

Aggiornamento giurisprudenziale

n. 07 / 2023

DIRITTO BANCARIO E FINANZIARIO

Corte di Cassazione, 15 giugno 2023, n. 17158 – operazioni di investimento sottoscritte dall'operatore qualificato e obblighi dell'intermediario: nei contratti di intermediazione finanziaria, la dichiarazione formale di cui all'art. 31, comma 2, Reg. Consob n. 11522 del 1998 (...) in cui si affermi che la società (...) dispone della competenza ed esperienza richieste in materia di operazioni in strumenti finanziari, vale ad esonerare l'intermediario dall'obbligo di effettuare per suo conto ulteriori verifiche al riguardo, gravando sull'investitore l'onere di provare elementi contrari emergenti dalla documentazione già in possesso dell'intermediario.

Corte di Cassazione, 19 giugno 2023, n. 17465 – contratto quadro e relativi requisiti di forma e sostanza: nel vigore della legge n. 1 del 1991 e del Reg. Consob n. 5387 del 1991, l'indicazione del conto corrente da cui attingere la provvista per l'esecuzione di operazioni di investimento e del conto su cui depositare i titoli acquistati non costituisce un requisito di validità del contratto relativo alla prestazione di servizi di investimento.

DIRITTO SOCIETARIO E COMMERCIALE

Corte di Cassazione, 15 giugno 2023, n. 17151 – intestazione fiduciaria di partecipazione sociale: in caso d'intestazione fiduciaria di partecipazione sociale, sia pure attuata mediante una "catena" di diversi soggetti interposti reali, i numerosi passaggi di quote della fiduciante stessa non escludono la possibilità di ottenere, da parte del fiduciante, il risarcimento del danno per la violazione del pactum fiduciae, quale indebita cessione di quella partecipazione sociale a soggetti non titolari ed in violazione degli accordi pattuiti in precedenza sul ritrasferimento delle partecipazioni in questione.

DIRITTO DELLE PROCEDURE CONCORSUALI

Corte di Cassazione, 8 giugno 2023, n. 16311 – cessione d’azienda da parte della curatela fallimentare: il fatto che la cessione dell’azienda sia avvenuta in esito a una procedura competitiva o per effetto di un accordo transattivo con la curatela fallimentare non è rilevante, dal momento che a detto trasferimento si applica in ogni caso l’art. 105, co. 4, l.f.; l’acquirente - in assenza di una diversa convenzione - non risponde dei debiti aziendali sorti antecedentemente al trasferimento.

Corte di Cassazione, 15 giugno 2023, n. 17092 – concordato preventivo in continuità aziendale: il concordato preventivo è qualificabile in continuità aziendale, ai sensi dell’art. 186-*bis* l.f., se l’azienda è in esercizio, tanto al momento dell’ammissione al concordato, quanto al successivo trasferimento cui essa deve essere dichiaratamente destinata, non rilevando, invece, come causa ostativa all’ammissione della proposta concordataria, l’eventuale intervenuta modificazione di una parte dell’attività produttiva.

DIRITTO BANCARIO E FINANZIARIO

Corte di Cassazione, 15 giugno 2023, n. 17158 – operazioni di investimento sottoscritte dall'operatore qualificato e obblighi dell'intermediario: nei contratti di intermediazione finanziaria, la dichiarazione formale di cui all'art. 31, comma 2, Reg. Consob n. 11522 del 1998 (...) in cui si affermi che la società (...) dispone della competenza ed esperienza richieste in materia di operazioni in strumenti finanziari, vale ad esonerare l'intermediario dall'obbligo di effettuare per suo conto ulteriori verifiche al riguardo, gravando sull'investitore l'onere di provare elementi contrari emergenti dalla documentazione già in possesso dell'intermediario.

Con sentenza n. 17158, emanata il 15 giugno 2023, la Corte di Cassazione richiama una affermazione **«stabilmente invalsa (...) nella giurisprudenza di questa Corte»** in tema di **«obblighi imposti all'intermediario in relazione alle operazioni di investimento che vengono concluse suo tramite»**.

