

Aggiornamento giurisprudenziale

n. 9 / 2022

DIRITTO BANCARIO E FINANZIARIO

Corte di Cassazione, 1° luglio 2022, n. 21008 – interest rate swap: il contratto di *interest rate swap* con *up front* (cioè con effettivo finanziamento iniziale da restituire) non è di per sé nullo per difetto o illiceità della causa, occorrendo verificare caso per caso il concreto assetto dei rapporti negoziali predisposto dalle parti.

Arbitro Bancario e Finanziario, 5 luglio 2022, n. 10192 – finanziamento contro cessione del quinto: in caso di estinzione anticipata di un finanziamento contro cessione del quinto, stipulato prima dell'entrata in vigore del decreto sostegni *bis*, gli oneri *up front* non devono essere rimborsati.

DIRITTO SOCIETARIO E COMMERCIALE

Corte di Cassazione, 3 agosto 2022, n. 24068 – società per azioni: l'amministratore di una società per azioni non può delegare a un terzo poteri di esclusiva spettanza degli amministratori.

DIRITTO DELLE PROCEDURE CONCORDATARIE

Corte di Cassazione, 18 agosto 2022, n. 24915 – insinuazione al passivo: tutte le domande che incidono sul patrimonio della società fallita devono essere proposte nelle forme dell'insinuazione al passivo.

Corte di Cassazione, 2 agosto 2022, n. 23980 – fallibilità della *start up* innovativa: il termine quinquennale di non assoggettabilità della *start up* innovativa a procedure concorsuali decorre dalla data di costituzione della società.

DIRITTO BANCARIO E FINANZIARIO

Corte di Cassazione, 1° luglio 2022, n. 21008 – interest rate swap: il contratto di *interest rate swap* con *up front* (cioè con effettivo finanziamento iniziale da restituire) non è di per sé nullo per difetto o illiceità della causa, occorrendo verificare caso per caso il concreto assetto dei rapporti negoziali predisposto dalle parti.

La Corte di Cassazione, con [ordinanza n. 21008, pubblicata in data 1° luglio 2022](#) si è pronunciata sul tema della validità dei contratti di *interest rate swap* con *up front*.

La Corte, richiamando la sentenza delle proprie Sezioni Unite n. 8770 del 12 maggio 2020, ha anzitutto ricordato che:

- a) *«l'interest rate swap è (...) definito come un derivato cd. over the counter (OTC) ossia un contratto: a) in cui gli aspetti fondamentali sono dati dalle parti e il contenuto non è etero-regolamentato come, invece, accade per gli altri derivati, cd. standardizzati o uniformi, essendo elaborato in funzione delle specifiche esigenze del cliente (per questo, detto bespoke); b) perciò non standardizzato e, quindi, non destinato alla circolazione; c) consistente in uno strumento finanziario rispetto al quale l'intermediario è tendenzialmente controparte diretta del proprio cliente»;*
- b) *«lo swap, per quanto appena detto, non ha le caratteristiche intrinseche degli strumenti finanziari, e particolarmente non ha la cd. negoziabilità, cioè quella capacità di rappresentare una posizione contrattuale in forme idonee alla circolazione, in quanto esso tende a non divenire autonomo rispetto al negozio che lo ha generato. Inoltre, benché siano stipulati nell'ambito della prestazione del servizio di negoziazione per conto proprio, ex articolo 23, comma 5, Tuf, nei derivati OTC l'intermediario stipula un contratto (con il cliente) ponendosi quale sua controparte. Posto che ... il rate swap è il contratto derivato che prevede l'impegno reciproco delle parti di pagare l'una all'altra, a date prestabilite, gli interessi prodotti da una stessa somma di denaro, presa quale astratto riferimento e denominato nozionale, per un dato periodo di tempo».*

La Corte ha altresì richiamato *«gli elementi essenziali di un interest rate swap (...) individuati, dalla (...) giurisprudenza di merito»*, e cioè: *«a) la data di stipulazione del contratto (trade date); b) il capitale di riferimento, detto nozionale (notional principal amount), che non viene scambiato tra le parti, e serve unicamente per il calcolo degli interessi; c) la data di inizio (effective date), dalla quale cominciano a maturare gli interessi (normalmente due giorni lavorativi dopo la trade date); d) la data di scadenza (maturity date o termination date) del contratto; e) le date di pagamento (payment dates), cioè quelle in cui sono scambiati i flussi di interessi; f) i diversi tassi di interesse (interest rate) da applicare al detto capitale».*

