

# Aggiornamento giurisprudenziale

n. 4 / 2019

## I. DIRITTO BANCARIO E FINANZIARIO

**Corte di Cassazione, 27 marzo 2019, n. 8473** – mediazione obbligatoria: ai fini della realizzazione della condizione di procedibilità: a) le parti devono comparire personalmente o essere sostituite da persona munita di procura speciale sostanziale; b) è sufficiente che, al termine del primo incontro, le parti abbiano ricevuto dal mediatore le necessarie informazioni in merito alla funzione e alle modalità di svolgimento della mediazione, anche se venga poi manifestato parere negativo sulla possibilità di utilmente iniziare la mediazione.

**Corte Costituzionale, 21 marzo 2019, n. 63** – abuso di informazioni privilegiate: il principio di retroattività della legge più favorevole si applica anche alla sanzione amministrativa prevista dall'art. 187-*bis* del d.lgs. 58/1998.

**Corte di Cassazione, 21 marzo 2019, n. 8047** – prodotti finanziari: gli obblighi di comportamento previsti dall'art. 34-*decies* del Regolamento Emittenti Consob gravano anche su coloro che diffondano notizie su un prodotto finanziario offerto al pubblico prima della pubblicazione del relativo prospetto informativo.

**Corte di Cassazione, 5 marzo 2019, n. 6319** – polizze *unit linked*: affinché tali polizze siano qualificate come prodotti assicurativi è necessario che sussista il c.d. «*rischio demografico*», da valutare con riferimento all'ammontare del premio versato dal contraente, all'orizzonte temporale e alla tipologia dell'investimento.

## II. DIRITTO SOCIETARIO E COMMERCIALE

**Corte di Cassazione, 22 marzo 2019, n. 8237** – società bancarie: gli amministratori non esecutivi sono responsabili per non aver impedito «*fatti pregiudizievoli*» dei quali siano a conoscenza ovvero dei quali debbano acquisire conoscenza di propria iniziativa ai sensi dell'art. 2381, comma 6, c.c.

**Corte di Cassazione, 27 febbraio 2019, n. 8544** – responsabilità per omissione in concorso nei delitti fallimentari: l'inerzia del singolo amministratore, anche se da sola insufficiente ad impedire l'evento pregiudizievole, nell'unirsi



all'identico atteggiamento omissivo degli altri componenti dell'organo amministrativo, acquista efficacia causale rispetto al dissesto o all'aggravamento del dissesto.

**Tribunale di Milano, 27 febbraio 2019, n. 1958** – danni derivanti da esercizio abusivo dell'attività di direzione e coordinamento: l'azione risarcitoria promossa dalla società eterodiretta nei confronti della società dominante non può qualificarsi come azione ex art. 2497, comma 1, c.c., essendo questa riservata a soci e ai creditori della società controllata.

### III. DIRITTO DELLE PROCEDURE CONCORDSUALI

**Corte di Cassazione, 19 marzo 2019, n. 7577** – concordato preventivo in bianco: il debitore che abbia presentato un ricorso ex art. 161, comma 6, l.f. può depositare un nuovo ricorso ex art. 161, comma 1, l.f. purché dallo stesso si desuma la rinuncia alla pregressa domanda "con riserva".

**Corte di Cassazione, 18 marzo 2019, n. 7580** – pagamenti nei termini d'uso: l'esenzione dalla revocatoria fallimentare ex art. 67, comma 3, lett. a), l.f. attiene non già al contenuto del contratto tra le parti bensì all'ambito «fattuale» dell'andamento del rapporto e dell'esecuzione del negozio secondo le concrete modalità di adempimento della prestazione.

**Corte di Cassazione, 11 marzo 2019, n. 6922** – proposta concordataria senza transazione fiscale ex art. 182-ter l.f.: è ammissibile la falcidiabilità dei crediti per IVA e ritenute previdenziali.

**Corte di Cassazione, 5 marzo 2019, n. 6381** – principio di consecuzione delle procedure concorsuali: le ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni che precedono la pubblicazione della domanda di concordato preventivo sono inefficaci anche se la procedura concordataria si chiude senza omologa e si dichiara il fallimento.

**Tribunale di Bergamo, 13 febbraio 2019** – accordo di ristrutturazione dei debiti: a) il ricorso ex art. 182-bis l.f. è ammissibile laddove società appartenenti al medesimo gruppo, pur avendo sottoscritto un unico accordo in originale con parte dei creditori, abbiano presentato istanze disgiunte; b) non è ostativa all'omologazione la presenza di plurime condizioni sospensive purché sia garantito un idoneo meccanismo di pubblicità.

## I. DIRITTO BANCARIO E FINANZIARIO

**Corte di Cassazione, 27 marzo 2019, n. 8473 – mediazione obbligatoria: ai fini della realizzazione della condizione di procedibilità: a) le parti devono comparire personalmente o essere sostituite da persona munita di procura speciale sostanziale; b) è sufficiente che, al termine del primo incontro, le parti abbiano ricevuto dal mediatore le necessarie informazioni in merito alla funzione e alle modalità di svolgimento della mediazione, anche se venga poi manifestato parere negativo sulla possibilità di utilmente iniziare la mediazione.**

La Corte di Cassazione, con [sentenza n. 8473, pubblicata in data 27 marzo 2019](#), si è pronunciata per la prima volta sulle seguenti questioni in tema di mediazione obbligatoria:

