

Aggiornamento giurisprudenziale

n. 5 / 2020

I. DIRITTO BANCARIO E FINANZIARIO

Corte di Cassazione, 17 aprile 2020, n. 7895 – conto corrente: il correntista che agisce in giudizio per la ripetizione dell'indebitato ha l'onere di documentare l'andamento del rapporto con la produzione degli estratti conto che evidenziano le singole rimesse suscettibili di ripetizione.

Corte di Cassazione, 8 aprile 2020, n. 7740 – mutuo ipotecario: il mutuo ipotecario finalizzato ad estinguere un preesistente mutuo ipotecario rappresenta un'operazione di natura meramente contabile e deve considerarsi come atto a titolo gratuito.

II. DIRITTO SOCIETARIO E COMMERCIALE

Corte di Cassazione, 22 aprile 2020, n. 8043 – sezione specializzata in materia di imprese: è da escludersi la competenza del Tribunale delle Imprese qualora l'accertamento della risoluzione di un contratto di cessione di quote abbia natura meramente incidentale e non costituisca oggetto specifico di una domanda.

Corte di Cassazione, 20 aprile 2020, n. 7920 – fusione per incorporazione: è ammissibile la diversificazione del rapporto di cambio previsto per le diverse categorie di azioni della società incorporata, in ragione del diverso valore delle stesse, tenuto conto della diversa consistenza dei diritti connaturati a ciascuna categoria di azioni.

Tribunale di Roma, 8 aprile 2020 – responsabilità degli amministratori di società a responsabilità limitata: la *business judgement rule* si applica anche alle scelte organizzative degli amministratori

III. DIRITTO DELLE PROCEDURE CONCORSUALI

Corte di Cassazione, 17 aprile 2020, n. 7898 – giudizio di verifica del passivo: i) la domanda di insinuazione al passivo proposta da uno studio associato fa presumere l'esclusione della personalità del rapporto d'opera



professionale e l'insussistenza dei presupposti per il riconoscimento del privilegio, salva prova contraria; ii) è pienamente efficace la regola del giudicato endofallimentare ex art. 96 l.fall.

Corte di Cassazione, 20 marzo 2020, n. 7747 – atti compiuti dopo la dichiarazione di fallimento ex art. 44 l.fall.: l'azione dichiarativa dell'inefficacia dei pagamenti eseguiti in nome e per conto del fallito deve essere svolta nei confronti del terzo *accipiens*, quale unico legittimato passivo.

Tribunale di Rimini, 2 aprile 2020 – art. 83 del D.L. n. 18/2020: la sospensione dei termini processuali si applica a tutti i termini della procedura di concordato preventivo.

Tribunale di Roma, 2 aprile 2020 – D.L. n. 18/2020: il rispetto dell'art. 83 esige il differimento della data fissata per l'adunanza dei creditori ex art. 174 l.f. onde consentire a ciascun soggetto legittimato l'esercizio delle facoltà di cui all'art. 161, comma 4, l.f.

I. DIRITTO BANCARIO E FINANZIARIO

Corte di Cassazione, 17 aprile 2020, n. 7895 – conto corrente: il correntista che agisce in giudizio per la ripetizione dell'indebito ha l'onere di documentare l'andamento del rapporto con la produzione degli estratti conto che evidenziano le singole rimesse suscettibili di ripetizione.

La Corte di Cassazione, con [sentenza n. 7895, pubblicata in data 17 aprile 2020](#), si è pronunciata in tema di ripartizione dell'onere di allegazione e prova nell'ambito di giudizi per la ripetizione degli indebiti promossi da correntisti nei confronti di istituti di credito.

La Cassazione ha richiamato il principio, più volte espresso dalla Corte, per cui nelle *«controversie tra Banca e correntista, introdotte su domanda del secondo allo scopo di contestare il saldo negativo per il cliente e di far rideterminare i movimenti ed il saldo finale del rapporto, alla luce della pretesa invalidità delle clausole contrattuali costituenti il regolamento pattizio e, così, ottenere la condanna della Banca al pagamento delle maggiori spettanze dell'attore, quest'ultimo è gravato del corrispondente onere probatorio, che attiene agli aspetti oggetto della contestazione»*.

A tal proposito, la Corte ha ricordato che *«è stato (...) stabilito che il correntista, il quale agisca in giudizio per la ripetizione dell'indebito, è tenuto a fornire la prova sia degli avvenuti pagamenti che della mancanza, rispetto ad essi, di una valida "causa debendi", sicché il medesimo ha l'onere di documentare l'andamento del rapporto con la produzione di tutti quegli estratti conto che evidenziano le singole rimesse suscettibili di ripetizione in quanto riferite a somme non dovute. Tale orientamento è stato ribadito anche di recente, affermando che il correntista è onerato della ricostruzione dell'intero andamento del rapporto, con la conseguenza che non può essere accolta la domanda di restituzione se siano incompleti gli estratti conto attestanti le singole rimesse suscettibili di ripetizione e che il cliente, il quale agisca in giudizio per la ripetizione dell'indebito, è tenuto a fornire la prova dei movimenti del conto anche se il giudice può integrare la prova carente, sulla base delle deduzioni svolte dalla parte, anche con altri mezzi di cognizione disposti d'ufficio, in particolare disponendo una consulenza contabile»*.

