

# Aggiornamento giurisprudenziale

n. 6 / 2024

## DIRITTO BANCARIO E FINANZIARIO

**Corte di Cassazione, 29 maggio 2024, n. 15130** – Ammortamento alla francese: la mancata indicazione nel contratto di mutuo bancario, a tasso fisso, della modalità di ammortamento c.d. ‘alla francese’ e del regime di capitalizzazione ‘composto’ non comporta nullità del contratto di mutuo per violazione dei requisiti di determinatezza e/o determinabilità dell’ oggetto del contratto né violazione della normativa in tema di trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti tra gli istituti di credito e i clienti.

**Corte di Cassazione, 7 maggio 2024, n. 12295** – Sanzioni amministrative della Banca d’Italia: in tema di sanzioni amministrative irrogate dalla Banca d’Italia, sebbene i criteri Engel, alla cui stregua va accertata l’eventuale natura penale della sanzione, siano alternativi e non cumulativi, ai fini dell’applicazione del criterio della gravità della sanzione deve aversi riguardo alla misura della sanzione di cui è a priori passibile la persona interessata e non alla gravità della sanzione alla fine inflitta. Tuttavia, la valutazione sull’afflittività economica di una sanzione non può essere svolta in termini totalmente astratti, ma va necessariamente rapportata al contesto normativo nel quale la disposizione sanzionatoria si inserisce.

## DIRITTO SOCIETARIO

**Corte di Cassazione, 24 maggio 2024, n. 14575** – erogazioni di denaro effettuate dai soci di società di capitali: il versamento di danaro fatto a società di capitali dal suo socio «*in conto capitale*» non comporta il diritto del socio al rimborso, è iscritto nel passivo dello stato patrimoniale tra le riserve e definitivamente acquisito al patrimonio della società, in quanto assimilabile al capitale di rischio a cui è equiparato agli effetti sostanziali; la riserva così formata, al pari delle riserve ordinarie o facoltative per la quota eccedente la riserva legale, ha dunque di regola carattere disponibile, ma la distribuzione non costituisce un diritto soggettivo del socio perché il diritto alla restituzione sussiste all’esito della liquidazione sociale soltanto ove vi sia un residuo da distribuire fra i soci, all’esito dell’adempimento di tutte le obbligazioni sociali, con una postergazione della restituzione al soddisfacimento di tutti i creditori sociali, esattamente come avviene per i conferimenti.

**Corte di Cassazione, 16 maggio 2024, n. 13561** – patti parasociali: ben possono esistere patti parasociali che non si conformano al modello tipizzato dell'articolo 2341-*bis* c.c. ma per essere ritenuti patti parasociali e dunque meritevoli di tutela giuridica, occorre che il loro contenuto sia comunque finalizzato a regolare il comportamento che i soci intendono tenere all'interno della società nell'esercizio della funzione organica che essi svolgono per effetto della qualità rivestita: ne consegue che non può essere ritenuta un patto parasociale la scrittura privata il cui oggetto è la condizione di efficacia dell'uscita dalla società di uno dei soci stipulanti dal momento che detta pattuizione non ha nulla a che vedere con l'assetto dell'ente, né con l'esercizio dei diritti futuri spettanti ai soci all'interno della società.

## **DIRITTO DELLE PROCEDURE CONCORDSUALI**

**Corte di Cassazione, 23 maggio 2024, n. 14414** – assoggettabilità della società incorporata a fallimento: In tema di fusione per incorporazione, la società incorporata, qualora insolvente, è assoggettabile a fallimento, ai sensi dell'art. 10 l.f., entro un anno dalla sua cancellazione dal Registro delle Imprese.

**Corte di Cassazione, 6 maggio 2024, n. 12137** – modifica della proposta di concordato: quando interviene la modifica della proposta di concordato, i creditori che abbiano espresso voto favorevole prima della modifica, devono ricevere appropriate ed aggiornate informazioni circa l'inefficacia del suffragio manifestato prima della modifica della proposta e circa la necessità di una rinnovazione della manifestazione del consenso alla nuova proposta. In caso di omesso avviso e in assenza di ulteriore manifestazione di volontà dei creditori già votanti, gli organi della procedura non possono annullare i voti precedentemente espressi a favore del concordato, ma devono procedere alla rinnovazione delle operazioni di voto.

## **DIRITTO AMMINISTRATIVO**

**TAR Campania, Sede di Napoli, Sez. IV, 8 maggio 2024 n. 3001** – Esclusione automatica delle offerte anomale nei contratti sottosoglia. Legittimità. Esclusione del privato: soltanto se il meccanismo di esclusione automatico è stato espressamente indicato negli atti di gara.

**TAR Sardegna - Cagliari, 11 marzo 2024, n. 204** – Nuovo principio di fiducia del Codice Appalti e cause di esclusione ex artt. 95 e 98 D.Lgs. n. 33/2023. Esclusione dalla gara per accertata inaffidabilità dei concorrenti (per pregresse risoluzioni contrattuali). Legittimità. Autonomia decisionale della singola stazione appaltante.