- a) *«se, nel suddetto procedimento di mediazione, il cui preventivo esperimento è previsto obbligatoriamente, a pena di improcedibilità, per le controversie nelle materie indicate dall'art. 5, comma 1 bis, del d.l.s. n. 28 del 2010 (...) e disciplinato, in particolare, dagli artt. 5 e 8 dello stesso, la parte che propone la mediazione sia tenuta a comparire personalmente davanti al mediatore, affinché il tentativo si possa ritenere compiuto, a pena di improcedibilità dell'azione proposta senza previo esperimento del tentativo di mediazione obbligatoria, o se la stessa possa - e in che modo - farsi sostituire»;*
- b) *«quando si può ritenere che il tentativo di mediazione obbligatoria sia utilmente concluso, ai fini di ritenere soddisfatta la condizione di procedibilità? È sufficiente (...) che il futuro attore (o l'attuale attore) (...) sia fisicamente presente, in proprio o delegando la presenza ad altra persona, e possa, finite la formalità preliminari illustrative delle finalità e delle modalità della mediazione, limitarsi a comunicare al mediatore di non aver nessuna intenzione di procedere oltre e di provare a trovare una soluzione, o è necessario che la mediazione sia "effettiva", che le parti provino quanto meno a discutere per trovare una soluzione, per poi poter dare atto a verbale della impossibilità di addivenire ad una soluzione positiva?».*

Quanto alla **prima questione**, la Corte ha affermato che *«la previsione della presenza sia delle parti sia degli avvocati comporta che, ai fini della realizzazione della condizione di procedibilità, la parte non possa evitare di presentarsi davanti al mediatore, inviando soltanto il proprio avvocato. Tuttavia, la necessità della comparizione personale non comporta che si tratti di attività non delegabile. In mancanza di una previsione espressa in tal senso, e non avendo natura di atto strettamente personale, deve ritenersi che si tratti di **attività delegabile ad altri**. (...) Non è previsto, né escluso che la delega possa essere conferita al proprio difensore. Deve quindi ritenersi che la parte (...), che per sua scelta o per impossibilità non possa partecipare personalmente ad un incontro di mediazione, **possa farsi sostituire** da una persona a sua scelta e quindi anche - ma non solo - dal suo difensore.*

*Allo scopo di validamente delegare un terzo alla partecipazione alle attività di mediazione, la parte deve conferirgli tale potere mediante una procura avente lo specifico oggetto della partecipazione alla mediazione e il conferimento del potere di disporre dei diritti sostanziali che ne sono oggetto (...). Quindi il potere di sostituire a sé stesso qualcun altro per la partecipazione alla mediazione può essere conferito con una **procura speciale sostanziale**».*

*In particolare, «se sceglie di farsi sostituire dal difensore, la procura speciale rilasciata allo scopo **non può essere autenticata dal difensore**, perché il conferimento del potere di partecipare in sua sostituzione alla mediazione non fa parte dei possibili contenuti della procura alle liti autenticabili direttamente dal difensore. Perciò, la parte che non voglia o non possa partecipare personalmente alla mediazione può farsi liberamente sostituire, da chiunque e quindi anche dal proprio difensore, ma deve rilasciare a questo scopo una procura sostanziale che non rientra nei poteri di autentica dell'avvocato neppure se il potere è conferito allo stesso professionista».*

*Quanto alla **seconda questione**, la Corte ha affermato che «sia l'argomento letterale - il testo dell'art. 8 - che l'argomento sistematico - la necessità di interpretare la presente ipotesi di giurisdizione condizionata in modo non estensivo, ovvero in modo da non rendere eccessivamente complesso o dilazionato l'accesso alla tutela giurisdizionale - depongono nel senso che l'onere della parte che intenda agire in giudizio (o che, avendo agito, si sia vista opporre il mancato preventivo esperimento della mediazione e sia stata rimessa davanti al mediatore dal giudice) di dar corso alla mediazione obbligatoria possa ritenersi adempiuto con l'avvio della procedura di mediazione e con la comparizione al **primo incontro** davanti al mediatore, all'esito del quale, ricevute dal mediatore le necessarie informazioni in merito alla funzione e alle modalità di svolgimento della mediazione, può liberamente manifestare il suo **parere negativo** sulla possibilità di utilmente iniziare (rectius proseguire) la procedura di mediazione. (...) Solo se le parti gli danno il via per procedere alla successiva fase di discussione, il mediatore andrà avanti, interloquendo con le parti fino a proporre o a far loro proporre una possibile soluzione, altrimenti **si arresterà** alla fase preliminare (all'esito della quale sono dovute solo le spese, e non anche il compenso del mediatore).*

*Non andrà in ogni caso avanti, dando atto dell'esito negativo della mediazione, se il potenziale convenuto non compare, o se compare e dichiara di non essere interessato alla mediazione. Di questo comportamento si potrà eventualmente tenere conto nel successivo giudizio, come prevede il comma 4 bis dell'art. 8 (...) Se anche il convenuto compare ed è l'attore che dichiara di non intendere impegnarsi nella mediazione deve ritenersi che il mediatore debba prenderne atto e che l'attività si concluda anche in questo caso al termine dell'incontro preliminare, che la mediazione sia stata esperita e che abbia dato esito negativo, e che quindi la condizione di procedibilità sia soddisfatta.*

*Quindi, è richiesta l'attivazione del procedimento di mediazione, la scelta del mediatore, la convocazione della controparte; è richiesta altresì comparizione personale davanti al mediatore (...) e la partecipazione al primo incontro, nel*

corso del quale la parte riottosa può liberamente convincersi di provare effettivamente e fino in fondo la strada della soluzione alternativa alla controversia.