La Suprema Corte, in questa sede, **torna a disconoscere l'argomento («ripetutamente smentito») che trae origine da una «interpretazione formalistica dell'art. 31 regolamento intermediari»,** il quale fonderebbe sugli **«obblighi di diligenza più generalmente gravanti sull'intermediario»,** un obbligo di costui a **«valutare l'effettiva sussistenza o meno dell'esperienza e della competenza»** in capo all'investitore, **nonostante una «dichiarazione liberatoria»** da parte di quest'ultimo.

Per definire la linearità del proprio ragionamento, la Cassazione cita una precedente pronuncia della medesima Corte (Cass., Sez. I, n. 8343/2018) la quale si esprime chiaramente affermando che **«nei contratti di intermediazione finanziaria, la dichiarazione formale di cui all'art. 31, comma 2, Reg. Consob n. 11522 del 1998 (applicabile "rationae temporis"), sottoscritta dal legale rappresentante, in cui si affermi che la società amministrata dispone della competenza ed esperienza richieste in materia di operazioni in strumenti finanziari, vale ad esonerare l'intermediario dall'obbligo di effettuare per suo conto ulteriori verifiche al riguardo, gravando sull'investitore l'onere di provare elementi contrari emergenti dalla documentazione già in possesso dell'intermediario»**.

Da qui, in conclusione, **«consegue che in giudizio, sul piano probatorio, l'esistenza dell'autodichiarazione è sufficiente ad integrare una prova presuntiva semplice della qualità di investitore qualificato in capo alla persona giuridica, gravando su quest'ultima l'onere di allegare e provare specifiche circostanze dalle quali emerga che l'intermediario conosceva, o avrebbe dovuto conoscere con l'ordinaria diligenza, l'assenza di dette competenze ed esperienze pregresse»**.

Corte di Cassazione, 19 giugno 2023, n. 17465 – contratto quadro e relativi requisiti di forma e sostanza: nel vigore della legge n. 1 del 1991 e del Reg. Consob n. 5387 del 1991, l'indicazione del conto corrente da cui attingere la provvista per l'esecuzione di operazioni di investimento e del conto su cui depositare i titoli acquistati non costituisce un requisito di validità del contratto relativo alla prestazione di servizi di investimento.

La Corte di Cassazione, con ordinanza n. 17465 del 19 giugno 2023, è intervenuta esprimendo importanti principi in tema di validità, sia formale che sostanziale, del contratto quadro che presiede le operazioni di investimento. Facendo applicazione della legge n. 1/1991 in materia di intermediazione mobiliare, la Suprema Corte chiarisce innanzitutto che il rapporto tra investitore e intermediario è regolato da *«un contratto scritto nel quale siano indicati la natura dei servizi forniti, le modalità di svolgimento dei servizi stessi e l'entità e i criteri di calcolo della loro remunerazione, nonché le altre condizioni particolari convenute con il cliente»*, aggiungendo che, ai sensi della stessa legge, una *«copia del contratto deve essere consegnata (...) al cliente»*.

Subito dopo, la Cassazione richiama il Regolamento attuativo Consob n. 5387 del 1991 per specificare che tale contratto è atto a contenere altresì *«l'esistenza di eventuali obblighi di deposito di titoli o di copertura in contanti previsti dalla vigente normativa per l'esecuzione delle operazioni di borsa»*.

Da tali premesse la Corte trae la conseguenza secondo cui il contratto quadro di cui si parla *«può prevedere l'indicazione di un conto corrente destinato alla regolazione delle operazioni di investimento ordinate dal cliente e di un conto deposito titoli destinato alla custodia dei titoli acquistati»*; senonché, aggiunge la Cassazione, questi ultimi elementi *«non costituiscono un requisito essenziale di tale contratto»*, potendo ben accadere che *«le singole operazioni di investimento siano disciplinate (...) secondo istruzioni impartite volta per volta dall'investitore»*, poiché trattasi di *«elementi che le parti sono libere di inserire o meno»* all'interno del *«documento contrattuale destinato alla disciplina della prestazione dei servizi di investimento»*.

