

Aggiornamento giurisprudenziale

n. 09 / 2021

I. DIRITTO BANCARIO E FINANZIARIO

Corte di Cassazione, 6 agosto 2021, n. 22465 – contratto di mutuo: ai fini della valutazione dell'usura devono essere conteggiate anche le spese di assicurazione sostenute dal debitore per ottenere il credito.

Corte di Cassazione, 19 luglio 2021, n. 20633 – contratto di fideiussione: l'applicabilità della disciplina consumeristica al contratto di fideiussione dipende solo dai requisiti soggettivi delle parti ed è indipendente dal contratto principale.

Corte di Cassazione, 15 luglio 2021, n. 20251 – intermediazione finanziaria: l'intermediario in conflitto di interessi può porre in essere l'operazione solo dopo aver informato il cliente del conflitto ed aver raccolto il suo consenso allo svolgimento dell'operazione; consenso che può essere anche tacitamente espresso.

Tribunale di Mantova, 6 agosto 2021 – contratto di fideiussione *omnibus*: la nullità che potrebbe colpire il contratto di fideiussione *omnibus* asseritamente contrario alla normativa *antitrust* è solo parziale.

II. DIRITTO SOCIETARIO E COMMERCIALE

Sezioni Unite, Corte di Cassazione, 30 luglio 2021, n. 21970 – fusione per incorporazione: la società incorporata si estingue e non può iniziare un giudizio in persona del suo ex amministratore; in tal caso, tuttavia, la società incorporante può spiegare intervento in corso di causa ex art. 105 c.p.c.

Tribunale di Brescia, 23 luglio 2021 – responsabilità degli amministratori: l'art. 2391, comma 5, c.c. non introduce nell'ordinamento un rimedio di carattere reale o idoneo a comportare la condanna dell'amministratore alla riversione dei profitti derivanti dall'opportunità d'affare sfruttata.

III. DIRITTO DELLE PROCEDURE CONCORSUALI

Corte di Cassazione, 30 luglio 2021 n. 21991 – Opposizione allo stato passivo: al giudizio di opposizione allo stato passivo non si applicano le norme del codice di rito che disciplinano il giudizio d'appello.

Corte di Cassazione, 29 luglio 2021 n. 21815 – Concordato preventivo con cessione di beni: la designazione della persona del liquidatore giudiziale effettuata all'interno della proposta di concordato assume portata vincolante laddove sia rispettosa dei requisiti di professionalità e di indipendenza prescritti dalla legge fallimentare.

Corte di Cassazione, 23 luglio 2021 n. 21190 – Concordato preventivo in continuità aziendale: il piano di cui all'art. 161, co. 2, l. f., in quanto strumento per potere valutare l'attendibilità e praticabilità della proposta concordataria, deve contenere l'analisi delle modalità concrete di attuazione del risanamento del debitore.

I. DIRITTO BANCARIO E FINANZIARIO

Corte di Cassazione, 6 agosto 2021, n. 22465 – contratto di mutuo: ai fini della valutazione dell'usura devono essere conteggiate anche le spese di assicurazione sostenute dal debitore per ottenere il credito.

La Corte di Cassazione, con [ordinanza n. 22465, pubblicata in data 6 agosto 2021](#), si è pronunciata sulla rilevanza delle spese di assicurazione sostenute dal debitore per ottenere il credito, ai fini della valutazione della natura usuraria del contratto di mutuo.

Sul punto la Corte ha chiarito che **«ai fini della valutazione della natura usuraria di un contratto di mutuo, devono essere conteggiate anche le spese di assicurazione sostenute dal debitore per ottenere il credito, in conformità con quanto previsto dall'art. 644, comma 4, c.p., essendo sufficiente che le stesse risultino collegate alla concessione del credito, fermo restando che la sussistenza del collegamento può essere dimostrata con qualunque mezzo di prova ed è presunta nel caso di contestualità tra la spesa di assicurazione e l'erogazione del mutuo»**.

Corte di Cassazione, 19 luglio 2021, n. 20633 – contratto di fideiussione: l'applicabilità della disciplina consumeristica al contratto di fideiussione dipende solo dai requisiti soggettivi delle parti ed è indipendente dal contratto principale.

La Corte di Cassazione, con [ordinanza n. 20633, pubblicata in data 19 luglio 2021](#), si è pronunciata in materia di applicabilità della disciplina consumeristica al contratto di fideiussione accedente ad un contratto di impresa.

La Corte ha anzitutto ricordato il proprio orientamento, secondo cui *«i requisiti soggettivi di applicabilità della disciplina legislativa consumeristica in relazione ad un contratto di fideiussione stipulato in favore di un professionista devono essere valutati con riferimento alle parti dello stesso (e non già del distinto contratto principale)»*.

La Corte ha poi precisato che *«ove la prestazione di garanzia non si configuri come esercizio di un'attività professionale, anche se resa da un professionista, non viene meno la qualità di consumatore del fideiussore e la fattispecie non si sottrae perciò all'applicazione della disciplina consumeristica ed in particolare all'applicazione del foro del consumatore»*.

