. «tipi commerciali».

A tal proposito, è possibile considerare ascrivibili alla stregua del concetto di «assunzione di partecipazioni» le seguenti circostanze<sup>10</sup>: i) una società *socia* in un'altra<sup>11</sup>; ii) una *holding* «di controllo» che esercita i diritti che le spettano in quanto socio; iii) una *holding* che esercita l'attività di «direzione e coordinamento» sulla(e) società partecipata(e) e iv) una società d'investimento<sup>12</sup>.

Già da una prima lettura critica di questa elencazione, è possibile intuire che lo «spartiacque», che divide le citate sfumature dello stesso fenomeno a seconda del fatto che siano attività commerciali o meno, risiede nel punto iii), ossia nella «eterogestione» – intesa come un *quid pluris* rispetto al mero esercizio del controllo<sup>13</sup> – delle partecipazioni detenute<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> Per una simile ricostruzione, cfr. E. Gliozzi, *Holding e attività imprenditoriale*, in *Giur. comm.*, 1995, I, p. 522, il quale, per qualificare «convenzionalmente» la *holding* propone tanto una definizione «più ampia» della fattispecie secondo cui «[è] *holding* [una] qualunque società socia di un'altra» e una «più ristretta per la quale sarebbe *holding* una società *capogruppo* che svolge un'attività di direzione e di coordinamento delle società del gruppo». L'A. sostiene che in luogo di queste definizioni «estreme», è meglio preferire – quale definizione «convenzionale» di *holding* – il concetto di *holding* «di controllo», vale a dire la società costituita esclusivamente per controllare una o più società, tramite il possesso di quote e in particolare di pacchetti azionari conferiti nella *holding* o acquistati dalla *holding* stessa». Sul punto, cfr. anche G. Mucciarelli, «Holdings», *società finanziarie e articolo 19 della legge 7 giugno 1974, n. 216*, in *Riv. soc.*, 1985, p. 933 il quale fa una simile distinzione.

<sup>11</sup> Per questa espressione, cfr. – *ex multis* – T. Ascarelli, *Riflessioni in tema di titoli azionari e società fra società*, in *Banca borsa*, 1952, I, p. 725 (nt. 77) poi in *Id.*, *Saggi di diritto commerciale*, Milano, Giuffrè, 1955, p. 219.

<sup>12</sup> Si pensi, soprattutto, ad una SICAF di *private equity*, la quale esercita l'attività di direzione e coordinamento sulle società da essa partecipate. Sul tema dell'esercizio dell'eterogestione nella gestione collettiva del risparmio, cfr. L. Ardizzone, *L'attività d'impresa nel private equity*, Milano, Egea, 2018 e P. De Biasi, *Sulla configurabilità dell'attività di direzione e coordinamento da parte di una SGR, per conto del fondo chiuso gestito*, in *Riv. dir. impr.*, 2019, I, p. 215.

<sup>13</sup> Espressione utilizzata da P. Montalenti, *I gruppi di società*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, IV, Padova, Cedam, 2010, p. 1039 secondo cui «l'attività di direzione e coordinamento [...] si distingue, ed è un *quid pluris*, rispetto al mero esercizio del controllo». Sul tema, cfr. anche *Id.*, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 317 (poi in *Società per azioni corporate governance e mercati finanziari*, Milano, 2011, 221). In questo senso anche M. Notari, J. Bertone, *Art. 2359*, in *Azioni*, a cura di M. Notari, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, Milano, Egea, 2008, p. 723. Sempre sulla stretta connessione tra i concetti di «controllo» e «eterogestione» cfr. – *ante Riforma* – G. Rossi, *Il fenomeno dei gruppi ed il diritto societario: un nodo da risolvere*, in *I gruppi di società*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 24. Per un confronto comparatistico, si noti che il § 18, co. 1, AktG rubricato «*Konzern und Konzernunternehmen*» che individua – quale elemento costitutivo della fattispecie del gruppo – il fatto che le «*abhängige Unternehmen*» siano riunite «*unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens zusammengefaßt*». Per la dottrina tedesca sul tema, cfr. A. Schall, § 18, in *Kommentar zum Aktiengesetz*<sup>2</sup>, a cura di G. Spindler e E. Stilz, Monaco, C.H. Beck, 2010, p. 228.

<sup>14</sup> Nel paragrafo 2, dopo aver analizzato le varie «sfumature» che può assumere l'attività di assunzione di partecipazioni, si argomenterà in merito alla natura commerciale della dire-

Quindi, il limite «tipologico» all'operatività di una *holding* costituita ricorrendo al tipo della società semplice è da rinvenire nell'esercizio dell'attività direzione e coordinamento. Pertanto, non potendo esercitare attività di direzione e coordinamento sulla(e) società partecipata(e), la *holding* deve limitarsi ad esercitare le prerogative che le spettano in quanto socio, *non interferendo* nelle scelte gestorie della(e) partecipata(e)<sup>15</sup>.

Questo ha una immediata – e concreta – ricaduta (anche) sull'individuazione del «gruppo di imprese». Infatti, in virtù della definizione prevista dall'art. 2, co. 1, lett. *h*) del Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza<sup>16</sup> – la quale considera la «direzione e coordinamento» come l'elemento costitutivo della fattispecie – si desume che *non* ci può essere un gruppo al cui vertice della catena partecipativa è posta una società semplice.

Tuttavia, lo spunto più interessante offerto dalla peculiare contingenza del «controllo senza gruppo» risiede nella situazione – *quod plerumque accidit*<sup>17</sup>

zione e coordinamento. Si pensi, a tal proposito, alla componente «organizzativa» che è insita nella direzione e coordinamento; nonché agli altri elementi di cui alla nozione *ex art.* 2082 c.c.

<sup>15</sup> Sulle attività esercitabili dalla *holding* società semplice, cfr. G.B. Portale, A. Cetra, *Società semplice controllante di società di capitali e attività di direzione e coordinamento*, in *Riv. soc.*, 2021, *passim* sul tema G. Cristofaro, R. Morone, *Profili civilistici*, in *La società semplice*, a cura di G.A. Giannantonio, S. Massarotto, Milano, Egea, 2022, p. 12 osservano che «la società semplice può legittimamente assumere il ruolo di *holding* di famiglia solo laddove possa dimostrare di *non* svolgere attività di *direzione e coordinamento* e si limiti a detenere le partecipazioni di *controllo*. Al contrario, non potrà rimanersi nell'ambito della società semplice di godimento nel caso in cui abbia luogo un'effettiva attività di direzione e coordinamento sulle controllate dal momento che questa, secondo la giurisprudenza, integra un'attività d'impresa di natura *commerciale* e dunque *incompatibile* con lo schema della società semplice» (enfasi aggiunte).

<sup>16</sup> Il D. lgs. 12 gennaio 2019, n.14 (d'ora in poi «CCI»). Sulla nozione di «gruppo» nel CCI, cfr. – *ex multis* – Marchetti, P., *Del dovere di direzione e coordinamento: l'approdo al Codice della crisi di impresa di un tema caro a Paolo Ferro-Luzzi*, in *Riv. soc.*, 2022, p. 1412; L. Panzani, *Codice della crisi e gruppi di società*, in *Riv. Soc.*, 2022, p. 1330; E. Marchisio, «Gruppo» ed «eterodirezione» nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, in *Giust. civ.*, 2022, p. 335; C. D'Alessandro, *Gruppi di imprese e neonato codice dell'insolvenza: prime valutazioni*, in *Giur. comm.*, I, 2019, p. 1030.

<sup>17</sup> Soprattutto nelle *holding* «casseforti di famiglia» costituite in forma di società semplice. Sull'utilizzo della società semplice come «cassaforte di famiglia», cfr. G.B. Portale, A. Cetra, *Società semplice controllante di società di capitali*, cit., p. 1086 e S. Massarotto, R. Michelutti, *Società semplice per investimenti finanziari*, in *La società semplice*, cit., p. 70 i quali osservano che «la prassi [...] diffusa di utilizzare la società semplice quale “cassaforte” per la detenzione e l'effettuazione di investimenti finanziari può comportare [...] la detenzione da parte di tale società di partecipazioni di *controllo* in società [...] operative ovvero al vertice di rilevanti gruppi industriali» (enfasi aggiunta). Sempre in merito alla società semplice «cassaforte» di famiglia, P. Marchetti, *Organizzazione del patrimonio e successione nell'impresa: società semplice, trust, holding estere, patto di famiglia*, in *L'impresa familiare: modelli e prospettive*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 19; M. Silva, *La società semplice per la gestione dei patrimoni familiari*, in *Le società come strumenti di gestione e di protezione patrimoniale: normative recenti*

– in cui una personalità (fisica) «rilevante» della società semplice (*i.e.* il socio di controllo)<sup>18</sup> rivesta il ruolo di amministratore esecutivo – o, anche di amministratore unico – nella(e) società partecipata(e).

In questo caso, sorge spontaneo convenire che questo rappresenti la «vera» «holding persona fisica<sup>19</sup>» e, di conseguenza, la società semplice null'altro che una mera «interposizione». Il che si presenta come una evidente «tensione» tra l'attività – *non commerciale* – esercitabile dalla società e l'attività d'impresa – *commerciale* – imputabile sia al vertice (persona fisica) che nella(e) società partecipata(e) che verrebbe a crearsi<sup>20</sup>.

*e aspetti fiscali*, Parte I, Atti del convegno tenutosi a Bologna il 24 maggio 2019 (disponibile sul sito <https://biblioteca.fondazione-notariato.it/>) osserva che «assumono tipicamente questa forma sociale le cd. *holding* di famiglia statiche o passive, società i cui soci sono componenti di una stessa famiglia». Sul tema, cfr. anche V. Mariconda, R. Cravero, *La società semplice «cassaforte»*, in *J.P. Morgan Private Bank – Wealth Journal*; L.M. Quattrocchio, B.M. Omegna, *La gestione del patrimonio familiare: gli strumenti societari e d'impresa (il patto di famiglia)*, in *DEI*, 2019, III, p. 391 e F. Pene Vidari, *Il fondo patrimoniale e la società semplice di famiglia*, *ivi*, p. 364. In questo contesto pare superfluo qualsiasi riferimento alla celeberrima «Dicembre società semplice» la quale, dal 1984, detiene le partecipazioni industriali e finanziarie della famiglia Agnelli-Elkan.

<sup>18</sup> Solitamente il socio «di controllo» della società semplice *holding* di cui all'esempio fatto nella precedente nota è il «capofamiglia».

<sup>19</sup> Sulla c.d. «holding persona fisica» alla luce della nozione di gruppo fornita dal CCI, cfr. Marchisio, E., «Gruppo» ed «eterodirezione» nel Codice della crisi, *cit.*, p. 360. Per una panoramica della fattispecie precedente all'entrata in vigore del CCI – nonché per numerosi riferimenti alla giurisprudenza di merito e di legittimità – F. Murino, *Note sul fallimento della «holding» persona fisica e sugli incerti confini tra responsabilità civile ed impresa commerciale*, in *Dir. fall. soc. comm.*, 2014, II, p. 516; M. Prestipino, *La responsabilità risarcitoria della persona fisica capogruppo*, in *Giur. comm.*, 2011, I, p. 105; R. Guidotti, *Cenni in tema di fallimento della holding persona fisica*, in *Giur. comm.*, 1999, II, p. 324; U. Tombari, *Osservazioni a App. Catania, 18 gennaio 1997 (decr.) e Trib. Catania 3 gennaio 1997 (decr.) in tema di postificazione come imprese commerciali e delle holding persona fisica e dell'abuso della «struttura di gruppo»*, in *Banca borsa*, 1998, II, p. 166; G. Ragusa Maggiore, *Sulla holding-persona fisica e sull'estensione all'imprenditore individuale della procedura concorsuale del gruppo*, in *Dir. fall. soc. comm.*, 1997, II, p. 415; P. Spada, *Della permeabilità differenziata della personalità giuridica nell'ultima giurisprudenza commerciale (il caso Caltagirone: insincerità e saggezza della Cassazione)*, in *Giur. comm.*, 1992, I, p. 429. Invece per un'opinione scettica in merito alla *holding* persona fisica, cfr. E. Gliozzi, *Holding e attività imprenditoriale*, *cit.*, p. 536 secondo il quale considera le argomentazioni alla base di tale «costruzione giurisprudenziale» «un principio di diritto che è *fittizio* perché in pratica *non è applicabile*» (enfasi aggiunte).

<sup>20</sup> Sul «gruppo» al cui vertice si trova una persona fisica, L. Panzani, *Codice della crisi e gruppi di società*, *cit.*, p. 1332 osserva che «con l'espresso richiamo alla persona fisica la norma del nuovo codice *amplia* la definizione di gruppo offerta dal codice civile, aggiungendo alle ipotesi della direzione e coordinamento di una società od ente, anche quella dell'esercizio da parte di una persona fisica» (enfasi aggiunta).

## 2. L'assunzione di partecipazioni e l'esercizio dell'attività d'impresa (commerciale)

Come accennato, il primo nodo attorno cui gravita la questione oggetto del presente contributo è rappresentato dal capire se (*rectius* a quali condizioni) l'attività di assunzione di partecipazioni in società sia qualificabile alla stregua di un'attività d'impresa *commerciale* ai sensi degli artt. 2086 e 2195 c.c.

Per far ciò, ci si muoverà – a ritroso – lungo il segmento concettuale «dell'assunzione di partecipazioni» che collega, da un lato, l'attività degli intermediari operanti nella Gestione Collettiva del Risparmio (con particolare riferimento ai c.d. gestori «alternativi» di cui alla Direttiva AIFM) e, dall'altro, l'attività (*non* imprenditoriale) esercitabile da una società semplice.

Preliminarmente, è opportuno ricordare che fino a non molti anni fa, l'assunzione di partecipazioni in altre imprese era un'attività soggetta a *riserva*<sup>21</sup>. In particolare – a seconda del fatto che tale attività fosse svolta «nei confronti del pubblico» o meno – era richiesta, per il suo esercizio, l'iscrizione nell'albo di cui all'art. 106 TUB ovvero nell'apposita sezione prevista dalla previgente formulazione dell'art. 113 TUB<sup>22</sup>.