La Cassazione ha infine precisato che *«non può legittimamente ritenersi (...) che ogni qualvolta la banca (...) deve dimostrare il proprio credito, [abbia] l'onere di produrre la completa documentazione del rapporto di conto corrente ed è tenuta a produrre in giudizio tutti gli estratti conto a partire dall'apertura del conto corrente oggetto di analisi. Tali proposizioni possono essere condivise soltanto nell'ipotesi in cui sia la banca ad agire in giudizio per domandare il pagamento delle somme che le sono dovute, ma si impone una soluzione opposta nel caso in cui sia il correntista ad assumere l'iniziativa giudiziaria chiedendo la condanna della banca alla ripetizione delle somme indebitamente riscosse»*.

Corte di Cassazione, 8 aprile 2020, n. 7740 – mutuo ipotecario: il mutuo ipotecario finalizzato ad estinguere un preesistente mutuo ipotecario rappresenta un’operazione di natura meramente contabile e deve considerarsi come atto a titolo gratuito.

La Corte di Cassazione, con [sentenza n. 7740, pubblicata in data 8 aprile 2020](#), si è pronunciata sul tema, già più volte affrontato dalla Corte, della “*natura, onerosa o gratuita, di operazioni consistenti nella erogazione di un mutuo ipotecario che si assume non destinato a creare effettiva disponibilità finanziaria nel mutuatario, bensì ad estinguere un preesistente rapporto obbligatorio con il medesimo mutuante*”.

La Corte ha anzitutto precisato che la fattispecie negoziale per cui è causa “*si distingue - rispetto a quelle esaminate in passato dalla giurisprudenza di legittimità - per il fatto di non aver determinato la trasformazione del credito originario del mutuante da chirografario in ipotecario*”. Nell’ipotesi in esame, infatti, il rapporto di mutuo, originariamente intercorrente tra la Banca-mutuante e la società-mutuataria ed estinto grazie alla stipulazione del nuovo contratto, era **già** assistito da ipoteca.

Ciò premesso, la Cassazione ha quindi chiarito che «*si tratta, dunque, di valutare se tale circostanza giustifichi un trattamento differenziato della presente fattispecie, non potendo affermarsi - come, invece, nei casi in cui questa Corte si è pronunciata in passato - che l’ipoteca risulta creata per munire di garanzia esposizioni pregresse che ne erano prive, sicché la garanzia ipotecaria non è espressione di autotutela preventiva, essendo, in tal caso, la garanzia associata ad un rischio di credito già in atto, ragion per cui la sua costituzione è ritenuta successiva al sorgere del credito garantito ed ha natura di atto a titolo gratuito, con conseguente indifferenza - ai fini dell’esercizio dell’azione revocatoria, anche in via breve - dello stato soggettivo del terzo datore di ipoteca*».

La Cassazione ha inoltre affermato quanto segue:

- a) «*l’erogazione di un mutuo ipotecario non destinato a creare un’effettiva disponibilità nel mutuatario, già debitore in virtù di un rapporto obbligatorio non assistito da garanzia reale, non integra necessariamente né le fattispecie della simulazione del mutuo (con dissimulazione della concessione di una garanzia per un debito preesistente) né quella della novazione (con la sostituzione del preesistente debito chirografario con un debito garantito), giacché normalmente integra una fattispecie di procedimento negoziale indiretto, nel cui ambito il mutuo ipotecario viene erogato realmente e viene utilizzato per l’estinzione del precedente debito chirografario*»;
- b) tali operazioni vanno altresì tenute distinte da quelle volte «*al rifinanziamento del debitore, poiché il ricorso al credito come strumento di ristrutturazione del debito - cui del resto si rivolge l’attuale normativa a mezzo degli attuali artt. 182-bis e 182- quater legge fall. - consente di*

rinegoziare i finanziamenti bancari anche nei riguardi di debiti scaduti (...). Orbene, si è pure precisato che l'elemento caratteristico di siffatto tipo di ricorso al credito è che segua effettivamente, poi, l'erogazione di nuova liquidità da parte della banca, funzionale non solo (e non tanto), quindi, all'azzeramento della preesistente esposizione debitoria, ma soprattutto a rimodulare, per il tramite di nuove condizioni negoziali - per esempio afferenti il tasso di interesse - o rinnovate tempistiche dei pagamenti, l'assetto complessivo del debito nel contesto di una nuova veste giuridico-economica degli anteriori rapporti».

Facendo applicazione dei predetti principi, la Corte ha osservato che, nella specie, il nuovo contratto di mutuo non presenta nuove condizioni negoziali (sotto forma di diversi tassi di interesse o diverse modalità di pagamento) rispetto a quello originariamente intercorrente tra la Banca-mutuante e la società-mutuataria, «*ma una semplice dilazione del termine di restituzione della somma mutuata*». Di conseguenza non è possibile parlare di erogazione di nuova liquidità da parte della Banca-mutuante.

In conclusione, la Cassazione ha ribadito che «*laddove non si ravvisino profili di erogazione di "nuova" liquidità*», come nel caso di specie, «*piuttosto che assistersi a "spostamenti di danaro, trasferimenti patrimoniali e consegne, il ripianamento di un debito a mezzo di nuovo credito, che la banca già creditrice metta in opera con il proprio cliente, **sostanzia propriamente un'operazione di natura contabile***», ovvero «*con una coppia di poste nel conto corrente - una in dare, l'altra in avere - per l'appunto intesa a dare corpo ed espressione a una simile dimensione*».

