

Aggiornamento giurisprudenziale

n. 01 / 2021

I. DIRITTO BANCARIO E FINANZIARIO

Corte di Cassazione, 22 dicembre 2020, n. 29317 – apertura di credito bancario: l'esercizio del diritto di recesso *ad nutum* dell'istituto di credito ex art. 1845, comma 3, c.c. è legittimo se (i) è anticipato dalla comunicazione al cliente di un congruo preavviso e (ii) si è in presenza di comportamenti inaffidabili del debitore.

Tribunale di Benevento, 9 dicembre 2020 – Usura: ai fini della normativa antiusura, la sostanza dell'operazione negoziale prevale sulla forma e sulla veste giuridica data dalle parti.

II. DIRITTO SOCIETARIO E COMMERCIALE

Corte di Cassazione, 22 dicembre 2020, n. 29330 – versamenti in conto futuro aumento di capitale: trattandosi di conferimenti solo potenziali, qualora l'aumento di capitale non venga deliberato, persiste il diritto del socio alla restituzione dell'erogazione.

Corte di Cassazione, 16 dicembre 2020, n. 28718 – responsabilità degli amministratori di società per azioni: (i) il giudice non può sindacare il merito delle scelte imprenditoriali a meno che, se valutate *ex ante*, risultino manifestamente avventate ed imprudenti, (ii) non è configurabile una responsabilità dell'amministratore per il solo fatto che egli abbia disatteso le direttive dei soci, (iii) gli amministratori hanno l'obbligo di rendere noto al CdA e al collegio sindacale l'eventuale conflitto di interessi rispetto ad una specifica operazione; nel caso di amministratore delegato, egli deve astenersi dal compiere l'operazione, investendo della stessa l'organo collegiale.

Corte di Cassazione, 14 dicembre 2020, n. 28439 – crediti di società di capitali estinta: la mancata appostazione di un credito nel bilancio finale di liquidazione non integra la remissione del debito, non rappresentando una manifestazione di volontà univoca da parte della società.

Corte di Cassazione, 11 dicembre 2020, n. 28357 – responsabilità dei sindaci: l'omessa vigilanza è causa del danno se, in base a un ragionamento controfattuale ipotetico, l'attivazione del controllo lo avrebbe ragionevolmente evitato o limitato.

III. DIRITTO DELLE PROCEDURE CONCORDATARIE

Corte di Cassazione, 3 dicembre 2020 n. 27709 – accertamento del credito allo stato passivo: il provvedimento di rigetto della domanda di ammissione allo stato passivo del fallimento ha valenza endofallimentare con effetti limitati al solo concorso.

Corte di Cassazione, 7 dicembre 2020, n. 27936 – potere di iniziativa del P.M. ex art. 173 l.f.: permane in caso di ravvisata sussistenza di fatti di frode, anche a seguito della rinuncia del debitore alla proposta concordataria.

Corte di Cassazione, 26 novembre 2020 n. 26870 – revocatoria fallimentare: il curatore può sollevare, sia in sede di accertamento del passivo che di opposizione allo stesso, un'eccezione revocatoria al solo fine di paralizzare la pretesa creditoria e con effetti limitati all'ambito della verifica dello stato passivo.

Corte d'Appello di Milano, 10 dicembre 2020 – requisiti di fallibilità ex art. 1 l.f.: il parametro dimensionale dei ricavi lordi deve essere individuato facendo riferimento alle sole sopravvenienze che derivano dalla gestione ordinaria d'impresa.

I. DIRITTO BANCARIO E FINANZIARIO

Corte di Cassazione, 22 dicembre 2020, n. 29317 – apertura di credito bancario: l'esercizio del diritto di recesso *ad nutum* dell'istituto di credito ex art. 1845, comma 3, c.c. è legittimo se (i) è anticipato dalla comunicazione al cliente di un congruo preavviso e (ii) si è in presenza di comportamenti inaffidabili del debitore.

La Corte di Cassazione, con [ordinanza n. 29317, pubblicata in data 22 dicembre 2020](#), si è pronunciata sulla legittimità e, in particolare, sulla conformità al principio di buona fede, del recesso *ad nutum* da parte della banca da un contratto di apertura di credito a tempo indeterminato.

Nel caso sottoposto all'attenzione della Corte, la banca - concedendo al proprio cliente un **congruo preavviso** - aveva esercitato il proprio diritto di recesso da un contratto di apertura di credito a tempo indeterminato ai sensi dell'art. 1845, comma 3, c.c., deducendo che «*il correntista aveva ripetutamente superato il limite del fido concesso dalla banca con il contratto di apertura di credito*».

Alla Corte è stato richiesto «*di verificare se il comportamento negoziale della banca nella revoca del contratto di apertura di credito [fosse] improntato ai canoni della buona fede contrattuale*».

Anzitutto la Corte ha richiamato «*la costante giurisprudenza espressa da questa Corte in subiecta materia*», secondo cui:

- a) «*il solo ritardo nell'esercizio del diritto, per quanto imputabile al titolare del diritto stesso tale da far ragionevolmente ritenere al debitore che il diritto non sarà più esercitato, non può costituire motivo per negare la tutela giudiziaria dello stesso, salvo che tale ritardo sia la conseguenza fattuale di un'inequivoca rinuncia tacita o modifica della disciplina contrattuale, per cui, in difetto di deduzione e prova di tali evenienze, è legittima la revoca dell'affidamento intimata dalla banca pur dopo avere a lungo tollerato gli sconfinamenti dai relativi limiti da parte del correntista*»;
- b) «*il recesso di una banca da un rapporto di apertura di credito in cui non sia stato superato il limite dell'affidamento concesso, benché pattiziamente previsto anche in difetto di giusta causa, deve considerarsi illegittimo, in ragione di un'interpretazione del contratto secondo buona fede, ove in concreto assuma connotati del tutto impreveduti ed arbitrari, contrastando, cioè, con la ragionevole aspettativa di chi, in base ai rapporti usualmente tenuti dalla banca ed all'assoluta normalità commerciale di quelli in atto, abbia fatto conto di poter disporre della provvista redditizia per il tempo previsto e non sia, dunque, pronto alla restituzione, in qualsiasi momento, delle somme utilizzate. Il debitore il quale agisce per far dichiarare l'arbitrarietà del recesso ha l'onere di allegare l'irragionevolezza delle giustificazioni date dalla banca, dimostrando la sufficienza della propria garanzia patrimoniale così come risultante a seguito degli atti di disposizione compiuti*».