*Non può invece ritenersi che al fine di ritenere soddisfatta la condizione di procedibilità sia necessario pretendere dalla parte anche un **impegno in positivo** ad impegnarsi in una discussione alternativa rispetto al giudizio».*

**Corte Costituzionale, 21 marzo 2019, n. 63 – abuso di informazioni privilegiate: il principio di retroattività della legge più favorevole si applica anche alla sanzione amministrativa prevista dall'art. 187-bis del d.lgs. 58/1998.**

La Corte Costituzionale, con [sentenza n. 63, pubblicata in data 21 marzo 2019](#), si è pronunciata sulla questione di legittimità costituzionale, sollevata dalla Corte d'Appello di Milano con ordinanza del 19 marzo 2017, dell'art. 6, comma 2, d.lgs. 72/2015 nella parte in cui ha modificato le sanzioni di cui all'art. 187-bis del T.U.F., «*escludendo la retroattività in mitius della normativa più favorevole*».

La Corte ha anzitutto precisato che «*l'abuso di informazioni privilegiate fu per la prima volta previsto quale delitto nell'ordinamento italiano con l'art. 2, comma 1, della legge 17 maggio 1991, n. 157 (Norme relative all'uso di informazioni riservate nelle operazioni in valori mobiliari e alla Commissione nazionale per le società e la borsa), in attuazione di obblighi imposti, a livello comunitario, dalla direttiva 89/592/CEE del Consiglio, del 13 novembre 1989, sul coordinamento delle normative concernenti le operazioni effettuate da persone in possesso di informazioni privilegiate (insider trading)*».

Successivamente, «*all'abuso di informazioni privilegiate furono dedicate due nuove disposizioni del novellato testo unico: l'art. 184, che continuò a configurare la condotta come delitto, sia pure in una versione modificata rispetto alla disciplina previgente; e l'art. 187-bis, che introdusse una sino ad allora inedita figura di illecito amministrativo di abuso di informazioni privilegiate, dai confini più ampi rispetto alla corrispondente fattispecie delittuosa, e punita con sanzioni amministrative pecuniarie da ventimila a tre milioni di euro, aumentabili (...) fino al triplo o fino al maggiore importo di dieci volte il prodotto o il profitto conseguito dall'illecito, quando esse apparissero inadeguate anche se applicate nel massimo, avuto riguardo alle qualità personali del colpevole ovvero all'entità del prodotto o del profitto conseguito*».

Attualmente «*la disposizione novellata descrive le condotte costitutive dell'illecito (...) attraverso un mero rinvio alle ipotesi indicate nell'art. 14 del predetto regolamento UE, disponendo poi che tali condotte siano punite con la sanzione amministrativa pecuniaria da ventimila a cinque milioni di euro, aumentabili fino al triplo o fino al maggiore importo di dieci volte il profitto conseguito ovvero le perdite evitate per effetto dell'illecito, nei casi previsti dal comma 5 dello stesso art. 187-bis del d.lgs. n. 58 del 1998*».

La Corte Costituzionale ha poi affermato che «*non v'è dubbio che la sanzione amministrativa prevista dall'art. 187-bis del d.lgs. n. 58 del 1998 abbia natura*

**punitiva**, e soggiaccia pertanto alle garanzie che la Costituzione e il diritto internazionale dei diritti umani assicurano alla materia penale, ivi compresa la garanzia della **retroattività della lex mitior**».

Peraltro, «nella relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo, in attuazione della legge n. 154 del 2014, il Governo dichiarò la propria intenzione di non introdurre nel decreto il principio del favor rei “sia per la sospetta irragionevolezza dell’introduzione di detto principio con riferimento solo ad alcune disposizioni, sia per evitarne l’applicazione a tutti i procedimenti ancora sub iudice”, con conseguente “rischio di ripercussioni negative su procedimenti sanzionatori in corso”. La scelta del legislatore del 2015 di derogare alla retroattività dei nuovi e più favorevoli quadri sanzionatori risultanti dal d.lgs. n. 72 del 2015 sacrifica irragionevolmente il diritto degli autori dell’illecito di abuso di informazioni privilegiate a vedersi applicare una sanzione proporzionata al disvalore del fatto, secondo il mutato apprezzamento del legislatore.

Da ciò consegue l'**illegittimità costituzionale** dell’art. 6, comma 2, del d.lgs. n. 72 del 2015, nella parte in cui esclude l’applicazione retroattiva delle modifiche apportate dal comma 3 dello stesso art. 6 alle sanzioni amministrative previste per l’illecito disciplinato dall’art. 187-bis del d.lgs. n. 58 del 1998».

**Corte di Cassazione, 21 marzo 2019, n. 8047 – prodotti finanziari: gli obblighi di comportamento previsti dall’art. 34-decies del Regolamento Emittenti Consob gravano anche su coloro che diffondano notizie su un prodotto finanziario offerto al pubblico prima della pubblicazione del relativo prospetto informativo.**

La Corte di Cassazione, con [sentenza n. 8047, pubblicata in data 21 marzo 2019](#), ha precisato l’ambito di operatività dell’art. 34-decies del Regolamento Emittenti Consob, concernente la «diffusione di notizie, svolgimento di indagini di mercato e raccolta di intenzioni di acquisto» di prodotti finanziari.

