

Aggiornamento giurisprudenziale

n. 5 / 2018

I. DIRITTO BANCARIO E FINANZIARIO

Corte di Cassazione, 20 novembre 2018, n. 30001 – intermediazione mobiliare: il mero ordine di acquisto di titoli non obbliga l'intermediario a fornire al cliente informazioni dopo l'erogazione del servizio.

Corte di Cassazione, 19 novembre 2018, n. 29736 – negoziazione individuale di prodotti finanziari: l'investitore non può contestare la mancata consegna del prospetto informativo (prevista infatti nelle sole ipotesi di sollecitazione diffusa all'investimento).

Corte di Cassazione, 12 novembre 2018, n. 28845 – assegno bancario: l'istituto di credito che paghi un assegno bancario contraffatto a soggetto diverso dal legittimo intestatario non è responsabile se: a) abbia correttamente adempiuto all'obbligo di identificazione del portatore e b) la contraffazione non fosse *ictu oculi* percepibile.

Corte di Cassazione, 30 ottobre 2018, n. 27705 – conto corrente bancario e ripetizione di indebito: se la banca eccede la prescrizione decennale del diritto alla ripetizione di versamenti indebiti, spetta al correntista l'onere di dimostrare la natura ripristinatoria di tali versamenti mediante la prova dell'esistenza di un affidamento.

II. DIRITTO SOCIETARIO E COMMERCIALE

Corte di Cassazione, 26 novembre 2018, n. 30542 – revoca dell'amministratore di s.r.l. e nomina di nuovo amministratore non ancora iscritte nel registro delle imprese: la legittimazione a proporre istanza di fallimento spetta al nuovo amministratore.

Corte di Cassazione, 15 novembre 2018, n. 51754 – concorrenza sleale e reato di contraffazione, alterazione o uso di marchi o segni distintivi ovvero di brevetti, modelli e disegni (art. 473 c.p.): non vi coincidenza.

Corte di Cassazione, 12 novembre 2018, n. 28987 – recesso del socio di s.r.l., trasformatasi in s.p.a.: trova applicazione la disciplina in tema di s.r.l.



III. DIRITTO DELLE PROCEDURE CONCORSUALI

Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 23 novembre 2018, n. 30416 – azioni revocatoria ordinaria e fallimentare: hanno natura costitutiva e sono quindi inammissibili se esercitate nei confronti del fallimento dopo l’apertura della procedura.

Corte di Cassazione, 21 novembre 2018, n. 30114 – prededuzione: è prededucibile il credito del professionista per l’assistenza nella presentazione della domanda di concordato preventivo di un’impresa che sia poi fallita.

Corte di Cassazione, 19 novembre 2018, n. 29734 – prededuzione: è prededucibile il credito derivante da un finanziamento concesso in esecuzione di un accordo di ristrutturazione omologato.

Corte di Cassazione, 5 novembre 2018 – riconoscimento di debito in data anteriore al fallimento: non vale quale confessione stragiudiziale del curatore.

I. DIRITTO BANCARIO E FINANZIARIO

Corte di Cassazione, 20 novembre 2018, n. 30001 – intermediazione mobiliare: il mero ordine di acquisto di titoli non obbliga l'intermediario a fornire al cliente informazioni dopo l'erogazione del servizio.

La Corte di Cassazione, con [ordinanza n. 30001, pubblicata il 20 novembre 2018](#), ha confermato il principio per cui, «*in materia di intermediazione in valori mobiliari, il conferimento di un mero ordine di acquisto di titoli **non obbliga** la banca a fornire al cliente informazioni successive alla concreta erogazione del servizio*».

Secondo la Corte, «*gli **obblighi informativi** gravanti sull'intermediario sono (...) finalizzati a consentire all'investitore di operare investimenti pienamente consapevoli: ne discende che tali obblighi, al di fuori dei casi in cui siano conclusi contratti di gestione e di consulenza in materia di investimenti (fattispecie che pacificamente non ricorre nel caso in esame), vanno adempiuti in vista dell'investimento, esauendosi con esso*».

La Corte ha quindi dato continuità all'orientamento già affermato da Cass., 22 febbraio 2017, n. 4602, e ribadito, di recente, anche da Cass., 24 aprile 2018, n. 10112.

Corte di Cassazione, 19 novembre 2018, n. 29736 – negoziazione individuale di prodotti finanziari: l'investitore non può contestare la mancata consegna del prospetto informativo (prevista infatti nelle sole ipotesi di sollecitazione diffusa all'investimento).