La Corte ha inoltre precisato, «*in punto di ripartizione degli oneri probatori*», «*che il recesso dal contratto di apertura di credito costituisce una facoltà riconosciuta dall'art. 1845 cod. civ., sicché risulta adeguatamente motivato anche attraverso il mero richiamo a quella norma; è invece **la parte che assume l'illegittimità del recesso** (ad esempio per arbitrarietà e contrarietà al principio di buona fede) che **ha l'onere di enunciare le ragioni e di fornire la relativa prova nel caso concreto***».

Tanto premesso, la Corte ha rilevato che nella specie «*le doglianze denunciate dal ricorrente (...) risultano comunque **infondate**, posto che il comportamento negoziale adottato dalla banca, per un verso, è conforme al dettato normativo di cui all'art. 1845, terzo comma, cod. civ. (il cui precetto consente, nel rapporto negoziale di contratto di apertura di credito a tempo indeterminato, il recesso ad nutum da parte dei contraenti, salvo il preavviso) e, per altro verso, non può neanche ritenersi contrario a buona fede esecutiva ex art. 1375 e 1175 cod. civ.*».

In conclusione, la Cassazione ha enunciato il seguente principio:

«*Nel corso dell'esecuzione di un rapporto di apertura di credito bancario a tempo indeterminato, **risulta legittimo l'esercizio del diritto di recesso ad nutum** dell'istituto di credito **purché anticipato dalla comunicazione al cliente di un congruo preavviso**, posto che tale facoltà è espressamente prevista dall'art. 1845, terzo comma, cod. civ. e perché tale condotta negoziale della banca non entra neanche in conflitto con il principio generale di buona fede esecutiva di cui all'art. 1375 cod. civ., allorquando **si sia in presenza di comportamenti inaffidabili del debitore** che, come nel caso di specie, ha ripetutamente ed in modo ingiustificato superato il limite di affidamento concesso dalla banca. Né, in tal caso, la condotta omissiva della banca può essere intesa come autorizzazione ad un innalzamento del limite dell'apertura di credito, dovendo essere invece ricondotta ad un atteggiamento di mera tolleranza, in attesa del corretto adempimento da parte del correntista dell'obbligo di rientrare dall'esposizione debitoria non autorizzata*».

Tribunale di Benevento, 9 dicembre 2020 – Usura: ai fini della normativa antiusura, la sostanza dell'operazione negoziale prevale sulla forma e sulla veste giuridica data dalle parti.

Il Tribunale di Benevento, con [sentenza pubblicata in data 9 dicembre 2020](#), si è pronunciata sul tema se, ai fini della normativa antiusura, la sostanza di un'operazione negoziale debba prevalere o meno sulla veste giuridica data dalle parti.

In particolare, nel caso sottoposto all'attenzione del Tribunale, il cliente di una banca aveva «*allega[to] che la banca [era] ricorsa formalmente alla stipula di un'apertura di credito assistita da garanzia ipotecaria, concludendo di fatto un mutuo ipotecario, per eludere il più stringente tasso soglia usurario previsto per questa seconda tipologia di operazione bancaria*».

Al riguardo il Tribunale ha anzitutto definito – individuandone gli elementi essenziali e le principali differenze – i contratti di conto corrente ipotecario e di mutuo ipotecario nei termini che seguono:

«Il contratto di conto corrente ipotecario è una forma di finanziamento bancario, assistito da ipoteca, con il quale la banca mette a disposizione del cliente su un apposito conto corrente un affidamento, ossia una determinata somma di denaro concedendogli la facoltà di compiere operazioni di addebito in conto corrente fino alla cifra concordata, con obbligo da parte del correntista di rimborsare alle scadenze determinate solo il capitale ed i relativi interessi sulle somme effettivamente utilizzate. Salvo diverso accordo, il cliente può utilizzare, in una o più volte, il credito concessogli e può, con successivi versamenti, nonché bonifici o altri accrediti, ripristinare la disponibilità della linea di credito. La banca si obbliga a tenere a disposizione del cliente una data somma di denaro, cui il cliente può attingere per un dato periodo di tempo o a tempo indeterminato. Soltanto con il prelevamento il cliente diventa debitore verso la banca ed è tenuto, da tale momento, alla restituzione dell'importo utilizzato, con i relativi interessi, connessi ovviamente al tempo di effettiva utilizzazione. Il titolare può utilizzare il conto corrente ipotecario liberamente, in base alle proprie esigenze, mediante movimenti di denaro in entrata e in uscita a seconda delle necessità, pagando periodicamente il solo interesse sulle somme effettivamente utilizzate e quindi sullo scoperto di conto corrente. Poiché è un finanziamento assistito da ipoteca, deve essere redatto con atto notarile, così come il più noto e conosciuto classico contratto di mutuo ipotecario. Ma il contratto di apertura di credito in conto corrente, a differenza del mutuo, non contempla sin dall'origine l'erogazione di una somma determinata ma solo la messa a disposizione di una somma massima, posto che il credito per la banca si determina solo con l'utilizzazione delle somme da parte del correntista nel corso del rapporto, nei limiti della somma disponibile. Mentre il mutuo viene concesso ed erogato realmente per una determinata somma di denaro, che deve essere poi rimborsata ratealmente, con il conto corrente la banca mette a disposizione del cliente una somma e il cliente può decidere di utilizzarla o meno. La banca non accredita sul conto corrente la somma finanziata come avviene con il mutuo ma concede al cliente la facoltà di effettuare degli "scoperti" fino ad un importo massimo prestabilito».

