

Aggiornamento giurisprudenziale

n. 03 / 2021

I. DIRITTO BANCARIO E FINANZIARIO

Corte di Cassazione, 19 febbraio 2021, n. 4524 – abuso di informazione privilegiata: i limiti edittali costituiscono un *prius* logico e cronologico per il giudizio sulla congruità della sanzione irrogata dalla Consob.

Corte di Cassazione, 15 febbraio 2021, n. 3858 – conto corrente: nei rapporti di conto corrente affidati può configurarsi un'imputazione ad interessi ex art. 1194 comma 2° cod. civ. solo in presenza di un versamento avente funzione solutoria.

Corte di Cassazione, 9 febbraio 2021, n. 3130 – segnalazione alla Centrale dei Rischi: ai fini della valutazione della correttezza della segnalazione da parte di un istituto di credito alla Centrale dei Rischi di un inadempimento del cliente è necessario valutare se, al momento in cui il cliente ha rifiutato l'adempimento delle proprie obbligazioni, i motivi del rifiuto apparissero oggettivamente non infondati e prospettati in buona fede.

Tribunale di Roma, 11 gennaio 2021 – estinzione anticipata di finanziamenti contro cessione del quinto dello stipendio: la Direttiva UE 48/2008/C non è *self executing* e, pertanto, la sua interpretazione alla luce della Sentenza Lexitor non può trovare applicazione nei rapporti interprivatistici.

II. DIRITTO SOCIETARIO E COMMERCIALE

Corte di Cassazione, 9 febbraio 2021, n. 3136 – Scioglimento di società di persone: dalla cancellazione della società non è possibile presumere la volontà dei soci di rinuncia ai crediti oggetto di trasmissione successoria.

Tribunale di Napoli, 9 febbraio 2021, n. 1266 – Aumento del capitale sociale: l'aumento di capitale a pagamento non configura alcun interesse proprio dei soci di maggioranza, confliggente con quello sociale, ma anzi del tutto convergente con esso.

III. DIRITTO DELLE PROCEDURE CONCORSUALI

Corte di Cassazione, 15 febbraio 2021, n. 3850 - pignoramento presso terzi: è legittimo il pagamento effettuato dal *debitor debitoris* in esito ad un pignoramento presso terzi trascritto prima della pubblicazione della domanda di concordato preventivo, ove l'ordinanza di assegnazione di cui all'articolo 533 c.p.c. sia anch'essa antecedente a detta pubblicazione.

Corte di Cassazione, 2 febbraio 2021 n. 2308 – crediti sopravvenuti al fallimento: l'insinuazione allo stato passivo non è soggetta ai termini di decadenza ex art. 101, c. 1 e 4 l.f., ma va comunque proposta entro il termine di un anno dalla data in cui maturano le condizioni per la partecipazione al concorso.

Corte di Cassazione, 2 febbraio 2021, n. 2284 – revocazione ex art. 98, comma 4, l.f.: la non corrispondenza al vero di mere enunciazioni deduttive non può di per sé essere considerata attività fraudolenta.

Corte di Cassazione, 28 gennaio 2021, n. 2061 – contratto di leasing: a) ai contratti di leasing traslativi risolti per un inadempimento dell'utilizzatore (poi fallito) precedente alla entrata in vigore della Legge 124/2017 si applica l'art. 1526 c.c.; b) ai fini della valutazione della equità della clausola penale, invocata ai fini del risarcimento del danno, il concedente ha l'onere di indicare la somma ricavata dalla diversa allocazione del bene ovvero una stima attendibile del suo valore di mercato.

I. DIRITTO BANCARIO E FINANZIARIO

Corte di Cassazione, 19 febbraio 2021, n. 4524 – abuso di informazione privilegiata: i limiti edittali costituiscono un *prius* logico e cronologico per il giudizio sulla congruità della sanzione irrogata dalla Consob.

La Corte di Cassazione, con [sentenza n. 4524, pubblicata in data 19 febbraio 2021](#), si è pronunciata in tema di quantificazione della sanzione irrogata dalla Consob per l'illecito di abuso di informazione privilegiata, c.d. *insider trading*.

Sul punto è necessario premettere che, come anche ricordato dalla Corte, per l'illecito di *insider trading*, «a seguito dell'intervento del legislatore del 2015, sono state previste delle sanzioni inferiori rispetto a quelle dettate per la violazione contestata in conseguenza dell'entrata in vigore dell'art. 39 co. 3 della legge n. 262/2005».

Nel caso sottoposto all'attenzione della Cassazione, il giudice di merito aveva «reputato che la sanzione irrogata dalla Consob, nell'importo pari ad € 125.000,00 (allorché il minimo edittale era pari ad € 100.000,00) fosse da reputarsi congrua ove anche si facesse riferimento ai nuovi limiti edittali introdotti dalla novella del 2015 (che prevede un minimo di € 20.000,00)». Ciò in quanto la sanzione di «€ 125.000,00 sarebbe [stata] congrua anche alla luce del nuovo quadro normativo».

La Cassazione ha rilevato l'**illegittimità** della valutazione espressa sul punto dal giudice di merito sotto una pluralità di profili.

Anzitutto, ha precisato la Corte, il Giudice del merito avrebbe dovuto «tenere conto della **natura sostanziale penale** dell'illecito contestato, che imporrebbe l'applicazione della *lex mitior*, anche senza necessità di un intervento della Corte Costituzionale. Ne deriva l'illegittimità della valutazione espressa sul punto dal giudice di merito, in quanto ancorata ad un quadro di riferimento sanzionatorio non più applicabile».

A sostegno di tale tesi la Corte ha ricordato che «in epoca successiva alla proposizione del ricorso, è intervenuta la sentenza n. 63/2019 della Corte Costituzionale che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 6, comma 2, del decreto legislativo 12 maggio 2015, n. 72, in relazione agli artt. 3 e 117 comma 1° della Costituzione, quest'ultimo per rinvio all'art. 7 della CEDU, nella parte in cui esclude l'applicazione retroattiva delle modifiche favorevoli apportate dal terzo comma dello stesso art. 6 alle sanzioni amministrative previste per l'illecito disciplinato dall'art. 187-bis del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, dato che **la regola di derivazione penale deve ritenersi applicabile anche agli illeciti amministrativi aventi natura e funzione punitiva**, salvo che vi sia la necessità di tutelare interessi di rango costituzionale prevalenti tali da resistere al "vaglio positivo di ragionevolezza", al cui metro debbono essere valutate le deroghe al principio di retroattività in *mitius*».