Tanto premesso in generale, con riferimento ai contratti di *interest rate swap non par* (ossia che presenta delle condizioni corrispettive iniziali squilibrate), la Corte ha precisato che *«lo squilibrio così emergente esplicitamente dal*

*negozio può essere riequilibrato con il pagamento, al momento della stipulazione, di una somma di denaro al soggetto che accetta le pattuizioni deteriori quindi misurabile) da esplicitare necessariamente ed indipendentemente dalla sua finalità di copertura (hedging) o speculativa», c.d. *up front*.*

Quanto, infine, alla validità dei contratti di *interest rate swap non par* con *up front*, la Corte, richiamando il proprio costante orientamento sul punto, ha chiarito che **il contratto di *interest rate swap* «con "*up front*" (cioè con **effettivo finanziamento iniziale da restituire**) non è di per sé nullo per difetto o illiceità della causa, occorrendo verificare caso per caso il concreto assetto dei rapporti negoziali predisposto dalle parti, sicchè il detto contratto deve ritenersi valido se la causa aleatoria del contratto di "*swap*" e quella del sottostante rapporto di finanziamento, pur collegate, restano autonome e distinte, senza risultare snaturate e senza comportare alcuna alterazione del rischio a carico dell'operatore commerciale».**

Arbitro Bancario e Finanziario, 5 luglio 2022, n. 10192 – finanziamento contro cessione del quinto: in caso di estinzione anticipata di un finanziamento contro cessione del quinto, stipulato prima dell'entrata in vigore del decreto sostegni *bis*, gli oneri *up front* non devono essere rimborsati.

L'Arbitro Bancario e Finanziario ("**ABF**"), con [decisione n. 10192, pubblicata in data 5 luglio 2022](#) si è pronunciato sul tema della rimborsabilità dei c.d. oneri *up front*, in caso di estinzione anticipata di un contratto di un finanziamento contro cessione del quinto, a seguito delle novità introdotte dal decreto sostegni *bis* (D.L. 25 maggio 2021, n. 73).

Al riguardo, l'ABF, dopo aver ricostruito il dibattito giurisprudenziale e dottrinale seguito alla sentenza della Corte di Giustizia Europea dell'11 settembre 2019 (c.d. *Lexitor*), ha ricordato che «*l'art. 11 octies del D.L. 25 maggio 2021, n. 73 (cd. decreto sostegni bis), come introdotto dalla legge di conversione 23 luglio 2021, n. 106 (in vigore dal 25 luglio 2021), ha modificato l'art 125 sexies del TUB prevedendo che, per i contratti stipulati successivamente all'entrata in vigore della Legge di conversione, in caso di estinzione anticipata del finanziamento, spetti al consumatore il rimborso "in misura proporzionale alla vita residua del contratto, degli interessi e di tutti i costi compresi nel costo totale del credito, escluse le imposte"*».

In particolare, «*il comma 2 del medesimo articolo così recita: "L'articolo 125-sexies del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, come sostituito dal comma 1, lettera c), del presente articolo, si applica ai contratti sottoscritti successivamente alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto. Alle estinzioni anticipate dei contratti sottoscritti prima della data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto continuano ad applicarsi le disposizioni dell'articolo 125-sexies del testo unico di cui al decreto legislativo n. 385 del 1993 e le norme secondarie contenute*

nelle disposizioni di trasparenza e di vigilanza della Banca d'Italia vigenti alla data della sottoscrizione dei contratti”».

Tanto premesso, l'ABF ha richiamato, ribadendolo, il principio espresso dal Collegio di Coordinamento, secondo cui «*in applicazione della Novella legislativa di cui all'art. 11-octies, comma 2°, ultimo periodo, d.l. 25 maggio 2021, n. 73, convertito in legge n. 106 del 23 luglio 2021, in caso di estinzione anticipata di un finanziamento stipulato prima della entrata in vigore del citato provvedimento normativo, deve distinguersi tra costi relativi ad attività soggette a maturazione nel corso dell'intero svolgimento del rapporto negoziale (c.d. costi recurring) e costi relativi ad adempimenti preliminari alla concessione del prestito (c.d. costi up front). Da ciò consegue la retrocedibilità dei primi e non anche dei secondi, limitatamente alla quota non maturata degli stessi in ragione dell'anticipata estinzione, così come meglio illustrato da questo Collegio nella propria decisione n. 6167/2014*».