Corte di Cassazione, 15 luglio 2021, n. 20251 – intermediazione finanziaria: l'intermediario in conflitto di interessi può porre in essere l'operazione solo dopo aver informato il cliente del conflitto ed aver raccolto il suo consenso allo svolgimento dell'operazione; consenso che può essere anche tacitamente espresso.

La Corte di Cassazione, con [sentenza n. 20251, pubblicata in data 15 luglio 2021](#), si è pronunciata in tema di responsabilità dell'intermediario che agisca

in conflitto di interessi, interpretando gli artt. 21, comma 1-bis TUF e 23, comma 3, Regolamento congiunto Banca d'Italia-Consob del 29 ottobre 2007, vigenti all'epoca dei fatti (2008).

La Corte ha preliminarmente chiarito che, al fine di valutare la sussistenza della responsabilità dell'intermediario in conflitto di interessi nei confronti del cliente, è necessario soffermarsi sul citato art. 23, comma 3, Regolamento congiunto Banca d'Italia-Consob del 29.10.2007, il quale, nel conformarsi alla direttiva MIFID I (Dir. CEE 21 aprile 2004, n. 2004/39/CE), non prevedeva più alcun obbligo di astensione per l'intermediario in conflitto di interessi, ma che *«quando le misure adottate ai sensi del comma 2 non sono sufficienti per assicurare, con ragionevole certezza, che il rischio di nuocere agli interessi dei clienti sia evitato, **gli intermediari informano chiaramente i clienti**, prima di agire per loro conto, della natura e/o delle fonti dei conflitti affinché essi possano assumere una decisione informata sui servizi prestati, tenuto conto del contesto in cui le situazioni di conflitto si manifestano»*.

Sul punto la Cassazione ha precisato che *«l'art. 23 Reg. congiunto, nel testo applicabile alla specie, **non ha affatto abdicato al principio "disclose or abstain"** alla base della previgente disciplina del conflitto di interesse risultante dall'art. 27 Reg. Consob 1° luglio 1998, n. 11522, ma nel quadro di una riorganizzazione di essa fondata sul principio della prevenzione si è passati, quanto alla posizione dell'investitore, da un'impostazione basata sul principio del consenso espresso ad un'impostazione basata ora sul **principio del consenso tacito**»*.

Al riguardo la Corte ha argomentato come segue:

- a) *«in ragione dei mutamenti che attraversano senza sosta il mercato finanziario e che rendono il conflitto di interessi una dimensione potenzialmente presente in qualunque contrattazione finanziaria, l'intento dei riformatori si è infatti indirizzato in direzione di un'attualizzazione della relativa disciplina per mezzo principalmente di un'accresciuta responsabilizzazione degli intermediari, chiamati, qui, come già più in generale previsto dall'art. 21, comma 1-bis, TUF, ad adottare "ogni misura ragionevole per identificare i conflitti di interesse che potrebbero insorgere con il cliente o tra clienti" (art. 23, comma 1) e a gestire "i conflitti di interessi anche adottando idonee misure organizzative ... da evitare che tali conflitti incidano negativamente sugli interessi dei clienti" (art. 23, comma 2); e ciò non senza, però, fare nel contempo salva l'avvertenza che "quando le misure adottate ai sensi dell'art. 2 non sono sufficienti per assicurare, con ragionevole certezza che il rischio di nuocere agli interessi dei clienti sia evitato, gli intermediari informano chiaramente i clienti, prima di agire per loro conto, della natura generale e/o delle fonti dei conflitti affinché essi possano assumere una decisione informata sui servizi prestati, tenuto conto del contesto in cui le situazioni di conflitto si manifestano" (art. 23, comma 3) »;*
- b) *«quest'ultima disposizione rafforza la convinzione che l'intermediario che intenda promuovere la conclusione di un'operazione in conflitto di*

interessi deve informarne previamente il cliente (“gli intermediari informano chiaramente i clienti prima di agire per loro conto”) e solo dopo averne ottenuto il consenso (“possano assumere una decisione informata”) l'operazione può avere seguito»;

- c) *«è vero, a questo riguardo, che la norma non ne fa cenno, ma la prestazione del consenso è implicitamente presupposta dalla circostanza che l'intermediario non può agire se non dopo aver posto il cliente nella condizione di prendere una decisione informata, che non può che essere perciò espressione di assenso da parte sua, dato che diversamente l'intermediario si troverebbe nella condizione di non potere portare a termine l'operazione»;*
- d) *«il passaggio normativo rilevante sta (...) nel fatto non già che l'intermediario possa prescindere dal consenso dell'investitore, ma **che quel consenso che in precedenza doveva essere prestato in forma espressa oggi può essere manifestato anche per mezzo di un comportamento concludente**, quale è da ravvisarsi nel fatto che l'investitore, debitamente notiziato della conflittualità dell'operazione, non si opponga ad essa e ne autorizzi così tacitamente la conclusione».*

Tribunale di Mantova, 6 agosto 2021 – contratto di fideiussione omnibus: la nullità che potrebbe colpire il contratto di fideiussione omnibus asseritamente contrario alla normativa antitrust è solo parziale.