Quanto poi alla pretesa congruità della sanzione irrogata dalla Consob «ove anche si facesse riferimento ai nuovi limiti edittali introdotti dalla novella del 2015», la Corte ha precisato che «**i detti limiti edittali costituiscono un prius logico e cronologico per il giudizio in termini di congruità della sanzione sicché l'individuazione dei vari parametri sulla base dei quali graduare la stessa non può obliterare la necessità di rapportare la valutazione alla diversa cornice edittale** (...) Inoltre, in tal modo si determinerebbe una sorta di reformatio in peius della condanna, in violazione dei principi posti dagli artt. 99 e 112 c.p.c. Ne deriva che la valutazione del giudice circa la correttezza della sanzione irrogata **non poteva prescindere dalla previa individuazione del reale minimo edittale**».

La Corte ha infine precisato che «la soluzione della Corte d'Appello, tale da ritenere congrua la sanzione anche alla luce del più favorevole quadro normativo di riferimento, si ripercuote anche in un **vizio della motivazione**, in quanto affermare che la sanzione debba restare confermata nel suo importo (inizialmente fissato sulla base di più elevati minimi edittali) anche avuto riguardo ad un nuovo trattamento normativo più favorevole, costituisce un'ipotesi di contrasto irriducibile tra affermazioni inconciliabili, atteso che a monte risulta carente anche la corretta individuazione della norma applicabile».

Corte di Cassazione, 15 febbraio 2021, n. 3858 – conto corrente: nei rapporti di conto corrente affidati può configurarsi un'imputazione ad interessi ex art. 1194 comma 2° cod. civ. solo in presenza di un versamento avente funzione solutoria.

La Corte di Cassazione, con [sentenza n. 3858, pubblicata in data 15 febbraio 2021](#), si è pronunciata in tema di imputazione della rimessa del correntista agli interessi, in caso di conto corrente affidato.

La Corte ha anzitutto precisato che «**solo le rimesse solutorie**, come individuate secondo il criterio indicato dalla più volte citata sentenza delle S.U. del 2010, **possono configurarsi come "pagamento" ai sensi dell'art. 1194, comma 2, cod. civ.**».

Tanto premesso, la Corte ha chiarito che, «ove sia stato proprio l'addebito degli interessi (...) a determinare il superamento del limite del fido, rivestirà funzione solutoria solo quella parte di rimessa pari alla differenza tra lo "scoperto" ed il limite del fido e potrà provvedersi all'imputazione del pagamento ex art. 1194 comma 2° limitatamente a questa parte. Nel caso, invece, in cui l'annotazione degli interessi avvenga su un conto che presenti un passivo che rientri nei limiti dell'affidamento e neppure la stessa annotazione determini il superamento di tale limite, la successiva rimessa avrà una mera funzione ripristinatoria della provvista e non potrà mai provvedersi ad un'imputazione ex art. 1194 comma 2° cod. civ., difettando l'indefettibile presupposto del "pagamento"».

La Corte ha quindi espresso il seguente principio di diritto:

«Nei contratti di conto corrente bancario cui acceda un'apertura di credito, il meccanismo di imputazione del pagamento agli interessi, di cui all'art. 1194 comma 2° cod. civ., trova applicazione solo ove sia configurabile un pagamento in senso tecnico-giuridico, ovvero in presenza di un versamento avente funzione solutoria in quanto eseguito su un conto corrente avente un saldo passivo che ecceda i limiti dell'affidamento; ne consegue che **non può mai configurarsi un'imputazione ad interessi ex art. 1194 comma 2° cod. civ.**, non essendo questi immediatamente esigibili, ove l'annotazione di tali interessi avvenga **su un conto che presenti un passivo rientrante nei limiti dell'affidamento** e neppure la stessa annotazione determini il superamento di tale limite, avendo la successiva rimessa una mera funzione ripristinatoria della provvista».

Corte di Cassazione, 9 febbraio 2021, n. 3130 – segnalazione alla Centrale dei Rischi: ai fini della valutazione della correttezza della segnalazione da parte di un istituto di credito alla Centrale dei Rischi di un inadempimento del cliente è necessario valutare se, al momento in cui il cliente ha rifiutato l'adempimento delle proprie obbligazioni, i motivi del rifiuto apparissero oggettivamente non infondati e prospettati in buona fede.

La Corte di Cassazione, con [ordinanza n. 3130, pubblicata in data 9 febbraio 2021](#), ha individuato i criteri per valutare la legittimità della segnalazione alla Centrale dei Rischi dell'inadempimento di un cliente da parte di un istituto di credito.

La Corte ha anzitutto ricapitolato le norme che disciplinano la segnalazione dei crediti insoluti alla Centrale dei Rischi:

- a) gli «*artt. 53, comma 1, lettera (b), 67, comma 1, lettera (b), e 108 d. lgs. 1.9.1993 n. 385 (Testo unico delle norme in materia bancaria e creditizia), i quali hanno attribuito alla Banca il potere di emanare, su conforme deliberazione del CICR, disposizioni di carattere generale nei confronti delle banche e degli intermediari finanziari, aventi a oggetto "il contenimento del rischio nelle sue diverse configurazioni"*»;
- b) la «*delibera del Comitato interministeriale per il Credito e il Risparmio del 29 marzo 1994 (Gazz. Uff. 20 aprile 1994), assunta ai sensi delle ricordate norme del Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, con la quale è stato affidato alla Banca d'Italia il servizio di centralizzazione dei rischi creditizi, e le è stato conferito il potere di determinare le modalità con cui gli enti erogatori di credito debbono comunicare periodicamente l'esposizione nei confronti dei propri affidati*»;
- c) il «*decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, "nella veste di Presidente del CICR", dell'11 luglio 2012, n. 663, il quale ha ribadito (inutilmente) la delega alla Banca d'Italia a disciplinare con proprio regolamento il funzionamento della Centrale Rischi*»;

d) le «successive istruzioni e circolari emanate dalla Banca d'Italia, ed in particolare, per quanto qui rileva, dalle "Istruzioni per gli intermediari creditizi" di cui alla Circolare della Banca d'Italia 11 febbraio 1991 n. 139, più volte modificata, da ultimo con il 19 0 Aggiornamento, in vigore dal 10 marzo 2020»; le quali «costituiscono da tempo il corpus centrale della disciplina, poiché sono esse a dettare i principi e le regole operative per la segnalazione da parte degli intermediari finanziari».