II. DIRITTO SOCIETARIO E COMMERCIALE

Corte di Cassazione, 22 aprile 2020, n. 8043 – sezione specializzata in materia di imprese: è da escludersi la competenza del Tribunale delle Imprese qualora l'accertamento della risoluzione di un contratto di cessione di quote abbia natura meramente incidentale e non costituisca oggetto specifico di una domanda.

La Corte di Cassazione, con [ordinanza n. 8043, pubblicata in data 22 aprile 2020](#), si è occupata del regolamento di competenza nell'ambito di una controversia avente ad oggetto l'accertamento, *incidenter tantum*, della risoluzione di un contratto di cessione di quote societarie.

Nel caso di specie, la società attrice agiva nei confronti della società convenuta, chiedendo che fosse accertata la risoluzione del contratto di cessione di quote societarie intervenuto tra la società attrice, in qualità di cedente, e una società terza, cessionaria - rimasta estranea al giudizio - avente ad oggetto le quote della società convenuta; da tale risoluzione - da accertarsi in via incidentale - sarebbe derivata la risoluzione dell'impegno assunto dalla società attrice a rilasciare in favore della società convenuta un complesso immobiliare e il conseguente diritto dell'attrice ad occupare i mappali oggetto dell'impegno di rilascio.

La Corte ha esaminato la domanda attorea, precisando che la stessa «*si suddivide in "tre" sottocapi: a.1) l'accertamento o dichiarazione della risoluzione di diritto ai sensi dell'art. 1454 c.c. del contratto [di cessione di quote societarie, il cui cessionario è rimasto estraneo al giudizio]; a.2) l'accertamento o dichiarazione della conseguente risoluzione dell'impegno a rilasciare il fondo oggetto di lite; a.3) l'accertamento del diritto dell'attrice ad occupare i mappali oggetto del c.d. "impegno di rilascio"*».

A tal riguardo, «*il Tribunale (...) ha ritenuto che [il contratto] avesse ad oggetto la cessione di quote (...); che tale domanda rientrasse senz'altro nella competenza del Tribunale delle imprese, ai sensi dell'art. 3, comma 2, lett. b, del d.lgs. n. 168 del 2003 (procedimenti "relativi al trasferimento delle partecipazioni sociali o ad ogni altro negozio avente ad oggetto le partecipazioni sociali o i diritti inerenti")*; che la competenza per materia sulla domanda a.1) determinasse, ai sensi dell'art. 3, comma 3, del d.lgs. n. 168 del 2003, la competenza del Tribunale delle imprese per connessione anche sulle domande contrassegnate come a.2) e a.3)».

Contrariamente a quanto ritenuto dal Tribunale delle imprese, la Corte ha osservato che «*il sottocapo denominato a.1) non implica, in realtà, l'accertamento diretto dell'efficacia del contratto di cessione di quote e, quindi, dell'effettivo trasferimento di partecipazioni sociali o dei diritti inerenti. [Parte attrice] ha chiesto, al di là delle espressioni usate, che la risoluzione di tale contratto sia accertata **incidenter tantum**, come un semplice fatto storico, per i soli effetti riflessi che ciò produrrebbe sul negozio giuridico davvero in*

discussione in questa causa, ossia l'impegno a rilasciare il complesso immobiliare (...). Tant'è che la cessionaria delle quote (...) non è stata convenuta in questo giudizio. La sua evocazione in giudizio, invece, sarebbe stata necessaria per dare luogo ad un accertamento che potesse spiegare effetti di cosa giudicata».

Ed invero, se da un lato «può essere dedotto in giudizio l'interesse, apprezzabile ai sensi dell'art. 100 cod. proc. civ., ad accertare **un rapporto contrattuale intercorrente inter alios**, qualora l'accertamento di tale rapporto o di un certo suo modo di essere, costituisca un fatto costitutivo della domanda proposta», dall'altro lato «nella misura in cui non siano **evocate in giudizio tutte le parti di quel rapporto**, ad un simile accertamento non può accompagnarsi una vera e propria domanda destinata a regolarne gli effetti ed il modo di essere. La ragione è che nella richiesta di accertamento non è coinvolta una delle parti del rapporto, com'è accaduto nella specie. In tal caso, l'accertamento del rapporto presupposto rappresenta, quindi, un "frammento" della domanda proposta nei confronti del convenuto, della cui fattispecie è elemento costitutivo. Dunque, in difetto dell'esistenza di una domanda relativa al rapporto, la richiesta di accertamento del suo modo di essere non può rilevare ai fini della individuazione del giudice competente per materia o per territorio».

A fronte di ciò, la Corte ha enunciato il seguente **principio di diritto**: «ai sensi dell'art. 100 cod. proc. civ., può dedursi in giudizio l'interesse ad accertare l'esistenza, la validità o l'efficacia di un rapporto contrattuale intercorrente inter alios (cioè fra una sola delle parti ed un terzo o più terzi), anche senza la necessità di evocare in giudizio tutte le parti di quel rapporto, quando tale accertamento venga dall'attore prospettato come fatto costitutivo della domanda proposta nei confronti del convenuto. Tuttavia, poiché in tal caso difetta una vera e propria domanda volta a regolare gli effetti giuridici del rapporto contrattuale presupposto, che necessiterebbe del contraddittorio di tutte le parti del rapporto e ciò anche se anche essa sia formalmente formulata, ai fini dell'individuazione del giudice competente per materia, valore o territorio deve aversi esclusivo riguardo alla domanda proposta contro il convenuto».