La Corte ha in particolare affermato che «è vero (...) che l'**articolo 34-decies del Regolamento Emittenti** autorizza “l’offerente, l’emittente e il responsabile del collocamento” a procedere, “direttamente o indirettamente”, alla diffusione di notizie, allo svolgimento di indagini di mercato e alla raccolta di intenzioni di acquisto attinenti all’offerta al pubblico anche prima della pubblicazione del prospetto informativo, purché vengano osservate determinate modalità di comportamento (tra le quali, per quanto qui interessa, che “/e informazioni diffuse siano coerenti con quelle contenute nel prospetto”)»; ciò non significa, tuttavia, «che la responsabilità dell’osservanza di dette modalità di comportamento gravi esclusivamente sui suddetti soggetti e non anche su tutti coloro attraverso la cui attività tali soggetti procedano, anche “indirettamente”, alla diffusione di notizie, allo svolgimento di indagini di mercato e alla raccolta di intenzioni di acquisto attinenti all’offerta al pubblico anche prima della pubblicazione del prospetto informativo.

Deve pertanto concludersi che "**chiunque**" diffonda notizie su un prodotto finanziario offerto al pubblico prima della pubblicazione del relativo prospetto

*informativo - ancorché nell'ambito di un'attività di collocamento svolta alle dipendenze di un soggetto (...) che non sia il responsabile del collocamento ma un soggetto di cui quest'ultimo si avvalga per diffondere "indirettamente" tali notizie - deve rispondere dell'illecito amministrativo di cui all'articolo 191, secondo comma, T.U.F., nel caso di incoerenza delle notizie da lui diffuse con quelle contenute nell'(emanando) prospetto informativo».*

**Corte di Cassazione, 5 marzo 2019, n. 6319 – polizze unit linked: affinché tali polizze siano qualificate come prodotti assicurativi è necessario che sussista il c.d. «rischio demografico», da valutare con riferimento all'ammontare del premio versato dal contraente, all'orizzonte temporale e alla tipologia dell'investimento.**

La Corte di Cassazione, con [sentenza n. 6319, pubblicata in data 5 marzo 2019](#), è tornata a pronunciarsi in tema di **polizze unit linked**, ossia «*quelle nelle quali l'obbligazione principale dell'assicuratore è collegata al valore di organismi di investimento del risparmio o di fondi interni o comunque ad indici predeterminati di riferimento*».

In particolare la Corte ha anzitutto precisato che:

- a) *«la previsione generale contenuta nell'art. 2 D.lgs. 209/2005 (...) non vale a far concludere apoditticamente per l'inclusione automatica di tali polizze nello schema legale (artt. 1882 - 1895 c.c.) del contratto di assicurazione, la cui causa deve essere rinvenuta nel trasferimento del rischio dall'assicurato all'assicuratore, rischio che, a pena di nullità, deve esistere alla stipula del contratto. Rientrano senz'altro nella fattispecie tipica di cui all'articolo 1882 c.c. le polizze che operano la sostituzione della prestazione fissa dell'assicuratore con una variabile, agganciata a parametri di mercato, ma che mantengono comunque il rischio demografico; in tal caso, pur attuandosi un parziale trasferimento del rischio dall'assicuratore sull'assicurato in ordine al valore finale della prestazione, il contratto mantiene comunque una funzione assicurativa, individuabile quale causa concreta del contratto, secondo gli ordinari criteri ermeneutici»;*
- b) *«al riguardo, deve richiamarsi l'orientamento di questa Corte secondo cui "in tema di contratto di assicurazione sulla vita stipulato prima dell'entrata in vigore della legge 28 dicembre 2005, n.262 e del d.lgs. 29 dicembre 2006 n.303, nel caso in cui sia stabilito che le somme corrisposte dall'assicurato a titolo di premio vengano versate in fondi d'investimento interni o esterni all'assicuratore, rispetto alle quali, alla scadenza del contratto o al verificarsi dell'evento in esso dedotto, l'assicuratore sarà tenuto a corrispondere all'assicurato mediante una somma pari al valore delle quote del fondo mobiliare al momento stesso (polizze denominate unit linked), il giudice di merito, al fine di stabilire se l'impresa emittente, l'intermediario ed il promotore abbiano violato le regole di leale comportamento previste dalla specifica normativa e dall'art.1337 cod. civ., deve interpretare il contratto, e tale interpretazione non è censurabile in sede di legittimità se congruamente logicamente motivata, al fine di stabilire se esso, al di là del "nomen iuris"*

*attribuitogli, sia da identificare come polizza assicurativa sulla vita (in cui il rischio avente ad oggetto un evento dell'esistenza dell'assicurato è assunto dall'assicuratore) oppure si concreti nell'investimento in uno strumento finanziario (in cui il rischio di "performance" sia per intero addossato all'assicurato)».*

Sulla base di tali assunti la Corte ha quindi cassato la sentenza della Corte d' che, nel confermare la sentenza di primo grado, aveva tra l'altro affermato che «*il così detto rischio demografico, tipico di un'assicurazione sulla vita può anche essere minimale, in quanto la polizza prescinde ( circostanza peraltro consentita dal quadro normativo che disciplina dette polizze ) dal collegamento fra somma da corrispondere all'assicurato e l'ammontare del premio versato, atteso che come si è detto, il capitale dipende dalla performance del fondo*», e ha enunciato il seguente **principio di diritto**: «*nelle polizze unit linked, caratterizzate dalla componente causale mista ( finanziaria ed assicurativa sulla vita ), anche ove sia prevalente la causa "finanziaria", la parte qualificata come "assicurativa" deve comunque rispondere ai principi dettati dal codice civile, dal codice delle assicurazioni e dalla normativa secondaria ad essi collegata con particolare riferimento alla ricorrenza del "rischio demografico" rispetto al quale il giudice di merito deve valutare l'entità della copertura assicurativa che, avuto riguardo alla natura mista della causa contrattuale, dovrà essere vagliata con specifico riferimento all'ammontare del premio versato dal contraente, all'orizzonte temporale ed alla tipologia dell'investimento*».