Tanto premesso, la Corte ha richiamato il proprio orientamento, secondo cui «non è consentito agli intermediari creditizi segnalare il proprio debitore alla Centrale rischi, sol perché questi sia inadempiente. Quella segnalazione presuppone che l'intermediario creditizio abbia invece riscontrato "una situazione patrimoniale deficitaria, caratterizzata da una grave e non transitoria difficoltà economica equiparabile, anche se non coincidente, con la condizione d'insolvenza"».

La Cassazione ha quindi precisato che «ciò non vuol dire che al debitore moroso basti invocare, anche pretestuosamente, la nullità del contratto o l'usurarietà del tasso soglia, per pretendere di essere risarcito in caso di segnalazione da parte dell'ente creditore alla Centrale dei Rischi. Ma, se da un lato la mala fede del debitore non può costituire uno schermo contro le conseguenze dell'inadempimento, dall'altro lato è pur sempre necessario che il giudice chiamato a valutare la legittimità d'una segnalazione alla Centrale dei Rischi non si limiti a prendere atto che il debito oggetto della segnalazione era effettivamente dovuto, ma stabilisca con valutazione ex ante: -) dal punto di vista **oggettivo**, se le ragioni addotte dal debitore a fondamento del rifiuto di pagamento fossero sorrette almeno da un **fumus di fondatezza**; -) dal punto di vista **soggettivo**, se il debitore potesse ritenersi in **buona fede** nel momento in cui quelle ragioni ha accampato».

La Corte, proseguendo nel ragionamento, ha chiarito che «la segnalazione alla Centrale dei Rischi deve restare una conseguenza giuridica dell'inadempimento colposo, e non può diventare una conseguenza giuridica dell'aver sollevato in buona fede eccezioni stragiudiziali di nullità del contratto. Stabilire dunque se la banca abbia agito correttamente o meno, nel segnalare il nominativo del debitore alla Centrale dei rischi, è giudizio che non può fondarsi soltanto sull'accertata infondatezza delle eccezioni sollevate dal debitore, ma deve estendersi a valutare la meritevolezza delle ragioni invocate dal debitore a fondamento del rifiuto di adempiere, e la diligenza impiegata dalla banca nel valutarle».

Quanto poi alla ripartizione dell'onere della prova nel giudizio di risarcimento del danno da illegittima segnalazione alla Centrale dei Rischi, la Corte ha precisato che «l'onere della prova si ripartirà **secondo le regole ordinarie**: sicché, trattandosi di illecito aquiliano, spetterà all'attore dimostrare sia la propria buona fede al momento in cui sollevò l'eccezione; sia la colpa del creditore; sia l'esistenza del danno; sia il nesso di causa tra colpa e danno».

Infine la Cassazione ha enunciato il seguente principio di diritto:

«per stabilire se una banca abbia correttamente o meno segnalato alla Centrale dei Rischi l'inadempimento d'una obbligazione del cliente, non è sufficiente valutare ex post se, all'esito del giudizio tra banca e cliente, le eccezioni da questi fraposte all'adempimento dei propri obblighi si siano rivelate infondate; è necessario invece stabilire, con valutazione ex ante, se al momento in cui il cliente ha rifiutato l'adempimento delle proprie obbligazioni i motivi del rifiuto apparissero oggettivamente non infondati, e prospettati in buona fede. L'onere della relativa prova grava su chi domanda il risarcimento del danno da illegittima segnalazione alla Centrale dei Rischi».

Tribunale di Roma, 11 gennaio 2021 – estinzione anticipata di finanziamenti contro cessione del quinto dello stipendio: la Direttiva UE 48/2008/C non è self executing e, pertanto, la sua interpretazione alla luce della Sentenza Lexitor non può trovare applicazione nei rapporti interprivatistici.

Il Tribunale di Roma, con [ordinanza pubblicata in data 11 gennaio 2021](#), si è pronunciato sul dibattuto tema se, in caso di estinzione anticipata di un finanziamento contro cessione del quinto, sia dovuto o meno il rimborso dei c.d. costi *up-front*, ossia dei costi legati all'erogazione del credito.

Il dibattito sul tema è sorto a seguito della pronuncia della Corte Europea di Giustizia, che, con la sentenza dell'11 settembre 2019 emessa nella causa C383/18 (c.d. "**Sentenza Lexitor**"), ha fornito un'interpretazione dell'art. 16 paragrafo 1, della Direttiva 2008/48/C; articolo che è stato recepito nell'ordinamento italiano dall'art. 125-sexies del T.U.B. con D.lgs. n. 141/2010.

Al riguardo il Tribunale è stato chiamato a decidere sulla legittimità della clausola contrattuale che escludeva il rimborso dei c.d. oneri *up front* in caso di estinzione anticipata del finanziamento e se fosse applicabile o meno al caso in esame la Sentenza Lexitor.