Il Tribunale ha quindi precisato che **«questa astratta differenza formale e teorica delle due operazioni di finanziamento può essere irrilevante in relazione alle particolari modalità di pattuizioni e all'effettivo svolgimento in concreto del rapporto bancario. In particolare può non rilevare ai fini tributari e sicuramente non rileva ai fini della normativa antiusura, materie in cui la sostanza dell'operazione negoziale prevale sulla forma e sulla veste giuridica data dalle parti».**

«Invero, come argomentato pure dalla recente Cass. Civ. S.U. 19597 del 21/9/2020, le ragioni che sottendono la normativa antiusura (quali la protezione del fruitore del finanziamento, la repressione della criminalità economica, la direzione del mercato creditizio e la stabilità del sistema bancario) impongono che i rimedi previsti a tutela del soggetto debitore –

contraente debole non sia[no] aggirati attraverso condotte elusive e collegamenti negoziali in frode alla legge. Ciò vale segnatamente ai fini dell'individuazione dei tassi di interessi effettivi globali medi di cui di cui alla L. 108/1996».

Il Tribunale, proseguendo nel suo ragionamento, ha quindi precisato che «secondo l'art. 1362 c.c., nell'interpretare il contratto si deve indagare quale sia stata **la comune intenzione delle parti** e non limitarsi al senso letterale delle parole. Per determinare la comune intenzione delle parti, si deve valutare il loro comportamento complessivo, anche posteriore alla conclusione del contratto. Se tali principi sovrintendono all'individuazione degli effetti del contratto tra le parti, **a maggior ragione devono trovare applicazione quando viene in gioco l'applicazione di norme inderogabili, costituenti norme di ordine pubblico, quali quelle di cui alla legge 108/1996 sull'usura, che prevedono importanti norme sanzionatorie penali e civili (art. 644 c.p. e art. 1815 comma 2 c.c.)».**

In conclusione, il Tribunale ha ritenuto che, nella specie, «il contratto di apertura di credito dedotto in giudizio do[vesse] (...) essere inquadrato, per quanto sopra argomentato, ai fini dell'applicazione della legge 108/1996, nella categoria "contratti di mutuo a tasso variabile " (...), facendosi valere l'operazione effettivamente posta in essere, senza dare rilevanza al titolo formale dato al contratto stipulato».

II. DIRITTO SOCIETARIO E COMMERCIALE

Corte di Cassazione, 22 dicembre 2020, n. 29330 – versamenti in conto futuro aumento di capitale: trattandosi di conferimenti solo potenziali, qualora l'aumento di capitale non venga deliberato, persiste il diritto del socio alla restituzione dell'erogazione.

La Corte di Cassazione, con [ordinanza n. 29330, pubblicata in data 22 dicembre 2020](#), si è pronunciata sulla natura delle erogazioni da parte del socio alla società (finanziamenti, versamenti a fondo perduto o in conto capitale e versamenti finalizzati ad un futuro aumento di capitale) e sulla sussistenza o meno del diritto alla restituzione dell'erogazione in caso di mancato aumento di capitale nel termine previsto.

Anzitutto, la Corte ha rilevato che «rappresenta questione di interpretazione della volontà negoziale delle parti lo stabilire se, in concreto, un determinato versamento tragga origine da un finanziamento o se invece sia stato effettuato quale apporto del socio al patrimonio dell'impresa collettiva. Ne consegue che l'accertamento operato dal giudice di merito in ordine alla concreta riconducibilità della singola fattispecie all'una o all'altra delle due suindicate figure negoziali non è censurabile in cassazione, se non per eventuale violazione delle regole giuridiche da applicare nell'interpretazione della volontà delle parti del rapporto».

La Corte ha poi precisato che «secondo la giurisprudenza unanime espressa da questa Corte di legittimità, in tema di società di capitali, le erogazioni in conto di futuro aumento di capitale effettuate da un socio in favore della società, condizionate all'adozione della relativa delibera di aumento capitale entro un determinato termine, nel caso di mancata adozione della delibera, determinano a carico della società l'obbligo di restituzione di quanto erogato dal socio a tale titolo, poiché in tal caso l'erogazione determina un aumento di capitale solo potenziale, destinato a divenire effettivo solo a seguito della delibera di aumento».

La Corte ha altresì osservato che «le erogazioni dei soci in conto futuro aumento di capitale (come anche quelle semplicemente in conto aumento di capitale), pur se normalmente tradotte in sostegno finanziario alla società, si caratterizzano per il fatto di non presupporre necessariamente un definitivo incremento del patrimonio sociale, come invece accade nel caso dei versamenti o dei contributi in conto capitale. È stato infatti precisato (...) che "La pratica commerciale certamente conosce situazioni in cui tali erogazioni delineano la funzione di conferimenti anticipati - per esempio i versamenti eseguiti in occasione di un aumento di capitale "scindibile" (cioè destinato a essere mantenuto fermo qualunque risulti esserne l'ammontare definitivamente sottoscritto, anche se inferiore al limite massimo fino al quale era stato deliberato). Ma quella stessa pratica conosce pure situazioni opposte, in cui le erogazioni affluiscono al patrimonio netto della società solo dopo aver ricevuto una irreversibile imputazione al capitale sociale: per esempio, i versamenti eseguiti in funzione di un aumento non ancora

deliberato, e quindi giustappunto futuro, oppure eseguiti in funzione di aumento "inscindibile". In questi casi, se l'aumento di capitale non venisse più deliberato, quanto meno entro un termine ragionevolmente prossimo, oppure non potesse essere attuato a causa della sua mancata integrale sottoscrizione, il soggetto erogante ha il diritto di richiedere alla società stessa la restituzione di quanto erogato"».