## II. DIRITTO SOCIETARIO E COMMERCIALE

**Corte di Cassazione, 22 marzo 2019, n. 8237 – società bancarie: gli amministratori non esecutivi sono responsabili per non aver impedito «fatti pregiudizievoli» dei quali siano a conoscenza ovvero dei quali debbano acquisire conoscenza di propria iniziativa ai sensi dell'art. 2381, comma 6, c.c.**

La Corte di Cassazione, con [sentenza n. 8237, pubblicata in data 22 marzo 2019](#), ha anzitutto affermato che «*in materia di società bancarie, il dovere di **agire informati**, dei **consiglieri non esecutivi** non è rimesso, nella sua concreta operatività, alle segnalazioni provenienti dagli amministratori delegati attraverso i rapporti dei quali la legge onera questi ultimi, giacché anche i primi devono possedere ed esprimere **costante ed adeguata conoscenza** del business bancario e, essendo compartecipi delle decisioni assunte dall'intero consiglio (al quale è affidata l'approvazione degli orientamenti strategici e delle politiche di gestione del rischio dell'intermediario), hanno l'obbligo di contribuire ad assicurare un **governo efficace dei rischi** in tutte le aree della banca e di attivarsi in modo da poter utilmente ed efficacemente esercitare una **funzione dialettica** e di **monitoraggio** sulle scelte compiute dagli organi esecutivi attraverso un costante flusso informativo; e ciò non solo in vista della valutazione dei rapporti degli amministratori delegati, ma anche ai fini della diretta ingerenza nella delega attraverso l'esercizio dei poteri, di spettanza del consiglio di amministrazione, di direttiva e di avocazione».*

La Corte ha poi precisato, con riferimento alla responsabilità degli amministratori privi di specifiche deleghe operative, che la stessa «*non può discendere da una **generica condotta di omessa vigilanza**, tale da trasmodare nei fatti in responsabilità oggettiva, ma deve riconnettersi alla violazione del dovere di "agire informati", sia sulla base delle informazioni che a detti amministratori devono essere somministrate, sia sulla base di quelle che essi stessi possono acquisire di propria iniziativa. (...) gli amministratori (i quali non abbiano operato) rispondono delle conseguenze dannose della condotta di altri amministratori (i quali abbiano operato) soltanto qualora siano a conoscenza di necessari dati di fatto tali da sollecitare il loro intervento, ovvero abbiano omesso di attivarsi per procurarsi gli elementi necessari ad agire informati. Discendendo da ciò che, nel contesto normativo attuale, gli amministratori non operativi rispondono per non aver impedito "**fatti pregiudizievoli**" dei quali, o **abbiano acquisito** in positivo conoscenza (anche per effetto delle informazioni ricevute ai sensi del terzo comma dell'articolo 2381 c.c.), ovvero dei quali **debbono acquisire** conoscenza, di propria iniziativa, ai sensi dell'obbligo posto dall'ultimo comma dell'articolo 2381 c.c.: per cui occorre che la semplice facoltà di "chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società" sia innescata, così da trasformarsi in un obbligo positivo di condotta, da elementi tali da porre sull'avviso gli amministratori alla stregua della "diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze"».*

**Corte di Cassazione, 27 febbraio 2019, n. 8544 – responsabilità per omissione in concorso nei delitti fallimentari: l'inerzia del singolo amministratore, anche se da sola insufficiente ad impedire l'evento pregiudizievole, nell'unirsi all'identico atteggiamento omissivo degli altri componenti dell'organo amministrativo, acquista efficacia causale rispetto al dissesto o all'aggravamento del dissesto.**

La Corte di Cassazione, con [sentenza n. 8544, depositata in data 27 febbraio 2019](#), si è pronunciata sul principio di responsabilità degli amministratori nei confronti della società ai sensi dell'art. 2392 c.c.

Al riguardo, la Corte ha anzitutto precisato che l'art. 2392 c.c. «*dopo aver sancito al primo comma la necessità per gli amministratori dell'adempimento dei doveri imposti dalla legge o dallo statuto, con la diligenza connaturata all'incarico ne sottolinea - comma secondo - la responsabilità solidale nel caso in cui, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non abbiano fatto quanto in loro potere per impedirne il compimento o eliminarne od attenuarne le conseguenze dannose*».

Ed invero «*la disposizione codicistica è stata ritenuta fondativa, in capo agli amministratori di società, della posizione e del correlativo **obbligo di garanzia** di impedire gli atti pregiudizievoli per la società stessa e per i creditori, essendosi precisato che il mancato adempimento ai predetti doveri comporti, in ambito penalistico, la **responsabilità** per omissione in concorso nei **delitti fallimentari** commessi da altri amministratori, ex art 40 cpv cp, consistita nella **mancata vigilanza** e nella **mancata attivazione** per impedire l'adozione di atti di gestione pregiudizievoli (...). In proposito si è altresì puntualizzato - in una visione dinamico-funzionale del ruolo di gestione e della responsabilità solidale e collegiale degli organi amministrativi - che l'**inerzia** del singolo amministratore, anche se da sola insufficiente ad impedire l'evento pregiudizievole, nell'unirsi all'identico atteggiamento omissivo - sia esso colposo o doloso - degli altri componenti dell'organo amministrativo, acquista efficacia causale rispetto al **dissesto**, o all'**aggravamento** del dissesto, in quanto l'idoneità dell'opposizione del singolo a impedire l'evento deve essere considerata non isolatamente, ma nella sua attitudine a rompere il silenzio e a sollecitare, con il richiamo agli obblighi imposti dalla legge ed ai principi di corretta amministrazione, un analogo atteggiamento da parte degli altri amministratori (...)*».