Il Giudice ha anzitutto ricordato che *«le spese up front si sostanziano negli esborsi dovuti per adempimenti preliminari alla concessione del finanziamento ed in quanto tali prescindono dalla durata del rapporto di credito e non sono rimborsabili in caso di anticipata estinzione del contratto, mentre i costi recurring (tra cui le polizze vita) consistono nelle spese correlate alla durata del rapporto di credito e sono rimborsabili in caso di estinzione anticipata del contratto in misura proporzionale al momento in cui si verifica l'estinzione anticipata del mutuo».*

Tanto premesso, il Tribunale ha dichiarato di condividere *«al riguardo il principio di diritto espresso dalla prevalente giurisprudenza di merito, secondo cui "**non appare applicabile alla fattispecie la sentenza Lexitor**", che ha interpretato l'art. 16 della Direttiva UE 48/2008 in contrasto con il testo dell'art. 125-sexies TUB come spiega la pronuncia».*

Sul punto il Tribunale ha chiarito che *«la citata direttiva europea **non appare self-executing e non può trovare diretta applicazione nei rapporti interprivatistici nel nostro ordinamento.** Deve perciò, in via generale, ancora ritenersi che, in riferimento alle spese accessorie ad un contratto di*

finanziamento, appare opportuno distinguere tra la remunerazione dei servizi temporalmente nella fase collocabile nella fase preliminare e/o formativa del regolamento negoziale, c.d. up front, e remunerazione di attività destinate a trovare svolgimento nella fase esecutiva, c.d. recurring».

Il Tribunale ha infine precisato che «sia la commissione bancaria che la commissione di intermediazione – quando pattuite e completamente maturate al momento della stipulazione del contratto, salva diversa struttura delle previsioni convenzionali – **attenendo esclusivamente al momento genetico del rapporto**, rientrano tra i costi c.d. up front non oggetto di rimborso, non essendo ragionevole far gravare sul soggetto mutuante gli effetti di una scelta liberamente effettuata dal mutuatario nell'estinguere anticipatamente il finanziamento. **Ciò porta ed escludere qualsiasi vessatorietà, ai sensi dell'art. 33 del codice del consumo, della clausola che ne abbia previsto l'irrimborsabilità**, posto che l'analisi della vessatorietà o meno della clausola potrebbe essere effettuata soltanto qualora si ritenga che le voci anzidette maturino nel corso del rapporto perché nel caso in cui i costi contestati siano già completamente maturati al momento della stipulazione del contratto è evidente che alcun significativo squilibrio può ritenersi sussistente a danno del consumatore».

II. DIRITTO SOCIETARIO E COMMERCIALE

Corte di Cassazione, 9 febbraio 2021, n. 3136 – Scioglimento di società di persone: dalla cancellazione della società non è possibile presumere la volontà dei soci di rinuncia ai crediti oggetto di trasmissione successoria.

La Corte di Cassazione, con [sentenza n. 3136, pubblicata in data 09 febbraio 2021](#), si è pronunciata sulla possibilità di inferire in via presuntiva una rinuncia dei soci ai crediti oggetto di trasmissione successoria dalla cancellazione della società.

Nel caso di specie, la Corte di merito, ricorrendo a un ragionamento presuntivo, aveva ritenuto che dal mancato esperimento delle azioni di recupero del credito da parte della società *vita durante* dovesse inferirsi un comportamento di rinuncia ad ogni pretesa, facendo venir meno l'oggetto stesso di una trasmissione successoria ai soci.

Al riguardo, va anzitutto ricordato che la Suprema Corte *«ha ricondotto la vicenda estintiva ad un fenomeno normalmente successorio, con conseguente subentro dei soci nelle posizioni attive e passive della società (...). In proposito, dunque, rileva la manifestazione di volontà di rinunciare al credito, al fine di escluderne la trasferibilità ai soci, quest'ultima da intendersi come regola generale del fenomeno estintivo societario»*.

La Corte ha altresì rilevato che *«solo in mancanza di una espressa manifestazione di volontà abdicativa soccorrono criteri presuntivi con i quali poter inferire egualmente una univoca volontà di rinuncia, quali la mancata menzione, nel bilancio finale di liquidazione, di poste illiquide e incerte, includibili nel novero delle cd mere pretese»*.

Secondo la Corte, *«a fronte di un ricco proliferare di pronunce di merito di segno diverso, tendenti a considerare la natura del credito a prescindere dagli effetti regolati dalle parti all'atto dello scioglimento della società»*, la Corte di legittimità ha invece *«inteso chiarire che deve escludersi che i principi sino ad oggi affermati in riferimento a diverse fattispecie possano condurre ad automatismi applicativi, sulla base di una presunzione assoluta priva dei caratteri ex art. 2729 c.c. Il relativo accertamento, concretandosi in un giudizio di fatto, sfugge per vero al sindacato di legittimità; purtuttavia, costituisce giudizio di diritto **escludere che la mera cancellazione dal registro delle imprese possa, di per sé sola, per la sua invincibile equivocità, reputarsi sufficiente a dedurre una volontà abdicativa»**.*

«In sintesi, per ritenere come realizzato o meno il fenomeno successorio di regola generato dallo scioglimento della società, non rileva tanto che si versi, ad esempio, in tema di diritti ancora incerti o illiquidi della società cancellata, fatti valere successivamente in giudizio da soci e tuttora sub iudice, piuttosto che di diritti di credito specificamente individuati o certi già prima dell'atto estintivo, quanto che le parti, all'atto di scioglimento della società o comunque

*prima della cancellazione, non abbiano manifestato una univoca volontà di rinuncia a detti diritti, **non potendosi certamente inferire una volontà abdicativa in via presuntiva dalla semplice cancellazione della società**».*

Infine, la Corte ha concluso che «il giudice di merito ha fatto una automatica applicazione del principio in esame, del tutto in spregio del principio sopra esposto, deducendo una implicita volontà di rinuncia al credito dalla cancellazione della società di persone e dal mancato esercizio delle azioni recuperatorie da parte della società vita durante, senza tuttavia tener conto della convenzione inserita all'atto di scioglimento della società, in cui vi è traccia di una volontà successoria là dove si chiarisce che "le parti convergono che eventuali crediti e debiti successivi alla data odierna verranno assegnati tra i soci in parti uguali tra loro"».

Tribunale di Napoli, 9 febbraio 2021, n. 1266 – Aumento del capitale sociale: l'aumento di capitale a pagamento non configura alcun interesse proprio dei soci di maggioranza, confliggente con quello sociale, ma anzi del tutto convergente con esso.