Ai fini della presente analisi, è interessante notare il fatto che in tale contesto il citato art. 106 TUB demandava la *specificazione* – e l'individuazione – del contenuto dell'attività di assunzione di partecipazioni alla competenza regolamentare del Ministero dell'Economia e delle finanze<sup>23</sup>. Il quale,

<sup>21</sup> Sul previgente assetto delle società di partecipazione e delle *holding*, cfr. – *ex multis* – P. Marchetti, *Problemi in tema di disciplina degli intermediari finanziari*, in *Riv. soc.*, 1986, p. 15; F. Mazzini, *Le società di partecipazione e le società holding*, in *Le società finanziarie*, a cura di V. Santoro, Milano, Giuffrè, 2000, p. 473; F. Capriglione, *Holding di partecipazione e nuova regolazione degli intermediari finanziari*, in *Banca borsa*, 2011, I, p. 196; L. Criscuolo, *Gli intermediari finanziari non bancari. Attività, regole e controlli*, Bari, Cacucci, 2003, p. 144; G. Mucciarelli, «Holdings», *società finanziarie*, cit., p. 895; F. Vella, *Le società holding*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 41; M. Notari, *Gli statuti delle società operanti nel settore finanziario*, in *Attività finanziaria e raccolta del risparmio, Profili notarili. Atti della giornata di studio a Milano, 26 ottobre 1996*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 129 e G. Greco, *Prime riflessioni sulla riforma degli intermediari finanziari*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2011, II, p. 213.

<sup>22</sup> La riserva per l'esercizio dell'attività «nei confronti del pubblico» era direttamente sancita dal previgente art. 106, co. 1, TUB. Mentre, per quanto riguarda quella svolta «*non* nei confronti del pubblico» (enfasi aggiunta) essa è desumibile dalla giustapposizione della citata disposizione con il previgente art. 113 TUB. Anche se, pare doveroso rammentare che – nonostante il regime di «riserva» in cui versava l'esercizio di tali attività – «per le società iscritte nell'apposita sezione dell'elenco generale prevista dall'art. 113 TUB [...] sul piano delle concretezze, non era dato riscontrare una qualsivoglia forma di sottoposizione a controllo pubblico» in questi termini F. Capriglione, *Holding di partecipazione e nuova regolazione degli intermediari finanziari*, in *Banca borsa*, 2011, I, p. 197.

<sup>23</sup> La previgente versione dell'art. 106, co. 4, lett. a), TUB prevedeva che il Ministero dovesse «specificare il contenuto delle attività indicate nel comma 1» (enfasi aggiunta) e, quindi, anche dell'attività di assunzione di partecipazioni. Per una panoramica sul Decreto

con l'art. 6 del D.M. 17 febbraio 2009, n. 29 precisava che «per assunzione di partecipazioni si intende l'attività di *acquisizione e gestione* di diritti, rappresentati o meno da titoli, sul capitale di altre imprese<sup>24</sup>» e, poi, che tale attività «realizza una situazione di *legame* con le imprese partecipate per lo *sviluppo* dell'attività del partecipante<sup>25</sup>».

Pertanto, dalla lettura delle indicazioni fornite dal Decreto ministeriale, si evince che l'attività di assunzione di partecipazioni – nell'ottica della riserva ai sensi della previgente versione dell'art. 106 TUB – era composta da tre necessari elementi: *i)* l'*acquisizione* della partecipazione; *ii)* la *gestione* della stessa e *iii)* il *legame* che deve intercorrere tra il soggetto iscritto e la partecipata volto allo *sviluppo* dell'attività del partecipante (ossia all'accrescimento del valore delle partecipazioni detenute dalla *holding*).

Se il punto *i)* non suscita particolari riflessioni<sup>26</sup>, i punti *ii)* e *iii)* paiono ben più interessanti ai fini della qualificazione della natura dell'attività. Infatti, il fatto che i diritti fossero «gestiti» – e non meramente esercitati – e, soprattutto, che si istaurasse un «legame» tra partecipante e partecipata(e) volto ad aumentare il valore complessivo delle attività della partecipante<sup>27</sup>, sottendevano la natura *imprenditoriale* di tale attività.

Ora, venendo all'attuale inquadramento normativo, l'art. 7, comma 1 del D. Lgs. 13 agosto 2010, n. 141<sup>28</sup>, modificando – anche – gli artt. 106

ministeriale, cfr. Pellegrini, M., *Varietà da un riscontro di regolarità alla «supervisione». La svolta disciplinare degli intermediari finanziari non bancari*, in *Banca borsa*, I, 2009, p. 593.

<sup>24</sup> Così l'art. 6, co. 1, D.M. 29/2009 (enfasi aggiunte).

<sup>25</sup> Così l'art. 6, co. 2, D.M. 29/2009 (enfasi aggiunte) il quale, successivamente, puntualizza che «si ha in ogni caso attività di assunzione di partecipazioni quando il partecipante sia titolare di almeno *un decimo* dei diritti di voto esercitabili nell'assemblea ordinaria» (enfasi aggiunta).

<sup>26</sup> L'unica osservazione che varrebbe la pena muovere circa questo «punto», è che dalla lettura del Decreto, sembra con il termine «acquisizione», il Ministero abbia voluto intendere che l'assunzione di partecipazioni riguardi solamente società *già* costituite. Tuttavia, pare logico attrarre alla fattispecie in oggetto anche l'assunzione di partecipazioni in una *newco* in cui la *holding* è tra i promotori (se non *il solo*) che intervengono (interviene) nella costituzione.

<sup>27</sup> Con l'espressione «legame con le imprese partecipate» di cui al punto *iii)* sembra essere sotteso il fatto che tale attività di assunzione di partecipazioni non consiste nel mero esercizio dei diritti sociali nelle assemblee delle partecipate ma in «qualcosa di più» che sembra essere l'attività di direzione e coordinamento *ex art.* 2497 c.c. (su cui *amplius, infra*). Si noti che l'art. 6, co. 2, D.M. 29/2009 (con una presunzione simile a quella di cui all'art. 2497-*sexies* c.c.) considerava come esistente il «legame» in caso di partecipazioni superiori al decimo del capitale. Sul tema, V. Troiano, *I soggetti operanti nel settore finanziario*, in *L'ordinamento finanziario italiano*, a cura di F. Capriglione, Padova, Cedam, 2010, p. 592 sosteneva che questo presupposto configurasse un «tratto «finalistico» dell'acquisizione dell'interessenza», distinguendo l'attività di *assunzione di partecipazioni* dall'attività di *negoziazione* di strumenti finanziari.

<sup>28</sup> Con l'art. 33 della l. 7 luglio 2009, n. 88 («Legge comunitaria 2008»), il Parlamento delegava al Governo di recepire e attuare la Direttiva 2008/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2008. D. Lgs. 141/2010.

e 113 TUB, ha escluso l'esercizio dell'attività di assunzione di partecipazioni in altre imprese dall'ambito della *riserva*<sup>29</sup> Pertanto, questa, ad oggi, costituisce un'attività *libera* ed esercitabile senza alcuna autorizzazione o iscrizione ad albi<sup>30</sup>.

Nonostante il citato processo di «apertura», bisogna considerare che, a seguito del recepimento della Direttiva AIFM sui gestori di fondi di investimento alternativi<sup>31</sup>, si è sbiadito il netto *confine* tra l'attività d'investimento svolta da una *holding* di partecipazioni e quella svolta – in regime di riserva – da una SICAF<sup>32</sup>. A tal proposito, ai fini dell'individuazione di tale sottile frontiera, l'art. 32-*quater*, comma 2, lettera *d*), TUF nel circoscrivere la «riserva di attività» sancisce che essa non si applica alle «società di partecipazione

<sup>29</sup> Sul tema, e sulle relative implicazioni, cfr. G. Greco, *Prime riflessioni sulla riforma degli intermediari finanziari*, cit., p. 213.

<sup>30</sup> A tal proposito, si consideri che l'art. 10, co. 4, lett. *a*), D. Lgs. 141/2010 prevede che «gli intermediari finanziari che [...] esercitano [...] l'attività di assunzione di partecipazioni [...] chiedono alla Banca d'Italia la cancellazione dagli elenchi [...], attestando di *non esercitare attività riservate ai sensi di legge*» (enfasi aggiunte).

<sup>31</sup> La Direttiva 2011/61/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2011, sui gestori di fondi di investimento alternativi (*Alternative Investments Funds Directive*) (d'ora in poi la Direttiva AIFM o l'AIFMD). Per una panoramica sulle conseguenze dell'introduzione della Direttiva nell'ordinamento italiano, cfr. E. Barcellona, *La «gestione collettiva del risparmio» a seguito della Direttiva GEFIA*. Investment companies, family offices, club deals, spac, holding companies, Milano, Giuffrè, 2018 e M.L. Passador, *La mano «visibile» del legislatore europeo: il risparmio gestito dalla AIFMD al TUF*, in *Contr. impr. eur.*, 2016, p. 99. Con riferimento alla dottrina straniera, cfr. D. Zetsche, *The Alternative Investment Fund Manager Directive: European Regulation of Alternative Investment Funds*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2012.

<sup>32</sup> Sul confine tra l'attività d'investimento e quella svolta da una *holding* di partecipazioni, cfr. Sandrelli, G., *Raccolta di capitali e attività di investimento. Note sulla nozione di «organismo di investimento collettivo del risparmio» a seguito dell'attuazione della direttiva sui fondi alternativi*, in *Riv. soc.*, 2015, p. 390, il quale osserva che «il recente intervento legislativo porta con sé novità di vario ordine, che non sono limitate, in senso stretto, alla disciplina del risparmio gestito, ma investono, con portata più ampia, i *confini* che separano la gestione di investimenti, concepita come servizio alla clientela (quindi soggetta a disciplina di vigilanza), dall'attività di investimento svolta come «ordinaria» attività di impresa (dunque liberamente esercitabile in base alle norme di diritto comune)» (enfasi aggiunta). Sul tema, cfr. anche P. Carrière, *Il problematico inquadramento delle Investment Companies nel vigente quadro normativo del mercato finanziario*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 1097 il quale osserva che «l'attività di gestione svolta tipicamente dai fondi chiusi di *private equity* e consistente nell'assunzione, valorizzazione e dismissione di partecipazioni societarie nel capitale di società private, venga sostanzialmente a coincidere con quella che è stata storicamente, nel nostro sistema finanziario, l'attività classica di *merchant banking* originariamente svolta dalle c.d. «società di investimento» o «finanziarie di investimento» e che è oggi l'attività tipica, normativamente esclusiva e riservata degli intermediari finanziari iscritti nell'elenco UIC *ex art. 106 TUB*». Sul tema, cfr. anche Id., *La riformulazione della riserva di attività alla gestione collettiva del risparmio e le Sicaf: luci e ombre*, in *Riv. soc.*, 2014, p. 475.

finanziaria». Le quali «detengono partecipazioni in una o più imprese, con lo scopo di *realizzare strategie imprenditoriali* per contribuire all'aumento del valore nel lungo termine delle stesse, attraverso l'esercizio del controllo, dell'influenza notevole o dei diritti derivanti da partecipazioni<sup>33</sup>»<sup>34</sup>.

La «delimitazione» del perimetro della riserva di attività – tracciata dall'art. 32-*quater*, co. 2, lett. *d*), TUF – fa muovere a questa analisi un ulteriore passo che la conduce alla *holding* esercitante l'*eterogestione* delle società partecipate.

È possibile argomentare circa la natura imprenditoriale di questa attività percorrendo diverse strade<sup>35</sup>, tuttavia – a parere di chi scrive – quella dell'a-

<sup>33</sup> Così l'art. 32-*quater*, co. 2, lett. *d*), TUF (enfasi aggiunta) il quale, successivamente, precisa che le società di partecipazione finanziaria «non sono costituite con lo scopo principale di generare *utili* per i propri investitori mediante *disinvestimenti* delle partecipazioni nelle società controllate, sottoposte a influenza notevole o partecipate» (enfasi aggiunte).

<sup>34</sup> In ogni caso, in merito alla natura imprenditoriale (*rectius* di impresa commerciale) insita nella gestione degli OICR costituiti in forma societaria, cfr. F. Galgano, *Diritto commerciale. Le società*, Bologna, Zanichelli, 2004, p. 235 il quale argomenta che le società di investimento conseguono un «utile mediante l'esercizio di un'attività di *interposizione* nella *circolazione dei beni*» (enfasi aggiunte). La quale è riconducibile alle «caratteristiche delle imprese commerciali *ex art. 2195, n. 2, c.c.*» così G. Sandrelli, *Raccolta di capitali e attività di investimento*, cit., p. 420 (nt. 91).

<sup>35</sup> Nelle motivazioni della c.d. «sentenza Caltagirone» (Cass., 26 febbraio 1990, n. 1439, in *Giur. it.*, 1990, p. 713, con nota di R. Weigmann; in *Società*, 1990, p. 598, con nota di L. Schiano Di Pepe; in *Fallimento*, 1990, p. 495, con nota di F. Lamanna; in *Riv. soc.*, 1991, p. 366, con nota di N. Rondinone; in *Riv. dir. comm.*, 1991, II, p. 515, con nota di B. Libonati) la S.C. ha illustrato le diverse tesi dottrinali che consentono di giungere all'attribuzione della qualifica di imprenditore commerciale alla *holding* che esercita l'eterodirezione sulle società partecipate. In particolare, oltre a quella di cui si dirà *infra* nel corso della trattazione, si segnalano: T. Ascarelli, *Riflessioni in tema di consorzi, mutue assicurazioni e società*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1953, p. 360 (poi in *Id.*, *Saggi di diritto commerciale*, Milano, Giuffrè, 1955, p. 319) il quale sostiene che la *holding* – pur non svolgendo *direttamente* un'attività di produzione e scambio – «realizza un'attività di *partecipazione* ad un'attività di produzione e scambio» (enfasi aggiunta); invece, G. Scognamiglio, *Società di persone e imprese individuali di gruppo nell'amministrazione straordinaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, p. 843 riconosce che la *holding* rappresenti un imprenditore commerciale in quanto «professionalmente e con adeguata organizzazione svolge» la «fase» relativa all'eterodirezione delle imprese partecipate; in maniera dissimile, P. Guerra, *Le società di partecipazione*, Milano, Giuffrè, 1957, p. 19 considera l'attività di direzione e coordinamento una attività riconducibile alla produzione di servizi *ex art. 2195, co. 1, n. 1, c.c.* e E. Zanelli, *La nozione di oggetto sociale*, Milano, Giuffrè, 1962, p. 280 considera tali attività come «ausiliare» a quelle commerciali esercitate dalle partecipate e, in quanto tali, commerciali ai sensi dell'art. 2195, co. 1, n. 5), *c.c.* Per uno sguardo alla dottrina tedesca sul tema, cfr. P. Hommelhoff, *Die Konzernleitunspflicht*, Colonia, Carl Heymanns Verlag, 1982, *passim*. Tuttavia, in merito alla non commercialità della *holding*, cfr. G. Fanelli, *Le partecipazioni sociali reciproche*, Milano, Giuffrè, 1957, p. 7 (nt. 7) il quale – peraltro – dichiara di essere consapevole della «gravità delle conseguenze che deriverebbero dal sottrarre la *holding* al regime [...] delle imprese commerciali».

nalisi delle singole «fasi» in cui si compone tale attività è quella che meglio coglie le diverse sfumature del fenomeno<sup>36</sup>.