**TAR Veneto, 3 aprile 2024, n. 623** – Equo compenso (Legge 49/2023). Prestatori d'opera professionali iscritti a ordini professionali. Diritto a un compenso commisurato all'effettiva qualità e quantità del lavoro

prestato. Contratti con la pubblica amministrazione e procedure di gare pubbliche. Applicabilità. Esclusione delle offerte in violazione all'equo compenso. Legittimità.

## **DIRITTO BANCARIO E FINANZIARIO**

**Corte di Cassazione, 29 maggio 2024, n. 15130 – Ammortamento alla francese: la mancata indicazione nel contratto di mutuo bancario, a tasso fisso, della modalità di ammortamento c.d. 'alla francese' e del regime di capitalizzazione 'composto' non comporta nullità del contratto di mutuo per violazione dei requisiti di determinatezza e/o determinabilità dell' oggetto del contratto né violazione della normativa in tema di trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti tra gli istituti di credito e i clienti.**

La Corte di Cassazione, Sezioni Unite civili, con sentenza n. 15130, pubblicata in seguito a rinvio pregiudiziale ex art. 363-*bis* del codice di procedura civile, si è espressa in tema di mancata indicazione nel contratto di mutuo bancario, a tasso fisso, della modalità di ammortamento c.d. 'alla francese' e del regime di capitalizzazione 'composto'.

La Suprema Corte ha anzitutto affermato che la questione di diritto, oggetto di rinvio pregiudiziale ex art. 363-*bis* del codice di procedura civile riguarda «*l' interpretazione delle conseguenze giuridiche derivanti dalla omessa indicazione, all' interno di un contratto di mutuo bancario, del regime di capitalizzazione 'composto' degli interessi debitori, pure a fronte della previsione per iscritto del Tasso Annuo Nominale (TAN), nonché della modalità di ammortamento c.d. alla francese, cioè se tale carenza di espressa previsione negoziale possa comportare la indeterminatezza e/o indeterminabilità del relativo oggetto, con conseguente nullità strutturale in forza del combinato disposto degli artt. 1346 e 1418, comma 2, c.c., nonché ... la violazione delle norme in tema di trasparenza e, segnatamente, dell'art. 117, comma 4, T.u.b. che impone, a pena di nullità, che 'i contratti indicano il tasso di interesse e ogni altro prezzo e condizioni praticate, inclusi, per i contratti di credito, gli eventuali maggiori oneri in caso di mora', con conseguente rideterminazione del piano di ammortamento applicando il tasso sostitutivo B.O.T.' ( art. 117, comma 7, T.u.b.)*».

Tanto premesso, quanto al profilo dell'indeterminatezza e/o indeterminabilità dell'oggetto del contratto, la Corte di Cassazione ha anzitutto ricordato che «*l'indagine sulla determinatezza dell' oggetto del contratto attiene alla costruzione strutturale dell'operazione negoziale, cioè è volta a verificare che essa abbia confini ben definiti con riguardo all'an e al quantum degli interessi (non legali) che devono essere pattuiti sulla base di criteri oggettivi e insuscettibili di dare luogo a margini di incertezza, non sulla base di elementi indefiniti o rimessi alla discrezionalità di uno dei contraenti (ex plurimis, in tema di determinazione del*

tasso di interesse mediante rinvio agli usi o a parametri incerti, Cass. n. 28824 e 36026/2023, n. 17110/2019, n. 8028/2018, n. 25205/2014)».

La Cassazione prosegue affermando che **«alla suddetta questione è agevole rispondere in senso negativo quando il contratto di mutuo contenga le indicazioni proprie del tipo legale (art. 1813 ss. c.c.), cioè la chiara e inequivoca indicazione dell'importo erogato, della durata del prestito, della periodicità del rimborso e del tasso di interesse predeterminato. Nel piano di ammortamento allegato al contratto nel caso che ha dato luogo al rinvio pregiudiziale erano indicati anche il numero e la composizione delle rate costanti di rimborso con la ripartizione delle quote per capitale e per interessi; quindi, era soddisfatta la possibilità per il mutuatario di ricavare agevolmente l'importo totale del rimborso con una semplice sommatoria».**

La Corte ha poi affermato che, in ogni caso, **«la doglianza concernente la mancata esplicitazione nel contratto del maggior costo del prestito come effetto del sistema 'composto' di capitalizzazione degli interessi non evidenzia un problema di determinatezza o indeterminatezza dell'oggetto del contratto ma, in ipotesi, di eventuale mancanza di un elemento tipizzante del contratto, previsto dall'art. 117, comma 4, T.u.b. ('I contratti indicano il tasso di interesse e ogni altro prezzo e condizioni praticati'), che darebbe luogo, semmai, a nullità testuale per la mancata indicazione di un 'prezzo' o costo aggiuntivo del prestito e all'applicazione del tasso sostitutivo (comma 7)'».**