Il Tribunale di Napoli con [sentenza n. 1266, pubblicata in data 9 febbraio 2021](#), si è pronunciato sulla validità di una delibera assembleare di aumento del capitale sociale mediante nuovi conferimenti impugnata da un socio di minoranza per abuso di maggioranza.

Il Tribunale ha anzitutto ricordato che «l'invalidità delle delibere assembleari per abuso della maggioranza o eccesso di potere è un precipitato dell'applicazione del principio generale di esecuzione del contratto secondo buona fede, che riguarda anche i contratti associativi, quale quello di società. E' stato, dunque, ritenuto che, in applicazione del principio di buona fede in senso oggettivo, al quale deve essere improntata l'esecuzione del contratto di società, la cosiddetta regola di maggioranza consente al socio di esercitare liberamente e legittimamente il diritto di voto per il perseguimento di un proprio interesse fino al limite dell'altrui potenziale danno. L'abuso della regola di maggioranza (...) è, quindi, causa di annullamento delle deliberazioni assembleari allorquando la delibera non trovi alcuna giustificazione nell'interesse della società - per essere il voto ispirato al perseguimento da parte dei soci di maggioranza di un interesse personale antitetico a quello sociale - oppure sia il risultato di una intenzionale attività fraudolenta dei soci maggioritari diretta a provocare la lesione dei diritti di partecipazione e degli altri diritti patrimoniali spettanti ai soci di minoranza uti singuli».

Il Tribunale ha altresì osservato che «la deliberazione dell'assemblea di una società di capitali può essere annullata in presenza di un vizio di carattere sostanziale che vada a ledere il principio generale di buona fede in senso oggettivo, cui deve essere improntato anche lo svolgimento dei rapporti endosocietari e che sussiste soltanto allorché i soci assenti o dissenzienti forniscano la prova, anche di natura presuntiva, che la decisione assembleare con essa adottata è arbitrariamente o fraudolentemente preordinata al raggiungimento di interessi divergenti da quelli societari e/o a pregiudicare gli interessi di soci minoritari (...). La relativa prova, pertanto, incombe sul socio

di minoranza impugnante (...), il quale dovrà a tal fine indicare i "sintomi" di illiceità della delibera - deducibili non solo da elementi di fatto esistenti al momento della sua approvazione, ma anche da circostanze verificatesi successivamente - in modo da consentire al giudice di verificarne le reali motivazioni e accertare se effettivamente abuso vi sia stato».

Il Tribunale ha dunque rilevato che «l'aumento del capitale sociale mediante nuovi conferimenti in danaro da parte dei soci risponde ad un interesse proprio della società a dotarsi di un capitale sociale in misura adeguata a consentire l'espansione sul mercato di riferimento e non configura alcun interesse proprio dei soci di maggioranza, confliggente con quello sociale, ma anzi del tutto convergente con esso. Né può essere condiviso che la società non necessitasse dell'aumento a pagamento impugnato, potendo procedere ad un aumento gratuito attraverso l'utilizzo di disponibilità già a sua disposizione (...). L'aumento gratuito mediante la capitalizzazione delle riserve iscritte in bilancio, non sarebbe risultato utile allo scopo indicato dalla delibera, in quanto non avrebbe portato alcun incremento del patrimonio netto dell'azienda, ma solo una sua diversa composizione qualitativa, realizzando la trasformazione delle riserve disponibili in capitale, ma l'aggregato dello Stato Patrimoniale, costituito dal Patrimonio netto, in cui entrambe le voci di bilancio sono incluse, sarebbe risultato invariato, vanificando sostanzialmente gli scopi dell'operazione di aumento del capitale».

Infine, il Tribunale ha concluso che: «non sussistono i presupposti dell'abuso della maggioranza, sotto il profilo del perseguimento, con l'aumento del capitale sociale a pagamento, di un proprio interesse antitetico a quello della società».

III. DIRITTO DELLE PROCEDURE CONCORDSUALI

Corte di Cassazione, 15 febbraio 2021, n. 3850 - pignoramento presso terzi: è legittimo il pagamento effettuato dal *debitor debitoris* in esito ad un pignoramento presso terzi trascritto prima della pubblicazione della domanda di concordato preventivo, ove l'ordinanza di assegnazione di cui all'articolo 533 c.p.c. sia anch'essa antecedente a detta pubblicazione.

La Corte di Cassazione, con [sentenza n. 3850 pubblicata in data 15 febbraio 2021](#), si è pronunciata in merito al rapporto tra procedura di concordato preventivo e pignoramento presso terzi.

Anzitutto, la Corte ha affermato la necessità di operare una distinzione a seconda della sequenza temporale dell'instaurazione delle due procedure e, in particolare, ha affermato che:

- a) *«se l'esecuzione presso terzi, introdotta prima della pubblicazione della domanda di concordato preventivo, è già pervenuta alla ordinanza di assegnazione, gli effetti di essa rimangono fermi, sebbene il pagamento sia successivo all'inizio della procedura concordataria; difatti, l'ordinanza di assegnazione del credito, emessa ai sensi dell'articolo 553 c.p.c. in presenza della dichiarazione positiva del terzo, per la sua natura liquidativa e satisfattiva, segna, col trasferimento coattivo del credito dal debitore esecutato (assegnante) al creditore pignorante (assegnatario), il momento finale e l'atto giurisdizionale conclusivo del processo di espropriazione presso terzi»;*
- b) a diverse conclusioni occorre invece pervenire in caso di **ordinanza di assegnazione successiva alla trascrizione della domanda di concordato** (e, a maggior ragione, in caso di pignoramento successivo alla domanda di ammissione al concordato preventivo, con conseguente iscrizione nel Registro delle imprese). In tale caso, *«il debitor debitoris è liberato, ma il creditore principale deve restituire alla massa la somma pagata»*, trattandosi di *«somme indebitamente percepite dal creditore principale, in quanto versate nell'osservanza di un provvedimento da qualificarsi illegittimo, poiché emesso in una situazione di blocco ex lege, secondo l'art. 168 bis della legge fallimentare, della procedura esecutiva»*.