A ulteriore supporto di quanto detto, la Corte di Cassazione osserva che le principali caratteristiche dell'attività di intermediazione finanziaria si sostanziano nella *«velocità degli scambi e (l')immediatezza dell'esecuzione degli ordini»*, che a loro volta esigono *«flessibilità e semplificazione»*, le quali verrebbero *«irragionevolmente sacrificate»* da una eventuale previsione qualificante le *«modalità di approvvigionamento della provvista e di conservazione dei titoli di credito acquistati»* come **elementi necessari** del contratto.

In ultimo luogo, la Suprema Corte si è pronunciata riguardo la necessità di rispettare il requisito della forma scritta al fine di apportare valide modifiche al contratto quadro, chiarendo che tale esigenza sussiste esclusivamente

nell'ipotesi in cui le novità «**incidono direttamente sulla causa o sull'oggetto dello stesso o tali per specifica volontà delle parti**».

La ragione di tale considerazione, a detta della stessa Corte di Cassazione, risiede nella opportunità di intendere il requisito formale in senso «**funzionale**», e cioè «*avuto riguardo alla **finalità di protezione dell'investitore***», tale per cui il requisito può ritenersi rispettato laddove «*il contratto sia **redatto per iscritto e ne sia consegnata una copia al cliente, ed è sufficiente che vi sia la **sottoscrizione di quest'ultimo*****».

Corte di Cassazione, 15 giugno 2023, n. 17151 – intestazione fiduciaria di partecipazione sociale: in caso d'intestazione fiduciaria di partecipazione sociale, sia pure attuata mediante una "catena" di diversi soggetti interposti reali, i numerosi passaggi di quote della fiduciante stessa non escludono la possibilità di ottenere, da parte del fiduciante, il risarcimento del danno per la violazione del *pactum fiduciae*, quale indebita cessione di quella partecipazione sociale a soggetti non titolari ed in violazione degli accordi pattuiti in precedenza sul ritrasferimento delle partecipazioni in questione.

La Corte di Cassazione, con ordinanza n. 17151, pubblicata in data 15 giugno 2023 si è pronunciata della possibilità o meno per il fiduciante di richiedere, da un lato, l'accertamento dell'effettiva proprietà di alcune quote societarie oggetto di trasferimento fiduciario e, dall'altro, il risarcimento del danno, nel caso di violazione del *pactum fiduciae*, ovvero dell'accordo alla base di un trasferimento fiduciario delle suddette quote.

La Corte di Cassazione ha preliminarmente ricordato che *«l'interposizione reale mediante ripetuti passaggi fiduciari ai soggetti più disparati, siano essi persone fisiche o giuridiche, è ammissibile e si inquadra nell'istituto dell'intestazione fiduciaria delle partecipazioni sociali, non escludendo invero certamente la riconducibilità pur sempre al medesimo interponente della titolarità della quota o del pacchetto azionario di riferimento, l'esistenza di ulteriori passaggi e titolarità indirette dello stesso, purché, naturalmente, adeguatamente dimostrati»*.

La Corte ha dunque proseguito, richiamando il proprio orientamento (Cass. 14 febbraio 2018, n. 3656), in base al quale *«come in ambito civilistico, anche per l'intestazione fiduciaria di partecipazioni societarie vale quanto osservato in modo sintetico e descrittivo in dottrina, secondo cui **la posizione del fiduciario è caratterizzata da un potere giuridico eccedente il suo scopo**, dato il divario tra ciò che a lui è "giuridicamente possibile" e ciò che invece è "giuridicamente consentito". Ciò perché **l'intestazione delle partecipazioni al fiduciario è strumentale ai fini esclusivi perseguiti dal fiduciante**, tipica dell'istituto essendo, inoltre, non una conflittualità ricomposta degli interessi, ma la convergenza di questi, ogni decisione venendo, di necessità, assunta nell'interesse essenziale del fiduciante»*.

L'intestazione fiduciaria di partecipazioni sociali, aggiunge la Corte, è qualificabile *«come **contratto unitario avente una causa propria, species del genus agire per conto altrui**, in cui **la causa non risiede né nel trasferimento del bene, né nella sostituzione al mandante ai fini del compimento di specifici atti, ma nella combinazione dei due momenti, in vista dell'obiettivo della c.d. spersonalizzazione della proprietà»***.