Alla luce di quanto sopra, secondo la Corte, «ne consegue che tali tipologie di erogazioni possono affluire al patrimonio netto della società percipiente solo una volta che abbiano ricevuto un'irreversibile imputazione al capitale sociale, a meno che il socio non abbia inteso devolverle, con manifestazione inequivoca di volontà, al patrimonio sociale convertendole in contributi in conto capitale o a fondo perduto ovvero ancora a copertura perdite».

*La Corte ha concluso che, «se l'erogazione del socio è eseguita in conto di un futuro aumento di capitale, si è in presenza di una copertura anticipata di un aumento di capitale programmato ma non ancora deliberato, ovvero a un conferimento solo potenziale, che non diventa effettivo se non nel momento in cui vada ad imputarsi nel capitale sociale. Con la conseguenza che **persiste il diritto ad ottenere la restituzione ove non si verifichi la specifica condizione di perfezionamento individuata all'atto dell'erogazione**, "come conseguenza del meccanismo risolutivo, secondo uno schema condizionale non dissimile a quello - nel distinto caso ovviamente ispirato a condizione sospensiva - che si ha ove il socio si sia obbligato nei confronti della società a sottoscrivere un determinato aumento di capitale prima che lo stesso sia formalmente deliberato dall'assemblea (...), dovendosi ritenere validamente assunta una simile obbligazione come subordinata alla condizione sospensiva che la deliberazione di aumento del capitale intervenga nel termine stabilito o in quello desumibile dalle circostanze».*

Corte di Cassazione, 16 dicembre 2020, n. 28718 – responsabilità degli amministratori di società per azioni: (i) il giudice non può sindacare il merito delle scelte imprenditoriali a meno che, se valutate ex ante, risultino manifestamente avventate ed imprudenti, (ii) non è configurabile una responsabilità dell'amministratore per il solo fatto che egli abbia disatteso le direttive dei soci, (iii) gli amministratori hanno l'obbligo di rendere noto al CdA e al collegio sindacale l'eventuale conflitto di interessi rispetto ad una specifica operazione; nel caso di amministratore delegato, egli deve astenersi dal compiere l'operazione, investendo della stessa l'organo collegiale.

La Corte di Cassazione, con [ordinanza n. 28718, pubblicata in data 16 dicembre 2020](#), si è pronunciata in merito all'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori, soffermandosi sugli obblighi che gravano sugli stessi ai sensi dell'art. 2392 c.c. e sulla *business judgement rule*.

Anzitutto, la Corte ha ricordato che *«la natura contrattuale della responsabilità degli amministratori verso la società comporta che quest'ultima ha soltanto l'onere di dimostrare la sussistenza delle violazioni ed il nesso di causalità fra queste ed il danno verificatosi, mentre incombe sugli amministratori l'onere di*

dimostrare la non imputabilità a sé del fatto dannoso, fornendo la prova positiva, con riferimento agli addebiti contestati, dell'osservanza dei doveri e dell'adempimento degli obblighi loro imposti». «Secondo i principi generali, in tema di prova dell'inadempimento di un'obbligazione, il creditore che agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento, deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della dimostrazione del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento, o dall'eccezione d'inadempimento del creditore ex art. 1460 c.c.».

*«In tema di azione di responsabilità verso gli amministratori sociali, (...) **sulla parte attrice incombe la prova dell'illiceità dei comportamenti degli amministratori medesimi**. Allorquando tali comportamenti non siano in sé vietati dalla legge o dallo statuto e l'obbligo di astenersi dal porli in essere discenda dal dovere di lealtà, coincidente col precetto di non agire in conflitto di interessi con la società amministrata, o dal dovere di diligenza, consistente nell'adottare tutte le misure necessarie alla cura degli interessi sociali a lui affidati, l'illecito è integrato dal compimento dell'atto in violazione di uno dei menzionati doveri. In tal caso l'onere della prova dell'attore/attrice non si esaurisce nella dimostrazione dell'atto compiuto dall'amministratore ma investe anche quegli elementi di contesto dai quali è possibile dedurre che lo stesso implica violazione del dovere di lealtà o di diligenza».*

*La Corte ha altresì rilevato «che gli amministratori non possono essere ritenuti responsabili per i rischi che l'impresa normalmente corre durante tutta la sua vita, nel senso che ad essi non potrà essere addossato il risultato negativo dell'attività sociale o di singoli atti ad essa correlati, con conseguente insindacabilità delle scelte gestionali (**business judgement rule**). In altri termini, se è vero che, secondo un pacifico orientamento giurisprudenziale (...), "all'amministratore di una società non può essere imputato a titolo di responsabilità ex art. 2392 c.c., 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), e che, sulla base di quella stessa elaborazione, si è precisato che se "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)", "anche se presentino profili di rilevante alea economica", è altrettanto innegabile, tuttavia che, in tale tipo di giudizio, può ben sindacarsi "l'omissione di quelle cautele, verifiche ed informazioni preventive, normalmente richieste per una scelta di quel tipo, operata in quelle circostanze e con quelle modalità", e perciò anche "la diligenza mostrata nell'apprezzare preventivamente i margini di rischio connessi all'operazione da intraprendere" (...). **In nessun caso, quindi, il giudice potrà sindacare il merito delle scelte imprenditoriali a meno che, se valutate ex ante, risultino manifestamente avventate ed imprudenti».***