Ciò detto, la Corte ha ritenuto opportuno precisare – alla luce di quanto sostenuto dalla ricorrente – che le conclusioni accolte nell'ipotesi *sub a)* sono coerenti con l'assetto della disciplina concordataria, la quale si distingue – senza dar frutto a difetti di coordinamento, ma in modo coerente con la logica del sistema – da quella del fallimento.

In particolare, la Cassazione ha ricordato che:

- a) se il principio espresso dall'art. 55 l.f. – secondo cui nessuna azione esecutiva individuale o cautelare può essere iniziata o proseguita dalla

data della dichiarazione di fallimento – è sostanzialmente sovrapponibile al precetto di cui all'art. 168, primo comma, l.f., «*in ambito concordatario non trova applicazione l'art. 44, c. 1, l.f., secondo cui tutti gli atti compiuti dal fallito e i pagamenti da lui eseguiti dopo la dichiarazione di fallimento sono inefficaci rispetto ai creditori*»;

- b) «*ma l'art. 44 della legge fallimentare è un corollario anzitutto del precedente articolo 42, in forza del quale la sentenza dichiarativa di fallimento priva il fallito «dell'amministrazione e della disponibilità dei suoi beni», nonché dell'articolo 43, che sottrae al fallito la legittimazione processuale nelle controversie, anche in corso, relative a rapporti di diritto patrimoniale compresi nel fallimento, attribuendola al curatore*»;
- c) «*viceversa, in ambito concordatario, l'articolo 169 della legge fallimentare a ragione non richiama l'articolo 44. La procedura di concordato preventivo comporta il trasferimento agli organi della procedura non della proprietà dei beni e della titolarità dei crediti, ma solo dei poteri di gestione finalizzati alla liquidazione, con la conseguenza che il debitore concordatario conserva il diritto di esercitare le azioni o di resistervi nei confronti dei terzi, a tutela del proprio patrimonio*».

Alla luce di quanto precede, la Cassazione ha enunciato il seguente principio di diritto nell'interesse della legge: «*nella disciplina del concordato preventivo, nella quale non trova applicazione il congegno di spossessamento previsto in ambito fallimentare dagli articoli 42-43 della legge fallimentare, con la conseguente previsione di inefficacia dei pagamenti eseguiti dal fallito dopo la dichiarazione di fallimento, ai sensi del successivo articolo 44, ma opera un diverso congegno di spossessamento attenuato in forza del quale il debitore conserva l'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio dell'impresa, sotto la vigilanza del commissario giudiziale, è **legittimo** - salvo non ricorra l'ipotesi di frode sanzionabile con la dichiarazione di fallimento ai sensi dell'articolo 173, secondo comma - **il pagamento effettuato dal debitore debitoris in esito ad un pignoramento presso terzi trascritto prima della pubblicazione della domanda di concordato preventivo, ove l'ordinanza di assegnazione di cui all'articolo 533 c.p.c. sia anch'essa antecedente a detta pubblicazione, quantunque il pagamento venga invece effettuato successivamente ad essa***».

Corte di Cassazione, 2 febbraio 2021 n. 2308 – crediti sopravvenuti al fallimento: l'insinuazione allo stato passivo non è soggetta ai termini di decadenza ex art. 101, c. 1 e 4 l.f., ma va comunque proposta entro il termine di un anno dalla data in cui maturano le condizioni per la partecipazione al concorso.

La Corte di Cassazione, con [ordinanza n. 2308 pubblicata in data 2 febbraio 2021](#), si è pronunciata in merito all'individuazione del termine per l'insinuazione allo stato passivo dei crediti sopravvenuti alla dichiarazione di fallimento.

La Cassazione – nel richiamare un recente orientamento giurisprudenziale – ha ricordato che:

- a) «l'insinuazione al passivo dei crediti sorti nel corso della procedura fallimentare non è soggetta al termine di decadenza previsto dall'art. 101, co.1 e 4, li.»;
- b) «in questi casi non è possibile ritenere che i crediti così sorti rimangano privi di un adeguato spazio temporale per la presentazione dell'insinuazione, non costituendo a ciò rimedio adeguato (Cass. 16218 / 2015) l'opinione secondo cui, "costituendo il carattere sopravvenuto del credito stesso ragione di non imputabilità del ritardo dell'insinuazione, quest'ultima sarebbe comunque ammissibile ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 101 legge fall."»;
- c) «tale insinuazione, tuttavia, incontra comunque un limite temporale, da individuarsi — in coerenza e armonia con l'intero sistema di insinuazione che è attualmente in essere e sulla scorta dei principi costituzionali di parità di trattamento di cui all'art. 3 Cost. e del diritto di azione in giudizio di cui all'art. 24 Cost. — nel **termine di 1 anno, espressivo dell'attuale sistema in materia**, decorrente «dal momento in cui si verificano le condizioni di partecipazione al passivo fallimentare» (...), o «dalla maturazione del credito».

Alla luce di tali principi, la Cassazione ha confermato la decisione che aveva dichiarato l'inammissibilità della domanda di insinuazione allo stato passivo, in quanto proposta a distanza di quattro anni e mezzo dall'insorgenza del credito post-fallimentare e, peraltro, in mancanza di alcuna allegazione da parte del ricorrente delle ragioni del ritardo, ai sensi dell'art. 101 u.c. l.f.

Corte di Cassazione, 2 febbraio 2021, n. 2284 – revocazione ex art. 98, comma 4, l.f.: la non corrispondenza al vero di mere enunciazioni deduttive non può di per sé essere considerata attività fraudolenta.

La Corte di Cassazione, con [ordinanza n. 2284, pubblicata in data 2 febbraio 2021](#), si è pronunciata in ordine ai requisiti di proponibilità della revocazione fallimentare ex art. 98, comma 4, l.f.