Segnatamente, l'attività d'impresa – in qualsiasi forma sia essa esercitata<sup>37</sup> – dal punto di vista concettuale può essere «scomposta» in due fasi<sup>38</sup>: quella «direttiva» e quella «operativa».

In particolare, per quanto riguarda la fase *direttiva* «deve intendersi l'esercizio di una *pluralità* sistematica e costante di *atti* di indirizzo idonei ad incidere sulle *decisioni gestorie* dell'impresa, cioè sulle scelte *strategiche* ed *operative* di carattere finanziario, industriale, commerciale che attengono alla *conduzione* degli *affari sociali*<sup>39</sup>; invece la fase *operativa* consiste nel «finalizzare» l'attività d'impresa in ottica della produzione o dello scambio di beni o di servizi seguendo quanto programmato nella fase precedente<sup>40</sup>.

Considerando che, alla fase direttiva possono essere idealmente ascrivibili gli elementi di *professionalità* e *organizzazione*; mentre a quella operativa l'*economicità* e la *finalizzazione* alla produzione e allo scambio<sup>41</sup>, è ragionevole affermare che ai fini della qualificazione alla stregua di «imprenditore» ex art. 2082 c.c., sia necessario l'esercizio – congiunto – di *entrambe* le «fasi»<sup>42</sup>.

<sup>36</sup> Tesi riconducibile ad un'evoluzione – elaborata dalla giurisprudenza in Cass., 26 febbraio 1990, n. 1439, cit. – del pensiero di F. Galgano, *La società per azioni, le altre società di capitali, le cooperative*, Bologna, Zanichelli, 1973, p. 97 e Id., *L'impresa*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, II, Padova, Cedam, 1978, p. 77; che l'A. ha poi espresso in Id., *Qual è l'oggetto della società holding?*, in *Contr. impr.*, 1986, p. 1 e, successivamente alla prima citata sentenza della S.C., in Id., *L'oggetto della holding è dunque l'esercizio mediato e indiretto dell'impresa di gruppo*, in *Contr. e impr.*, 1990, p. 401.

<sup>37</sup> Intendendosi l'esercizio dell'attività d'impresa tanto in «forma» individuale quanto in quella collettiva.

<sup>38</sup> Analogamente a quanto osservato da G. Scognamiglio, *Società di persone e imprese*, cit., p. 843 la quale considera «l'attività di direzione e di coordinamento alla stregua di una fase [...] dell'attività imprenditoriale». Tuttavia, si consideri che, secondo l'a., ai fini dell'assunzione della qualifica di «imprenditore commerciale» è necessario svolgere – solamente – una fase della stessa.

<sup>39</sup> Esattamente in questi termini P. Montalenti, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 321 nel descrivere «la nozione dell'attività di direzione e coordinamento» (enfasi aggiunte: nell'originale l'intera citazione è in italico).

<sup>40</sup> Si consideri che, sebbene le due fasi concettualmente sino una consequenziale all'altra, in effetti – soprattutto nello svolgimento delle attività imprenditoriali di minori dimensioni o, comunque, meno formalizzate (cfr. l'impresa individuale) – esse sono reciprocamente influenzate e la fase operativa funge da *driver* per la fase direttiva.

<sup>41</sup> Si tenga presente che questa divisione non è da ritenersi assoluta ma dettata dalla *prevalenza*: infatti: da un lato la professionalità e l'organizzazione devono essere presenti anche nella fase esecutiva dell'impresa e, dall'altro, l'economicità deve essere considerata anche nella fase direttiva.

<sup>42</sup> E, quindi, che l'esercizio di *una sola* fase non sia sufficiente all'ottenimento della qualifica di imprenditore. Di questo avviso F. Galgano, *Qual è l'oggetto della società holding?*, cit., p.

Ciò premesso, al fine di pronunciarsi sulla natura imprenditoriale della *holding* che esercita la direzione e coordinamento sulle società partecipate, è necessario chiedersi se (e, come) questa eserciti ambedue le «fasi».

Se in merito alla prima non si pongono particolari dubbi o questioni, in quanto l'esercizio dell'eterodirezione sulle società partecipate pare del tutto ascrivibile alla fase *direttiva*; i profili problematici sorgono pensando alla dimensione *operativa* dell'attività d'impresa: infatti, di primo acchito, sembrerebbe che alla *holding* non siano riconducibili – o almeno non lo siano direttamente – attività che danno esecuzione ad un'attività d'impresa<sup>43</sup>.

Tuttavia, il combinato degli artt. 2361, comma 1, c.c. – il quale riconosce all'assunzione di partecipazioni la potenzialità di modificare «sostanzialmente» l'oggetto sociale previsto statutariamente<sup>44</sup> – e 2428, comma 2, c.c. – secondo cui la società *opera* «anche attraverso [le] imprese controllate» – porta a ritenere che, nel nostro ordinamento, la dimensione «operativa» dell'attività d'impresa possa essere esercitata tanto in via *diretta* quanto in via *mediata* (mediata, appunto, dalla *partecipazione* in altre società che esercitano *direttamente* l'attività d'impresa)<sup>45</sup>.

Quindi, è possibile convenire che l'assunzione di partecipazioni in altre imprese ed il connesso esercizio dell'eterogestisce costituisca tanto l'espletazione – in via diretta – della fase *direttiva* dell'attività d'impresa, quanto – in via mediata – di quella *operativa*. Pertanto, tale attività – integrando gli ele-

340 secondo cui, ai fini dell'individuazione dell'imprenditore commerciale, «non è sufficiente l'esercizio di una fase di attività qualificante, ex artt. 2082 e 2195 codice civile, ma l'attività [imprenditoriale] in quanto tale» (enfasi aggiunta). Dello stesso avviso anche G. Mucciarelli, «Holdings», *società finanziarie*, cit., p. 933 (nt. 72). Contra G. Scognamiglio, *Società di persone e imprese*, cit., p. 843 secondo la quale «la *holding* è imprenditore in quanto, professionalmente e con adeguata organizzazione, svolge (accentrandola presso di sé) una [sola] fase delle imprese esercitate dalle società dipendenti» (enfasi aggiunte).

<sup>43</sup> Si pensi, soprattutto, al rapporto tra una società *holding* (che «detiene» delle partecipazioni) e l'elemento della «finalizzazione» alla produzione e allo scambio di beni o di servizi di cui alla definizione ex art. 2082 c.c.

<sup>44</sup> Si consideri che la citata norma, «non consentendo» l'assunzione di partecipazioni che modificherebbero sostanzialmente l'oggetto sociale, implicitamente riconosce all'attività di assunzione di partecipazioni – in assenza della norma stessa – l'idoneità a modificare l'oggetto sociale statutario. Sul tema, cfr. L. Sambucci, *L'attività mediata dell'impresa holding: l'art. 2361 c.c.*, in *Riv. dir. comm.*, 1991, II, p. 564 (nt. 2) e N. Rondinone, *Tecniche di coinvolgimento di domini e holders nel fallimento delle imprese eterodirette e «superamento» della spendita del nome*, in *Riv. soc.*, 2015, p. 1109 (nt. 147) il quale precisa che l'art. 2361, co. 1, c.c. «ha come corollario che, a seguito dell'assunzione di partecipazioni in altre imprese, l'attività di queste ultime viene ad essere *imputata* in via riflessa (come attività *non organizzata*) alla società partecipante e con ciò ricompresa nell'oggetto sociale di questa» (enfasi aggiunte).

<sup>45</sup> Per la tesi dell'oggetto «mediato» cfr. quanto osservato da F. Galgano, *La società per azioni*, cit., p. 97 e Id., *L'impresa*, cit., p. 77.

menti previsti nella nozione di cui all'art. 2082 c.c. – deve essere considerata una *attività d'impresa* a tutti gli effetti<sup>46</sup>.

Appurata la natura imprenditoriale dell'attività descritta, per interrogarsi sulla sua commercialità (o meno), è necessario soffermarsi sulla «fase» operativa, chiedendosi se la *holding* eserciti – indirettamente tramite la(e) partecipata(e) – una attività commerciale o meno. In particolare, a tal fine, assume rilevanza il fatto che almeno una partecipata (eterodiretta) eserciti un'attività d'impresa avente natura commerciale ai sensi dell'art. 2195 c.c.<sup>47</sup>

Giunti a questo punto, si evince che l'esercizio della direzione e coordinamento della(e) società partecipata(e) rappresenta la *conditio sine qua non* affinché l'attività di assunzione di partecipazioni integri i requisiti dell'imprenditorialità ex art. 2082 c.c.<sup>48</sup> Pertanto, ragionando *a contrariis*, si intuisce che compiendo un ulteriore «passo» a ritroso lungo l'ideale segmento che collega le diverse sfumature dell'assunzione di partecipazioni, si «sconfinebbe» dalla dimensione dell'attività d'impresa<sup>49</sup>.

Infatti, dopo aver affrontato la questione della *holding* che esercita l'eterodirezione, si giunge a quella che *detiene* delle partecipazioni «di controllo» e che si *limita* ad esercitare i diritti che le spettano in quanto socio (la c.d.

<sup>46</sup> Arriva alla medesima conclusione – vale a dire al riconoscimento della natura *imprenditoriale* dell'attività di direzione e coordinamento – anche A. Cetra, *La nozione d'impresa*, in *Diritto commerciale*, I, cit., p. 29 il quale, in merito alla distinzione tra «attività produttiva» e «attività di godimento» osserva che nel caso di «un investimento in un'impresa, che attribuisce il controllo sulla stessa; quando l'investitore non si limita a trarre le rendite finanziarie dell'investimento e ad esercitare i relativi diritti, ma svolge un'opera di *direzione e coordinamento* dell'impresa controllata, si può ben dubitare che ci si mantenga nell'alveo delle attività di godimento» (enfasi aggiunte). Sul tema, si noti che, anche nei lavori preparatori della disciplina di cui agli artt. 2497 e ss. c.c., era stata riconosciuta la natura imprenditoriale dell'attività di direzione e coordinamento, a tal proposito, cfr. A. Valzer, *Responsabilità da direzione e coordinamento di società*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 76 (nt. 122) e le relazioni di U. Tombari, *Appunti in materia di gruppi di società* e Id., *Gruppi di società. Bozza di articolato*, in *La riforma del diritto societario. Lavori preparatori testi e materiali*, a cura di M. Vietti, F. Auletta, G. Lo Cascio, U. Tombari, A. Zoppini, Milano, Giuffrè, 2006, p. 3138.

<sup>47</sup> Questo significa che, se tutte le partecipate fossero imprese agricole ex art. 2135 c.c., la *holding* eserciterebbe l'attività d'impresa *agricola*; tuttavia, se solo una di queste esercitasse attività *commerciali*, la *holding* sarebbe qualificabile alla stregua di un imprenditore *commerciale* ex art. 2195 c.c. Di questo avviso anche F. Galgano, *Diritto civile e commerciale*, III, Padova, Cedam, 1990, p. 162 e G. Scognamiglio, *Società di persone e imprese*, cit., p. 844; *contra* cfr. R. Weigmann, *Nota a Cass., 26 febbraio 1990, n. 1439*, cit., *passim* secondo cui l'attività esercitata dalla *holding* – che eterodirige le società partecipate – deve *sempre* essere considerata commerciale.

<sup>48</sup> Si pensi, come detto pocanzi, al fatto che, ai fini dell'individuazione dell'attività d'impresa, è *necessario* esercitare tanto la fase «direttiva» quanto quella «operativa».

<sup>49</sup> E, quindi – come si ha avuto modo di accennare *supra* – siamo giunti al «confine tipologico» all'operatività di una *holding* costituita ricorrendo al tipo della società semplice. Sul tema cfr. il prossimo paragrafo.

*holding* di controllo)<sup>50</sup>. E, in questo caso, proseguendo con l'argomentazione in merito alle «fasi» in cui è ripartibile l'attività d'impresa, sarebbe del tutto assente la fase *direttiva* e, quindi, tale operatività *non* costituirebbe attività d'impresa ai sensi dell'art. 2082 c.c.<sup>51</sup>.

### 3. I limiti tipologici all'operatività della *holding* società semplice

Il principio di tipicità previsto dall'art. 2249 c.c., oltre a sancire l'impossibilità di creare società non riconducibili ad uno dei «tipi legali», esclude che per l'esercizio di una attività d'*impresa commerciale* si faccia ricorso ad una società semplice. Il che – volgendo l'attenzione sull'*ente* societario in luogo che sull'attività svolta – implica il fatto che la società semplice possa esercitare *solamente* attività d'impresa *non* commerciali (ossia non aventi le caratteristiche di cui all'art. 2195 c.c.; *i.e.* l'impresa agricola *ex* art. 2135 c.c.) o attività economiche *non* imprenditoriali (ossia non riconducibili alla nozione *ex* art. 2082 c.c.)<sup>52</sup>.

Pertanto, al fine di individuare i «limiti tipologici» all'attività di assunzione (e gestione) di partecipazioni esercitata mediante una società semplice, è necessario chiedersi a quali condizioni tale attività rappresenti: *i*) una impresa *non commerciale* o *ii*) una attività economica *non imprenditoriale*.

In base a quanto analizzato nel precedente paragrafo, è possibile convenire che la «frontiera» di cui al punto *ii*) è individuabile in una *holding* che eterodirige la(e) società partecipata(e), con l'unica eccezione – e qui, veniamo al punto *i*) – dell'ipotesi in cui la (tutte le) società eterodiretta(e) eserciti(no) imprese *non commerciali*<sup>53</sup>.