**Tribunale di Milano, 27 febbraio 2019, n. 1958 – danni derivanti da esercizio abusivo dell'attività di direzione e coordinamento: l'azione risarcitoria promossa dalla società eterodiretta nei confronti della società dominante non può qualificarsi come azione ex art. 2497, comma 1, c.c., essendo questa riservata a soci e ai creditori della società controllata.**

Il Tribunale di Milano, con [sentenza n. 1958, pubblicata in data 27 febbraio 2019](#), si è pronunciato sul tema dell'azione risarcitoria promossa dalla società eterodiretta nei confronti della società dominante per danni derivanti dall'esercizio abusivo dell'attività di direzione e coordinamento.

In particolare, il Tribunale ha anzitutto precisato che tale azione «non è azione ex art 2497 co 1 c.c. essendo questa riservata a soci e ai creditori della società controllata; (...) “è azione, invece, volta a far valere la **responsabilità diretta** (di tipo contrattuale) della società controllante per i danni che l’illegittima attività di direzione e coordinamento abbia cagionato al patrimonio della società controllata, in base ai principi generali (artt 1173,1218 c.c.)” sottolineando “però che l’art 2497 c.c., nel mentre configura una **responsabilità da abuso di direzione e coordinamento** della società dirigente verso i **soci** e **creditori** della società controllata, finisce inevitabilmente per svolgere una **funzione conformativa** della fattispecie anche rispetto alla responsabilità della società dirigente verso il soggetto direttamente danneggiato, cioè la **società controllata**” (...)).».

Con riferimento, poi, all’art. 2497, comma 3, c.c., «qualificato da ultimo dalla corte di legittimità (...) come fatto estintivo della responsabilità della capogruppo per danni cagionati al socio o al creditore dall’illegittimo esercizio dell’attività di direzione e coordinamento», il Tribunale di Milano ha chiarito che tale fatto «non è altro che la delimitazione della responsabilità in presenza della **eliminazione del pregiudizio** da parte della terza società eterodiretta attraverso il conseguimento dell’utilità spettante al socio o al creditore. Si tratta di fatto escludente la responsabilità la quale, è evidente, non si configura in difetto del danno; il fatto escludente la responsabilità deve essere dedotto e provato dalla società convenuta. Quindi, al fine di **evitare la duplicazione del risarcimento** del danno e per ritenere nell’iniziativa della società eterodiretta definitivamente assorbita e preclusa quella del socio o del creditore, è necessario che i danni (indiretti) del socio o del creditore, risarcibili autonomamente in applicazione della disciplina di cui all’art 2497 c.c. siano stati soddisfatti dalla società eterodiretta o dalla sua iniziativa, espressione che “ricomprende ogni modalità che permetta al socio o al creditore il conseguimento dell’utilità loro spettante” (Cass 29139/2017). Il coordinamento tra l’esercizio dell’azione da parte della società controllata e la contemporanea azione del socio o del creditore fondata sui medesimi atti dannosi della controllante si realizza quindi nel processo e con l’allegazione in fatto e la dimostrazione del “**soddisfacimento**” dell’interesse del socio di minoranza o del creditore. L’azione ex art 2497 c.c. avente ad oggetto il risarcimento del danno indiretto del socio di minoranza o dei creditori sarà infondata se la pretesa azionata dalla società controllata verso la controllante sarà tale da garantire il soddisfacimento dell’interesse specifico dedotto in giudizio dal socio di minoranza o dai creditori per i danni da loro lamentati.

Si tratta di questione di fatto da verificare di volta in volta. In generale va detto che il danno indiretto del socio e il danno diretto al patrimonio della società controllata, derivanti dall’esercizio illegittimo da parte della controllante dell’attività di direzione e coordinamento, sono danni che, sebbene collegati e connessi nella loro genesi, dato che la **lesione al valore e alla redditività** della **partecipazione** del socio di minoranza è l’effetto di un pregiudizio subito in prima istanza dal patrimonio della società, una volta generatisi tuttavia si connotano, nell’ambito della fattispecie di cui all’art 2497 c.c., agli effetti risarcitori, come pregiudizi distinti e non del tutto sovrapponibili e non automaticamente si verifica l’assorbimento del danno indiretto del socio di

*minoranza nel soddisfacimento di quello fatto valere dalla società controllata; la reintegrazione del patrimonio di quest'ultima può anche non comportare in fatto l'eliminazione totale del pregiudizio (indiretto) alla redditività e al valore della partecipazione del socio lesi dalla condotta illegittima della controllante che abbia cagionato la lesione diretta al patrimonio della società controllata. Il **conseguimento dell'utilità** spettante al socio di minoranza è situazione di fatto che deve trovare **specificata allegazione e dimostrazione**. Anche le due situazioni compensative che escludono la responsabilità della capogruppo, previste dal comma 1 dell'art 2497 c.c. (danno mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento e danno integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette) si configurano quando effettivamente il danno (del socio) non sussiste (o non sussiste più)».*

### III. DIRITTO DELLE PROCEDURE CONCORDSUALI

**Corte di Cassazione, 19 marzo 2019, n. 7577 – concordato preventivo in bianco: il debitore che abbia presentato un ricorso ex art. 161, comma 6, l.f. può depositare un nuovo ricorso ex art. 161, comma 1, l.f. purché dallo stesso si desuma la rinuncia alla pregressa domanda “con riserva”.**

La Corte di Cassazione, con [ordinanza n. 7577, pubblicata in data 19 marzo 2019](#), nel confermare l'orientamento secondo cui «*l'ammissione alla procedura di concordato preventivo impedisce la proposizione di un'ulteriore ed autonoma domanda di concordato rispetto a quella originaria, poiché, rispetto al medesimo imprenditore e alla medesima insolvenza, il **concordato non può che essere unico***», ha affermato che:

- a) il debitore «*a seguito della proposizione di un ricorso per concordato preventivo con riserva ex art. 161, comma 6, legge fall.*» può «*depositare un nuovo ricorso ex art. 161, comma 1, legge fall., corredato ab initio dalla proposta, dal piano e dai documenti, sempre che dallo stesso si desuma la **rinuncia** alla pregressa domanda "con riserva" e la nuova domanda non si traduca in un abuso dello strumento concordatario*»;
- b) ciò, in quanto «*l'imprenditore, come può provvedere al deposito di domanda, piano e documentazione in un'unica soluzione entro il termine finale concessogli, così può assolvere quest'onere a singhiozzo, in una pluralità di occasioni (...), purché la sua attività risulti completa entro la scadenza fissata*»;
- c) ed infatti, «*l'art. 161 legge fall., pur preoccupandosi di disciplinare l'attività dell'imprenditore in termini di gestione dell'impresa e obblighi informativi nell'intervallo di tempo intercorrente fra la presentazione della domanda in bianco e il deposito della domanda concordataria completa, non prevede un'analoga stringente regolamentazione che stabilisca le modalità con cui l'imprenditore, a seguito della presentazione dell'istanza di cui all'art. 161, comma 6, legge fall., debba provvedere al deposito della domanda, del piano e della documentazione prevista dall'art. 161, commi 2 e 3, legge fall., ma si limita soltanto a stabilire gli oneri di completamento riconnessi all'introduzione della domanda cd. in bianco e il termine finale entro cui la domanda, nella completezza del suo contenuto, deve essere presentata*».

**Corte di Cassazione, 18 marzo 2019, n. 7580 – pagamenti nei termini d'uso: l'esenzione dalla revocatoria fallimentare ex art. 67, comma 3, lett. a), l.f. attiene non già al contenuto del contratto tra le parti bensì all'ambito «*fattuale*» dell'andamento del rapporto e dell'esecuzione del negozio secondo le concrete modalità di adempimento della prestazione.**

La Corte di Cassazione, con [ordinanza n. 7580, pubblicata in data 18 marzo 2019](#), è tornata a pronunciarsi sul tema dell'esenzione dalla revocatoria fallimentare per i pagamenti di beni e servizi effettuati nell'esercizio dell'attività d'impresa nei termini d'uso ai sensi dell'art. 67, comma 3, lett. a), l.f.

In particolare, la Corte ha anzitutto affermato che «*il rinvio dell'art. 67, comma 3, lett. a), l.fall. ai "termini d'uso", ai fini dell'esenzione dalla revocatoria fallimentare per i pagamenti di beni e servizi effettuati nell'esercizio dell'attività d'impresa, attiene alle modalità di pagamento proprie del rapporto tra le parti e non già alla prassi del settore economico di riferimento (Cass. n.25162 del 7/12/2016), deve ritenersi che l'esenzione in oggetto attenga non già al contenuto del contratto, ma all'ambito "fattuale" dell'andamento del rapporto e della esecuzione del negozio avuto riguardo alle concrete modalità di adempimento della prestazione, piuttosto che al contenuto delle clausole negoziali, dovendo attribuirsi rilevanza al "mutamento dei termini", da intendersi come modifica delle modalità di pagamento invalse tra le parti*».

Al riguardo, «*seppure la fonte dell'uso vada ricercata in primo luogo nella convenzione, se gli accordi originari sono stati nella prassi contrattuale tacitamente modificati, come accertato nel caso di specie, debba farsi riferimento al concreto atteggiarsi dell'esecuzione del rapporto. Di conseguenza, se il ritardo rispetto alla scadenza pattiziamente convenuta sia divenuto una consuetudine, senza determinare una specifica reazione della controparte, a parte l'intimazione di solleciti, tale prassi deve ritenersi prevalente rispetto al regolamento negoziale. Poiche' dunque, ai sensi dell'art.67 comma 3 lett a) l.f. occorre fare riferimento alla prassi, sia pure fondata sulla tolleranza, ciò che rileva è l'eventuale difformità dei tempi e dei modi dei pagamenti non già rispetto a quanto pattuito ma a quanto verificatosi in precedenza tra le parti*».

**Corte di Cassazione, 11 marzo 2019, n. 6922 – proposta concordataria senza transazione fiscale ex art. 182-ter l.f.: è ammissibile la falcidiabilità dei crediti per IVA e ritenute previdenziali.**

La Corte di Cassazione, con [ordinanza n. 6922, pubblicata in data 11 marzo 2019](#), è tornata a pronunciarsi sul tema della falcidiabilità dei crediti per IVA e ritenute previdenziali nell'ambito di una proposta concordataria non accompagnata da richiesta di transazione fiscale ex art. 182-ter l.f.

In particolare la Corte di Cassazione ha affermato che «*la decisione impugnata contrasta con i (...) principi*» espressi, da ultimo, dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (Cass., Sez. Un., 27 dicembre 2016, n. 26988) «*laddove applica i criteri dettati dall'art. 182-ter legge fall. – nel testo applicabile ratione temporis (...) – ad una proposta concordataria non accompagnata da richiesta di transazione fiscale, cui resta dunque applicabile la disciplina generale del concordato preventivo, in base alla quale anche i crediti per Iva o ritenute previdenziali operate e non versate – come qualsiasi altro credito munito di privilegio, pegno o ipoteca – possono essere soddisfatti in misura non integrale, secondo il meccanismo contemplato dall'art. 160, comma 2, legge fall., e quindi in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione, se l'incapienza dei beni sui quali grava la prelazione sia attestata dalla relazione giurata di un professionista in possesso dei requisiti previsti dall'art. 67, comma 3, lett. d), legge fall.*».