Il Tribunale di Mantova, con [sentenza in data 6 agosto 2021](#), si è pronunciato sul dibattuto tema della validità delle fideiussioni omnibus per presunta contrarietà alla normativa antitrust e, in particolare, sul tipo di nullità – parziale o integrale – che, in ipotesi, potrebbe colpire tali contratti.

Il Tribunale ha subito chiarito che *«il tipo di nullità che colpirebbe la fideiussione sarebbe in ogni caso solo parziale e non già integrale poiché il nostro codice conosce il favor nella conservazione degli atti nulli riservando la nullità totale ai soli casi di più grave violazione al punto che l'intero contratto non sarebbe stato voluto dalle parti senza l'apposizione delle clausole colpite dalla nullità».*

Il Giudice ha quindi chiarito che, nella specie, *«che le parti avessero interesse al rilascio della fideiussione anche senza l'applicazione delle tre clausole censurate di violazione della normativa antitrust appare dall'esame complessivo dei rapporti. La banca certamente avrebbe rilasciato la garanzia, anche se ridotta delle clausole nulle, perché in ogni caso più garantita da una fideiussione, anche se priva di quelle tre clausole, piuttosto che dal non avere alcuna garanzia fideiussoria a copertura del mutuo erogato alla società garantita. I fideiussori avevano certamente interesse a rilasciare la garanzia alla banca per veder ulteriormente finanziata la loro società visto che in alternativa la società non avrebbe ottenuto la erogazione della somma data a mutuo».*

Ne segue che «*la fideiussione mantiene (...) appieno la sua giustificazione causale anche se rilasciata priva di quelle tre clausole*».

II. DIRITTO SOCIETARIO E COMMERCIALE

Sezioni Unite, Corte di Cassazione, 30 luglio 2021, n. 21970 – fusione per incorporazione: la società incorporata si estingue e non può iniziare un giudizio in persona del suo ex amministratore; in tal caso, tuttavia, la società incorporante può spiegare intervento in corso di causa ex art. 105 c.p.c.

La Corte di Cassazione, con [sentenza n. 21970, pubblicata in data 30 luglio 2021](#), si è pronunciata in tema di legittimazione processuale della società incorporata a seguito di fusione societaria, cancellata dal registro delle imprese.

Inquadrata la fusione tra le «operazioni c.d. straordinarie» e premesso che «*le modificazioni che possono interessare il soggetto collettivo e la sua attività, pur nella permanenza dei soci e dell'impresa economica sul mercato, [che] sono varie e di diversa intensità, da minima a massima*», la Corte ha affermato che «*[ai] sensi dell'art. 2501 cod. civ., la fusione si attua mediante la costituzione di una nuova società o mediante l'incorporazione in una società di una o più altre. La peculiarità dell'operazione, analogamente alla scissione, sta nella prosecuzione dei soci nell'attività d'impresa mediante una diversa struttura organizzativa, una volta, evidentemente, venuto meno l'interesse, l'utilità o la possibilità di perseguirla con la società dapprima partecipata. Sebbene i soci e i patrimoni dei conferenti restino sempre i medesimi che, a suo tempo, avevano concorso all'originario progetto economico mediante la costituzione della primigenia società, si ha che, in séguito, il perseguimento delle finalità economico-patrimonial-finanziarie, nell'esercizio dell'autonomia negoziale garantita dall'art. 41 Cost. avrà indotto ad una riorganizzazione di quella impresa, ancora più radicale rispetto ad altre*».

Ed invero, - «*al contrario che nello scioglimento e liquidazione della società - con la fusione l'operazione economica [ha] il significato opposto: non l'uscita dal mercato, ma la permanenza dei soci sul medesimo, sia pure in forme diverse. E, tuttavia, occorre pur ragionare se la società originaria - sia essa liquidata, incorporata o fusa - a séguito della cancellazione dal registro delle imprese si estingua come organizzazione e come soggetto dell'ordinamento giuridico, oppure no*».

La Corte ha, poi, riscontrato che «*[a] riguardo dell'operazione di fusione, un certo disorientamento si è creato all'interno della Corte, donde la rimessione alle Sezioni unite*», stanti le diverse teorie in ordine alla natura della fusione:

- a) «**[I]a tesi della natura evolutivo-modificativa con sopravvivenza della società incorporata o fusa** (...) secondo cui, ai sensi del nuovo art. 2504-bis cod. civ., la fusione tra società non determina, nelle ipotesi di fusione per incorporazione, l'estinzione della società incorporata, né crea un nuovo soggetto di diritto nell'ipotesi di fusione paritaria, ma attua l'unificazione mediante l'integrazione reciproca delle società partecipanti

alla fusione, risolvendosi in una vicenda meramente evolutivo-modificativa dello stesso soggetto giuridico, che conserva la propria identità, pur in un nuovo assetto organizzativo»;

- b) «[I]a tesi dell'estinzione con effetto devolutivo -successorio (...)**
secondo cui, ove la società sia incorporata in altra, la legittimazione attiva all'impugnazione spetta alla società incorporante».