La Corte ha precisato che «è intuitivo che **l'obbligo di diligenza professionale posto dall'art. 2392 c.c., impone all'amministratore di gestire il patrimonio sociale ed indirizzare l'attività economica nel modo più idoneo agli interessi della società, al fine della massimizzazione dell'utile aziendale. In linea generale, dunque, una sua responsabilità non è certamente configurabile per il solo fatto che egli abbia disatteso le direttive della proprietà, la quale, probabilmente, nemmeno ha il potere di impartirglielo: infatti, una volta nominato, i doveri dell'amministratore sono quelli indicati dalla legge e dallo statuto, non altri. Non esiste, invero, un vincolo di mandato tra soci, o maggioranza di essi, ed amministratore, atteso che il rapporto intercorrente tra quest'ultimo e la società, come ente, è disciplinato dalle norme speciali sulle società stesse, le quali non prevedono un potere di direttiva giuridicamente vincolante sugli amministratori da parte della società medesima, salva la possibilità di revoca per giusta causa, nei congrui casi, per il venir meno della fiducia in essi riposta**».

Ciò non toglie, tuttavia, che «tra i **doveri** imposti dalla legge, cui gli amministratori devono adempiere ex art. 2392 c.c., sussiste altresì l'obbligo per ogni amministratore, codificato dall'art. 2391 c.c., di **dare notizia, agli altri amministratori ed al collegio sindacale, di ogni interesse che, per conto proprio o di terzi, abbia in una determinata operazione della società, precisandone la natura, i termini, l'origine e la portata. Se poi si tratta di amministratore delegato, egli deve astenersi dal compiere l'operazione, investendo della stessa l'organo collegiale. In questi casi, la deliberazione del consiglio di amministrazione deve adeguatamente motivare le ragioni e la convenienza per la Società dell'operazione**».

Infine, la Corte ha concluso che «occorreva (...) che la corte d'appello, nel compiere l'accertamento [rispetto alla responsabilità dell'amministratore], verificasse (...) quali fossero le informazioni che [lo stesso] aveva effettivamente a disposizione al momento [del compimento dell'operazione], così da **verificare, se la condotta da lui tenuta, che la corte d'appello ha giudicato legittima solo perché astrattamente consentitagli dai suoi poteri gestori desumibili dalla (...) visura camerale, fosse, o meno, invece, connotata da colpa perché, ex ante, manifestamente avventata ed imprudente, anche in relazione a quanto sancito dall'art. 2391 c.c.**».

Corte di Cassazione, 14 dicembre 2020, n. 28439 – crediti di società di capitali estinta: la mancata appostazione di un credito nel bilancio finale di liquidazione non integra la remissione del debito, non rappresentando una manifestazione di volontà univoca da parte della società.

La Corte di Cassazione, con [ordinanza n. 28439 pubblicata in data 14 dicembre 2020](#), si è pronunciata in merito alla sorte dei crediti vantati da una società di capitali estinta.

Anzitutto, la Corte ha richiamato la sentenza delle Sezioni Unite n. 6070 del 12 marzo 2013 la quale «ha fissato tre principi generali in base ai quali stabilire la sorte dei crediti vantati da una società estinta, così riassumibili:

a) *l'estinzione della società dà vita ad un fenomeno successorio;*

- b) *dal lato passivo, tale successione comporta che dei debiti sociali rispondano i soci, nei limiti di quanto ad essi pervenuto per effetto del bilancio di liquidazione;*
- c) *dal lato attivo, tale successione comporta che i crediti sociali risultanti dal bilancio di liquidazione si trasferiscono ai soci pro indiviso».*

La Corte ha ricordato che *«la medesima sentenza ha poi affrontato anche il problema (...) [del]la sorte delle sopravvenienze attive e dei crediti non iscritti a bilancio, dopo l'estinzione della società. Su tale problema, esaminato alle Sezioni Unite solo obiter dictum, le SS.UU. hanno affermato che la sorte delle sopravvenienze attive e dei crediti non risultanti dal bilancio di liquidazione non può essere stabilita ex ante in base ad una regola generale, uniforme ed "automatica". Hanno invece, formulato delle ipotesi "aperte". (...) Hanno, in particolare, stabilito che è compito del giudice di merito stabilire caso per caso se, in base alle peculiarità della fattispecie, possa presumersi ex art. 2727 c.c. una volontà della società di rinunciare ad un determinato credito».*

La Corte ha poi osservato che, nella suddetta sentenza, *«se il credito era illiquido; se il liquidatore sapeva della sua esistenza e non l'aveva inserito in bilancio; oppure se il credito "non poteva neppure essere iscritto nel bilancio", in tutti questi casi la mancata appostazione all'attivo può consentire di presumere una volontà della società di rinunciare a quella pretesa: ma pur sempre di presunzione si tratta, senza alcuna indefettibile implicazione unilaterale tra omessa indicazione del bilancio e remissione del debito».*

«Nel 2013, in definitiva, le Sezioni Unite non affrontarono se non incidenter tantum il tema dei residui attivi o delle sopravvenienze attive: si limitarono a stabilire che la sorte di tali crediti resta affidata ad una valutazione caso per caso, fermo restando però che l'estinzione della società dà sempre vita ad un fenomeno successorio».