DIRITTO SOCIETARIO E COMMERCIALE

Corte di Cassazione, 3 agosto 2022, n. 24068 – società per azioni: l'amministratore di una società per azioni non può delegare a un terzo poteri di esclusiva spettanza degli amministratori.

La Corte di Cassazione, con [sentenza n. 24068, pubblicata in data 30 agosto 2022](#) si è pronunciata in materia di delega dei poteri gestori a terzi da parte degli amministratori di società per azioni.

La Corte ha anzitutto premesso che: *«[a]vuto riguardo all'ordinamento delle società commerciali dotate di personalità giuridica e, quindi, di corrispondente limitazione della responsabilità, a seconda della forma individuata, quel che qui rileva evidenziare è che essa limitazione non può giammai rappresentare un escamotage per sottrarsi alla regola della responsabilità patrimoniale. Allo scopo sovengono, in primo luogo, i principi costituzionali, i quali, ora tutelando il lavoro in tutte le sue forme (art. 35, co. 1), ora l'iniziativa privata (art. 41), ora la proprietà, sia pubblica che privata (art. 42), ora il risparmio e l'accesso al diretto e indiretto investimento azionario (art. 47), impongono limiti, anche funzionali, all'ordinamento societario. Controlimiti, divieti, cautele, come largamente noto, dirette a scoraggiare o, perlomeno, smascherare abusi e travisamenti delle forme che garantiscono l'autonomia e, quindi, giustificano il privilegio della limitazione di responsabilità della persona giuridica societaria».*

La Corte ha chiarito, richiamando le norme codicistiche, che: *«[l]a gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale»* aggiungendo che *«[e]ssi sono promanazione diretta dell'assemblea dei soci (art. 283 cod. civ.), quindi, non solo frutto dell'azionariato maggiormente concentrato, costituente la maggioranza, ma anche del dibattito scaturito attraverso il confronto con l'azionariato di minoranza»* e che il consiglio di amministrazione *«sulla base delle informazioni ricevute valuta l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società; quando elaborati, esamina i piani strategici, industriali e finanziari della società; valuta, sulla base della relazione degli organi delegati, il generale andamento della gestione».*

La Corte, dunque, ha sostenuto come *«[l]'amministratore non può spogliarsi dei suoi poteri, ai quali corrispondono i doveri derivanti dal ruolo, delegando a terzi d'amministrare la società, così aggirando le norme (...), o, comunque, rendendo viepiù difficili verifiche, controlli e direttive»*, precisando però che ciò *«non impedisce all'amministratore di delegare a un terzo il compimento di uno o più atti o lo svolgimento d'una attività, purché attraverso la delega, per ampiezza, rilievo economico e durata nel tempo, non si ponga in essere un succedaneo del potere d'amministrare la società, assegnato dalla legge esclusivamente agli amministratori, i quali dell'esercizio di un tale potere sono chiamati a rispondere alla società».*

La Corte, pertanto, ha enunciato il seguente principio di diritto:
«[a]ll'amministratore di una società per azioni non è consentito delegare a un terzo poteri che, per vastità dell'oggetto, entità economica, assenza di precise prescrizioni preventive, di procedure di verifiche in costanza di mandato, facciano assumere al delegato la gestione dell'impresa e/o il potere di compiere le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale, di esclusiva spettanza degli amministratori».

DIRITTO DELLE PROCEDURE CONCORSUALI

Corte di Cassazione, 18 agosto 2022, n. 24915 – insinuazione al passivo: tutte le domande che incidono sul patrimonio della società fallita devono essere proposte nelle forme dell'insinuazione al passivo.

La Corte di Cassazione, con [sentenza n. 24915, pubblicata in data 18 agosto 2022](#), si è pronunciata in tema di necessario assoggettamento (ex art. 52 l.f.) al rito dell'insinuazione allo stato passivo di tutte le domande giudiziali proposte nei confronti della società fallita.