In applicazione del principio sopra espresso la Corte ha escluso «la competenza del Tribunale [delle imprese] ..., dal momento che l'accertamento della risoluzione del contratto di cessione di quote (...) ha **natura meramente incidentale** e non costituisce oggetto specifico di una domanda che possa radicare la speciale competenza della sezione specializzata in materia di impresa».

Corte di Cassazione, 20 aprile 2020, n. 7920 – fusione per incorporazione: è ammissibile la diversificazione del rapporto di cambio previsto per le diverse categorie di azioni della società incorporata, in ragione del diverso valore delle stesse, tenuto conto della diversa consistenza dei diritti connaturati a ciascuna categoria di azioni.

La Corte di Cassazione, con [sentenza n. 7920, pubblicata in data 20 aprile 2020](#), si è pronunciata in tema di fusione per incorporazione, soffermandosi

sulla possibilità di diversificare il rapporto di cambio previsto per le azioni di risparmio della società incorporata da quello previsto per le azioni ordinarie della stessa.

Anzitutto, la Corte ha osservato che «**il valore delle azioni dipende (...) da un apprezzamento che investe, nella loro complessità, i diritti che esse conferiscono: tali diritti non sono soltanto quelli (...) di natura patrimoniale (aventi ad oggetto gli utili e la quota di liquidazione: art. 2350 c.c.), ma anche quelli inerenti all'amministrazione della società** (e in particolare, per l'appunto, il diritto di voto: art. 2351 c.c.). Da tale punto di vista, una diversificazione del valore dei titoli appartenenti alle due categorie trova piena giustificazione; proprio perché l'azione incorpora sia diritti patrimoniali, sia diritti di partecipazione alla vita amministrativa della società, è certamente possibile che il valore dei titoli non sia lo stesso quando gli uni e gli altri diritti risultino, in base al rispettivo statuto normativo, diversamente modulati. Benché, dunque, non possa escludersi, a priori, che le azioni ordinarie e le azioni di risparmio della società incorporata possano presentare, in concreto, il medesimo rapporto di cambio con le azioni ordinarie dell'incorporante, è certo che alla definizione del concambio non possa pervenirsi senza considerare le differenze tra le due categorie di azioni dell'incorporata, pena l'inaccettabile equiparazione, nel trattamento giuridico, di diritti di partecipazione che sono differenti».

Ed invero «*la necessità di raffrontare il valore dei titoli appartenenti alle diverse categorie rende ragione di un accertamento diretto all'individuazione del differente **valore di mercato delle azioni ordinarie e delle azioni di risparmio**. Il valore di mercato di un titolo azionario dipende normalmente dalla diversità dei diritti che il titolo incorpora: per impiegare una felice locuzione già utilizzata in dottrina, il mercato esprime infatti una stima in termini economico-patrimoniali di tali diritti. In conseguenza, non potrebbe di certo ritenersi arbitrario un rapporto di cambio che sia differenziato in ragione delle diverse quotazioni delle azioni ordinarie e delle azioni di risparmio della società incorporata. Tali quotazioni sono infatti in grado di "pesare" i diritti patrimoniali e amministrativi propri delle due categorie di azioni. La determinazione del valore delle azioni sulla base delle quotazioni ricevute sul mercato costituisce, del resto, un criterio non solo rispondente a un **canone di ragionevolezza**, ma sintomaticamente fatto proprio dal legislatore, se pure ad altri fini. Vanno citati, in proposito, l'art. 2437 ter c.c. (in precedenza l'art. 2437 c.c.) sui criteri di determinazione del valore delle azioni in caso di recesso del socio, che impone, salvo diverse disposizioni statutarie, di liquidare le azioni quotate sui mercati regolamentati facendo riferimento alla media dei prezzi di chiusura delle medesime nell'ultimo semestre, e l'art. 2441 c.c., sul diritto di opzione in caso di nuove emissioni di azioni o di obbligazioni convertibili, che prescrive di tener conto, nel prezzo delle azioni quotate, oltre che del patrimonio netto, anche dell'andamento delle quotazioni per lo stesso arco di tempo».*

In conclusione, la Corte ha rilevato che «*deve ritenersi senz'altro ammissibile la diversificazione, in sede di concambio, dei valori delle azioni ordinarie e delle azioni di risparmio della società incorporata. Gli amministratori ben potranno, anzi dovranno, per non incorrere in arbitrio, **stabilire il rapporto di cambio***

tenendo conto della diversa consistenza dei diritti connaturati alle due categorie di azioni».

A fronte di ciò, la Corte ha enunciato il seguente **principio di diritto**: «*nel caso di fusione per incorporazione, il rapporto di cambio tra azioni di risparmio della società incorporata e azioni ordinarie della società incorporante deve calcolarsi tenendo conto che il valore delle prime non è necessariamente coincidente con quello delle azioni ordinarie della stessa incorporata, giacché il valore delle azioni di risparmio, che può essere desunto dalle quotazioni di mercato dei titoli, è funzione dei diritti, non solo di natura patrimoniale, ma anche di natura amministrativa, conferiti dalle azioni in questione*».