La Corte ha, anzitutto, premesso che «il richiamo al dolo, tra i requisiti di proponibilità della revocazione fallimentare ai sensi dell'art. 98 co.4 l.f. ben può attingere alla sedimentazione giurisprudenziale determinatasi attorno agli analoghi, e solo più specificati, istituti del codice di rito, che fanno riferimento alla corrispondente impugnazione straordinaria se il provvedimento è l'effetto del dolo di una delle parti in danno dell'altra (art. 395 n.1 c.p.c.) ovvero del dolo del giudice, accertato con sentenza passata in giudicato (art. 395 n.6 c.p.c.); per entrambe le fattispecie astratte, equivalendo il provvedimento-effetto al provvedimento fallimentare-determinato, occorre una intenzionalità decettiva incidente sul diritto di difesa altrui ovvero comunque impeditiva dell'accertamento della verità».

Inoltre, la Corte - richiamando un consolidato orientamento giurisprudenziale - ha chiarito che «il dolo processuale revocatorio non può essere riscontrato nel semplice silenzio su fatti sfavorevoli alla parte interessata, o nell'aver omesso di far cenno ad atti o documenti che potrebbero risultare sfavorevoli alla parte stessa, e neppure nel mendacio, occorrendo sempre, per la sua

configurazione, una concreta attività dolosa, l'uso di artifici o raggiri; appare cioè essenziale un comportamento fraudolento, tale da frustrare la difesa della controparte e da impedire al giudice l'accertamento della verità».

Pertanto, «non basta una qualsiasi condotta sleale, ma è necessaria una condotta che violi la posizione giuridica dell'altra parte, impedendole di svolgere dinanzi al giudice la propria difesa. In particolare, i comuni espedienti difensivi - con i quali una delle parti si giovi di una situazione di sfavore in cui versi l'altra, non imputabile ad un proprio fatto positivo - sono estranei al concetto di dolo processuale, che, in un sistema fondato sul principio dell'onere della prova, come quello vigente, non impone alle parti il dovere di portare a conoscenza del giudice fatti pregiudizievoli per la propria linea difensiva. Di conseguenza, non costituisce dolo processuale il semplice mendacio o l'omessa produzione di un documento favorevole alla tesi avversaria, o ancora il semplice silenzio».

La Corte ha, infine, chiarito che «la non corrispondenza al vero di mere enunciazioni deduttive non può di per sé trasformarsi in attività fraudolenta, non trattandosi di prove false». Invero, nella mera allegazione di documentazione non rispondente al vero manca «un'attività ("macchinazione") intenzionalmente fraudolenta che si concretizzi in artifici o raggiri subiettivamente diretti e oggettivamente idonei a paralizzare la difesa avversaria e a impedire al giudice l'accertamento della verità, pregiudicando l'esito del procedimento».

In conclusione, la Suprema Corte, non ravvisando i presupposti dell'attività deliberatamente fraudolenta, ha rigettato la domanda di revocazione ex art. 98, comma 4, l.f.

Corte di Cassazione, 28 gennaio 2021, n. 2061 – contratto di leasing: a) ai contratti di leasing traslativi risolti per un inadempimento dell'utilizzatore (poi fallito) precedente alla entrata in vigore della Legge 124/2017 si applica l'art. 1526 c.c.; b) ai fini della valutazione della equità della clausola penale, invocata ai fini del risarcimento del danno, il concedente ha l'onere di indicare la somma ricavata dalla diversa allocazione del bene ovvero una stima attendibile del suo valore di mercato.

La Corte di Cassazione, [con sentenza, resa a Sezioni Unite, n. 2061, pubblicata in data 28 gennaio 2021](#), si è pronunciata in ordine alla perdurante applicabilità dell'art.1526 c.c. ai contratti di leasing risolti prima della entrata in vigore della Legge n. 124/2017.

Anzitutto, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, hanno affermato che:

- a)** *«la disciplina recata dalla legge n. 124 del 2017 non ha (...) carattere retroattivo»; tuttavia il legislatore non si è curato di «dettare una disciplina intertemporale, avuto riguardo ai rapporti contrattuali in corso di svolgimento al momento della sua entrata in vigore. Disciplina che, pertanto, occorre individuare in forza del (...) c.d. "fatto compiuto"»; in particolare, «il "fatto compiuto" è, nella specie, quello che genera la*

responsabilità del debitore (l'utilizzatore) ai sensi dell'art. 1218 c.c. e cioè l'inadempimento - quale evento attinente al rapporto - che è idoneo a legittimare, come effetto, la risoluzione del contratto; inadempimento che la legge n. 124 del 2017 tipizza (plasmandolo come presupposto settoriale) in guisa tale da determinare il discrimine tra il "prima" e il "dopo" ai fini dell'applicazione della novella»;

- b) non può neppure esservi «una applicazione analogica della disciplina dettata dall'art. 72-quater l.f., in caso di scioglimento di contratto di leasing ad opera del curatore nell'ambito di procedura fallimentare, siccome assunta in guisa di principio generale proprio alla luce, retrospettiva, della novella legislativa del 2017 e in forza del comune denominatore, tra le due fattispecie, rappresentato dalla attribuzione al concedente del diritto alla restituzione del bene concesso in godimento e all'utilizzatore o alla curatela del ricavato della vendita o di altra allocazione del bene medesimo, detratto l'ammontare del credito residuo (nella portata specificamente stabilita per ciascuna fattispecie interessata)»;*
- c) invero, «è jus receptum che l'art. 72-quater l.f., introdotto dal d.lgs. n. 5 del 2006 (...) è norma, di natura eccezionale, a valenza e portata endoconcorsuale, presupponendo lo scioglimento, per volontà del curatore e quale conseguenza del fallimento, del contratto ancora pendente a quel momento. Sicchè, la norma fallimentare mantiene salda la distinzione strutturale esistente tra la nozione di risoluzione contrattuale e quella di scioglimento del contratto, quale facoltà riconosciuta ad una pluralità di rapporti pendenti tra il contraente ed il fallito, tra i quali (...) anche il leasing, che rientra nel novero dei contratti che - al momento dell'apertura del concorso - restano sospesi secondo la regola generale di cui all'art. 72, primo comma, l.f.»;*
- d) «ed è proprio in ragione di tutte le evidenze appena elencate che il diritto vivente ha escluso - in assenza di una eadem ratio e di simili elementi, strutturali e/o funzionali, rilevanti - che la disciplina dettata dall'art. 72-quater l.f. potesse trovare applicazione analogica in caso di contratto di leasing finanziario risolto, per inadempimento dell'utilizzatore, prima del fallimento di quest'ultimo, avendo invece rinvenuto la disposizione idonea a colmare la lacuna ordinamentale, in coerenza con i criteri di cui all'art. 12 delle preleggi, in quella generale codicistica dell'art. 1526 c.c., in ipotesi di leasing traslativo».*