La Corte ha osservato che «il legislatore interno non ha dettato una disposizione specifica volta alla qualificazione giuridica della fusione societaria, né ha indicato i suoi effetti sul piano soggettivo. La ricostruzione del sistema positivo esige l'esame, condotto mediante i criteri ermeneutici imposti dall'art. 12 delle preleggi, della disciplina complessiva della fusione e degli elementi normativi evincibili dal sistema del codice civile e delle leggi speciali, in una col diritto interno dovendosi, altresì, tenere conto delle direttive comunitarie ed eurounitarie, trattandosi di materia armonizzata».

La Corte, pertanto, ha ripercorso l'evoluzione legislativa dell'art. 2504-bis c.c., affermando che «le tesi [di cui sopra] sono state ispirate dal testo letterale - ante e post riforma del diritto societario, introdotta dal d.lgs. n. 6 del 2003 - dell'art. 2504-bis cod. civ. L'art. 2502, comma 4, del codice civile del 1942 prevedeva che «la società incorporante o quella che risulta dalla fusione assume i diritti e gli obblighi delle società estinte». Si affermava dunque senz'altro - sul solco dell'elaborazione risalente al codice di commercio del 1882, che faceva riferimento, in tema di fusione, alle società che «cessano di esistere» (art. 194, comma 2) ed alle «società estinte» (art. 196) - che la fusione societaria realizza un fenomeno di successione a titolo universale, in virtù del quale si determina l'estinzione della società incorporata (in caso di fusione per incorporazione) o di tutte le società fuse (in caso di fusione propria) e la successione, rispettivamente della società incorporante o della nuova società risultante dalla fusione, in tutti i rapporti giuridici. Nella successiva evoluzione, l'art. 2504-bis, comma 1, cod. civ., introdotto dall'art. 13 d.lgs. 16 gennaio 1991, n. 22, dispose, sugli effetti della fusione, che «[I]a società che risulta dalla fusione o quella incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle società estinte». Il legislatore, peraltro, in tale occasione ritenne che non fosse suo compito prendere posizione sulla natura giuridica della fusione (...). La disposizione attuale, introdotta dal d.lgs. n. 6 del 2003, recita sugli «Effetti della fusione»: «La società che risulta dalla fusione o quella incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle società partecipanti alla fusione, proseguendo in tutti i loro rapporti, anche processuali, anteriori alla fusione»».

«Su tale diversa formulazione, taluni studiosi (...), hanno ritenuto di fondare la tesi della natura non estintiva della società incorporata o fusa in forza della fusione (...). Orbene, la detta modifica letterale è alquanto anodina allo scopo di fondare una tesi così radicale, qual è quella della vita sempiterna della società incorporata o fusa, che permarrrebbe ad aeternum nonostante la irreversibile riorganizzazione - materiale e giuridica - operata».

«Ancor più stridente, sul piano sistematico, è la conclusione della mancata estinzione e permanenza, come soggetto giuridico, della società incorporata, se si considera l'innovativa - questa sì - soluzione sancita nel contempo dall'art. 2495, comma 2, cod. civ., in caso di cancellazione della società dal registro delle imprese. (...) Il punto qui di rilievo è un altro: ovvero che, nel mentre la scelta del legislatore della riforma societaria è stata quella, drastica, dell'estinzione dell'ente dopo la cancellazione dal registro delle imprese ai sensi dell'art. 2495 cod. civ., per la fusione si pretenderebbe il contrario, quanto alla società incorporata o fusa, che pur abbia provveduto - a séguito dell'iscrizione dell'atto di fusione ai sensi dell'art. 2504 cod. civ. - alla cancellazione dal registro delle imprese (...). Sarebbe, dunque, distonico con il sistema ordinamentale delle società escludere l'effetto estintivo, nonostante la nuova situazione del registro delle imprese, ed ipotizzare un'eccezione così radicale, come quella della permanenza in vita della società incorporata o fusa, dalle parole della nuova disposizione, non sorrette da nessun altro elemento di sistema».

La Corte ha, inoltre, ricordato che l'assunto per cui «la fusione sia inquadrabile tra le vicende modificative dell'atto costitutivo delle società partecipanti è senz'altro corretto, ma questo non è, tuttavia, l'unico effetto della fusione: il fatto che la (diversa) società, incorporante o risultante dalla fusione, assuma i diritti e gli obblighi delle società interessate sta in sé ad indicare che gli effetti sono certamente più pregnanti di quelli riconducibili ad una semplice modificazione dell'atto costitutivo. Tutti i rapporti giuridici, attivi e passivi, vengono ormai imputati ad un diverso soggetto giuridico, la società incorporante, e la società incorporata viene cancellata dal registro delle imprese».