Tribunale di Roma, 8 aprile 2020 – responsabilità degli amministratori di società a responsabilità limitata: la *business judgement rule* si applica anche alle scelte organizzative degli amministratori.

Il Tribunale di Roma, con [sentenza pubblicata in data 8 aprile 2020](#), si è pronunciato nell'ambito di un'azione di responsabilità nei confronti di amministratori di società a responsabilità limitata, soffermandosi - tra le altre cose - sul significato e sui limiti della regola della *business judgement rule* e sull'applicabilità della stessa alle scelte organizzative degli amministratori.

Anzitutto, il Tribunale di Roma ha osservato che «*all'amministratore di una società non può essere imputato a titolo di responsabilità (...) di aver compiuto scelte inopportune dal punto di vista economico, atteso che una tale valutazione attiene alla discrezionalità imprenditoriale e può pertanto eventualmente rilevare come giusta causa di revoca dell'amministratore, non come fonte di responsabilità contrattuale nei confronti della società. Ne consegue che il giudizio sulla diligenza dell'amministratore nell'adempimento del proprio mandato non può mai investire le scelte di gestione, o le modalità e circostanze di tali scelte, ma solo l'omissione di quelle cautele, verifiche e informazioni preventive normalmente richieste per una scelta di quel tipo, operata in quelle circostanze e con quelle modalità*».

«*La **regola della business judgment rule** esclude che si possa far discendere l'eventuale **responsabilità degli amministratori** (esclusivamente) dall'insuccesso economico delle iniziative imprenditoriali da questi intraprese, spettando il controllo sull'opportunità e sulla convenienza economica delle decisioni esclusivamente ai soci nei confronti del consiglio di amministrazione e a quest'ultimo, come plenum, nei confronti dei delegati, in quanto trattasi di un controllo in forma di potere di indirizzo, di condizionamento e anche di contrapposizione antagonista, con la revoca dell'amministratore o della delega, non già di sorveglianza e verifica in funzione di eventuali iniziative sul terreno della responsabilità. Tuttavia, il **principio della insindacabilità delle scelte di gestione non è assoluto**, avendo la giurisprudenza elaborato due ordini di **limiti alla sua operatività**. La scelta di gestione è insindacabile, in primo luogo, solo se essa è stata legittimamente compiuta (sindacato sul modo in cui la scelta è stata assunta) e, sotto altro aspetto, solo se non è irrazionale (sindacato sulle ragioni per cui la scelta compiuta è stata preferita ad altre)*».

A tal riguardo, il Tribunale ha analizzato i limiti all'operatività della *business judgement rule* precisando che:

- a) con riferimento al primo profilo «se è vero che non sono sottoposte a sindacato di merito le scelte gestionali discrezionali, anche se presentano profili di alea economica superiori alla norma, **resta invece valutabile la diligenza mostrata nell'apprezzare preventivamente - se necessario, con adeguata istruttoria - i margini di rischio connessi all'operazione da intraprendere**, così da non esporre l'impresa a perdite, altrimenti prevenibili (...). Si tratta, in concreto, di ripercorrere il procedimento decisionale che l'amministratore ha seguito per il compimento della scelta di gestione verificando, in particolare, se l'amministratore abbia eventualmente omesso le cautele, le verifiche e le informazioni preventive normalmente richieste per una scelta di quel tipo, avendo riguardo alle circostanze del caso concreto e se dalle premesse siano state ricavate conclusioni che siano con esse in rapporto di coerenza e di congruità logica»;
- b) con riguardo al secondo profilo afferente alla «razionalità» ovvero alla «ragionevolezza della scelta (...), non basta che l'amministratore abbia assunto le necessarie informazioni ed abbia eseguito (attraverso l'uso di risorse interne o di consulenze esterne) tutte le verifiche del caso, essendo pur sempre **necessario che le informazioni e le verifiche** così assunte **abbiano indotto l'amministratore ad una decisione razionalmente inerente ad esse**».

Alla luce di quanto sopra, il Tribunale ha pertanto valutato l'applicabilità della *business judgement rule* alle scelte organizzative poste in essere dagli amministratori, rilevando che «l'art. 2381 c.c. - con una regola che, anche in epoca antecedente all'entrata in vigore (per detta parte) del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 che ha modificato l'art. 2475 c.c. aggiungendovi un espresso richiamo, applicabile anche alle società a responsabilità limitata - pone a carico degli amministratori il dovere di curare **l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile** della società. Ebbene, sebbene debba darsi atto di un orientamento dottrinario che ritiene che non sia possibile traslare i principi che sorreggono la regola sopra evidenziata alle scelte non gestorie, ma organizzative, **ritiene il Tribunale che sia condivisibile la conclusione favorevole**. In tale prospettiva, (...) si evidenzia che la funzione organizzativa rientra pur sempre nel più vasto ambito della gestione sociale e che essa deve necessariamente essere esercitata impiegando un **insopprimibile margine di libertà**, per cui le decisioni relative all'espletamento della stessa vengono incluse tra le **decisioni strategiche**. In altre parole, **la predisposizione di un assetto organizzativo non costituisce l'oggetto di un obbligo a contenuto specifico, ma al contrario, di un obbligo non predeterminato nel suo contenuto**, che acquisisce concretezza solo avuto riguardo alla specificità dell'impresa esercitata e del momento in cui quella scelta organizzativa viene posta in essere. E va da sé che tale obbligo organizzativo può essere efficacemente assolto guardando non tanto a rigidi

parametri normativi (non essendo enucleabile dal codice un modello di assetto utile per tutte le situazioni), quanto ai principi elaborati dalle scienze aziendalistiche ovvero da associazioni di categoria o dai codici di autodisciplina».