In sintesi, è possibile concludere che la società semplice – per non incorrere nei limiti sanciti dall'art. 2049 c.c. – nell'esercizio dell'attività di as-

<sup>50</sup> Sulla definizione convenzionale della *holding* «di controllo», cfr. E. Gliozzi, *Holding e attività imprenditoriale*, cit., p. 536, il quale sostiene che questa sia «costituita esclusivamente per controllare una o più società» (enfasi aggiunta).

<sup>51</sup> Si pensi, soprattutto, alla componente *organizzativa* che in questo frangente è del tutto assente.

<sup>52</sup> In merito alle limitazioni all'oggetto sociale di una società semplice, G.B. Portale, A. Cetra, *Società semplice controllante di società di capitali*, cit., p. 1090 osservano che esso «possa descrivere un'attività che, se qualificata come impresa, debba coincidere con quella di cui all'art. 2135 c.c. (= impresa agricola); là dove, invece, non abbia detta qualifica, debba figurare come un'iniziativa economica non imprenditoriale (= priva dei requisiti dell'art. 2082 c.c. o altrimenti non sussumibile *ex lege* nella fattispecie impresa)».

<sup>53</sup> Si pensi, per esempio, alla *holding* che esercita l'eterodirezione *solamente* società esercenti attività agricole (*ex* art. 2135 c.c.). L'attività esercitata da questa società è considerabile una attività d'impresa, avente – in ragione delle argomentazioni sull'oggetto «mediato» – di natura agricola. E, quindi, esercitabile dalla società semplice ai sensi dell'art. 2294 c.c.

sunzione di partecipazioni in altre imprese *non* possa *eterodirigere* società *commerciali*<sup>54</sup>.

Considerando l'esempio della *holding* che eterodirige – unicamente – società non commerciali (*i.e.* agricole) un caso di scuola, nel proseguo dell'analisi si farà riferimento *tout court* alla limitazione all'esercizio della direzione e coordinamento (ipotizzando, quindi, che le società eterodirette abbiano natura commerciale).

Pertanto, in ragione di quanto osservato finora, la *holding* costituita con il tipo della società semplice può detenere delle partecipazioni di *controllo* in altre società ai sensi dell'art. 2359 c.c. ma deve *limitarsi* all'esercizio dei diritti che le spettano in quanto socio, astenendosi dall'eterodirezione delle stesse.

A tal proposito, è possibile chiedersi se sia possibile *sottrarsi* all'esercizio della direzione e coordinamento sulle società in cui si detengono delle partecipazioni di controllo<sup>55</sup>. La formulazione dell'art. 2497-*sexies* c.c., dà una risposta affermativa a tale quesito. Infatti, nell'individuare il «salvo prova contraria» quale «attenuazione» della presunzione legale, il Legislatore sottintende che – ad alcune condizioni – il detenere partecipazioni «di controllo» possa *non* implicare l'esercizio dell'eterodirezione delle società partecipate<sup>56</sup>.

<sup>54</sup> In merito al fatto che la *holding* costituita con il tipo della società semplice non possa esercitare l'attività di direzione e coordinamento la dottrina è pressoché unanime. Cfr. – *ex multis* – G.B. Portale, A. Cetra, *Società semplice controllante di società di capitali*, cit., *passim*; O. Cagnasso, *La società semplice immobiliare: un ritorno ai codici abrogati?*, cit., p. 699; F. Riganti, *Appunti in tema di società semplice immobiliare e società semplice holding*, dattiloscritto della relazione tenuta al IX Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Professori Universitari di Diritto Commerciale Orizzonti del Diritto Commerciale, Problemi attuali della proprietà nel diritto commerciale, Roma, 23-24 febbraio 2018, p. 20; T. Caciolli, *La società semplice, tra mero godimento e attività economica non commerciale*, in *Società*, 2017, p. 865 e G. Cristofaro, R. Morone, *Profili civilistici*, cit., p. 12.

<sup>55</sup> Sulla (non) esistenza di un immanente «dovere di direzione e coordinamento», cfr. P. Marchetti, *Del dovere di direzione e coordinamento: l'approdo al Codice della crisi di impresa di un tema caro a Paolo Ferro-Luzzi*, in *Riv. soc.*, 2022, p. 1420 secondo cui con l'avvento del CCI si è giunti a considerare «la direzione e coordinamento come *facoltà*, potere, *ma non dovere*» (enfasi aggiunte) successivamente l'a. propone alcuni esempi in cui si assiste ad una «variazione del perimetro della direzione e coordinamento (nella direzione della sua «accensione» o della «modificazione» o della «cessazione»)» in ragione delle esigenze imprenditoriali. Pertanto, tali modificazioni rientrano nei margini di discrezionalità della *business judgement rule*. Contra, prima dell'avvento del CCI, R. Sacchi, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 669, il quale osservava che «nel quadro di un'impostazione che [...] qualifichi come *legittima* (entro certi limiti) l'ingerenza della controllante, la responsabilità parrebbe attenere al *modo* in cui è stata svolta l'attività (che a questo punto diventerebbe un *potere-dovere*) di direzione e coordinamento» (enfasi aggiunte).

<sup>56</sup> In merito allo specifico oggetto della presente analisi G.B. Portale, A. Cetra, *Società semplice controllante di società di capitali*, cit., *passim* sostengono che la presunzione di cui all'art. 2497-*sexies* c.c. non dovrebbe operare nei confronti della società semplici in quanto

Giunti a questo punto della trattazione, non essendo soddisfacente definire l'operatività della *holding* società semplice «in negativo», si proverà a ricostruire quali attività possa compiere senza incorrere nelle più volte citati limitazioni «tipologiche».

Sicuramente, tra le attività che la *holding* può «liberamente» svolgere rientra l'esercizio del «fascio di diritti<sup>57</sup>» connesso allo *status socii*<sup>58</sup>.

E, quindi, può *intervenire e votare* in assemblea sia essa ordinaria o straordinaria<sup>59</sup>: pertanto, a titolo esemplificativo, può: *i*) approvare il bilancio; *ii*) deliberare circa la distribuzione dell'utile; *iii*) nominare e revocare i membri degli organi amministrativi e di controllo; *iv*) deliberare sulla responsabilità dei soggetti di cui al precedente punto; *v*) deliberare in ordine alle autorizzazioni assembleari *ex art.* 2364 comma 1, n. 5), c.c.; *vi*) autorizzare le operazio-

avente una natura *non* commerciale. Tuttavia, a parere di chi scrive, questa presunzione vige nei confronti di *tutte* «le società o gli enti», e quelli aventi natura non commerciale – come *i.e.* le società semplici o le associazioni – devono dimostrare la «prova contraria» onde non incorrere nella riqualificazione del tipo (sulle modalità per attuare ciò v. *infra* il paragrafo 6). Sempre sul tema, P. Montalenti, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari*, cit., p. 323 osserva che «potrebbero [...] configurarsi [quali] soggetti di imputazione dell'attività di direzione unitaria [...] [le] società semplici, a meno che si ritenga, ma il punto è controvertibile, che l'attività di direzione debba configurarsi (e perciò rilevi soltanto) non solo come *attività d'impresa* [...] ma anche come attività d'impresa *commerciale*» (enfasi aggiunte). Tuttavia, non paiono condivisibili le argomentazioni che circoscrivono l'ambito di applicazione dell'art. 2497-*sexies* c.c. in ragione della «aprioristica inidoneità soggettiva» della società semplice ad esercitare l'attività di direzione e coordinamento. Infatti, a tal proposito, l'operatività (concreta) della società dovrebbe rappresentare la «prova contraria» che esclude la presunzione *ex art.* 2497-*sexies* c.c. Sul tema cfr. C. Picciau, *Art. 2497-*sexies**, in *Direzione e coordinamento di società*, a cura di G. Sbisà, in *Commentario alla riforma delle società*, cit., p. 371 la quale osserva che la «controllante» può sottrarsi alla presunzione di direzione e coordinamento qualora dia la prova di «essersi limitata a *gestire* il proprio pacchetto di partecipazione *senza* esercitare alcuna *influenza* sulla *gestione* e quindi avendo di mira solo scopi finanziari o di *godimento*» (enfasi aggiunte) in questi termini anche M. Lamandini, *Commento all'art. 2497 *sexies**, in *Le società per Azioni*, diretto da P. Abbadessa, a cura di G.B. Portale, M. Campobasso, V. Cariello, U. Tombari, II, Milano, Giuffrè, 2016, p. 3133 e G. Figà Talamanca, A. Genovese, *Riforma del diritto societario e gruppi di società*, in *Vita not.*, 2004, p. 1202.

<sup>57</sup> Espressione mutuata da O. Cagnasso, *La «lunga marcia» di avvicinamento delle partecipazioni di s.r.l. alle azioni*, in *Giur. It.*, 2017, p. 2429.

<sup>58</sup> Si fa riferimento all'atteggiamento del socio che – nonostante detenga una partecipazione di *controllo* – non si «intromette» della gestione. In merito alla differenza tra eterodirezione ed esercizio dei diritti del socio di controllo G.B. Portale, A. Cetra, *Società semplice controllante di società di capitali*, cit., p. 1093 sostengono che sia necessario effettuare una verifica «in concreto» «accertando, cioè, che la società non si *limiti* ad attivare i *diritti sociali* della partecipazione di controllo (comportandosi, dunque, da socio), ma svolga realmente l'attività di *direzione e coordinamento*» (enfasi aggiunte: nell'originale l'intera citazione è in corsivo).

<sup>59</sup> Si consideri che il diritto d'*intervento* ha rilevanza nel caso in cui la società semplice non sia l'unico socio della(e) società partecipata(e).

ni che comportano una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale o dei diritti dei soci *ex art.* 2479, comma 2, n. 5, c.c.; *vii*) deliberare sulle modificazioni dello statuto e *viii*) nominare i liquidatori.

Oltre ai citati diritti aventi natura «assembleare» – in quanto esercitati, appunto, in assemblea<sup>60</sup> – la società semplice può mettere in essere anche *ulteriori atti* senza il rischio di incorrere nei limiti tipologici dell'esercizio dell'attività d'impresa<sup>61</sup>.

A tal proposito, è possibile convenire che, qualsiasi «atto» avente natura *sporadica* e *occasionale* – non costituendo una «attività» riconducibile all'esercizio della direzione e coordinamento<sup>62</sup> e, soprattutto, difettando della componente della *professionalità* (intesa come non occasionalità) e, quindi, non rappresentando l'esercizio di un'attività d'impresa<sup>63</sup> – può essere compiuto (anche) da una società semplice.

<sup>60</sup> In merito agli ambiti «assembleare» e «consiliare», cfr. l'espressione di P. Marchetti, *Del dovere di direzione e coordinamento*, cit., p. 1413, il quale – facendo riferimento all'influenza notevole *ante* Riforma del 2003 – osservava che questa «esitava ad uscire dalla sala assembleare per entrare in Consiglio».

<sup>61</sup> Oltre agli «atti» su cui si dirà *infra*, è opportuno considerare che – nel caso la partecipata fosse una S.r.l. – la società semplice può esercitare anche i diritti «di controllo» che ai sensi dell'art. 2476, co. 2, c.c., le spettano in quanto socio. Si noti che questo diritto assume rilevanza qualora la società semplice detenesse delle partecipazioni di minoranza. Per una panoramica sul tema, cfr. R. Guidotti, *I diritti di controllo del socio nella s.r.l.*, Milano, Giuffrè, 2007; N. Abriani, *Controllo individuale del socio e autonomia contrattuale nella società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2005, I, p. 155; M. Perrino, *Il controllo individuale del socio di società di capitali: fra funzione e diritto*, in *Giur. comm.*, 2006, I, p. 639 ed E. Fregonara, *I nuovi poteri di controllo del socio di società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2005, I, p. 788.

<sup>62</sup> Analogamente P. Montalenti, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari*, cit., p. 321, il quale osserva «che non configura un'ipotesi di direzione e coordinamento il compimento di un *singolo atto*, o di *atti sporadici*, ancorché rilevanti: il legislatore contempla «l'attività», dunque una *pluralità di atti* teleologicamente indirizzati ad uno scopo» (enfasi aggiunte). Sulla differenza tra «atto» ed «attività» cfr. G. Auletta, *Voce «Attività»*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1958, p. 982 secondo cui «il nostro codice civile usa l'espressione attività [...] [riferendosi ad un] *insieme di atti* di diritto privato *coordinati* o unificati sul piano funzionale dalla unicità dello scopo» (enfasi aggiunte). Sul tema, cfr. N. Rondinone, *L'«attività» nel Codice civile*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 6. In giurisprudenza, cfr. Trib. Palermo, 15 giugno 2011, in *Giur. comm.*, 2013, II, p. 507 secondo cui, ai fini dell'esercizio della direzione e coordinamento, è necessaria «un'azione *costante, reiterata e continua* senza che possa rilevare l'assunzione di *singoli atti*, anche influenzati da altri soggetti, e *sporadiche scelte* non aventi il carattere stabile» (enfasi aggiunte).

<sup>63</sup> Circa la «non occasionalità» dell'attività d'impresa, oltre che la nozione di «imprenditore» *ex art.* 2082 c.c., cfr. W. Bigiavi, *La professionalità dell'imprenditore*, Padova, Cedam, 1948, p. 9; R. Franceschelli, *Imprese e imprenditori*, Milano, Giuffrè, 1972, p. 96; V. Buonocore, *L'impresa*, in *Trattato di Diritto Commerciale*, diretto da V. Buonocore, Torino, Giappichelli, 2002, p. 139; G. Bonfante, G. Cottino, *L'imprenditore*, in *Trattato di diritto commerciale*, cit., p. 423; G. Terranova, *L'impresa nel sistema del diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, I, p. 9 e A. Cetra, *La nozione di impresa*, cit., p. 29.

Quindi, per esempio, la *holding* costituita con il tipo della società semplice può concedere *garanzie* o *fidejussioni* a beneficio della(e) società partecipata(e) al fine di compiere determinate operazioni a condizione che siano *occasional*<sup>64</sup>.

Analoghe considerazioni, possono essere avanzate in merito all'ipotesi in cui la *holding* – al fine di ottimizzare i flussi di cassa delle società partecipate – gestisce in modo accentrato la liquidità del gruppo, attuando il c.d. *cash pooling*<sup>65</sup>. Infatti, la gestione della liquidità (al pari di ogni altro *servizio* infragruppo) non è – di per sé – un elemento tale da costituire un indice dell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento<sup>66</sup>. Piuttosto, lo diventa qualora sussista un *obbligo* – che limita la discrezionalità delle controllate – circa la gestione della liquidità.