La Corte ha, inoltre, argomentato che, «se tutti i rapporti passano ad altro soggetto, con cancellazione dal registro delle imprese, quello primigenio non si conserva, ma si estingue. Ora, se nessuna posizione giuridica soggettiva residua in capo alla società incorporata, non ha significato affermare la permanenza di un soggetto, privo di rapporti o situazioni soggettive di sorta nella propria sfera giuridica, ivi compreso quello con chi lo rappresenti o determini; la sua permanenza nell'ambito dell'ordinamento giuridico, senza poter essere titolare di posizioni giuridiche soggettive attive e passive, si ridurrebbe a quella di un'entità astratta. Le società incorporate o fuse non restano, pertanto, soggetti del mercato, non le si vede ciononostante proporre cause civili o esservi convenute. Se così non fosse, si potrebbe ad esempio giungere ad ammettere in giudizio una difesa duplice, ed anche contraddittoria, in relazione alle medesime posizioni soggettive, da parte dell'incorporata e dell'incorporante: come potrebbe ben accadere sul piano degli interessi sostanziali, visto che i soci della prima resterebbero, allora, quelli che tali erano al momento dell'atto di fusione, mentre i soci dell'incorporante sarebbero anche altri e sempre variabili, potendo quindi rappresentare posizioni di interesse difforni rispetto ad uno stesso rapporto giuridico. Non ha dunque pregio sostenere che, nonostante la completa "rivoluzione" o (...) "dissoluzione" aziendale (...) l'ente, come soggetto giuridico, permanga sul mercato e sia titolare di diritti ed obblighi».

Secondo la Corte «occorre in definitiva concludere che, **dal momento dell'iscrizione della cancellazione della società incorporata dal registro delle imprese, questa si estingue**, quale evento uguale e contrario all'iscrizione della costituzione di cui all'art. 2330 cod. civ.; restano le persone fisiche - amministratori, sindaci, dipendenti, soci - che perdono, però, tale veste, ove non vengano riassorbiti nella società incorporante o risultante dalla fusione».

In altri termini, «non si prospetta una mera vicenda modificativa, ricorrendo invece una vera e propria dissoluzione o estinzione giuridica, contestuale ad un fenomeno successorio. **La fusione realizza una successione a titolo universale** corrispondente alla successione mortis causa e **produce gli effetti**, tra loro interdipendenti, **dell'estinzione della società incorporata e della contestuale sostituzione a questa, nella titolarità dei rapporti giuridici attivi e passivi, anche processuali, della società incorporante**, che rappresenta il nuovo centro di imputazione e di legittimazione dei rapporti giuridici già riguardanti i soggetti incorporati. La successione universale, come vicenda giuridica, ben si attaglia invero anche a quella fra enti, avente ad oggetto un patrimonio unitariamente considerato e non soltanto elementi che lo compongono».

Ne consegue che «**la prosecuzione dei rapporti giuridici nel soggetto unificato fonda la legittimazione attiva dell'incorporante ad agire e proseguire nella tutela dei diritti e la sua legittimazione passiva a subire e difendersi avverso le pretese altrui, con riguardo ai rapporti originariamente facenti capo alla società incorporata**; viceversa quest'ultima, non mantenendo la propria soggettività dopo l'avvenuta fusione e la cancellazione dal registro delle imprese, neppure vanta una propria autonoma legittimazione processuale attiva o passiva».

La Corte ha poi sostenuto che «nel caso della fusione, dunque, **è la legge stessa a disporre, mediante l'art. 2504-bis cod. civ., che il processo non debba essere interrotto**: ma ciò non perché la società incorporata, fusa o scissa sia ancora esistente, ma semplicemente perché la incorporante, la società risultante dalla fusione o le società beneficiarie sono, di volta in volta, i soggetti divenuti titolari sia di quel rapporto sostanziale, sia del corrispondente c.d. rapporto processuale, ossia del giudizio che quello abbia ad oggetto. La ratio degli artt. 299 ss. cod. proc. civ. conferma tale ricostruzione: posto che, se l'istituto dell'interruzione del processo mira a tutelare sia la parte colpita dall'evento interruttivo, sia la controparte, ai fini della migliore esplicazione del diritto di difesa di entrambe (art. 24 Cost.), tale esigenza non si avverte, o in ogni caso è ex lege recessiva, a fronte della superiore esigenza di continuità nei rapporti sostanziali e processuali, a fini di certezza. In tal modo, l'esclusione dell'interruzione del processo limita le conseguenze della fusione sul processo, dovendosi allora, ad onere della incorporante, provare soltanto tale sua qualità ai fini della legittimazione, ove intenda compiere atti processuali».

La Corte ha concluso che «non sussiste la facoltà di intraprendere un giudizio in capo al soggetto estinto per fusione. **Una società ormai estinta non è**

soggetto di diritti e neppure ha la capacità e la legittimazione processuale per farli valere, essendo stati trasferiti alla società incorporante o risultante dalla fusione. Ne deriva che, ove essa intraprenda un giudizio, ciò avviene sulla base di una valutazione operata dai precedenti organi, i quali però non sono ormai più tali, spettando una simile valutazione all'esclusiva titolare, la società incorporante, per mezzo del suo legale rappresentante. Se la perduranza di quei rapporti giuridici nel soggetto incorporante o unificato giustifica, da un lato, il medesimo ad agire per tutelarli, al fine di vedere realizzate le sue pretese, dall'altro lato non autorizza però la società incorporata o fusa a farle valere essa stessa. Non si dà dunque applicazione dell'istituto della ratifica degli atti compiuti dal falsus procurator, perché qui non è tale il rappresentante, ma diverso è l'effettivo titolare del diritto. Quest'ultimo, però, ha la facoltà di intervenire in giudizio, una volta che il medesimo sia stato ormai instaurato dal non legittimato».