La Corte di Cassazione ha dunque fatto riferimento ad alcuni suoi precedenti in materia in cui ha chiarito che:

- i. «*varie sono, nella prassi, le modalità tecniche per realizzare l'interposizione reale: con riguardo al diritto comune dei contratti, le Sezioni unite (Cass., sez. un., 6 marzo 2020, n. 6459) ricordano che il **negozio fiduciario "si presenta non come una fattispecie, ma come una casistica: all'unicità del nome corrispondono operazioni diverse per struttura, per funzione e per pratici effetti". Può darsi, infatti, un atto di alienazione dal fiduciante al fiduciario; un acquisto compiuto dal fiduciario in nome proprio con denaro del fiduciante***»;
- ii. «*nell'intestazione fiduciaria ordinaria, **titolare della quota è solo il fiduciario, ai più vari fini**: è suo il diritto di sottoscrivere le azioni in occasione dell'aumento del capitale; la legittimazione a impugnare le deliberazioni assembleari; la legittimazione a far valere il diritto di prelazione ai sensi di statuto, o a percepire i dividendi erogati dalla società; (...)*»;
- iii. «*il **fiduciario è, peraltro, obbligato a riversare al fiduciante i dividendi maturati sulla quota o sulle azioni, onde la sua inesecuzione costituisce inadempimento**, con tutte le conseguenze dettate per tale fattispecie dal diritto delle obbligazioni e l'irrelevanza di situazioni di buona fede o mala fede proprie del possesso ex artt. 1147 e 1148 c.c. (Cass. 9 maggio 2023, n. 12353)*»;
- iv. «*la **forma del negozio fiduciario su partecipazioni sociali è libera**: il patto fiduciario, al pari dei negozi traslativi delle azioni o quote che lo realizzano, è sempre a forma libera, **non rilevando affatto se la società abbia, nel suo patrimonio, beni immobili**; (...). Né la conclusione muta, ove si voglia qualificare il patto fiduciario come contratto preliminare, per il quale l'art. 1351 c.c. prescrive la stessa forma del contratto definitivo, in quanto allora il patto fiduciario di trasferimento su quote sociali è, al pari di questo, a forma libera (...)*».

La Corte di Cassazione non ha ritenuto condivisibile «*l'affermazione, contenuta nella sentenza impugnata, circa la mancata proposizione di un'azione (o comunque di una valida azione) di risarcimento del danno contro gli altri soggetti cui il fiduciante abbia ritrasferito il bene in luogo del fiduciante, motivata con la circostanza che unicamente questi siano stati chiamati a rispondere della violazione del soggettivamente complesso patto fiduciario, invece che in concorso con il fiduciario finale stesso o con i suoi amministratori*». «*Invero, a tale riguardo, **i condebitori solidali non sono litisconsorti necessari**, potendo il creditore agire soltanto contro uno o più di essi (Cass. 4 giugno 2020, n. 10596, fra le tante)*».

La Corte ha proseguito ritenendo che **«l'unicità del fatto dannoso, richiesta dall'art. 2055 c.c., ai fini della configurabilità della responsabilità solidale, deriva dall'intento di rafforzare la garanzia del danneggiato, sicché ricorre tale responsabilità pur se il fatto dannoso sia derivato da più azioni od omissioni, dolose o colpose, costituenti fatti illeciti distinti, e anche diversi (ex multis, Cass. 28 gennaio 2021, n. 1842; Cass. 15 gennaio 2020, n. 542; Cass. 5 settembre 2019, n. 22164). Il vincolo di responsabilità solidale lega, pertanto, tutti coloro che abbiano concorso in modo efficiente a produrre il danno, ai sensi dell'art. 2055 c.c., il quale, anche se dettato in tema di responsabilità extracontrattuale, si estende all'ipotesi in cui taluno degli autori del danno debba rispondere a titolo di responsabilità contrattuale (ex plurimis, Cass. 3 settembre 2020, n. 18289; Cass. 12 marzo 2020, n. 7044; Cass. 11 marzo 2020, n. 7016; Cass. 6 dicembre 2017, n. 29218)».**