La Corte di Cassazione, con [ordinanza n. 29736, pubblicata il 19 novembre 2018](#), ha affermato che «*la pubblicazione*» del «*prospetto informativo*» è prevista nelle ipotesi di sollecitazione all'investimento, ai sensi dell'art. 94, commi 1 e 2, del d.lgs. n. 58 del 1998 (...), caratterizzate per essere l'offerta comunque rivolta, secondo lo schema dell'art. 1336 c.c., ad un numero indeterminato ed indistinto di investitori in modo uniforme e standardizzato, cioè a condizioni di tempo e prezzo predeterminati.

Quando, invece, la diffusione di strumenti finanziari presso il pubblico avvenga mediante la prestazione di «*servizi di investimento*» (...), cioè attività di negoziazione, ricezione e trasmissione di ordini, a condizioni diverse a seconda dell'acquirente e del momento in cui l'operazione è eseguita, la tutela del cliente è affidata all'adempimento, da parte dell'intermediario, di obblighi informativi specifici e personalizzati, ai sensi degli artt. 21 del d.lgs. n. 58 del 1998 e 26 ss. del reg. Consob n. 11522 del 1998».

Corte di Cassazione, 12 novembre 2018, n. 28845 – assegno bancario: l'istituto di credito che paghi un assegno bancario contraffatto a soggetto diverso dal legittimo intestatario non è responsabile se: a) abbia correttamente adempiuto all'obbligo di identificazione del portatore e b) la contraffazione non fosse *ictu oculi* percepibile.

La Corte di Cassazione, con [ordinanza n. 28845, pubblicata il 12 novembre 2018](#), ha anzitutto ribadito il principio recentemente espresso dalle Sezioni Unite secondo cui, «*ai sensi dell'art. 43, comma 2, del r.d. n. 1736 del 1933 (c.d. legge assegni), la banca negoziatrice chiamata a rispondere del danno derivato — per errore nell'identificazione del legittimo portatore del titolo — dal pagamento dell'assegno bancario, di traenza o circolare, munito di clausola non trasferibilità a persona diversa dall'effettivo beneficiario, è ammessa a provare che l'inadempimento non le è imputabile, per aver essa assolto alla propria obbligazione con la **diligenza** richiesta dall'art. 1176, comma 2, c.c.*» (Cass., Sezioni Unite, 21 maggio 2018, n. 12477).

Sulla base di tale principio, la Corte ha confermato la sentenza del giudice di primo grado, il quale aveva ritenuto che l'istituto di credito avesse «*dimostrato di avere diligentemente adempiuto all'obbligo di identificazione del portatore dell'assegno depositando la copia della carta d'identità e del codice fiscale esibiti dal portatore dell'assegno presentatosi come effettivo intestatario a richiesta dell'addetto allo sportello che, **ictu oculi**, non presentavano tracce di evidente contraffazione e non avrebbe potuto essere a conoscenza del fatto che il reale beneficiario fosse una persona diversa, seppure con lo stesso nome, in quanto nessun dato rilevante in questo senso emergeva dal titolo*».

Corte di Cassazione, 30 ottobre 2018, n. 27705 – conto corrente bancario e ripetizione di indebito: se la banca eccepisce la prescrizione decennale del diritto alla ripetizione di versamenti indebiti, spetta al correntista l'onere di dimostrare la natura ripristinatoria di tali versamenti mediante la prova dell'esistenza di un affidamento.

La Corte di Cassazione, con [sentenza n. 27705, pubblicata il 30 ottobre 2018](#), ha anzitutto richiamato i seguenti principi:

«a) il cliente, il quale agisce ex art. 2033 c.c. per la ripetizione dell'indebito corrisposto alla banca nel corso del rapporto di conto corrente, ha l'onere di provare i fatti costitutivi del diritto vantato: vale a dire, a fronte dell'annotazione di poste passive sul suo conto corrente nell'assunto costituenti dazione indebita, la causa petendi dell'azione, in ragione della natura non dovuta di quegli addebiti (...);

b) a sua volta, eccepita dalla banca la prescrizione del diritto alla ripetizione dell'indebito per decorso del termine decennale dalle annotazioni passive in conto, quale fatto estintivo, essa ha l'onere di allegare l'inerzia, il tempo del pagamento ed il tipo di prescrizione invocata (...);

c) se, a questo punto, il tempo decorso dalle annotazioni passive integri il periodo necessario per il decorso della prescrizione, diviene onere del cliente provare il fatto modificativo, consistente nell'esistenza di un contratto di

apertura di credito, che qualifichi quei versamenti come mero ripristino della disponibilità accordata e, dunque, possa spostare l'inizio del decorso della prescrizione alla chiusura del conto. Apertura di credito che non è di per sé, come è noto, un contratto necessariamente riconnesso a quello di conto corrente».