Infine, la Corte ha richiamato – aderendovi – la più recente sentenza della Corte di Cassazione n. 9464 del 22 maggio 2020, la quale ha integrato e completato i principi stabiliti nel 2013, affermando che:

- a) *«anche i residui attivi e le sopravvenienze attive possono trasferirsi ai soci della disciolta società;*
- b) *può ammettersi in astratto che la società possa rinunciare ai crediti suddetti, ma questa **rinuncia non può presumersi ipso facto** in base al solo rilievo che il credito non sia stato appostato in bilancio.*

La remissione del debito, infatti, è pur sempre un atto negoziale che richiede una manifestazione di volontà. Tale manifestazione di volontà ovviamente potrà essere anche tacita, ma deve essere tuttavia inequivoca. Il silenzio, infatti, nel nostro ordinamento giuridico non può mai elevarsi a indice certo d'una volontà abdicativa o rinunciataria d'un diritto, a meno che non sia circostanziato, cioè accompagnato dal compimento di atti o comportamenti di per sé idonei a palesare una volontà inequivocabile. **La mancata appostazione d'un credito nel bilancio finale di liquidazione, tuttavia, non possiede i suddetti requisiti di inequivocità. Essa, infatti, potrebbe**

teoricamente essere ascrivibile alle cause più varie, e diverse da una rinuncia del credito: ad esempio, l'intenzione dei soci di cessare al più presto l'attività sociale; l'arrière-pensée di coltivare in proprio l'esazione del credito sopravvenuto o non appostato; la pendenza delle trattative per una transazione poi non avvenuta, e sinanche, da ultimo, la semplice dimenticanza o trascuratezza del liquidatore».

Corte di Cassazione, 11 dicembre 2020, n. 28357 – responsabilità dei sindaci: l'omessa vigilanza è causa del danno se, in base a un ragionamento controfattuale ipotetico, l'attivazione del controllo lo avrebbe ragionevolmente evitato o limitato.

La Corte di Cassazione, con [sentenza n. 28357 pubblicata in data 11 dicembre 2020](#), si è pronunciata in merito alla responsabilità configurabile in capo ai sindaci per concorso omissivo nel fatto illecito degli amministratori.

Anzitutto, la Corte ha rilevato che «il sistema di diritto societario configura in capo ai sindaci, ai sensi dell'art. 2407 c.c., una responsabilità per fatto proprio omissivo, da correlarsi alla condotta degli amministratori. I doveri di controllo imposti ai sindaci sono certamente contraddistinti da una particolare ampiezza, poiché si estendono a tutta l'attività sociale, in funzione della tutela e dell'interesse dei soci e di quello, concorrente, dei creditori sociali (...). Di modo che ad affermarne la responsabilità può ben esser sufficiente l'inosservanza del dovere di vigilanza. Questo accade, in particolare, quando i sindaci non abbiano rilevato una macroscopica violazione o non abbiano in alcun modo reagito di fronte ad atti di dubbia legittimità e regolarità (...), poiché in tal caso il mantenimento di un comportamento inerte implica che non si sia vigilato adeguatamente sulla condotta degli amministratori (o dei liquidatori) pur nella esigibilità di un diligente sforzo per verificare la situazione anomala e porvi rimedio, col fine di prevenire eventuali danni».

La Corte ha poi osservato che «come in tutti i casi di concorso omissivo nel fatto illecito altrui, è però altrettanto certo che la fattispecie dell'art. 2407 c.c. richiede la **prova di tutti gli elementi costitutivi** del giudizio di responsabilità. E quindi: (i) dell'**inerzia del sindaco** rispetto ai propri doveri di controllo; (ii) dell'evento da associare alla **conseguenza pregiudizievole** derivante dalla condotta dell'amministratore (o, come nella specie, del liquidatore); (iii) del **nesso causale**, da considerare esistente ove il regolare svolgimento dell'attività di controllo del sindaco avrebbe potuto impedire o limitare il danno».

La Corte ha infine rilevato che «il nesso, in particolare, va provato da chi agisce in responsabilità nello specifico senso che **l'omessa vigilanza è causa del danno se, in base a un ragionamento controfattuale ipotetico, l'attivazione del controllo lo avrebbe ragionevolmente evitato (o limitato)**. Il sindaco non risponde, cioè, in modo automatico per ogni fatto dannoso che si sia determinato pendente societate, quasi avesse rispetto a questo una posizione generale di garanzia. Egli risponde ove sia possibile dire che, se si fosse attivato utilmente (come suo dovere) in base ai poteri di vigilanza che

l'ordinamento gli conferisce e alla diligenza che l'ordinamento pretende, il danno sarebbe stato evitato».

III. DIRITTO DELLE PROCEDURE CONCORSUALI

Corte di Cassazione, 3 dicembre 2020 n. 27709 – accertamento del credito allo stato passivo: il provvedimento di rigetto della domanda di ammissione allo stato passivo del fallimento ha valenza endofallimentare con effetti limitati al solo concorso.

La Corte di Cassazione, con [ordinanza n. 27709 pubblicata in data 3 dicembre 2020](#), si è pronunciata in merito all'efficacia del provvedimento di rigetto emesso dal giudice delegato in relazione alla domanda di ammissione allo stato passivo proposta dal concedente di un contratto di *leasing* traslativo risolto per l'inadempimento dell'utilizzatore poi fallito.