Un'altra attività che potrebbe svolgere la società semplice senza incorrere nel superamento del limite tipologico della commercialità è quella di assunzione del ruolo di *amministratore* nelle società partecipate<sup>67</sup>. Infatti, a tal

<sup>64</sup> A conferma di ciò, P. Montalenti, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari*, cit., p. 322, sostiene che – al fine di individuare i tratti salienti dell'eterogestione – rileva «ogni fatto o atto che, unito ad altri, configuri un'attività *permanente* e *sistematica* di incisione sulle scelte gestorie della società subordinata» (enfasi aggiunte).

<sup>65</sup> Sul tema del c.d. *cash pooling*, cfr. L. Ardizzone, *I contratti di «cash pooling» infragruppo*, in *I contratti per l'impresa. Banca, mercati, società*, a cura di G. Gitti, M. Maugeri, M. Notari, II, Bologna, Il Mulino, 2012, p. 369 e A. Daccò, *L'accentramento della tesoreria nei gruppi di società*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 191.

<sup>66</sup> In senso opposto, ossia riconoscendo che la gestione accentrata della liquidità costituisca una manifestazione dell'eterogestione, cfr. P. Montalenti, *L'attività di direzione e coordinamento: dottrina, prassi, giurisprudenza*, in *Giur. comm.*, I, p. 115 e C. Picciau, *Art. 2497-sexies*, cit., p. 357. In merito all'approccio della giurisprudenza riguardo al *cash pooling*, cfr. Trib. Milano, 10 novembre 2014, n. 13179 in *Società*, 2015, p. 1389 con nota di G.M. Zamperetti, il quale afferma che «il fatto [...] che la *holding* esegua verso corrispettivo alcuni servizi a favore della [...] controllata testimonia di per sé solo un *normale rapporto contrattuale infragruppo*, di per sé *neutrale* ai fini della valutazione di un eventuale esercizio della direzione e coordinamento» (enfasi aggiunta). Per considerazioni analoghe, cfr. le massime della citata sentenza di P.F. Mondini in [www.giurisprudenzadelleimprese.it](http://www.giurisprudenzadelleimprese.it) e di C. De Palma, in [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it).

<sup>67</sup> Sul tema, V. Salafia, *Persone giuridiche amministratrici di Società*, in *Società*, 2006, p. 1327 osserva che «sia che la persona giuridica prescelta abbia natura civile, sia che abbia natura commerciale, l'incarico di amministrare un'altra società deve essere *compatibile* con il suo *oggetto*, se si tratta di società, o con il suo *scopo*, se si tratta di persona giuridica civile» (enfasi aggiunte). In generale, sulla legittimità di nominare quale amministratore di una società di capitali una persona giuridica cfr. A. Cetra, *Massima n. 100: amministratore persona giuridica di capitali*, in *Riv. dir. soc.*, 2008, IV, p. 679; G. Pescatore, *L'amministratore persona giuridica*, Milano, Giuffrè, 2012; M. Sagliocca, *Persona giuridica amministratore di società di capitali e designazione di un rappresentante*, in *Riv. notariato*, 2011, p. 785; C. Bolognesi, *La persona giuridica amministratrice di società di persone: analisi e superamento degli argomenti ostativi*, in *Riv. notariato*, p. 289 e A. Nigro, *Note in tema di persona giuridica amministratore di società*, in *Riv. dir. soc.*, 2007, I, p. 12. In merito alle modalità di designazione del «rappresentante persona fisica» ove anche numerosi spunti comparatistici, cfr. C. Alessio, *La responsabilità del rap-*

proposito, non sembra né che l'essere amministratore di una società rappresenti un indice della sussistenza della direzione e coordinamento (e, quindi, dell'esercizio di attività commerciale)<sup>68</sup>, né – tantomeno – che l'assunzione di tale carica rappresenti essa stessa un'attività d'impresa commerciale<sup>69</sup>. Pertanto, può essere legittimamente svolta da una società semplice<sup>70</sup>.

All'esito di questa panoramica degli *atti* che rientrano nella sfera d'azione di una *holding* costituita secondo il tipo della società semplice, è possibile concludere che il vero *limite* alla sua operatività «extrassembleare» sia da

*presentante permanente designato dalla persona giuridica amministratore nella giurisprudenza francese: spunti di diritto comparato*, in *Riv. dir. soc.*, 2021, III, p. 325. Cfr. anche l'orientamento consolidato della prassi notarile rinvenibile nella Massima n. 100 del Consiglio Notarile di Milano del 18 maggio 2007. Per una ulteriore analisi comparatistica, cfr. B. Oppetit, *Le représentant permanent d'une personne morale administrateur d'une société anonyme*, in *JCPG*, 1969, I, p. 2227; J. Richard, *La personne morale gérante d'une société de personnes*, in *JPC*, 1987, 563, p. 88; J.C. Pagnucco, *Administration. Conditions de nomination des administrateurs*, in *Sociétés Traité*, IV, *Sociétés anonymes*, 130-20, Paris, LexisNexis, 2007, p. 36 e K. Martucci, *L'ente amministratore di società di capitali nel diritto tedesco, svizzero e francese (appunti per misurarsi con un problema ancora aperto nel diritto italiano)*, in *Riv. dir. soc.*, 2009, p. 370.

<sup>68</sup> In merito alla posizione della giurisprudenza circa il fatto che l'essere amministratore (di fatto) non costituisca un indice dell'attività di direzione e coordinamento, cfr. Trib. Milano, 27 febbraio 2012, in *Riv. dir. soc.*, 2012, II, p. 734 con nota di T. Marsili, *Amministratore di fatto persona giuridica vs. attività di direzione e coordinamento*, p. 741. Sul rapporto tra eterodirezione ed assunzione della carica di amministratore, cfr. *infra* il paragrafo 7.

<sup>69</sup> Infatti, sebbene – ai sensi dell'art. 2380-bis c.c. – agli amministratori spetti la *gestione* dell'impresa e il compimento delle operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale, questi non sono qualificabili – solo per il fatto di essere tali – alla stregua di imprenditori ai sensi della nozione di cui all'art. 2082 c.c. Per una panoramica sull'evoluzione della qualificazione della natura del rapporto di amministratore, cfr. A. Pilati, *Essere o non essere parasubordinati: il dilemma degli amministratori di società per azioni*, in *Giur. comm.*, I, p. 1084 (ove ampi riferimenti bibliografici) il quale, prendendo le mosse dal *grand arrêt* della sentenza Cass. 20 gennaio 2017, n. 1545 (in *Foro it.*, 2017, I, p. 891, con nota di C.A. Niccolini; in *Giur. it.*, 2017, p. 1160, con nota di P. Tosi ed E. Puccetti, *Il rapporto tra società ed amministratori nel revirement delle Sezioni unite*; in *Società*, 2017, p. 605, con nota di M. Spadaro, *La controversa qualificazione giuridica del rapporto che lega la società di capitali al suo amministratore*) presenta una panoramica dell'inquadramento della qualificazione giuridica del rapporto che intercorre tra società ed amministratori.

<sup>70</sup> Diversamente G. Pescatore, *L'amministratore persona giuridica*, cit., p. 73 sostiene che «non sembra che, alla luce del disposto dell'art. 2249<sup>1</sup> c.c., una [...] società [semplice] possa svolgere l'attività di amministrazione di altre società, posto che questa attività non può certo definirsi agricola e sembra dunque debba intendersi come attività commerciale (a meno che, ovviamente, non si ritenga esistente il *tertium genus* della c.d. impresa civile e si consideri l'attività di amministrazione rientrare in tale ambito); l'unico caso in cui una società semplice possa svolgere attività di amministrazione sembra dunque quella in cui una tale attività non costituisca il suo oggetto sociale principale ma sia funzionale al raggiungimento dello stesso». Sul tema – anche se in merito agli enti del terzo settore – cfr. anche D. Boggiali, *Enti amministratori di associazioni e fondazioni*, Studio n.9-2022/CTS del Consiglio Nazionale del Notariato.

individuare negli atti che a vario titolo *comprimono* la discrezionalità della(e) società partecipata(e) nell'intraprendere le «scelte strategiche ed operative di carattere finanziario, industriale, commerciale<sup>71</sup>» o, comunque, che attinenti alla conduzione degli affari sociali.

#### 4. Il «controllo» senza «gruppo»: tra Codice civile e Codice della Crisi d'Impresa

L'art. 2, comma 1, lett. h), CCI definisce per «*gruppo di imprese*» «l'insieme delle società, delle imprese e degli enti [...], che, ai sensi de[l]' articol[o] 2497 [...] del codice civile, *esercitano o sono sottoposti alla direzione e coordinamento* di una società, di un ente o di una persona fisica» (enfasi aggiunte). Dalla lettura di tale nozione si evince che il concetto di *gruppo d'impresa* inteso nell'ottica del CCI – a differenza di quanto avviene in ambito *banca-rio* o *assicurativo* ove l'elemento costitutivo della fattispecie è rappresentato dal «controllo»<sup>72</sup> – è incentrata sull'esercizio della direzione e coordinamento.

Pertanto, accostando a questa premessa *maior* quella *minor* secondo cui alla società semplice è precluso l'esercizio dell'eterodirezione su imprese aventi natura commerciale, è possibile affermare che la *holding* costituita con il tipo della società semplice *non* sia idonea a stare «al vertice» di un gruppo d'impresa. Con l'unica eccezione del gruppo in cui *tutte* le società partecipate svolgano attività *non* commerciali<sup>73</sup>.

Questo pare coerente pensando alla non commercialità della società semplice e al funzionamento fisiologico dei gruppi d'impresa. Infatti, l'operatività «di gruppo» rappresenta «l'articolazione di una *iniziativa economica*

<sup>71</sup> In questi termini P. Montalenti, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari*, cit., p. 321.

<sup>72</sup> Ai sensi dell'art. 60, co. 1, TUB, «il gruppo bancario è composto dalla capogruppo e dalle società bancarie, finanziarie e strumentali da questa *controllate*» poi, l'art. 61 TUB precisa che «la capogruppo *esercita* le funzioni di *direzione e coordinamento* del gruppo bancario, assicurando, tra l'altro, il rispetto delle norme che disciplinano l'attività bancaria su base consolidata» (enfasi aggiunta). Si noti che, in questo caso, l'attività di direzione e coordinamento rappresenta un dovere della capogruppo *conseguente* al controllo, e non un elemento costitutivo della nozione di gruppo, come invece accade nella definizione del CCI. Invece, con riferimento al settore assicurativo, cfr. l'art. 210, comma 1, del D. Lgs. 7 settembre 2005, n. 209 (il c.d. Codice delle Assicurazioni Private) secondo cui le disposizioni di cui al Titolo XV (rubricato «Vigilanza sul *gruppo*») si applicano «*a*) alle imprese di assicurazione o di riassicurazione [...] che siano *controllanti* o partecipanti in almeno un'impresa di assicurazione o di riassicurazione [...]; *b*) alle imprese di assicurazione o di riassicurazione [...] che siano *controllate* da una società di partecipazione assicurativa» (enfasi aggiunte).

<sup>73</sup> È, pertanto, legittimo pensare ad un gruppo composto (solamente) da società esercenti attività agricola *ex art.* 2135 c.c. la cui controllante sia una società semplice.

unitaria in più soggetti, la cui attività è diretta e *coordinata*, per finalità *imprenditoriali*, da una società di vertice mediante [l'assunzione di] partecipazioni di controllo [in altre imprese]<sup>74</sup> e tale attività mal si concilierebbe (*rectius*, non si concilierebbe affatto) con il tipo della società semplice in ragione di quanto previsto dall'art. 2249 c.c.<sup>75</sup>

Dalle considerazioni pocanzi fatte, emerge il fatto che due concetti che spesso (*rectius* quasi sempre) viaggiano «a braccetto», quello di «controllo» e quello di «gruppo» nel caso di una *holding* costituita ricorrendo al tipo della società semplice, si slegano. Infatti, in questo caso<sup>76</sup>, questi concetti – che solitamente rappresentano l'uno il *presupposto* (nonché il *mezzo* per attuare) l'altro – devono essere tenuti ben *distinti*.

Segnatamente, alla società semplice che detenesse delle partecipazioni «di controllo» ai sensi dell'art. 2359 c.c. in altre società: da un lato, si applicherà la disciplina «antidiluitiva» prevista dall'art. 2359-*bis* c.c., dall'altro, *non* troverà applicazione quella inerente alla crisi nei «gruppi di imprese» prevista ai sensi del Titolo VI del CCI.

Pertanto, all'*insieme* di società controllate da una società semplice – che *non* esercita l'attività di direzione e coordinamento sulle partecipate – (che, come detto, non costituisce un «gruppo») non è possibile applicare né la disciplina sul concordato, sugli accordi di ristrutturazione e sul piano attestato «di gruppo» (art. 284 CCI) né, tantomeno, quella sulla procedura di liquidazione giudiziale «di gruppo» (art. 287 CCI).

Esaminando le diverse norme relative alla «crisi nei gruppi» sancite dal Codice della Crisi, si evince che queste possono essere classificate in ragione dei diversi obiettivi perseguiti. A tal proposito, ci sono alcune disposizioni incentrate al *risanamento* degli abusi causati dalla direzione e coordinamento (*i.e.* la revocatoria *ex* art. 290 CCI o la postergazione *ex* art. 292 CCI) e, altre, volte alla *gestione unitaria* del gruppo anche nella sua fase di crisi in modo da poter portare ad una migliore soddisfazione dei creditori sfruttando – an-

<sup>74</sup> In questi termini E. Marchisio, «Gruppo» ed «eterodirezione» nel Codice della crisi d'impresa, cit., p. 339 (enfasi aggiunte). Dalla descrizione fornita dall'a. è facile convenire che il gruppo costituisca una modalità alternativa per l'esercizio dell'attività d'impresa, che viene realizzata mediante la detenzione di partecipazioni di controllo in altre imprese. Per una panoramica sul funzionamento (anche di natura economico-aziendalistica) dei gruppi d'impresa, cfr. – *ex multis* – G. Scognamiglio, *Motivazione delle decisioni e governo del gruppo*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, p. 757; U. Tombari, *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, Giuffrè, 2010; R. Coase, *The nature of the firm*, in *Economica*, 1937, p. 386 e Id., *La natura dell'impresa. Il problema del costo sociale*, Trieste, 2001 (con traduzione di A. Sfrecola).