La Corte ha poi affermato che «**grava sull'attore** in ripetizione, al fine di poter considerare detti versamenti alla stregua di meri atti di ripristino della disponibilità - come tali, non aventi lo scopo e l'effetto di uno spostamento patrimoniale in favore della banca e, dunque, inidonei al decorso della prescrizione - l'onere di provare l'esistenza di un affidamento» e che «poiché la decorrenza della prescrizione dalla data del pagamento è condizionata al carattere solutorio, e non meramente ripristinatorio, dei versamenti, essa sussiste sempre in mancanza di un'apertura di credito: onde, eccettuata dalla banca la prescrizione del diritto alla ripetizione dell'indebito per decorso del termine decennale dal pagamento, è **onere del cliente** provare l'esistenza di un **contratto di apertura di credito**, che qualifichi quel pagamento come mero ripristino della disponibilità accordata».

II. DIRITTO SOCIETARIO E COMMERCIALE

Corte di Cassazione, 26 novembre 2018, n. 30542 – revoca dell'amministratore di s.r.l. e nomina di nuovo amministratore non ancora iscritte nel registro delle imprese: la legittimazione a proporre istanza di fallimento spetta al nuovo amministratore.

La Corte di Cassazione, con [ordinanza n. 30542, pubblicata il 26 novembre 2018](#), ha affermato che, «*nel caso di revoca assembleare dell'amministratore di una società a responsabilità limitata, con contestuale nomina del nuovo amministratore, spetta a quest'ultimo, e non già al primo, proporre istanza di fallimento in proprio ex art. 6 legge fall., nonostante la nomina e la revoca relative **non siano ancora state iscritte** nel registro delle imprese*».

La Corte ha rilevato che, «*secondo i principi della materia negoziale, il contratto di amministrazione produce, di per sé, effetti **dal momento della sua conclusione**; così come la revoca prende effetto, per sé, non appena venga comunicata all'amministratore che la subisce. Questa regola vale, in linea di principio, anche per quella parte del rapporto di amministrazione che (in aggiunta a quella gestoria) è costituita dalla funzione rappresentativa*».

Pertanto l'efficacia del potere di rappresentanza non è subordinata all'iscrizione nel registro delle imprese. Ciò anche in base alla «*norma dell'art. 2448 cod. civ.*», che «*assegna all'iscrizione nel registro delle imprese una forza non già costitutiva (...), ma **meramente dichiarativa***».

Corte di Cassazione, 15 novembre 2018, n. 51754 – concorrenza sleale e reato di contraffazione, alterazione o uso di marchi o segni distintivi ovvero di brevetti, modelli e disegni (art. 473 c.p.): non vi coincidenza.

La Corte di Cassazione, con [sentenza n. 51754, pubblicata il 15 novembre 2018](#), ha affermato che la coincidenza tra la condotta integrante l'illecito civilistico della concorrenza sleale e quella prevista dall'art. 473 c.p. «*è (...) da escludere*».

Infatti:

a) «l'illecito civilistico, quale previsto dall'art. 2598 c.c., n. 1, richiede come condizione necessaria e sufficiente quella che si usino nomi o segni distintivi idonei a **creare confusione con quelli usati da altri, o che si imitino servilmente i prodotti altrui**»;

b) diversamente, «l'art. 473 c.p., richiede, più specificamente, che gli altrui marchi o segni distintivi siano fatti oggetto di **materiale contraffazione o alterazione, per cui, mancando queste, la sola possibilità di confusione non può, di per se, valere a costituire il reato**».

La Corte ha precisato che, «*per non rendere del tutto vana la tutela penale, soprattutto nei casi in cui la registrazione di un marchio appaia come meramente strumentale alla commercializzazione di prodotti facilmente confondibili con altri più rinomati, il principio sopra enunciato va interpretato*

nel senso del permanere della rilevanza penale del fatto, ai sensi dell'art. 473 c.p., quando il diverso marchio registrato sia identico a quello noto e, all'uso di esso sul prodotto, si accompagni la replica di tutti gli altri segni distintivi, così da travalicare il concetto di "confusione" per arrivare ad una vera e propria "copiatura"».