Anzitutto, la Corte – discostandosi da quanto affermato dal giudice delegato in merito alla inapplicabilità della clausola contenuta nel contratto di *leasing* secondo cui «*per l'ipotesi di risoluzione, le rate rimosse sarebbero restite alla concedente, la quale aveva, però, l'obbligo di corrispondere all'utilizzatrice l'ottanta per cento del valore del veicolo, recuperato mediante la vendita del bene*» – ha affermato che:

- a) *«in caso di risoluzione anticipata per inadempimento dell'utilizzatore, le parti possano convenire la deroga all'art. 1526 c.c.».*
- b) *in tale ipotesi «l'utilizzatore ha diritto alla restituzione delle rate rimosse, ma solo dopo la restituzione della cosa, ed il concedente ha diritto, oltre che al risarcimento del danno, a un equo compenso per l'uso dei beni oggetto del contratto»;*
- c) *«spetta all'utilizzatore l'equo compenso, con riguardo alla remunerazione per il godimento del bene, al deprezzamento conseguente alla sua incommerciabilità come nuovo e al logoramento per l'uso, mentre è voce a sé ed ulteriore quella del risarcimento del danno per il deterioramento anormale della cosa ed il mancato guadagno (...); mentre spetta in ogni caso al concedente, in caso di applicazione dell'art. 1526 c.c., la proprietà della cosa, oltre a conservare i canoni maturati fino al momento della risoluzione».*

Quanto all'efficacia del provvedimento che rende esecutivo lo stato passivo nell'ambito del giudizio di merito, la Corte ha affermato che:

- d) *«il decreto che rende esecutivo lo stato passivo e le decisioni assunte implicano una precisa individuazione e limitazione dell'oggetto del processo fallimentare: che è nel senso secondo cui **gli effetti della decisione non vanno oltre il concorso, perché quella decisione non fa stato fra le parti fuori dal fallimento**»;*

- e) «*da tempo, invero, è nota la diversa attitudine alla stabilità dei provvedimenti conclusivi dei rispettivi giudizi, ordinario e fallimentare: il primo con autorità di giudicato ex art. 2909 c.c., il secondo con valenza endoconcorsuale ex art. 96, comma 6, l. fall. Sin dalla riforma fallimentare del 2006, l'ordinamento concorsuale ha visto rafforzarsi i due principi fondamentali della **competenza funzionale inderogabile del tribunale fallimentare** (art. 24 l. fall.) e della **obbligatorietà ed esclusività delle forme dell'accertamento del passivo** (art. 52 l. fall.), entrambi strumentali agli obiettivi di specializzazione, celerità e concentrazione delle procedure fallimentari e, segnatamente, del procedimento di accertamento del passivo fallimentare»;*
- f) «*l'attuazione, nella sede fallimentare, delle domande intese a ottenere il riconoscimento del diritto di partecipare al concorso, o di un diritto reale o restitutorio su beni acquisiti all'attivo, è riconducibile al principio, dettato dall'art. 52, della **obbligatorietà ed esclusività del procedimento di verifica del passivo per quanti intendano far valere pretese verso il fallimento**»;*
- g) «*ne deriva il principio della **natura endofallimentare dell'accertamento del credito nell'ambito del procedimento di ammissione al passivo e delle sue impugnazioni, con effetti dunque limitati al concorso allo stato passivo**; in definitiva, il giudicato endofallimentare copre solo la statuizione di rigetto o di accoglimento della domanda di ammissione, precludendone il riesame, mentre non si estende alle eventuali pretese vantate dal curatore nei confronti del creditore, che non formano oggetto della pronuncia del g.d.».*

Alla luce di quanto precede, la Suprema Corte ha cassato il provvedimento impugnato, nella parte in cui ha ritenuto che tra «*le parti debba fare stato il provvedimento del giudice delegato, in quanto divenuto definitivo per mancata opposizione allo stato passivo e, quindi, costituente giudicato tra le parti, ai sensi degli artt. 96, u.c. e 120, u.c., l. fall.*», con rinvio alla corte di merito, perché provveda a decidere la fattispecie in applicazione dei principi sopra espressi.

Corte di Cassazione, 7 dicembre 2020, n. 27936 – potere di iniziativa del P.M. ex art. 173 l.f.: permane in caso di ravvisata sussistenza di fatti di frode, anche a seguito della rinuncia del debitore alla proposta concordataria.

La Corte di Cassazione, con [ordinanza n. 27936, pubblicata in data 7 dicembre 2020](#), si è pronunciata in merito alla permanenza del potere di iniziativa del P.M. ex art. 173 l.f., rispetto a ravvisati atti di frode, a seguito della rinuncia del debitore alla domanda di concordato.

La Corte ha, anzitutto, affermato che «**la rinuncia alla proposta concordataria conduce alla dichiarazione di improcedibilità; ciò, tuttavia, non significa, né implica che il procedimento di concordato preventivo venga in modo automatico a cessare per effetto di una compiuta rinuncia. Quest'ultima**

non esclude, né invero elimina, il fatto costitutivo del potere di iniziativa del P.M. ex art. 173 legge fall., come appunto determinato dalla ravvisata sussistenza di fatti di frode nella fattispecie concretamente oggetto di giudizio».

Da ciò consegue che «la richiesta di fallimento formulata dal P.M. - dopo la rinuncia del debitore e prima della dichiarazione di improcedibilità da parte del Tribunale - mantiene comunque la propria efficacia anche oltre tale dichiarazione, ponendosi quale valida iniziativa per una successiva ed eventuale dichiarazione di fallimento del debitore rinunciatario della domanda di concordato».

Inoltre, la Corte ha evidenziato che «il potere d'iniziativa del P.M., di cui all'art. 173 comma 2 legge fall., si pone (...) come specificamente espressivo, per una fattispecie peculiare (data appunto dalla ravvisata esistenza di atti di frode), del potere di iniziativa che in via generale è configurato dalla norma dell'art. 7 legge fall. Tra le due disposizioni intercorre, dunque, una sicura linea di continuità, come manifestata dall'oggettiva identità di ratio che risulta sottesa alle diverse ipotesi di potere di iniziativa del P.M.».