La Suprema Corte ha, in via preliminare, chiarito che **«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 mobili acquisiti all'attivo non discende dal principio di cui all'art. 24 L.F. -il quale risolve, più che altro, un problema di competenza riferito alla cognizione del tribunale fallimentare, specie in relazione a crediti del soggetto fallito-, ma è riconducibile al principio -dettato dall'art. 52 della stessa Legge- della obbligatorietà ed esclusività del procedimento di verifica del passivo, quale strumento di cognizione attribuito a un giudice, la cui individuazione è disancorata dai criteri ordinari in materia di competenza, derivando, invece, dalla stessa sentenza dichiarativa di fallimento. Il necessario assoggettamento delle pretese fatte valere verso il fallimento al procedimento di verifica dei crediti, non involge, dunque, un problema di competenza ma una questione di specialità del rito, con conseguente improponibilità della domanda eventualmente dedotta nella sede ordinaria, discendendo la devoluzione della controversia al foro fallimentare direttamente e inequivocabilmente dal combinato disposto degli artt. 52 e 93 L.F.»**.

La Corte ha pertanto statuito che **«l'art. 52, secondo comma, L.F, quindi viene a dettare una regola, in primo luogo, di specialità del rito, fissando il procedimento di verifica dello stato passivo quale strumento esclusivo di cognizione delle domande intese a ottenere il riconoscimento del diritto di partecipare al concorso o di un diritto restitutorio su beni acquisiti all'attivo. L'esclusività dell'accertamento del passivo si pone, quindi, non come effetto di quella vis attractiva che concerne il solo art. 24 L.F. bensì come conseguenza della creazione, ad opera del legislatore, di un rito speciale che risponde all'esigenza della unitarietà dell'accertamento dei crediti, e che, proprio per tale motivo, deve presentare carattere di esclusività. L'esclusività dell'accertamento del passivo, quindi, assoggetta le pretese dei creditori –e di coloro che rivendicano beni– ad un rito speciale che si caratterizza per un profilo di unitarietà che consente l'accertamento di tutte le pretese all'interno di un unico ambito procedurale ed assicura, tra l'altro, la partecipazione collettiva di tutti gli interessati»**.

La Corte ha infine concluso che l'insieme delle domande che vanno ad incidere sul patrimonio della fallita, sia aventi carattere restitutorio (in quanto finalizzate a sottrarre integralmente un bene alla massa attiva del fallimento) sia aventi carattere revocatorio (in quanto finalizzate a sottoporre il bene ad

iniziative esecutive) **«deve ritenersi assoggettato al rito speciale previsto per l'insinuazione allo stato passivo o per la rivendica di beni ex art. 93 L.F.».**

Corte di Cassazione, 2 agosto 2022, n. 23980 – fallibilità della start up innovativa: il termine quinquennale di non assoggettabilità della start up innovativa a procedure concorsuali decorre dalla data di costituzione della società.

La Corte di Cassazione, con [ordinanza n. 23980, pubblicata in data 2 agosto 2022](#), si è pronunciata sulla questione relativa alla determinazione del *dies a quo* dal quale decorre l'assoggettabilità a procedure concorsuali con riferimento alle *start up* innovative ai sensi dell'art. 25, comma 2, d.l. n. 179/2012.

Sul punto la Corte ha anzitutto chiarito che *«occorre dare atto che, come segnalato dalla Procura generale, vi è divergenza in dottrina circa l'individuazione del dies a quo del suddetto termine quinquennale, riferito da taluni alla data di iscrizione della start-up nell'apposita sezione speciale del registro delle imprese, da altri alla data di costituzione della società».*

Tanto premesso, la Cassazione ha superato l'impasse conseguente all'interpretazione della norma di cui all'art. 25, comma 2, d.l. n. 179/2012 statuendo il seguente principio di diritto: **«il termine quinquennale di non assoggettabilità della start up innovativa a procedure concorsuali diverse da quelle previste dal capo II della legge 27 gennaio 2012, n. 3 e succ. mod., ai sensi dell'art. 31 del d.l. n. 179 del 2012, convertito dalla l. n. 221 del 2012, decorre dalla data di costituzione della società, e non dalla data di deposito della domanda e della autocertificazione del legale rappresentante circa il possesso dei prescritti requisiti formali e sostanziali, cui consegue l'iscrizione nella sezione speciale delle start up innovative presso il Registro delle imprese, a norma dell'art. 25 del d.l. n. 179 del 2012».**