Ed invero «l'esistenza di un **ambito discrezionale** entro il quale gli amministratori possono compiere le loro scelte aventi carattere organizzativo deriva dal fatto che il legislatore ha utilizzato come criterio di condotta, a cui essi devono attenersi nella configurazione e nella verifica degli assetti societari, la **clausola generale dell'adeguatezza** e, dunque, una clausola **elastica**, al pari, della clausola di diligenza dovuta nel realizzare una scelta imprenditoriale. In definitiva, **la scelta organizzativa rimane pur sempre una scelta afferente al merito gestorio, per la quale vale il criterio della insindacabilità e ciò pur sempre nella vigenza dei limiti sopra esposti** e, cioè, che la scelta effettuata sia razionale (o ragionevole), non sia ab origine connotata da imprudenza tenuto conto del contesto e sia stata accompagnata dalle verifiche imposte dalla diligenza richiesta dalla natura dell'incarico».

III. DIRITTO DELLE PROCEDURE CONCORSUALI

Corte di Cassazione, 17 aprile 2020, n. 7898 – giudizio di verificaione del passivo: i) la domanda di insinuazione al passivo proposta da uno studio associato fa presumere l'esclusione della personalità del rapporto d'opera professionale e l'insussistenza dei presupposti per il riconoscimento del privilegio, salva prova contraria; ii) è pienamente efficace la regola del giudicato endofallimentare ex art. 96 l.fall.

La Corte di Cassazione, con [ordinanza n. 7898, pubblicata in data 17 aprile 2020](#), si è pronunciata in merito al giudizio di verificaione del passivo con riferimento ad una domanda di insinuazione al passivo proposta da uno studio associato per i crediti per le prestazioni svolte dai singoli professionisti.

Anzitutto, la Suprema Corte ha evidenziato che *«ai sensi dell'art. 36 c.c., l'ordinamento interno e l'amministrazione delle associazioni non riconosciute sono regolati dagli accordi tra gli associati, che ben possono attribuire all'associazione la legittimazione a stipulare contratti e ad acquisire la titolarità di rapporti poi delegati ai singoli aderenti e da essi personalmente curati; in tal caso sussiste legittimazione attiva dello studio professionale associato - cui la legge attribuisce la capacità di porsi come autonomo centro d'imputazione di rapporti giuridici - rispetto ai crediti per le prestazioni svolte dai singoli professionisti a favore del cliente conferente l'incarico, in quanto il fenomeno associativo tra professionisti può non essere univocamente finalizzato alla divisione delle spese ed alla gestione congiunta dei proventi»*.

La Cassazione ha dunque affermato che *«la domanda di insinuazione al passivo proposta da uno studio associato fa presumere l'esclusione della personalità del rapporto d'opera professionale da cui quel credito è derivato e dunque l'insussistenza dei presupposti per il riconoscimento del privilegio in oggetto, salva l'allegazione e la prova, a titolo esemplificativo, di un accordo tra gli associati che preveda la cessione all'associazione del credito al compenso per la prestazione professionale che ha in tal caso natura personale e quindi privilegiata»*.

Inoltre, la Corte ha ribadito che *«nel giudizio di verificaione del passivo è pienamente efficace la regola del giudicato endofallimentare ex art. 96 l.fall., sicché, ove il creditore, ammesso al passivo in collocazione chirografaria, abbia opposto il decreto di esecutività per il mancato riconoscimento del privilegio richiesto senza che, nel conseguente giudizio di opposizione, il curatore si sia costituito ed abbia contestato l'ammissibilità stessa del credito, il giudice dell'opposizione non può, "ex officio", prendere nuovamente in considerazione la questione relativa all'ammissione del credito ed escluderlo dallo stato passivo in base ad una rivalutazione dei fatti già oggetto di quel provvedimento, essendo l'ammissione coperta dal predetto giudicato»*.

La Cassazione ha infine affermato che *«la legittimazione ad impugnare il provvedimento di esclusione del privilegio» spetta «(solo) allo studio*

associato, il quale aveva proposto l'insinuazione ed era stato dunque parte del processo concluso con la pronuncia impugnata».

Corte di Cassazione, 20 marzo 2020, n. 7747 – atti compiuti dopo la dichiarazione di fallimento ex art. 44 l.fall.: l'azione dichiarativa dell'inefficacia dei pagamenti eseguiti in nome e per conto del fallito deve essere svolta nei confronti del terzo accipiens, quale unico legittimato passivo.