Ad avviso della Corte «non è di ostacolo alla compiuta rilevazione della continuità sistematica, che è sussistente tra la previsione generale del potere di iniziativa assegnato al P.M. dall'art. 7 legge fall. e quella contenuta nell'art. 173 legge fall. (...), la constatazione che, in quest'ultimo caso, detto potere non risulta condizionato alla presenza in concreto di una qualche segnalazione da parte del Tribunale, secondo quanto invece accade nella previsione di tratto generale».

La Corte ha, infine, evidenziato che «nel caso contemplato nell'art. 173 legge fall. (e non diversamente avviene in quello considerato nell'art. 162 comma 2 legge fall.), la notizia decoctionis emerge nell'ambito di un procedimento in cui il P.M. partecipa a pieno e proprio titolo: qui è, dunque, la concreta dinamica del procedimento a farsi, essa stessa, segnalazione di un'esistente insolvenza».

Corte di Cassazione, 26 novembre 2020 n. 26870 – revocatoria fallimentare: il curatore può sollevare, sia in sede di accertamento del passivo che di opposizione allo stesso, un'eccezione revocatoria al solo fine di paralizzare la pretesa creditoria e con effetti limitati all'ambito della verifica dello stato passivo.

La Corte di Cassazione, con [ordinanza n. 26870, pubblicata in data 26 novembre 2020](#), si è pronunciata in merito alla possibilità per il curatore fallimentare di utilizzare la revocatoria nell'ambito del procedimento di verifica del passivo fallimentare al fine di eccepire l'inefficacia del titolo su cui sono fondati il credito o la prelazione e, ciò, anche se è prescritta la relativa azione.

In particolare, la Corte ha rammentato che:

- a) *«nel sistema oggi vigente a seguito dell'adozione del d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5. la possibilità di introdurre la revocatoria nel procedimento di verifica copre senza dubbio alcuno l'intera area delle situazioni di inefficacia considerate nella sezione della legge fallimentare dedicata agli atti pregiudizievoli ai creditori»;*
- b) *«né la utilizzabilità dello strumento in sede di opposizione risulta in qualche modo condizionata da una sua preventiva enunciazione in sede di ammissione al passivo o dal suo inserimento nel programma di liquidazione, come pure dalla proposizione in via autonoma della corrispondente azione»;*
- c) *«per altro verso, la sua utilizzabilità risulta oggi limitata al livello di proposizione di un'eccezione revocatoria (pur se anche nell'ipotesi di avvenuta prescrizione dell'azione (...)), senza potersi più spingere sino al dispiegamento di una riconvenzionale revocatoria, secondo quanto si riteneva invece possibile nel regime anteriore alla riforma (...): in effetti, l'attuale sistema forgiato dagli artt. 98 s. legge fall. non tollera in linea generale l'introduzione di domande riconvenzionali da parte della curatela»;*
- d) *ne deriva un «conseguente abbandono della tradizionale qualificazione dell'intervento così promuovibile dal curatore negli ampi termini di «revocatoria incidentale»; e la «pure conseguente restrizione del raggio di azione del curatore alla sola richiesta di «paralizzare la pretesa creditoria», il giudice non dichiarando «l'inefficacia del titolo del credito o della garanzia, né disponendo la restituzione», ma limitandosi a «escludere il credito o la prelazione, a ragione della revocabilità del relativo titolo, con effetti limitati all'ambito della verifica dello stato passivo al quale la richiesta del curatore è strettamente funzionale».*

Corte d'Appello di Milano, 10 dicembre 2020 – requisiti di fallibilità ex art. 1 l.f.: il parametro dimensionale dei ricavi lordi deve essere individuato facendo riferimento alle sole sopravvenienze che derivano dalla gestione ordinaria d'impresa.

La Corte d'Appello di Milano, con [sentenza, pubblicata in data 10 dicembre 2020](#), si è pronunciata in ordine ai requisiti di fallibilità ex art. 1 l.f.

La Corte ha, anzitutto, ricordato che: *«l'art. 1 co. 2 l. fall. dispone che non sono soggetti alle norme sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori di cui al primo comma, i quali dimostrino il possesso congiunto dei seguenti requisiti a) di aver avuto nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore a trecentomila [euro]; b) aver realizzato, in qualunque modo risulti, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, ricavi lordi per un ammontare complessivo annuo non superiore a duecentomila [euro]; c) avere un ammontare di debiti anche non scaduti non superiori a cinquecentomila [euro]. La norma pone a*

carico del debitore l'onere di provare la ricorrenza di tali requisiti, al fine di andare esente dal fallimento, in ossequio al principio di prossimità di prova».

La Corte ha, inoltre, rilevato che *«con la riforma introdotta dal DLgs 139/2015 allo scopo di recepire la Direttiva Comunitaria 34/2013/UE, è stata eliminata dal conto economico l'intera sezione dedicata ai proventi e oneri straordinari, per cui viene richiesto che **nella Voce A5 siano inserite tutte le sopravvenienze che non costituiscono ricavi provenienti dalla gestione ordinaria di impresa**».*

Infine, la Corte ha precisato che, nel caso di specie, *«la Voce A5 del conto economico inserito nel bilancio relativo all'esercizio (...), riguarda sopravvenienze che non derivano dalla gestione caratteristica dell'impresa né dalla cessione di beni, ma da sistemazioni contabili arretrate».*

Pertanto, ad avviso della Corte *«deve ritenersi che le sopravvenienze attive riportate nel bilancio di esercizio (...) non possono qualificarsi come ricavi, rilevanti ai fini dei requisiti dimensionali dell'impresa, in quanto non indicativi della capacità produttiva di impresa».*

In conclusione, la Corte, alla luce di quanto sopra, considerato che gli ulteriori parametri dimensionali sono pacificamente sotto-soglia, ha rilevato che *«la società reclamante non è soggetto passibile di fallimento».*