La Corte ha dunque concluso enunciando il seguente principio di diritto: **«In caso d'intestazione fiduciaria di partecipazione sociale, sia pure attuata mediante una "catena" di diversi soggetti interposti reali, persone fisiche o giuridiche, la violazione del pactum fiduciae da parte dell'ultimo fiduciario, in concorso con altri soggetti cui questi abbia ritrasferito il bene in luogo del fiduciante, comporta il sorgere dell'obbligo in capo ai medesimi di risarcire il danno, in tal modo cagionato al socio originario che abbia visto leso il suo diritto al ritrasferimento del bene, non ostando alla condanna dei concorrenti nell'illecito, i quali abbiano ottenuto il ritrasferimento indebito in loro favore, la mancata evocazione in giudizio dell'ultimo fiduciario inadempiente, trattandosi di un litisconsorzio facoltativo, in cui il creditore ha facoltà di convenire in giudizio anche solo uno o taluno dei condebitori responsabili».**

DIRITTO DELLE PROCEDURE CONCORSUALI

Corte di Cassazione, 8 giugno 2023, n. 16311 – cessione d’azienda da parte della curatela fallimentare: la cessione d’azienda svolta dalla curatela fallimentare ricade nel perimetro applicativo dell’art. 105, co. 4, l.f., il quale prevede l’effetto purgativo dei debiti pregressi a tutela dell’affidamento dei terzi e al fine di favorire l’appetibilità di aziende indebitate; ne consegue che deve escludersi una responsabilità del cessionario ex art. 2560, co. 2, c.c. per il pagamento dei debiti aziendali, peraltro non potendo il giudice dell’esecuzione svolgere un autonomo sindacato su eventuali vizi della vendita concorsuale che non siano stati tempestivamente fatti valere avanti agli organi della procedura fallimentare.

La Corte di Cassazione, con sentenza n. 16311 del 8 giugno 2023, si è pronunciata in tema di cessione d’azienda effettuata dalla curatela fallimentare a norma dell’art. 105 l.f.

La Suprema Corte ha preliminarmente ricordato che **«la L.Fall., art. 105, comma 4, detta una regola - di carattere generale, in quanto conforme all’effetto purgativo caratteristico delle vendite forzate - secondo cui l’acquirente non risponde dei debiti pregressi, pur se iscritti nelle scritture contabili, in deroga all’art. 2560 c.c., comma 2, a meno che gli stessi non vengano ceduti in base ad un’esplicita pattuizione; la norma mira, evidentemente, a favorire le alienazioni delle aziende che, se eccessivamente indebitate, non risulterebbero appetibili sul mercato».**

Di conseguenza, la Corte di Cassazione ha affermato che **«in linea con la riforma della Legge Fallimentare del D.Lgs. n. 5 del 2006, il legislatore ha improntato le modalità di cessione dell’azienda del fallito a criteri di massima elasticità analoghi a quelli del novellato L.Fall., art. 107. Quest’ultima disposizione attribuisce al curatore la scelta delle forme da adottare, potendosi procedere anche ad alienazione preceduta da trattative ristrette, a vendita mediante commissionario o all’asta o senza incanto, ma, nonostante l’ampia gamma di modalità a disposizione del curatore, la L.Fall., art. 107 impone, quale regola, il ricorso a procedure competitive».**

Tuttavia, ha proseguito la Corte, **«un’eventuale violazione di tale norma, anche sotto il profilo dell’inadeguato carattere competitivo delle operazioni espletate, va fatta valere nell’ambito della procedura concorsuale e coi rimedi previsti, dovendosi escludere l’ammissibilità di un sindacato extrafallimentare riguardante il rispetto delle regole di alienazione dei beni del fallito, per di più da parte del giudice dell’esecuzione, cui è istituzionalmente preclusa (...) la cognizione del merito di qualunque provvedimento giurisdizionale posto a base del processo esecutivo.**

Ad analoga conclusione deve giungersi rispetto alle conseguenze derivanti dalla vendita L.Fall., ex art. 107 compiuta dagli organi della procedura concorsuale, dato che ogni sindacato sull'effetto purgativo dei gravami L.Fall., ex art. 108 è comunque demandato al giudice di detta procedura (...).».