<sup>75</sup> Ad esclusione del citato «gruppo agricolo» ossia quello in cui tutte le società eterodirette esercitano attività riconducibili all'alveo dell'art. 2135 c.c.

<sup>76</sup> E, qui, si fa riferimento al caso in cui la società semplice *holding* detenga partecipazioni in società esercenti attività d'impresa commerciale.

che in tale fase – i vantaggi compensativi (i.e. le «forme di *coordinamento*» previste ex art. 287 CCI).

Il fatto che all'aggregato di imprese controllate dalla società semplice non trovino applicazione le norme riferibili al primo insieme, non rappresenta un pregiudizio al soddisfacimento dei creditori delle società coinvolte. Infatti, in questo caso, non essendo esercitabile (e, soprattutto, esercitata) la direzione e il coordinamento delle società partecipate, non si dovrebbero riscontrare delle compressioni dell'interesse sociale delle singole società che giustificerebbe un'azione di *risanamento*.

Invece, in merito alle norme relative alla «gestione unitaria», appare plausibile ipotizzare una trasformazione della società semplice in una società commerciale (i.e. in s.n.c.) in modo da poter realizzare – durante la procedura – le *sinergie* tra le società partecipate al fine di massimizzare la soddisfazione dei creditori nonché di garantire la continuità aziendale delle società partecipate<sup>77</sup>.

In ogni caso, è bene precisare che tale trasformazione, rappresentando una modifica del contratto sociale della *holding*, deve essere decisa – ai sensi dell'art. 2252 c.c. – con il consenso di tutti i soci (della *holding*), e non di quelli delle partecipate. Quindi, nel caso di un *piano* di concordato riguardante le società operative (coinvolte dalla crisi) che prevedesse la trasformazione della *holding* (non in stato di crisi), non è possibile ritenere che questa si attui in forza dell'art. 120-*quinquies*, comma 1, CCI<sup>78</sup>;

<sup>77</sup> Sulle operazioni straordinarie nelle procedure concorsuali previste dal CCI, cfr. – *ex multis* – I. Pagni, M. Fabiani, *Le operazioni straordinarie nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza tra l'art. 116 e gli artt. 120-bis ss. CCII*, in *Riv. soc.*, 2022, p. 1309; M. Maltoni, *La fusione, la scissione e la trasformazione di società in concordato preventivo secondo il Codice della crisi di impresa (art. 116 D. Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14): nuove fattispecie e criticità applicative*, in *Studio n. 32-2020/I del Consiglio Nazionale del Notariato*, poi in *Id.*, *Fusione e scissione di società in concordato preventivo secondo il Codice della crisi di impresa (con alcune riflessioni in merito ai nuovi articoli 120-bis e 120-quinquies)*, in *Riv. not.*, 2022, p. 447. Si consideri che l'art. 120-*bis*, co. 2, CCI prevede che, «ai fini del buon esito della ristrutturazione il piano può prevedere *qualsiasi modificazione dello* statuto della società debitrice» e, con particolare riferimento alla trasformazione, cfr. l'art. 2499 c.c. secondo cui tale operazione straordinaria può avere luogo «anche in pendenza di procedura concorsuale» (enfasi aggiunte).

<sup>78</sup> Cfr. l'art. 120-*quinquies* CCI secondo cui «il provvedimento di omologazione dello strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza determina [...] le [...] modificazioni statutarie nei termini previsti dal piano, demanda agli amministratori l'adozione di ogni atto necessario a darvi esecuzione e li autorizza a *porre in essere*, nei successivi trenta giorni o nel diverso termine previsto dal piano, le ulteriori modificazioni statutarie programmate dal piano» (enfasi aggiunte). Sul tema I. Pagni e M. Fabiani, *Le operazioni straordinarie nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza tra l'art. 116 e gli artt. 120-bis ss. CCII*, cit., p. 1315 sostengono che tale disposizione «recepisce l'idea che il concordato omologato costituisca un titolo giuridico di per sé sufficiente ad assicurarne la *completa esecuzione*, con la produzione degli effetti delle operazioni che vi sono previste, indipendentemente dall'adozione di delibere da parte dei

ma solamente in virtù di una a sé stante decisione dei soci della società semplice.

Invece, in caso di liquidazione giudiziale, il perimetro di azione del curatore riguarda solamente le «imprese in stato di insolvenza» e, quindi, questo – a meno che anche la *holding* si trovi in tale situazione (si pensi, alla *holding* che avesse prestato delle garanzie) – non potrebbe intervenire sul contratto sociale in quanto la *holding* non sarebbe compresa nell’ambito della procedura.

## 5. Gli «assetti» e la «azienda» della *holding* società semplice

Si è più volte detto che la *holding* costituita con il tipo della società semplice – onde non contravvenire al principio di tipicità sancito dall’art. 2249 c.c. – può svolgere: o un’attività d’impresa *non* commerciale (i.e. l’eterodirezione solamente di società esercenti attività d’impresa agricola) o una attività *non* imprenditoriale (la gestione «statica» delle partecipazioni sociali). La differente qualificazione dell’attività esercitata comporta il fatto che la società sia (o meno) assoggettabile al c.d. statuto dell’imprenditore delineato dal Titolo II del Libro V del Codice civile.

Nel proseguo si tratterà quale sia la disciplina applicabile alla sfumatura più rilevante del fenomeno: ossia alla *holding* che detiene le partecipazioni di controllo nelle società (commerciali) partecipate, astenendosi dall’esercizio della direzione e coordinamento sulle stesse (quindi, come detto, svolgendo una attività *non* imprenditoriale). Pertanto, si analizzeranno quali siano le peculiarità che riguardano una società (semplice) *senza impresa*<sup>79</sup>.

Innanzitutto, il fatto che l’attività esercitata dalla società semplice non rappresenti una attività d’impresa implica che ad essa non si applichi l’art. 2086 c.c.<sup>80</sup>. Tale esclusione pare logica pensando ai limiti tipologici posti

soci». Cfr. anche M. Maltoni, *Spunti di riflessione sulla disciplina delle modifiche statutarie in caso di accesso della società ad uno strumento di regolazione della crisi e dell’insolvenza*, in *Riv. soc.*, 2022, p. 1293; M. Campobasso, *La posizione dei soci nel concordato preventivo della società*, in *Banca borsa*, I, 2023, p. 166 e N. Michieli, *Il ruolo dell’assemblea dei soci nei processi ristrutturativi dell’impresa in crisi alla luce del d.lgs. n. 83/2022*, in *Riv. soc.*, 2022, p. 843.

<sup>79</sup> Sul tema della «società senza impresa» si è pronunciata autorevolissima dottrina; cfr. – *ex multis* – G. Oppo, *voce Impresa e imprenditore*, in *Enc. giur. Treccani*, XXII, Roma, 1987, spec. § 5; F. Galgano, *voce «Società (diritto privato)»*, in *Enc. del dir.*, XLII, Milano, 1990, p. 865; F. Di Sabato, *Manuale delle società*, Torino, Utet, 1995, p. 10; G. Marasà, *Le «società» senza scopo di lucro*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 85; Id., *Società tra professionisti e impresa*, in *Riv. not.*, 1997, p. 1345; Id., *Le società*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 155.

<sup>80</sup> Novellato dall’art. 375 CCI sul tema dell’adeguatezza degli assetti nelle società di diritto comune, cfr. – *ex multis* – A. Mirone, *Assetti organizzativi, riparti di competenze e modelli di*

all'operatività della società semplice. Infatti, in assenza di un'iniziativa imprenditoriale «da gestire» non avrebbe senso prevedere l'*obbligo* di dotarsi di «un *assetto* organizzativo, amministrativo e contabile *adeguato*<sup>81</sup>». Analoghe considerazioni possono essere mosse in merito alla non necessità di prevedere gli assetti in funzione *anticipatoria* della *crisi*: infatti, sarebbe illogico che la società semplice – non svolgendo una attività d'impresa – si doti di assetti funzionali a rilevare la «*crisi dell'impresa*»<sup>82</sup>.

Oltre a quanto detto, è possibile convenire che il *non* essere dotati di assetti amministrativi ed organizzativi possa rappresentare anche una «prova» dell'*impossibilità* di eterodirigere le società partecipate. E, quindi, del non esercizio dell'attività di direzione e coordinamento utilizzabile per sottrarsi alla presunzione di cui all'art. 2497-*sexies* c.c.

Analoghe considerazioni possono essere mosse riguardo al concetto di «azienda».

Segnatamente, in ragione del fatto che nella *holding* costituita ricorrendo al tipo della società semplice: *i)* *non* sia esercitata una attività d'impresa e, quindi, non sia presente un *imprenditore*; *ii)* che le partecipazioni *non* possano essere *organizzate* e *iii)* che queste *non* possano essere *strumentali* all'esercizio di un'attività d'impresa, è possibile convenire che il «complesso delle partecipazioni» detenute non integri la nozione di cui all'art. 2555 c.c., e – quindi – non sia presente un'*azienda*<sup>83</sup>. Dalla *non* riconducibilità dell'insieme

*amministrazione: appunti alla luce del «decreto correttivo» al Codice della crisi e dell'insolvenza, in Giur. comm., 2022, I, p. 183; Id., L'organizzazione dell'impresa societaria alla prova del codice della crisi: assetti interni, indicatori e procedure di allerta, in ODC, 2020, I, p. 29; E. Ginevra, Tre questioni applicative in tema di assetti adeguati nella s.p.a., in Banca borsa, 2021, I, p. 564; Id. e C. Presciani, Il dovere di istituire assetti adeguati ex art. 2086 c.c., in Nuove leggi civ., 2019, p. 1211; L. Calvosa, Gestione dell'impresa e della società alla luce dei nuovi artt. 2086 e 2475 c.c., in Le Società, 2019, p. 799; G. Trimarchi, Codice della crisi: riflessioni sulle prime norme, in Notariato, 2019, p. 115; V. Di Cataldo, S. Rossi, Nuove regole generali per l'impresa nel nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza, in Riv. dir. soc., 2019, p. 745; P. Montalenti, Gestione dell'impresa, assetti organizzativi e procedure di allerta nella riforma Rordorf, in Nuovo dir. soc., 2018, p. 951; O. Cagnasso, Il diritto societario della crisi fra passato e futuro, in Giur. comm., 2017, I, p. 33 e M. Irrera, Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali, Milano, Giuffrè, 2005.*

<sup>81</sup> Così l'art. 2086, co. 2, c.c. (enfasi aggiunta). Inoltre, si noti che l'adeguatezza è parametrata «alla natura e alle dimensioni dell'impresa» e, quindi, in assenza di un'attività «d'impresa» è ragionevole ipotizzare che l'assenza di assetti sia da reputare «adeguata». In dottrina cfr. G. Cristofaro, R. Morone, *Profili civilistici*, cit., p. 32, i quali ritengono che la novella dell'art. 2086 c.c. non abbia un grosso impatto sulle società semplici «di godimento»: infatti, «trattandosi di società che *non* svolgono attività d'impresa, né possiedono un'organizzazione a ciò deputata, l'obbligo in capo agli amministratori di predisporre assetti adeguati ne esce certamente *ridimensionato*» (enfasi aggiunte).

<sup>82</sup> È, invece, più logico che la rilevazione dei segnali di *early warning* sia affidata alle singole società operative partecipate (e controllate) dalla società semplice.

<sup>83</sup> Per una disamina sull'intrinseca finalizzazione all'esercizio dell'attività d'impresa insita nell'azienda, cfr. M. Cian, *L'azienda tra diritto dei beni e regolazione dei fatti economici*:

di partecipazioni detenute alla nozione di azienda, deriva anche il fatto che il loro *trasferimento* non sia soggetto alla disciplina prevista dall'art. 2558 c.c.<sup>84</sup>

## 6. Presìdi statutari e obblighi degli amministratori della *holding* società semplice

Nelle pagine che precedono è stato individuato quale «limite tipologico» all'operatività di una *holding* costituita con il tipo della società semplice l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento sulle società partecipate. Tale limitazione deve essere presa in considerazione tanto al momento della *definizione* dell'oggetto sociale quanto nell'*operatività* della società<sup>85</sup>.

Pertanto, oltre al fatto che l'oggetto sociale indicato nel contratto sociale debba essere caratterizzato dall'aver natura *non* commerciale, è necessario che anche l'*attività* – nel concreto – esercitata dalla società si attenga a tali limiti. Infatti, qualora questi venissero superati (*i.e.* eterodirigendo una partecipata esercente attività commerciale), l'attività posta in essere dalla società *non* sarebbe compatibile con la sua forma giuridica e – quindi – si incorrerebbe in una *riqualificazione* del tipo in società in nome collettivo<sup>86</sup>.

*prolegomena*, in *Riv. dir. comm.*, 2016, p. 656 secondo cui, per azienda, deve intendersi un aggregato di beni che «incorpori in sé un *programma* imprenditoriale ben definito in base agli elementi» in esso presenti (enfasi aggiunte).

<sup>84</sup> Sull'applicazione analogica della disciplina sul trasferimento d'azienda anche alla cessione della partecipazione sociale totalitaria, i *grands arrêts* di Cass. 20 gennaio 1997, n. 549 in *Foro it.*, 1997, I, p. 1498, con nota di A. Palmieri; in *Riv. dir. ind.*, 1998, II, p. 13, con nota di B. Guidetti e in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 1289, con nota di L. Albertini e di Cass. 16 febbraio 1998, n. 1643, in *Giur. comm.*, 1998, II, p. 577 con nota di A. Bocci. In dottrina, cfr. S. Luoni, *Cessione di partecipazioni sociali e divieto di concorrenza: brevi considerazioni alla luce di alcune recenti pronunce giurisprudenziali*, in *Giur. it.*, 2001, p. 969.

<sup>85</sup> Si consideri che, nonostante, ai sensi dell'art. 2251 c.c., «il contratto [sociale] [della società semplice] *non* è soggetto a forme speciali» (enfasi aggiunta), è ragionevole ritenere che esso debba comprendere l'indicazione dell'*oggetto* sociale; ossia dell'*attività* che sarà *svolta* dalla società. Sulla «non tassatività» del contratto sociale, cfr. L. Pisani, *Società semplice*, in *Diritto commerciale*, III, cit., p. 168, il quale osserva che «l'art. 2251 omette *qualsiasi* *prescrizione di contenuto* dell'atto costitutivo» (enfasi in originale). Invece, in merito alla duplice valenza dell'oggetto sociale, cfr. G. Ferri jr e M. Stella Richter jr, *L'oggetto sociale statutario*, in *Giust. civ.*, 2002, p. 483.