La Corte di Cassazione, con [sentenza n. 7747, pubblicata in data 20 marzo 2020](#), si è pronunciata sul tema dell'azione dichiarativa dell'inefficacia ex art. 44 l.fall. dei pagamenti eseguiti in nome e per conto del fallito a seguito della dichiarazione di fallimento.

Al riguardo, la Corte ha anzitutto rilevato che *«l'art. 44, primo comma della legge fallimentare, nel prevedere l'inefficacia, rispetto ai creditori, dei pagamenti eseguiti dal fallito dopo la dichiarazione di fallimento, configura logico corollario della perdita della disponibilità dei beni acquisiti al fallimento stesso (art. 42 LF) e mira a preservare l'integrità dell'attivo, assicurando la "par condicio creditorum". La norma in questione, alla luce della valenza letterale dell'espressione "pagamenti eseguiti dal fallito", nonché del presupposto sul quale essa norma si basa e della finalità da essa perseguita, è riferibile agli atti estintivi di obbligazioni del "solvens", compiuti con prelievo dal suo patrimonio e con connesso trattamento preferenziale dello "accipiens"».*

In particolare, la Cassazione ha precisato che *«lo strumento dell'inefficacia dei pagamenti è posto a tutela della "par condicio creditorum" ed è volto ad impedire l'effetto giuridico proprio dell'atto estinto del debito del fallito verso il terzo, in quanto - diversamente - il credito di quest'ultimo verrebbe ad essere sottratto alla verifica concorsuale ed alla falcidia dei crediti privilegiati di grado anteriore».*

«Ne segue che destinatario della domanda di accertamento della inefficacia del pagamento, e della conseguente domanda di restituzione della somma indebitamente versata (...), non può che essere il creditore soddisfatto, ossia l'"accipiens" e non anche il soggetto - eventualmente - incaricato, dal fallito, ad eseguire il pagamento, il quale agisce per conto del fallito e non riceve da questi alcun pagamento».

La Suprema Corte ha, poi, evidenziato che ai sensi dell'art. 44 l. fall. *«deve ritenersi inefficace, se compiuto dopo il fallimento, qualsiasi atto satisfattivo comunque, e pur indirettamente, riferibile al debitore fallito, o perché eseguito con suo denaro, o per suo incarico (nei modi della delegazione, o dell'accollo cumulativo non allo scoperto), ovvero in suo luogo (...). Ma se così è, se cioè detto pagamento costituisce atto solutorio riconducibile al fallito, risulta evidente che, non diversamente da quanto avviene nel caso in cui lo stesso sia assoggettabile a revocatoria ai sensi dell'art. 67 L. fall., l'azione ex art. 44 deve essere esercitata nei confronti dell'accipiens, ovvero di colui che ha effettivamente beneficiato del negozio satisfattivo».*

La Cassazione ha, inoltre, rilevato che «*la fattispecie descritta dall'art. 44 LF, in relazione ai pagamenti, ipotizza che l'atto, o meglio gli effetti giuridici dell'atto, siano riferibili alla sfera patrimoniale del fallito, con la conseguenza che, il pagamento effettuato mediante ordine di bonifico, richiede l'esistenza di un valido ed efficace rapporto contrattuale con la banca (da individuarsi nella convenzione di delegazione di pagamento accessoria al contratto di conto corrente) tale da giustificare la riferibilità al delegante (fallito) dell'atto giuridico compiuto dalla banca-delegata, ed a qualificare detto atto come "pagamento", ossia come adempimento estintivo di un'obbligazione che era stata assunta dal soggetto (poi dichiarato fallito) nei confronti del terzo, con effetto satisfattivo del credito*».

Tribunale di Rimini, 2 aprile 2020 – art. 83 del D.L. n. 18/2020: la sospensione dei termini processuali si applica a tutti i termini della procedura di concordato preventivo.

Con [provvedimento pubblicato in data 2 aprile 2020](#), il Tribunale di Rimini si è pronunciato in merito all'applicabilità dell'art. 83 D.L. n. 18/2020 ai termini previsti in materia di concordato di preventivo, con conseguente deroga delle previsioni di cui alla legge fallimentare (R.G. n. 267/42) e dell'art. 92 dell'Ordinamento Giudiziario.

In particolare, il Tribunale ha osservato che:

- a) *«la ratio sottesa alla sospensione dei termini come prevista dall'art. 83 sopra citato sia tale da consentire un'applicazione generalizzata della stessa ad ogni termine processuale»;*
- b) *«nella previsione normativa adottata per fronteggiare l'emergenza COVID siano da ricomprendersi anche i termini – tutti- di cui alle procedure concorsuali»;*
- c) *«considerato, infatti, che le disposizioni di forte limitazione ai trasferimenti e agli spostamenti delle persone fisiche di cui al DM 22 marzo 2020, adottate in un'ottica di piena attuazione del cd. "distanziamento sociale", non consentano ai professionisti coinvolti a vario titolo nelle procedure concorsuali di adempiere tempestivamente alle attività ordinariamente previste»;*
- d) *«rilevato, peraltro, che, nel caso di specie, non ricorrono - o comunque non sono state allo stato rappresentate da parte istante il fallimento - ragioni di urgenza per la dichiarazione di fallimento tali da consentire una deroga a quanto disposto dal citato art. 83 del DL 18/2020»;*
- e) *«nella procedura in oggetto ogni termine rimane sospeso sino alla data del 15.4.2020 o alla diversa ulteriore data di sospensione che dovesse essere indicata in futuri provvedimenti legislativi».*

Alla luce dei principi che precedono, il Tribunale ha affermato che «*la sospensione dei termini di cui all'art. 83 co. 1 DL n. 18/2020 si applica anche al decorso di ogni termine previsto nell'ambito del concordato preventivo*».