Alla luce di quanto precede, le Sezioni Unite della Cassazione hanno affermato il seguente principio di diritto «[l]a fusione per incorporazione estingue la società incorporata, la quale non può dunque iniziare un giudizio in persona del suo ex amministratore, avendo facoltà la società incorporante di spiegare intervento in corso di causa, ai sensi dell'art. 105 cod. proc. civ., nel rispetto delle regole che lo disciplinano».

Tribunale di Brescia, 23 luglio 2021 – responsabilità degli amministratori: l'art. 2391, comma 5, c.c. non introduce nell'ordinamento un rimedio di carattere reale o idoneo a comportare la condanna dell'amministratore alla riversione dei profitti derivanti dall'opportunità d'affare sfruttata.

Il Tribunale di Brescia, con [decreto del 23 luglio 2021](#), si è pronunciato in tema di responsabilità degli amministratori ai sensi dell'art 2391, comma 5, c.c.

Anzitutto, il Tribunale ha premesso che «il quinto comma dell'art. 2391 c.c. - codificando la nuova ipotesi di responsabilità in commento nel quadro del riformato modello normativo di disciplina degli interessi degli amministratori di s.p.a. -, obbliga l'amministratore che utilizzi a vantaggio proprio o di terzi dati, notizie od "opportunità di affari" appresi nell'esercizio del suo incarico - ossia qualunque fatto o informazione (originati nella o dalla società, anche se non necessariamente rientranti nei piani d'impresa attualmente perseguiti), dal cui sfruttamento alla società sarebbe potuta derivare, secondo una valutazione prognostica, una "occasione" di profitto, la quale, viceversa, a causa del suo sfruttamento da parte dell'amministrazione o di terzi, è venuta a mancare in tutto o in parte - a rispondere dei "danni che siano derivati alla società" dalla suddetta condotta».

Il Tribunale ha poi affermato che «la dottrina ha espresso opinioni divergenti sulla portata innovativa o meno (e sul quantum di novità) del precetto introdotto dal legislatore della riforma nell'ultimo comma dell'art. 2391 c.c., taluni autori ritenendola una innovazione tutto sommato apparente, in quanto mera specificazione del più generale dovere di lealtà già gravante sull'amministratore, dato che ad essa non si accompagnano rimedi specifici, talaltri evidenziando gli aspetti problematici della sussunzione della condotta

descritta entro il paradigma generale tratteggiato dall'art. 2392 c.c. prima della novella legislativa, altri ancora valorizzando il contenuto peculiare del novellato dovere informativo. L'assoluta maggioranza degli autori è, in ogni caso, concorde nel ritenere che **la norma si limiti a prefigurare a carico dell'amministratore "solamente" una responsabilità per i danni che dalla violazione del divieto siano derivati alla società e che questa sia in grado di dimostrare, non introducendo, invece, nell'ordinamento un rimedio di carattere latu sensu reale o idoneo a comportare, così come previsto in altri ambiti o in altri ordinamenti, la condanna dell'amministratore alla riversione dei profitti derivanti dall'opportunità d'affare sfruttata a vantaggio proprio o di terzi».**

Il Tribunale ha anche sostenuto che «*tale impostazione, giustamente seguita dal primo giudice anche nel respingere l'applicazione analogica della tutela riconosciuta in via eccezionale dagli artt. 124 c.p.i. e 121-124 c.p.a., va condivisa in quanto conforme al dato normativo e coerente con lo stesso ordinamento, dovendosi tenere ben distinti il piano della natura della tutela apprestata - e la scelta del legislatore italiano di riconoscere nella specie la "mera" tutela risarcitoria pare chiara - da quello della commisurazione del "danno risarcibile", la cui difficile determinazione non giustifica, in mancanza di speciali previsioni normative, l'abbandono del principio di corrispondenza tra pregiudizio effettivamente patito e risarcimento necessario a rimuoverne gli effetti economici, tipico della funzione riparatoria che la responsabilità civile è chiamata a svolgere nel nostro sistema giuridico».*

Il Tribunale ha poi ricordato che «*[v]ero è che l'istituto in commento affonda le proprie origini nel sistem[a] di common law, ove è coniato come appropriazione di "corporate opportunities" e ove il tradimento del dovere fiduciario suscita una reazione particolarmente dura dell'ordinamento, comportando, a parte i rimedi demolitori, la retrocessione a favore del principale di qualsiasi profitto conseguito dal fiduciary, nonché, sul piano reale, l'attrazione del medesimo profitto all'interno di un constructive trust a favore del principal. Una simile scelta rimediale non è, tuttavia, stata operata dal nostro legislatore, che pure, in altri specifici ambiti, ha mostrato di ritenere necessarie forme eccezionali di tutela ispirate alla regola del disgorgement of profits».*

Il Tribunale ha concluso che «*tale strumento è funzionalmente caratterizzato da una intrinseca finalità sanzionatoria e, pertanto, necessita di apposita previsione normativa, mancando nel nostro ordinamento un principio generale di restituzione dell'arricchimento da inadempimento ed essendo estranea al sistema della responsabilità civile ogni finalità "punitiva", con la conseguenza che il potere di sanzionare, in difetto di una norma di legge, non può essere rimesso al giudice».*

III. DIRITTO DELLE PROCEDURE CONCORSUALI

Corte di Cassazione, 30 luglio 2021 n. 21991 – Opposizione allo stato passivo: al giudizio di opposizione allo stato passivo non si applicano le norme del codice di rito che disciplinano il giudizio d'appello.