<sup>86</sup> In tal senso anche G.B. Portale, A. Cetra, *Società semplice controllante di società di capitali*, cit., p. 1098. In merito alla «riqualificazione» della società semplice in società in nome collettivo, cfr. P. Spada, *La tipicità delle società*, cit., p. 465 il quale considera la società in nome collettivo e la società semplice rispettivamente i «tipi residuali» dell'esercizio collettivo dell'impresa rispettivamente commerciale e non. In senso analogo anche M. Cian, *I tipi di società*, in *Diritto commerciale*, III, cit., p. 263 e G.F. Campobasso, *Diritto commerciale 2. Diritto delle società*<sup>10</sup>, a cura di M. Campobasso, Torino, Utet, 2020, p. 46.

Pertanto, guardando il problema dalle due angolazioni (del contratto sociale e dell'operatività effettivamente svolta), è necessario appurare: *i*) come debba essere formulato l'*oggetto sociale* della holding costituita in forma di società semplice e *ii*) quali siano i presidi funzionali a far sì che l'*operatività* della società non sconfini nella commercialità.

In merito al primo profilo, l'*oggetto sociale* – rappresentando una *descrizione* generale dell'attività economica che la società è destinata a svolgere<sup>87</sup> – oltre al lapalissiano *non* dover contemplare attività inquadabili alla stregua dell'attività d'impresa *commerciale*, è opportuno che menzioni anche una esplicita *esclusione* dell'esercizio di tali attività<sup>88</sup>.

Quindi, per le ragioni ampiamente esposte *supra*, in una società semplice avente quale oggetto sociale la «detenzione» e la «gestione» di partecipazioni sociali<sup>89</sup>, è ragionevole ritenere che la limitazione – oltre a prevedere una generale «non commercialità» – debba sancire anche il *divieto* di esercitare la *direzione* e il *coordinamento* sulle società partecipate<sup>90</sup>.

<sup>87</sup> Per un approfondimento sulla nozione di oggetto sociale v. G. Mucciarelli, *Profili dell'oggetto sociale nelle società di capitali*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, I, diretto da P. Abbadessa, G.B. Portale, Torino, Utet, 2006, p. 303.

<sup>88</sup> È diffusa prassi notarile – nel redigere la clausola dell'oggetto sociale della società semplice – premettere, prima della descrizione dell'attività svolta, che «è esclusa ogni attività di carattere commerciale ed imprenditoriale». Sul tema – *ex multis* – cfr. G. Trimarchi, C. Prazzoli, *Società semplice di mero godimento: costituzione di società semplice immobiliare*, in *Formulario delle società*, diretto da S. Sanzo, G. Trimarchi, Milano, Giuffrè, 2019, p. 27.

<sup>89</sup> La citata massima O.A.11 del Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie si pronuncia sulla legittimità della «costituzione di società semplici che abbiano quale *oggetto sociale*: "l'attività di *gestione* di [...] partecipazioni sociali", senz'altro aggiungere» (enfasi aggiunta).

<sup>90</sup> Sulle clausole statutarie che – pur in presenza del «controllo» *ex art.* 2359 c.c. – escludono l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento delle partecipate, cfr. il paragrafo 1 (nt. 3), Sezione IV, Capitolo 2, Titolo I, Parte I della Circolare n. 285 del 17 dicembre 2013 di Banca d'Italia. Secondo cui «possono presentare istanza di esenzione dall'assunzione della qualifica di capogruppo ai sensi dell'art. 60-bis, comma 3, TUB» le società di partecipazione finanziaria il cui statuto prevede «che alla società è *preclusa* l'assunzione delle funzioni di *direzione e coordinamento* del gruppo bancario o la possibilità di assumere decisioni su aspetti gestionali, operativi e finanziari che incidono sul gruppo o sulle società bancarie e finanziarie controllate». Poi la Circolare precisa che «in caso di esenzione dall'assunzione del ruolo di capogruppo, lo *statuto* della società di partecipazione finanziaria o di partecipazione finanziaria mista esentata *deve indicare chiaramente* che a quest'ultima è *preclusa* l'assunzione delle funzioni di *direzione e coordinamento* del gruppo bancario o la *possibilità di assumere decisioni* su aspetti gestionali operativi e finanziari che incidono sul gruppo o sulle società bancarie e finanziarie controllate» e che «*non è precluso* alla società di partecipazione finanziaria o di partecipazione finanziaria mista l'esercizio dei *diritti* che le vengono direttamente attribuiti, in qualità di *socio* di una o più società del gruppo» (enfasi aggiunte). In questo senso, Banca d'Italia, nell'esercizio dei suoi poteri regolamentari – come si è cercato di fare nel presente contributo – tiene ben distinti i diversi piani del «controllo» e dell'esercizio della direzione e coordinamento. Sul tema

Così facendo, da un lato, si sgombra il campo da ogni possibile equivoco interpretativo sulla *natura* non commerciale dell'*oggetto* sociale e, dall'altro, e qui veniamo al punto *ii*), si circoscrive esplicitamente il perimetro delle attività esercitabili dalla società invertendo l'onere della prova di cui all'art. 2497-*sexies* c.c.<sup>91</sup>

In particolare, il fatto che a norma dell'art. 2260, comma 1, c.c. i diritti e gli obblighi degli amministratori della società semplice siano regolati secondo le norme sul *mandato*, porta a ritenere che gli atti compiuti in *violazione* di un «limite» presente nel contratto sociale, siano sussumibili alla fattispecie degli atti «esorbitanti» il mandato. E, quindi, a norma dell'art. 1711, comma 1, c.c. «resta[no] a carico del mandatario» che, in questo caso, è l'amministratore.

Pertanto, l'attività di direzione e coordinamento esercitata – violando una clausola del contratto sociale che la impedisce – da un amministratore

cfr. G. Scognamiglio, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 232 (nt. 25) la quale osserva che «appare concepibile altresì una clausola statutaria, con la quale i soci della controllante dichiarino programmaticamente di *non volersi avvalere* dell'influenza dominante ai fini dell'esercizio di un'attività di direzione e coordinamento delle società controllate: di *non volere*, cioè, che la società *assuma* il ruolo di *capogruppo* in senso forte. Un'ipotesi siffatta è [...] espressamente contemplata dalle Istruzioni di vigilanza della Banca d'Italia con riferimento a quella società controllante che avrebbe astrattamente titolo a fungere da capogruppo di un determinato gruppo creditizio». Invece, per quanto riguarda il settore assicurativo, cfr. i c.d. «protocolli di autonomia» che, ai sensi dell'art. 75 del Codice delle Assicurazioni Private, garantiscono il rispetto dell'*autonomia* dell'impresa assicurativa rispetto ai soggetti che detengono delle partecipazioni di cui all'art. 68 del medesimo Decreto (si noti che tale disposizione ribadisce quanto già previsto ai sensi dell'art. 5, co. 2, lett. a), D.M. 24 aprile 1997, n. 186). Sempre sulla portata dell'autonomia statutaria (o contrattuale) nell'impedire l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, cfr. M. Lamandini, *Il «controllo». Nozioni e «tipo» nella legislazione economica*, Milano, Giuffrè, 1995, p. 79. Guardando il tema dall'opposta angolazione, è opportuno precisare che parte della dottrina ritiene che l'attività di direzione e coordinamento *deve* essere prevista nell'*oggetto* sociale dell'ente che la esercita. Sul punto, cfr. – *ante* riforma del 2003 – U. Tombari, *Il gruppo di società*, cit., p. 172 e – *post* riforma – Id., *Diritto dei gruppi di imprese*, cit., p. 8.

<sup>91</sup> In questo senso anche F. Galgano, *Direzione e coordinamento di società*, in *Commentario del codice civile*, cit., p. 193 secondo cui «è legittimo ritenere che la prova contraria di cui [...] [all'art. 2497-*sexies* c.c.] possa essere preconstituita dall'ente controllante sulla base di una *clausola statutaria*, la quale disponga che eventuali partecipazioni in società non possono essere utilizzate per esercitare su di essa alcuna attività di direzione e coordinamento. Una simile clausola statutaria avrà l'effetto di *invertire* l'onere della prova: sarà chi agisce nei confronti della controllante a norma dell'art. 2497 c.c. a dover provare che, nonostante quella clausola, essa ha di fatto esercitato la predetta attività». Invece, G.B. Portale e A. Cetra, *Società semplice controllante di società di capitali*, cit., *passim* sostengono che non sia necessaria una «prova» del non esercizio della direzione e coordinamento. In quanto, secondo gli autori, in virtù dell'inidoneità soggettiva all'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, ad essa non si applica la presunzione prevista dall'art. 2497-*sexies* c.c.

di una società semplice, risulta imputabile all'amministratore stesso e non alla società stessa.

## 7. Holding persona fisica e interposizione della società semplice

Come si avrà modo di vedere nel presente capitolo, il profilo più problematico dell'utilizzo della società semplice quale tipo sociale per una *holding* di partecipazioni, risiede nella situazione – *quod plerumque accidit* – in cui questa sia riconducibile ad un socio (persona fisica) che esercita la direzione e coordinamento sulle società partecipate<sup>92</sup>, dando luogo ad una «holding persona fisica» e, quindi, ad un «gruppo»<sup>93</sup>.

Questa situazione può derivare da due circostanze: i) quella più comune, in cui la persona fisica esercita la direzione e coordinamento sulle società partecipate dalla *holding* sfruttando la sua *nomina* ad amministratore esecutivo nelle stesse; oppure ii) quella descritta nel precedente paragrafo, in cui l'attività di direzione e coordinamento esercitata dal *socio-amministratore* – eccedendo il limite previsto dall'oggetto sociale – in virtù dell'art. 1711, comma 1, c.c., viene *imputata* a questo in luogo che alla società.

In merito alla prima possibilità, quando la società semplice è utilizzata come «cassaforte di famiglia», spesso accade che i membri della famiglia –

<sup>92</sup> Le argomentazioni esposte nel proseguo – che sono senz'altro applicabili alla società semplice che detiene le partecipazioni di controllo in *una* (sola) società – saranno effettuate nei confronti della società semplice che detiene partecipazioni in *più* società. In quanto, la componente *organizzativa* (e, quindi, *imprenditoriale*) è immediatamente percepibile nella creazione di sinergie tra le partecipate. Si noti che – solitamente – si ricorre ad una *holding* di famiglia nel caso in cui le società «operative» siano più di una.

<sup>93</sup> A tal proposito, cfr. E. Marchisio, «Gruppo» ed «eterodirezione» nel Codice della crisi, cit., p. 362, il quale sostiene che «l'inclusione della persona fisica quale capogruppo ai sensi del Codice [deve] essere condizionata alla sola prova dell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento di società, imprese o enti, senza che sia necessaria alcuna ulteriore verifica circa le caratteristiche, le finalità, le forme o la qualificazione giuridica di tale attività». Sull'ammissibilità della *holding* persona fisica, si consideri che l'art. 2, co. 1, lett. h), CCI contempla espressamente – tra i soggetti che possono essere al «vertice» di un gruppo – anche la «persona fisica». Questa esplicita menzione del Legislatore prende le mosse da quanto già ampiamente sostenuto in dottrina ed in giurisprudenza a seguito della citata sentenza «Caltagirone». Sul tema cfr. – *ex multis* – anche per numerosi riferimenti bibliografici, N. Rondinone, *Tecniche di coinvolgimento di domini e holders nel fallimento delle imprese eterodirette*, cit., p. 1076; M. Palmieri, *Il ruolo della persona fisica holding: fra impresa fiancheggiatrice e attività di direzione e coordinamento di società*, in *Giur. comm.*, 2018, II, p. 31; M. Prestipino, *La responsabilità risarcitoria della persona fisica capogruppo*, cit., p. 105 e A. Penta, *La fallibilità dell'holder persona fisica*, in *Fallimento*, 2009, p. 169.

che sono anche *soci* della società semplice – siano nominati nelle posizioni apicali delle società partecipate. Si pensi al caso in cui il padre – o, comunque, una personalità di spicco della famiglia (*i.e.* il fondatore delle società operative o il suo discendente diretto) – che è il *socio* di maggioranza della società semplice, sia nominato, dalla stessa, amministratore delegato (o amministratore unico) nelle società partecipate.

Nella situazione appena descritta, sorge spontaneo chiedersi se l'*identità* soggettiva tra il socio della società semplice e la figura apicale nelle società operative partecipate (il c.d. *interlocking*) rappresenti – di per sé – un indice dell'eterodirezione<sup>94</sup>.

A tal proposito, è bene ricordare che la disciplina relativa alla direzione e coordinamento si basa sul «principio di *effettività*»<sup>95</sup>: infatti, la sua sussistenza deve essere accertata basandosi sull'*effettivo* esercizio dell'*attività* e non in base alla mera *possibilità* di esercitarla. Tale approccio «sostanzialista» deve guidare l'interprete anche in merito all'*interlocking*: pertanto, non è possibile concludere che l'*identità* soggettiva (o comunque una «forte somiglianza») tra l'organo amministrativo delle società partecipate e la compagine socia-

<sup>94</sup> In dottrina, S. Brugnoli, *Il divieto di interlocking nel Decreto Salva Italia. Analisi normativa e criteri per l'applicazione*, in *Riv. dir. soc.*, 2015, III, p. 425 definisce l'«*interlocking directorate*» «come il legame personale che si instaura tra due imprese nel momento in cui l'amministratore di una siede anche nel consiglio di amministrazione dell'altra». Sul tema cfr. anche R. Santagata, *Interlocking directorates e interessi degli amministratori di società per azioni*, in *Riv. soc.*, 2009, p. 310 e F. Ghezzi, *Legami personali tra intermediari finanziari e diritto della concorrenza. Sull'opportunità di introdurre uno specifico divieto «anti-interlocking» nell'ordinamento italiano*, in *Riv. soc.*, 2010, p. 997. Tra la numerosa dottrina straniera sul tema, cfr. M.S. Mizruchi, *What Do Interlocks Do? An Analysis, Critique, and Assessment of Research on Interlocking Directorates*, in *Annu. Rev. Sociol.*, 1996, 22, p. 271; J. Pfeffer e G.R. Salancik, *The external control of organizations: A resource dependence perspective*, Stanford, Stanford Business Books, 2003; P. Dooley, *The interlocking directorate*, in *Am. Econ. Rev.*, 1969, 59, p. 314; E.M. Fich e L.J. White, *Why do Ceo's reciprocally sit on each other's Boards?*, in *NYU Working Paper*, 2001 (reperibile all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=1292668>).