La Suprema Corte ha, quindi, chiarito che **«per i contratti di leasing traslativo, che non siano soggetti, ratione temporis, alla regolamentazione della legge anzidetta, resta, dunque, valida la soluzione adottata dal diritto vivente di individuare, per analogia legis, nella disposizione dell'art. 1526 c.c. la disciplina della risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore, essendo comunque sorretta da una ratio giustificativa rispondente all'esigenza di dare equilibrato assetto alle posizioni delle parti di un contratto atipico, forgiato da una risalente prassi commerciale e al quale il formante giurisprudenziale ha fornito stabilità di assetto e certezza applicativa (...), rimasto tale sino all'entrata in vigore della novella legislativa**

del 2017, che ha tipizzato legalmente (...) la figura, unitaria, della locazione finanziaria».

Alla luce di quanto precede, le Sezioni Unite hanno enunciato il seguente principio di diritto *sub a*): «la legge n. 124 del 2017 (art. 1, commi 136-140) non ha effetti retroattivi e trova, quindi, applicazione per i contratti di leasing finanziario in cui i presupposti della risoluzione per l'inadempimento dell'utilizzatore (previsti dal comma 137) non si siano ancora verificati al momento della sua entrata in vigore; sicché, per i contratti risolti in precedenza e rispetto ai quali sia intervenuto il fallimento dell'utilizzatore soltanto successivamente alla risoluzione contrattuale, **rimane valida la distinzione tra leasing di godimento e leasing traslativo, dovendo per quest'ultimo social-tipo negoziale applicarsi, in via analogica, la disciplina di cui all'art. 1526 c.c. e non quella dettata dall'art. 72-quater l.f.,** rispetto alla quale non possono ravvisarsi, nella specie, le condizioni per il ricorso all'analogia legis, né essendo altrimenti consentito giungere in via interpretativa ad una applicazione retroattiva della legge n. 124 del 2017».

Chiarita l'applicazione dell'art. 1526 c.c. per i contratti di leasing traslativo non rientranti nell'ambito di operatività della L. 124/2017, le Sezioni Unite hanno esaminato l'ipotesi in cui le parti abbiano predeterminato, ai fini del risarcimento del danno, una clausola penale ai sensi del secondo comma dell'art. 1526 c.c.

Al riguardo, la Corte ha affermato che:

- a) «il risarcimento del danno del concedente può essere oggetto di determinazione anticipata attraverso una clausola penale ai sensi dell'art. 1382 c.c. e in questo senso si è, del resto, dispiegata l'autonomia privata nella costruzione, in base a modelli standardizzati, del social-tipo "contratto di leasing", come risulta dalla stessa casistica oggetto di cognizione giudiziale, anche da parte di questa Corte di legittimità»;
- b) «in tale contesto, quindi, si è fatta applicazione del secondo comma dell'art. 1526 c.c. e del principio, già contemplato dall'art. 1384 c.c. (di cui la prima disposizione è un portato specifico), della riduzione equitativa, ad opera del giudice, della penale che, sebbene comunque lecita, si palesi manifestamente eccessiva, così da ricondurre l'autonomia contrattuale nei limiti in cui essa appare meritevole di tutela e riequilibrando, quindi, la posizione delle parti, avendo pur sempre riguardo all'interesse che il creditore aveva»;
- c) ad avviso della Corte, «la complessiva operazione - originatasi in seno all'autonomia privata e sussunta, attraverso l'analogia, nell'art. 1526 c.c. - trova la sua compiuta regolamentazione attraverso la peculiare rilevanza che viene ad assumere il comma secondo dello stesso art. 1526 c.c., ossia la norma che disciplina la clausola penale (c.d. clausola di confisca) e, quindi, il risarcimento del danno spettante in base ad essa al concedente in ipotesi di risoluzione del contratto di leasing traslativo per inadempimento dell'utilizzatore»;

- d) in siffatto contesto, «*resta fermo il diritto dell'utilizzatore di ripetere l'eventuale maggior valore che dalla vendita del bene (a prezzo di mercato) ricavi il concedente, rispetto alle utilità che quest'ultimo avrebbe tratto dal contratto qualora finalizzato con il riscatto del bene (...). Con l'ulteriore puntualizzazione che, nel caso in cui la clausola penale non faccia riferimento ad una collocazione del bene a prezzi di mercato, essa dovrà esser letta negli stessi termini alla luce del parametro della buona fede contrattuale, ex art. 1375 c.c.*»;
- e) qualora, invece, il contratto preveda una clausola penale manifestamente eccessiva, «*essa, ai sensi dell'art. 1526, secondo comma, c.c. andrà ridotta dal giudice, anche d'ufficio*».

Alla luce di quanto sopra, le Sezioni Unite di Cassazione hanno enunciato il seguente principio di diritto *sub b)* «*in base alla disciplina dettata dall'art. 1526 c.c., in caso di fallimento dell'utilizzatore, **il concedente che aspiri a diventare creditore concorrente** ha l'onere di formulare una completa domanda di insinuazione al passivo, ex art. 93 l.f., in seno alla quale, invocando ai fini del risarcimento del danno l'applicazione dell'eventuale clausola penale stipulata in suo favore, dovrà offrire al giudice delegato la possibilità di apprezzare se detta penale sia equa ovvero manifestamente eccessiva, a tal riguardo avendo l'onere di indicare la somma esattamente ricavata dalla diversa allocazione del bene oggetto di leasing, ovvero, in mancanza, di allegare alla sua domanda una stima attendibile del valore di mercato del bene medesimo al momento del deposito della stessa*».