Corte di Cassazione, 12 novembre 2018, n. 28987 – recesso del socio di s.r.l., trasformatasi in s.p.a.: trova applicazione la disciplina in tema di s.r.l.

La Corte di Cassazione, con [sentenza n. 28987, pubblicata il 12 novembre 2018](#), ha affermato che «*anche in caso di trasformazione da società a responsabilità limitata a società per azioni, la disciplina del **diritto di recesso** applicabile ai soci a seguito della trasformazione è quella dettata dall'art. 2473 c.c., comma 1, per le s.r.l., che non prevede termini di decadenza*».

La pronuncia richiama, in tema di recesso del socio di s.r.l., i principi del diritto comune inerenti all'interpretazione e all'esecuzione del contratto secondo buona fede, prendendo le distanze dall'applicazione analogica delle norme in tema di s.p.a.

La Corte ha precisato che «*il diritto di recesso (...) va esercitato nel termine previsto nello statuto della s.r.l., prima della sua trasformazione in s.p.a., e, in mancanza di detto termine, secondo **buona fede** e **correttezza**, dovendo il giudice del merito valutare di volta in volta le modalità concrete di esercizio del diritto di recesso e, in particolare, la congruità del termine entro il quale il recesso è stato esercitato, tenuto conto della pluralità degli interessi coinvolti*».

III. DIRITTO DELLE PROCEDURE CONCORSUALI

Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 23 novembre 2018, n. 30416 – azioni revocatoria ordinaria e fallimentare: hanno natura costitutiva e sono quindi inammissibili se esercitate nei confronti del fallimento dopo l'apertura della procedura.

La Corte di Cassazione, con [sentenza n. 30416, pubblicata in data 23 novembre 2018](#), si è pronunciata, a Sezioni Unite, sulla questione concernente l'ammissibilità dell'esercizio delle azioni di revocatoria ordinaria e fallimentare nei confronti del Fallimento.

Per risolvere la questione, la Suprema Corte ha prima affrontato il tema della natura giuridica delle azioni revocatoria ordinaria e fallimentare, enunciando il seguente principio di diritto: *«la sentenza che accoglie la domanda revocatoria, sia essa ordinaria o sia fallimentare, in forza di un diritto potestativo comune, al di là delle differenze esistenti tra le medesime, ma in considerazione dell'elemento soggettivo di comune accertamento da parte del giudice, quantomeno nella forma della scientia decoctionis, ha natura costitutiva, in quanto modifica "ex post" una situazione giuridica preesistente, sia privando di effetti atti che avevano già conseguito piena efficacia, sia determinando, conseguentemente, la restituzione dei beni o delle somme oggetto di revoca alla funzione di generale garanzia patrimoniale (art. 2740 cod. civ.) ed alla soddisfazione dei creditori di una delle parti dell'atto».*

Alla luce dell'efficacia irretroattiva della sentenza di accoglimento dell'una o dell'altra azione revocatoria, la Corte di Cassazione ha risolto l'anzidetta questione enunciando anche il seguente principio di diritto: *«non è ammissibile un'azione revocatoria, non solo fallimentare ma neppure ordinaria, nei confronti di un fallimento, stante il principio di cristallizzazione del passivo alla data di apertura del concorso ed il carattere costitutivo delle predette azioni; il patrimonio del fallito è, infatti, insensibile alle pretese di soggetti che vantino titoli formati in epoca posteriore alla dichiarazione di fallimento e, dunque, poiché l'effetto giuridico favorevole all'attore in revocatoria si produce solo a seguito della sentenza di accoglimento, tale effetto non può essere invocato contro la massa dei creditori ove l'azione sia stata esperita dopo l'apertura della procedura stessa».*

La Suprema Corte, peraltro, sembra lasciare spazio alla possibilità di esercitare le due azioni revocatorie *«se la causa sia stata promossa prima del fallimento e se la domanda sia stata trascritta anteriormente al fallimento del terzo che subisce l'azione revocatoria».*

Con tale pronuncia, le Sezioni Unite risolvono quindi la questione sottoposta con l'ordinanza interlocutoria citata nel precedente **aggiornamento giurisprudenziale n. 2/2018** dello Studio.