<sup>95</sup> Espressione utilizzata da U. Tombari, *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 18 (anche in Id., *Società cooperative e gruppi di imprese (gruppo cooperativo paritetico e gruppo cooperativo eterogeneo)*, in *Giur. comm.*, 2007, I, p. 741 e Id., *Riforma del diritto societario e gruppo di imprese*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 61) il quale osserva che «le disposizioni di cui agli artt. 2497 ss., c.c. sono ispirate ad un «principio di *effettività*», disciplinando un *fatto* e, più in particolare, *l'attività di direzione e coordinamento di società*, a prescindere dalla fonte del potere (partecipazione sociale, contratto, *interlocking directorates*, ecc.), in forza del quale tale attività viene esercitata [...]; in sostanza, assume rilevanza *non la mera possibilità* di esercitare una «influenza dominante» su una o più società («controllo societario»), ma *l'esercizio effettivo* di tale influenza attraverso una «attività di direzione e coordinamento» di società» (enfasi in originale). Come indice del «principio di *effettività*» cfr. il «salvo prova contraria» che attenua la presunzione sancita dall'art. 2497-sexies c.c.

le della *holding* siano *sufficienti* di per sé a configurare una manifestazione dell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento<sup>96</sup>.

È, quindi, necessario verificare in cosa *concretamente* si esprima l'operatività dei consiglieri. Pertanto, solamente se questi realizzassero delle *sinergie* tra le partecipate o, comunque, perseguissero di un interesse imprenditoriale *terzo* rispetto a quello di ogni singola società – il c.d. «interesse di gruppo»<sup>97</sup> – ci si troverebbe di fronte all'esercizio dell'*attività di direzione e coordinamento* e, quindi, come più volte detto, all'esercizio di un'attività d'*impresa*.

Invece, se questi si limitassero a gestire ogni singola società coltivando il corrispondente «interesse sociale», non creando delle reciproche sinergie tra esse, tale attività *non* sarebbe riconducibile ad una manifestazione dell'eterogestione. Anche se, pensando a ciò che generalmente avviene, è difficile immaginare che un soggetto, socio della *holding* (e membro della famiglia «di riferimento»), che sia stato nominato da questo amministratore di tutte

<sup>96</sup> Di questo avviso anche G.B. Portale e A. Cetra, *Società semplice controllante di società di capitali*, cit., p. 1094, i quali osservano che «la coincidenza soggettiva negli organi amministrativi della controllante e della controllata non è, di per sé, sinonimo di reciproca interdipendenza gestionale. Anche là dove il socio di controllo replicasse “a specchio” la composizione della sua funzione gestoria in quella della partecipata, non per questo si potrebbe dubitare della rispettiva autonomia, sul piano della conduzione operativa, tra il primo (socio di controllo) e la seconda (partecipata)». Dello stesso avviso anche L.A. Bianchi, *Problemi in materia di disciplina dell'attività di direzione e coordinamento*, in *Riv. soc.*, 2013, p. 431. E, in giurisprudenza, cfr. Trib. Mantova, 16 ottobre 2014, in *Società*, 2015, p. 1405 con nota di D. Corapi, *La prova dell'esercizio di attività di direzione e coordinamento di società* in cui il collegio osserva che «la comunanza di parte del consiglio di amministrazione [...] non risult[a] di per sé indicativ[a] della sussistenza di una situazione di direzione e coordinamento, posto appunto che il mero esercizio del potere di nomina (della maggioranza) di un consiglio di amministrazione, che sia espressione di un determinato socio non può di per sé ritenersi prova sufficiente dell'attività di direzione e coordinamento, dovendo dimostrarsi un *quid pluris*, ossia il concreto ed *effettivo* esercizio (con esito positivo, nel senso di recepimento delle indicazioni ricevute) di un potere gestionale e strategico». Successivamente il Collegio ha evidenziato «che neppure nella ipotesi [...] in cui il Cda della controllante sia composto “a specchio” (ovvero dagli stessi membri che sono amministratori della controllante) potrebbe ritenersi di per sé provata la sussistenza della direzione e del coordinamento» (enfasi aggiunta). Sul tema, cfr. anche Trib. Milano, 5 marzo 2020 in *DeJure*.

<sup>97</sup> Sul c.d. «interesse di gruppo», inteso come «il punto di equilibrio, il centro di convergenza, l'asse di coordinamento tra l'interesse della controllante e l'interesse delle altre società del gruppo» in questi termini P. Montalenti, *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 1995, I, p. 719 (enfasi in originale), cfr. – *ex multis* – G. Scognamiglio, *Interesse sociale e interesse di gruppo*, in *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 127 e M. Maugeri, *Interesse sociale, interesse dei soci e interesse del gruppo*, in *Giur. comm.*, 2012, I, p. 66 e – prima della riforma del 2003 – cfr. P. Spada, *L'amministrazione della società per azioni tra interesse sociale ed interesse di gruppo*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, I, p. 241 e A. Mignoli, *Interesse di gruppo e società a sovranità limitata*, in *Contr. e impr.*, 1986, p. 737.

le (o, di alcune delle) società partecipate, si comporti nel modo appena descritto.

Appurato che – a determinate condizioni – in capo al *socio* (persona fisica) della società semplice possa essere riscontrato l'esercizio dell'eterodirezione delle società partecipate dalla *holding* stessa, è necessario confrontarsi – nuovamente – con la definizione di «gruppo di imprese» sancita dal CCI.

In particolare, il fatto che il socio persona fisica *eserciti* la direzione e coordinamento sulle società operative fa sì che – ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. *h*), CCI – l'*aggregato* comprendente il socio (persona fisica) e le società partecipate (dalla *holding*) costituisca un *gruppo di imprese*<sup>98</sup>. Pertanto, nella situazione fin qui descritta, ci si troverebbe di fronte ad una ideale «piramide» al cui *vertice* si trova il *socio* e alla cui *base* si trovano le società *partecipate*, questi: *i*) svolgono entrambi attività d'*impresa commerciale*; *ii*) fanno parte del medesimo *gruppo di imprese* ma *iii*) sono *inframezzati* dalla presenza di una società semplice alla quale – come più volte detto – è *precluso* l'esercizio di attività *commerciali*<sup>99</sup>.

Guardando questa «eccentrica» struttura «di gruppo» – in cui un ente *non commerciale* è *inframezzato* (ed è strumento per propagare le «direttive» nel gruppo) a dei soggetti esercenti attività d'impresa commerciale – sorge spontaneo chiedersi: *i*) se la persona fisica, in quanto il «direttore d'orchestra» del gruppo, può subire le conseguenze di una procedura concorsuale e – più interessante – *ii*) se l'interposizione di un ente *non commerciale* sia legittima.

In merito al primo profilo, la responsabilità del *socio* della società semplice – che è anche amministratore delle partecipate (che eterodirige) – non è da valutare in relazione all'incarico (di amministratore) che questo ricopre nelle società operative (e, quindi, nell'ottica di un'azione di responsabilità *ex artt.* 2393 o 2476, comma 3, c.c.); ma dalla prospettiva del suo esercizio

<sup>98</sup> A tal proposito, si noti che la definizione *ex art.* 2, co. 1, lett. *h*), CCI: *i*) come più volte detto *supra*, contempla esplicitamente la *holding* «persona fisica» e *ii*) attrae nel gruppo tanto chi esercita la direzione e coordinamento, quanto chi vi è sottoposto. Sull'inclusione della capogruppo nei gruppi gerarchici – a seguito del correttivo di cui all'art. 1 del D. Lgs. 26 ottobre 2020, n. 147 – cfr. E. Marchisio, «Gruppo» ed «eterodirezione» nel Codice della crisi, cit., p. 358.

<sup>99</sup> Chiedendosi «se, indipendentemente dal *nomen juris* «gruppo di imprese», la relativa fattispecie possa includere anche soggetti o enti non qualificabili come imprenditori *ex art.* 2082 c.c.», E. Marchisio, «Gruppo» ed «eterodirezione» nel Codice della crisi, cit., p. 352 osserva che è possibile applicare «la disciplina del “gruppo” anche in relazione a soggetti esercenti attività *non imprenditoriali* [...] [in quanto] non ci sembra che la *natura non imprenditoriale* del soggetto faccia venir meno *vantaggi* e *rischi* dell'organizzazione “in gruppo” donde ci sentiamo di ritenere che la fattispecie “gruppo” nulla debba prevedere in relazione alla natura dell'attività esercitata da parte dei soggetti che vi appartengono» (enfasi aggiunte).

dell'attività di *direzione e coordinamento* (e, quindi, valutando un'azione ai sensi dell'art. 2497, comma 1, c.c.).

Appurata la sussistenza dell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento in capo alla persona fisica e, sdoganata – dalla dottrina e dalla giurisprudenza<sup>100</sup> – l'applicazione *analogica* della disciplina di cui all'art. 2497, comma 1, c.c. alla persona fisica, è possibile rispondere in maniera affermativa al primo quesito. Infatti, l'interposizione di una *società* semplice tra la(e) società operativa(e) eterodirette e il *soggetto* che le eterodirige *non* rappresenta un ostacolo alla riconduzione della responsabilità da direzione e coordinamento al soggetto che la esercita.

Invece, venendo al secondo quesito, il fatto che al *vertice* di un gruppo si trovi una persona fisica che esercita la direzione e coordinamento sulle società operative e il fatto che tra la «base» e il «vertice» sia inframezzata una società semplice, pone una tensione circa la *compatibilità* di tale struttura con la natura *non* commerciale del tipo.

Segnatamente, il fatto che l'eterogestione non sia – formalmente – esercitata dalla società semplice, ma da un suo socio, il quale la esercita in virtù delle partecipazioni detenute dalla società, fa sì che l'interposizione della stessa sia considerabile alla stregua di uno *strumento organizzativo* funzionale a *veicolare* – tramite il rapporto «di controllo» – l'eterodirezione dalla persona fisica alle partecipate.

Tuttavia, è possibile convenire che il «veicolare» un'attività d'impresa commerciale – qual è l'attività di direzione e coordinamento<sup>101</sup> – rappresenti un'attività d'impresa commerciale e, quindi, sia tipologicamente precluso alla società semplice.

In altri termini, il discorso appare molto più chiaro pensando al fatto che un imprenditore *commerciale* (il socio di controllo della *holding* che riveste gli incarichi apicali nelle società da questa partecipate) – in virtù dell'art. 2249 c.c. – *non* può ricorrere ad una società semplice – che funge da *holding* «inframezzata» – per *organizzare* le società operative per il tramite delle quali esercita la propria attività d'impresa.

<sup>100</sup> Sull'assimilazione della *holding* persona fisica alle «società o gli enti» previsti dall'art. 2497 c.c., M. Prestipino, *La responsabilità risarcitoria della persona fisica capogruppo*, cit., p. 118 – ragionando per assurdo – osserva «che l'esclusione della persona fisica dall'ambito soggettivo di applicazione dell'art. 2497, comma 1, c.c. comport[erebbe] anche un'ingiustificata disparità di trattamento tra soggetti che, proprio alla luce della *ratio legis*, sarebbe ragionevole assoggettare al medesimo regime normativo» (enfasi aggiunta).

<sup>101</sup> Cfr. *supra* il paragrafo 2.

## 8. Considerazioni conclusive

Giunti a questo punto è possibile trarre qualche considerazione conclusiva.

Innanzitutto, in ragione del fatto che l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento rappresenta un'attività d'*impresa commerciale* (v., *supra*, par. 2)<sup>102</sup>, si è potuto convenire che alla *holding* costituita con il tipo della società semplice sia *precluso* l'esercizio dell'eterodirezione della(e) società partecipata(e) (v., *supra*, par. 3). Pertanto, questa deve limitarsi ad esercitare le prerogative del *socio* senza intromettersi nelle *scelte* gestionali della(e) partecipata(e).

Ciò detto, per avere una completa panoramica del fenomeno non è sufficiente considerare questa limitazione «tipologica» alle attività esercitabili dalla società semplice. Infatti, è necessario – anche – misurarsi con l'effettivo impiego che ha questa articolazione societaria nella realtà economica.

Segnatamente, qualora un *socio* della *holding* eserciti l'attività di direzione e coordinamento sulla(e) società da questa partecipata(e) (magari, in virtù del fatto che sia stato *nominato* amministratore esecutivo dalla *holding*), è agevole intuire che l'*interposizione* della società semplice rappresenta un *mero strumento organizzativo* funzionale a gestire il *gruppo* che si viene a creare<sup>103</sup>.

Pertanto, la società semplice inframezzata all'interno della «catena di controllo» del *gruppo*, derivante dall'esercizio dell'*eterogestione* da parte di un suo socio, rappresenta un *veicolo* strumentale a trasmettere la direzione e coordinamento dalla persona fisica alla(e) società partecipata(e). E tale posizione è *incompatibile* con la natura *non* commerciale della stessa prevista dall'art. 2249 c.c.

Ciò detto, è possibile concludere che la *holding* nelle mani di un *imprenditore* commerciale – colui che, eterogestendo le partecipate, svolge un'attività imprenditoriale – non può avere la veste della (*rectius* il tipo della) società semplice.

Edoardo Compagnoni  
Università degli Studi di Brescia  
Dipartimento di Economia e Management  
Via San Faustino 74/B  
25122 Brescia  
edoardo.compagnoni@outlook.it  
<https://orcid.org/0009-0009-1786-6365>

<sup>102</sup> Qui si fa riferimento all'esercizio della direzione e coordinamento su società esercenti attività d'*impresa commerciale* ai sensi dell'art. 2195 c.c. Per le altre ipotesi, cfr. *supra* il paragrafo 2.

<sup>103</sup> Si pensi alla definizione di «gruppo di imprese» fornita dall'art. 2, co. 1, lett. h), CCI la quale considera l'eterodirezione come il «collante» del gruppo.