La Corte di Cassazione, con [ordinanza n. 21991, pubblicata in data 30 luglio 2021](#), si è pronunciata sull'applicabilità della disciplina processuale del giudizio d'appello al procedimento di opposizione allo stato passivo, regolato dagli artt. 98 e 99 l.f.

La Suprema Corte ha, in primo luogo, chiarito che *«in conformità della consolidata giurisprudenza di questa Corte, l'opposizione allo stato passivo, regolata dagli artt. 98 e 99 l.f., non è equiparabile al giudizio d'appello, ancorché abbia natura impugnatoria, sicché non si applicano le norme dettate per il procedimento di gravame e la mancata comparizione della parte opponente, tempestivamente costituitasi, in un'udienza successiva alla prima, non può dar luogo a pronuncia di improcedibilità dell'opposizione»*.

Infatti, secondo la consolidata giurisprudenza della Corte, *«deve essere altresì rilevato che dall'art. 99 l.f. emerge chiaramente che l'opposizione allo stato passivo non è configurata come appello al provvedimento del giudice delegato, atteso che detta norma prevede che la sentenza del Tribunale, che decide sulla opposizione, può essere appellata nel termine di quindici giorni e che quella della Corte d'Appello, che decide sul gravame, può essere, a sua volta, impugnata con ricorso per cassazione nel termine di trenta giorni. Pertanto, a parte le deroghe previste dagli artt. 98 e 99, l.f., che per questo debbono essere considerate norme di carattere eccezionale e, come tali, non suscettibili di interpretazione analogica, il giudizio di opposizione alla esecuzione è regolato dalle norme del codice di rito che disciplinano il giudizio di primo grado»*, anche con riferimento alle norme che disciplinano la mancata comparizione delle parti costituite alle prime due udienze del giudizio (cfr. artt. 181 e 307 c.p.c.).

Infine, la Corte, con riferimento al carattere speciale delle norme di cui agli artt. 98 e 99 l.f. - le quali contengono alcune deroghe rispetto alle norme relative al giudizio ordinario di primo grado -, ha affermato che **le disposizioni ex art. 181 e 307 c.p.c. «non potrebbero ritenersi derogate dagli artt. 98 e 99 della legge fallimentare, dato che [questi ultimi] non contengono alcuna disposizione specifica che lo consenta»**. In particolare, l'art. 99 l.f. *«detta alcune regole particolari circa la istruzione dell'opposizione e la relativa sentenza, ma nessuna disposizione che costituisca deroga agli artt. 181 e 307 c.p.c.»*.

Corte di Cassazione, 29 luglio 2021 n. 21815 – Concordato preventivo con cessione di beni: la designazione della persona del liquidatore

giudiziale effettuata all'interno della proposta di concordato assume portata vincolante laddove sia rispettosa dei requisiti di professionalità e di indipendenza prescritti dalla legge fallimentare.

La Corte di Cassazione, con [ordinanza n. 21815, pubblicata in data 29 luglio 2021](#), si è pronunciata sul tema della nomina del liquidatore giudiziale nell'ambito del concordato preventivo con cessione di beni.

Nella fattispecie, il ricorrente aveva impugnato, ai sensi dell'art. 111 Cost., il decreto di omologa di un concordato preventivo emesso dal Tribunale di Milano, censurandolo nella parte in cui questo – senza «alcuna motivazione sul punto», ma limitandosi a dichiarare «opportuna la nomina di un collegio di liquidatori» - aveva disposto la «nomina dei liquidatori giudiziali, disattendendo il contenuto della domanda e del piano di concordato presentati dalla ricorrente società».

La Suprema Corte - nel richiamare i principi espressi dalla giurisprudenza di legittimità sul tema - ha affermato che:

- a) *«l'ampia formula del comma 1 dell'art. 182 legge fall. (...) depone chiaramente, in effetti, nel senso di **assegnare alla proposta concordataria anche la facoltà di scegliere la persona (o le persone) del liquidatore giudiziale**»;*
- b) *«nel difetto di indicazione da parte del debitore, la nomina del liquidatore risulta, in ogni caso, necessaria e non declinabile: con la conseguenza che, nella prospettiva della disciplina in discorso, il giudice viene a svolgere, tra l'altro, una funzione di "integrazione" dei contenuti della proposta concordataria»;*
- c) *«per il caso di compiuta indicazione del liquidatore nella proposta concordataria [...] il tribunale deve comunque controllare l'effettiva sussistenza, nella persona così indicata, dei requisiti di professionalità e di indipendenza di cui agli artt. 182, comma 2 e 28 l. fall.»;*
- d) *«in caso di mancato riscontro del possesso dei detti requisiti, il tribunale dovrà senz'altro procedere alla nomina di altra persona come liquidatore».*