**Corte di Cassazione, 5 marzo 2019, n. 6381 – principio di consecuzione delle procedure concorsuali: le ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni che precedono la pubblicazione della domanda di concordato preventivo sono inefficaci anche se la procedura concordataria si chiude senza omologa e si dichiara il fallimento.**

La Corte di Cassazione, con [ordinanza n. 6381, pubblicata in data 5 marzo 2019](#), è stata chiamata a pronunciarsi «sull'interpretazione dell'art. 169, comma 3, l. fall., e precisamente se la prevista inefficacia rispetto ai creditori anteriori al concordato delle ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni che precedono la data di pubblicazione della domanda di concordato preventivo si determini anche nel caso in cui la procedura concordataria si chiuda senza pervenire all'omologa e si dichiari il fallimento».

La Corte ha anzitutto rammentato che «la norma in oggetto è stata interpretata, sia nella giurisprudenza di merito che in dottrina, (...) come (...) intesa a determinare l'inefficacia necessariamente collegata alla procedura di concordato preventivo, e quindi destinata a spiegare detto effetto ex lege **solo all'interno della procedura minore**, da cui l'inapplicabilità nel caso di consecuzione».

Tuttavia la Corte ha ritenuto di non poter condividere tale interpretazione, e ciò in quanto:

- a) «né la natura speciale della norma né la ratio della stessa possono essere invocate per ritenere inapplicabile nel caso il principio della consecuzione tra le procedure, che vale ad impedire che l'ipoteca, una volta divenuta inefficace, possa acquisire nuovamente efficacia a seguito della dichiarazione di fallimento»;
- b) «al principio di consecuzione deve infatti riconoscersi valenza di **carattere generale** (...) dato che "nel caso in cui all'ammissione da parte del tribunale della domanda di concordato preventivo (...) segua dichiarazione di fallimento (...) e si verifichi a posteriori che lo stato di crisi in base al quale era stata chiesta l'ammissione al concordato in realtà coincideva con lo stato di insolvenza, l'efficacia della sentenza dichiarativa di fallimento va retrodatata alla data della presentazione della predetta domanda"».

La Cassazione ha quindi enunciato il seguente principio di diritto: «il disposto di cui all'art. 168, comma 3, legge fall., secondo cui sono inefficaci nei confronti dei creditori anteriori al concordato le ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni che precedono la data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese, si applica, in forza del principio della consecuzione delle procedure, anche nel caso in cui al concordato preventivo faccia seguito la declaratoria di fallimento, ed a valere anche nei confronti dei creditori successivi, anteriori alla sentenza di fallimento».

**Tribunale di Bergamo, 13 febbraio 2019 – accordo di ristrutturazione dei debiti: a) il ricorso ex art. 182-bis l.f. è ammissibile laddove società**

appartenenti al medesimo gruppo, pur avendo sottoscritto un unico accordo in originale con parte dei creditori, abbiano presentato istanze disgiunte; b) non è ostativa all'omologazione la presenza di plurime condizioni sospensive purché sia garantito un idoneo meccanismo di pubblicità.

Il Tribunale di Bergamo, con [decreto pubblicato in data 13 febbraio 2019](#), ha omologato un accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis l.f., ritenendo sussistenti tutti i requisiti di legge.

In particolare il Tribunale ha ritenuto:

- a) ammissibile che **due società appartenenti al medesimo gruppo**, pur presentando due ricorsi ex art. 182-bis l.f. disgiunti, sottoscrivano con i creditori finanziari un unico accordo, giacché *«questo deve ritenersi ammissibile e non contrario alle finalità dell'istituto in quanto funzionale ad una ristrutturazione coordinata tra le società dell'indebitamento»*;
- b) *«sufficiente la **produzione degli accordi sottoscritti in originale** in quanto, se da un lato non si palesa affatto indispensabile l'autentica delle sottoscrizioni delle singole adesioni, dovendosi valorizzare in principalità la natura stragiudiziale e privatistica dell'accordo, dall'altro lato giova sottolineare che la forma dell'atto pubblico e della scrittura privata autenticata si mostra obbligatoria solo per gli atti per i quali tale modalità sia legalmente prevista ad substantiam, atti nel cui novero non figurano gli accordi di ristrutturazione»*;
- c) non ostativa all'omologazione la previsione di **plurime condizioni sospensive** nell'accordo con i creditori finanziari, atteso che *«il sistema processuale non esclude l'emanazione di provvedimenti giurisdizionali la cui efficacia sia sottoposta a condizione" nell'ipotesi in cui la condizione sospensiva "non necessiti di uno strumento di verifica di tipo contenzioso ma solo se l'elemento condizionante sia certo e inequivoco"»*;
- d) *«necessario prevedere uno **strumento di pubblicità dell'avveramento delle condizioni** cui è sospensivamente condizionato l'efficacia dell'accordo che può essere identificato nel deposito di scrittura privata di natura ricognitiva autenticata da notaio sottoscritta dal liquidatore della società che dia conto dell'avveramento o non avveramento delle condizioni e della comunicazione inviata alle creditrici finanziarie circa l'avveramento delle condizioni»*, ciò in quanto *«i terzi potrebbero non venire a conoscenza del verificarsi delle condizioni cui l'accordo è subordinato, per cui la risultanza del pubblico registro potrebbe rivelarsi fallace»*.