Sulla base di tali premesse, la Suprema Corte ha concluso che **«non solo si deve escludere che l'eventuale violazione nel procedimento di alienazione dell'azienda possa essere vagliata da un giudice estraneo alla procedura concorsuale, ma pure che, in ogni caso, la stessa possa riverberarsi sulla validità dell'atto negoziale posto in essere sulla sua base e sulle conseguenze che la legge - segnatamente la L.Fall., art. 105, comma 4, - ad esso attribuisce; diversamente opinando risulterebbe minato l'affidamento del soggetto che acquista l'azienda dagli organi fallimentari, proprio in contrasto con la ratio che presidia la norma succitata».**

Pertanto, la Corte ha statuito il seguente principio di diritto: **«è del tutto irrilevante che la cessione dell'azienda sia avvenuta in esito a una procedura competitiva o per effetto di un accordo transattivo con la curatela fallimentare, poiché a detto trasferimento si applica comunque la L.Fall., art. 105, comma 4, e, quindi, l'acquirente - in assenza di una diversa convenzione - non risponde dei debiti aziendali sorti antecedentemente al trasferimento».**

Corte di Cassazione, 15 giugno 2023, n. 17092 – concordato preventivo in continuità aziendale: il concordato preventivo è qualificabile in continuità aziendale, ai sensi dell'art. 186-bis l.f., se l'azienda è in esercizio, tanto al momento dell'ammissione al concordato, quanto al successivo trasferimento cui essa deve essere dichiaratamente destinata, non rilevando, invece, come causa ostativa all'ammissione della proposta concordataria, l'eventuale intervenuta modificazione di una parte dell'attività produttiva.

La Corte di Cassazione, con ordinanza n. 17092 del 15 giugno 2023, si è pronunciata sui presupposti necessari per la qualificazione del concordato preventivo in continuità aziendale.

La Suprema Corte ha preliminarmente ricordato *l'«irrilevanza della modificazione dell'attività imprenditoriale per rintracciare il requisito della continuità aziendale necessario, ai sensi dell'art. 186bis l.fall., per l'ammissione alla relativa procedura concorsuale».*

A tal proposito, la Corte ha sottolineato che **«occorre qualificare il concordato come in continuità anche allorquando alla liquidazione atomistica di una parte dei beni dell'impresa si accompagni una componente qualsiasi di consistenza di prosecuzione dell'attività aziendale, determinando tale pur minima prosecuzione dell'attività di**

impresa l'applicazione della disciplina speciale prevista dall'art. 186bis I. fall., salvi i casi di abuso dello strumento».

Di conseguenza, secondo la Corte, **«il rilievo di “non continuità” (...) nella modificazione di una parte dell'attività produttiva (con la previsione della “esternalizzazione” dell'attività logistica esterna ad altra società) e nella diminuzione dei dipendenti non rappresenta di per sé circostanza ostativa alla corretta qualificazione del concordato come in continuità, secondo il paradigma applicativo declinato dall'art. 186bis I. fall.».**

La Corte di Cassazione ha poi evidenziato che **«per aversi continuità aziendale occorre che l'azienda, in relazione alla quale si propone ai creditori “la prosecuzione” dell'attività per ricavarne la redditività, sia comunque “in esercizio”, al momento della proposta di concordato (...) ne consegue che ciò che conta è che l'azienda sia in esercizio (non importa se ad opera dell'imprenditore stesso o di un terzo), tanto al momento dell'ammissione al concordato, quanto all'atto del suo successivo trasferimento cui deve essere dichiaratamente destinata».**

Sulla base di tali premesse, la Suprema Corte ha statuito il seguente principio di diritto: **«Anche in tema di concordato con continuità aziendale c.d. diretta, il requisito della continuità aziendale, richiesto dall'art. 186bis I. fall. per l'ammissione della proposta alla relativa procedura concorsuale di soluzione della crisi di impresa, richiede che l'azienda, in relazione alla quale si propone ai creditori la “prosecuzione” dell'attività per ricavarne redditività, sia comunque “in esercizio”, al momento della proposta di concordato, non rilevando invece come cause ostative dell'ammissione della proposta al predetto concordato la modificazione di una parte dell'attività produttiva ovvero la diminuzione del numero dei dipendenti».**