Per contro, la Corte ha ritenuto non condivisibile l'orientamento di una parte della giurisprudenza di merito, secondo cui – aldilà della lettera della legge – la scelta della persona del liquidatore giudiziale spetterebbe comunque al Tribunale, a prescindere dalle eventuali indicazioni in concreto contenute nella proposta di concordato. Secondo la Corte *«tale opinione si manifesta, a ben vedere, frutto di un equivoco. Un conto è la scelta della persona del liquidatore, come rimessa (pur se entro certi limiti) all'eventuale decisione del debitore; un conto, ben diverso, è la nomina del liquidatore, come in ogni caso affidata al decreto del tribunale».*

«In realtà l'incarico di procedere alla liquidazione promana pur sempre dal decreto di omologa del concordato e da questo dipende: anche quando, cioè, l'indicazione della persona da nominare liquidatore provenga dal debitore, secondo quanto è per l'appunto reso possibile dalla norma dell'art. 182, comma 1, legge fall. Fonte diretta della nomina del liquidatore, pertanto, risulta comunque il decreto del Tribunale. **Ne segue che l'indicazione del debitore viene a rivestire i tratti e la portata della designazione vincolante: ove peraltro rimanga rispettosa, s'intende, dei già richiamati requisiti di professionalità e di indipendenza che sono prescritti dalla legge fallimentare.** È compito specifico del tribunale espletare le verifiche e i controlli occorrenti al riguardo. All'esito positivo dei quali il decreto del tribunale verrà a confermare, e recepire, la designazione effettuata dal debitore nella sua proposta».

Nella fattispecie in esame, il Tribunale di Milano aveva poggato la decisione di procedere alla nomina dei liquidatori «su non meglio precisate ragioni di opportunità, senza nemmeno preoccuparsi, peraltro, di vagliare la sussistenza – nella persona indicata dal debitore – dei requisiti di professionalità e di indipendenza stabiliti dalla legge». Alla luce di ciò, la Suprema Corte ha accolto il ricorso e cassato il provvedimento con rinvio al giudice di merito.

Corte di Cassazione, 23 luglio 2021 n. 21190 – Concordato preventivo in continuità aziendale: il piano di cui all'art. 161, co. 2, l. f., in quanto strumento per potere valutare l'attendibilità e praticabilità della proposta concordataria, deve contenere l'analisi delle modalità concrete di attuazione del risanamento del debitore.

La Corte di Cassazione, con [ordinanza n. 21190, pubblicata in data 23 luglio 2021](#), si è pronunciata in merito al contenuto del piano concordatario ex art. 161, co. 2, lett. e), l.f. presentato dal debitore e sulla sindacabilità dello stesso da parte del Tribunale.

In primo luogo, la Corte si è pronunciata sui **poteri del giudice in sede di giudizio sull'ammissibilità della proposta concordataria**, ribadendo che «la «**verifica di fattibilità comprende necessariamente anche un giudizio di idoneità, che va svolto rispetto all'assetto d'interessi ipotizzato dal proponente in rapporto ai fini pratici perseguiti dal concordato**»; che la conseguente verifica di realizzabilità va svolta nei «limiti della verifica della sussistenza o meno di una manifesta inettitudine a raggiungere gli obiettivi prefissati»; che **la proposta concordataria deve dunque ritenersi sempre sindacabile, ove la stessa risulti implausibile ovvero manifestamente priva di una ragionevole chance di successo**».

In secondo luogo, la Corte ha affrontato il tema del **contenuto del piano concordatario** e, in particolare, della necessità che esso contenga una dettagliata analisi in ordine alle concrete modalità di realizzazione del piano. La tesi del ricorrente era fondata sull'assunto secondo cui «la legge fallimentare impone all'imprenditore di descrivere "come" e "quando" intende pagare i creditori secondo le percentuali proposte. Egli deve, cioè, indicare le

risorse da mettere a disposizione dei creditori, le fonti di tali risorse e un dettagliato cronoprogramma da effettuare. Non di più e di altro». La Corte di Cassazione, nel respingere tale prospettazione, ha affermato che «la tesi del ricorrente, infatti, risulta coerente con una lettura della norma in cui la «descrizione analitica» dell'adempimento si ferma sulle mere modalità di esecuzione della prestazione di cui alla proposta, ivi pure esaurendosi in toto. Tuttavia, **funzione del piano è di fornire uno strumento per potere valutare l'attendibilità e praticabilità della proposta**, che viene formulata dal debitore: così da parte dei creditori, come pure, e prima ancora, da parte del tribunale».

Alla luce di tali premesse, la Corte ha concluso che «non può essere dunque dubbio che – nel contesto del tema delle «modalità dell'adempimento» [del piano concordatario] - **rilievo primario venga ad assumere non già il punto dell'esecuzione della prestazione in quanto tale, bensì quello attinente ai passaggi per mezzo dei quali la prestazione può diventare concretamente fattibile. E che, correlativamente, la prescrizione normativa in discorso - per il caso di concordato in continuità – richieda (...) l'«analisi delle modalità concrete di attuazione del risanamento»** e quindi la spiegazione relativa al «come» il debitore intende raggiungere concretamente il risultato che la proposta consegna ai creditori».