Corte di Cassazione, 21 novembre 2018, n. 30114 – prededuzione: è prededucibile il credito del professionista per l'assistenza nella presentazione della domanda di concordato preventivo di un'impresa che sia poi fallita.

La Corte di Cassazione, con [sentenza n. 30114, pubblicata in data 21 novembre 2018](#), è tornata sulla questione della riconducibilità dei crediti del professionista che assiste un'impresa nella presentazione della domanda di concordato preventivo fra i crediti da soddisfarsi in prededuzione ai sensi dell'art. 111 l.f.

La Suprema Corte ha affermato il principio per cui *«il credito del professionista che abbia svolto attività di assistenza e consulenza per la redazione e la presentazione della domanda di concordato preventivo rientra de plano tra i crediti sorti "in funzione" di quest'ultima procedura e, come tale, a norma dell' art. 111, comma 2, l. fall., va soddisfatto in prededuzione nel successivo fallimento, senza che, ai fini di tale collocazione, debba essere accertato, con valutazione ex post, che la prestazione resa sia stata concretamente utile per la massa in ragione dei risultati raggiunti»*.

Infatti, secondo la Cassazione, l'art. 111 l.f. *«individua un precetto di carattere generale, privo di restrizioni, che, per favorire il ricorso a forme di soluzione concordata della crisi d'impresa, introduce un'eccezione al principio della par condicio creditorum»*.

Pertanto *«la verifica del nesso di funzionalità/strumentalità deve essere compiuta controllando se l'attività professionale prestata possa essere ricondotta nell'alveo della procedura concorsuale minore e delle finalità dalla stessa perseguite secondo un giudizio ex ante, non potendo l'evoluzione fallimentare della vicenda concorsuale, di per sé sola e pena la frustrazione dell'obiettivo della norma, escludere il ricorso all'istituto»* della prededuzione.

Corte di Cassazione, 19 novembre 2018, n. 29734 – prededuzione: è prededucibile il credito derivante da un finanziamento concesso in esecuzione di un accordo di ristrutturazione omologato.

La Corte di Cassazione, con [sentenza n. 29734, pubblicata in data 19 novembre 2018](#), ha affermato che l'art. 182 *quater*, comma 1, l.f. integra *«un'ipotesi di prededucibilità ex lege ai sensi della prima parte del secondo comma dell'art. 111 legge fall., la quale non richiede - oltre al riscontro degli elementi previsti dal citato art. 182-quater (ossia che si tratti di finanziamenti in esecuzione di un accordo di ristrutturazione e che questo sia stato omologato) - anche la valutazione dei criteri di occasionalità e funzionalità, contemplati, invece, nella seconda parte della norma, evidentemente nel presupposto che detta valutazione sia stata già effettuata a monte, ex ante, dallo stesso legislatore»*.

La Suprema Corte, dunque, ha limitato i poteri del Tribunale Fallimentare in sede di applicazione dell'art. 182 *quater*, comma 1, l.f. alla sola verifica della ricorrenza dei requisiti indicati da tale disposizione normativa, in ciò differenziando tale fattispecie da quella *«prevista dalla seconda parte del*

secondo comma dell'art. 111 legge fall., effettivamente subordinata al concreto riscontro», da parte del Tribunale Fallimentare, «dei presupposti che integrano i criteri di occasionalità o funzionalità».

Corte di Cassazione, 5 novembre 2018 – riconoscimento di debito in data anteriore al fallimento: non vale quale confessione stragiudiziale del curatore.

La Corte di Cassazione, con [ordinanza n. 28094, pubblicata in data 5 novembre 2018](#), è tornata sull'ampiezza del concetto di terzietà del curatore fallimentare rispetto agli atti e fatti compiuti, anteriormente al fallimento, da parte dell'impresa *in bonis*.

La Suprema Corte ha, in particolare, affermato che *«la dichiarazione rilasciata dal soggetto poi fallito non può comunque assumere, nell'ambito dei giudizi relativi allo stato passivo, l'efficacia della confessione stragiudiziale di cui all'art. 2735 cod. civ., posto che il curatore rappresenta la massa dei creditori e non il fallito».*

Alla luce di ciò, la Corte di Cassazione ha quindi affermato che *«il principio così espresso»* vale **«anche per la figura del riconoscimento di debito»**, ancorché non possa *«esclud(ersi)»*, a priori, *«l'eventualità di potere trarre da quest(o) degli elementi di prova, da valutare nel concorso con gli altri elementi istruttori».*