Con l'emanazione del D.L. n. 23 dell'8 aprile 2020 è stato altresì previsto, all'art. 10, che i ricorsi per la dichiarazione di fallimento e per l'accertamento dello stato di insolvenza in caso di liquidazione coatta amministrativa o di amministrazione straordinaria depositati nel periodo tra il 9 marzo 2020 ed il 30 giugno 2020 sono improcedibili.

Tribunale di Roma, 2 aprile 2020 – D.L. n. 18/2020: il rispetto dell'art. 83 esige il differimento della data fissata per l'adunanza dei creditori ex art. 174 l.f. onde consentire a ciascun soggetto legittimato l'esercizio delle facoltà di cui all'art. 161, comma 4, l.f.

Con [provvedimento pubblicato in data 2 aprile 2020](#), il Tribunale di Roma si è pronunciata in merito alla necessità di disporre il differimento della data fissata per l'adunanza dei creditori ex art. 174 l.f. in una fattispecie in cui il termine per il deposito delle proposte concorrenti ex art. 161, comma 4, l.f. scadeva nel periodo di sospensione legale dei termini processuali previsto dall'art. 83, comma 2, del D.L. n. 18/2020.

Il Tribunale ha osservato che:

- c) *«l'art. 161 comma 4, l. fall. prevede che la proposta concorrente di concordato possa essere presentata 'non oltre trenta giorni prima dell'adunanza dei creditori'»;*
- d) *«trattasi, all'evidenza, di previsione che ricade nella portata precettiva del richiamato articolo 83, comma 2 d.l. n. 18/2020 laddove fa riferimento a termini per il compimento di un adempimento procedurale il cui computo a ritroso muove da una data di udienza»;*
- e) *«nel caso di specie, pertanto, il termine entro il quale avrebbe potuto essere ritualmente depositata proposta concorrente di concordato, con riferimento all'adunanza dei creditori fissata al 20 aprile 2020, scadeva il 21 marzo 2020 e, quindi, ricadeva nel periodo di sospensione legale»;*
- f) *«il rispetto della richiamata disposizione speciale, da cui consegue, in via immediata, il rituale e legittimo espletamento dell'adunanza ex art. 174 l. fall., ne impone il differimento di modo da garantire a ciascun interessato, che ne sia legittimato, l'esercizio delle proprie facoltà di intervento»;*
- g) *«la proponente, nella memoria datata 24.03.2020 ha chiesto mantenersi ferma la data del 20.04.2020 per l'adunanza dei creditori, dichiararsi "l'urgenza della procedura di concordato preventivo" e di disciplinarne l'espletamento con le forme della c.d. adunanza telematica ex art. 163, comma 2 bis e 175, comma 3, l. fall.»;*

- h) *«l'art. 83, comma 3, ultima parte, del d.l. n. 18/2020 prevede, quale clausola generale residuale, che la sospensione legale, dei procedimenti e dei termini, non si applichi nel caso in cui la ritardata trattazione “può produrre grave pregiudizio alle parti” e, in tal caso la ricorrenza di urgenza nel provvedere è oggetto di verifica e di relativa declaratoria del giudice dinanzi al quale pende il procedimento»;*
- i) *«va premesso che la tale declaratoria dovrebbe muovere dalla preliminare considerazione relativa al nocumento, che deve necessariamente essere concreto, effettivo e non altrimenti rimediabile, che tutte le parti interessate al procedimento potrebbero subire qualora ne venisse differita la trattazione e/o la definizione»;*
- j) *«nel caso di specie, (...) ritiene, questo g.d., che nei fatti dalla medesima proponente rappresentati non possa ravvisarsi situazione di impellenza utilmente apprezzabile agli auspicati fini»;*
- k) *«tale convincimento muove dalla preliminare considerazione della complessiva struttura dell'operazione concordataria – incentrata sulla continuità aziendale indiretta a mezzo dell'operatività del c.d. ramo marittimo tramite differente soggetto imprenditoriale suo affittuario, sulla ultimazione di commesse in essere e sulla dismissione degli asset c.d. non strategici – come delineata nel piano già oggetto di ammissione ed alla luce degli ulteriori provvedimenti che la medesima proponente, nel corso del concordato, ha chiesto ed ottenuto per procedere alla anticipata alienazione di alcuni cespiti di cui ne ha manifestato relativa urgenza»;*
- l) *«mette, peraltro, conto osservare che solamente con istanza depositata il 24.03.2020 la proponente ha chiesto la dichiarazione d'urgenza della procedura che, pertanto, quand'anche intervenuta, sarebbero risultata comunque tardiva rispetto ai termini previsti dall'art. 163 l. fall. che dovrebbero rapportarsi alla data del 20.04.2020 fissata per l'adunanza ex art. 174 l. fall.».*

Alla luce di quanto precede, il Tribunale ha differito la data fissata per l'adunanza dei creditori a data successiva, al fine di consentirne il rituale svolgimento.