Al riguardo, secondo la Suprema Corte **«il maggior carico di interessi del prestito non dipende - e comunque non è stato accertato dal giudice di merito in causa e non è una caratteristica propria dei piani di ammortamento 'alla francese' standardizzati - da un fenomeno di produzione di 'interessi su interessi', cioè di calcolo degli interessi sul capitale incrementato di interessi né su interessi 'scaduti' (propriamente anatocistici), ma dal fatto che nel piano concordato tra le parti la restituzione del capitale è ritardata per la necessità di assicurare la rata costante (calmierata nei primi anni) in equilibrio finanziario, il che comporta la debenza di più interessi corrispettivi da parte del mutuatario a favore del mutuante per il differimento del termine per la restituzione dell'equivalente del capitale ricevuto».**

Pertanto, prosegue la Cassazione, **«in mancanza di un fenomeno di produzione di interessi su interessi, la tipologia di ammortamento adottato non incide di per sé sul tasso annuo (TAN) che dev'essere (ed è stato) esplicitato nel contratto né sul tasso annuo effettivo globale (TAEG) anch'esso esplicitato. Peraltro, la giurisprudenza (cfr. Cass. n. 4597, 17187 e 34889/2023, n. 39169/2021) ritiene che il TAEG sia solo un indicatore sintetico del costo complessivo del finanziamento e non rientri nel novero dei tassi, prezzi e altre condizioni di cui all'art. 117, comma**

**4, T.U.B. sempre ricavabile dalla sommatoria degli oneri e delle singole voci di costo elencate in contratto».**

Dunque, secondo la Suprema Corte, **«deve escludersi che la mancata indicazione nel contratto di mutuo bancario, a tasso fisso, della modalità di ammortamento c.d. ‘alla francese’ e del regime di capitalizzazione ‘composto’ degli interessi incida negativamente sui requisiti di determinatezza e determinabilità dell’oggetto del contratto causandone la nullità parziale».**

La Corte si è poi concentrata sul profilo relativo alla possibile violazione delle norme in materia di trasparenza affermando che **«l’art. 117 T.u.b. non richiedeva e non richiede tuttora (a fortiori a pena di nullità) l’esplicitazione del regime di ammortamento nel contratto e analogamente, a livello sistematico, non la richiede la normativa più recente: in tema di ‘credito immobiliare ai consumatori’ (art. 120-quinquies ss. e, in particolare, 120-novies T.u.b., in attuazione, con D.Lgs. n. 72 del 2016, della Direttiva 2014/17/UE) e di ‘credito ai consumatori’ (art. 121 ss. T.u.b., in attuazione, con D.Lgs. n. 141 del 2010, della Direttiva 2008/48/CE), la quale ultima prevede (sulla falsariga dell’art. 117, comma 4) la indicazione nel contratto, a pena di nullità, degli ‘interessi e (di) tutti gli altri costi, incluse le commissioni, le imposte e le altre spese, a eccezione di quelle notarili...’ (art. 125-bis, comma 6, in relazione all’art. 121, comma 1, lett. e, T.u.b.), voci tra le quali non potrebbe farsi rientrare il regime di ammortamento (sulla stessa linea è la Direttiva 2023/2225/UE in tema di ‘credito ai consumatori’ che ‘il creditore mette a disposizione del consumatore, senza spese e in qualsiasi momento dell’intera durata del contratto di credito, un estratto sotto forma di tabella di ammortamento (che) indica gli importi dovuti nonché i periodi e le condizioni di pagamento di tali importi (e) contiene inoltre la ripartizione di ciascun rimborso periodico specificando l’ammortamento del capitale, gli interessi calcolati sulla base del tasso debitore e, se del caso, gli eventuali costi aggiuntivi’».**

Nella specie, la Cassazione ha osservato che il **«piano di rimborso come quello controverso nel giudizio di merito contiene, come s’è detto, in modo dettagliato, la chiara e inequivoca indicazione dell’importo erogato, della durata del prestito, del tasso di interesse nominale (TAN) ed effettivo (TAEG), della periodicità (numero e composizione) delle rate di rimborso con la loro ripartizione per quote di capitale e di interessi. Ciò è conforme alle menzionate disposizioni della Banca d’Italia del 29 luglio 2009 che impongono agli istituti di credito di fornire l’informativa precontrattuale ai clienti mediante riepilogo puntuale delle somme dovute alle varie scadenze tramite un piano redatto in modo chiaro e comprensibile che indichi la periodicità e composizione delle rate, precisando se si prevede il rimborso periodico del solo capitale, dei soli interessi o di entrambi, anziché mediante ricorso a formule lessicali o a espressioni matematiche che vorrebbero spiegare le modalità di calcolo degli interessi ma la cui esigenza di precisione si scontra con un livello di tecnicismo che sfugge alla comprensione dei più (l’allegato 4E delle suddette ‘disposizioni’ contiene il ‘Prospetto Informativo Europeo Standardizzato’ con una tabella di**

*ammortamento che indica, appunto, le rate da corrispondere, la loro frequenza e composizione per interessi e capitale rimborsato e le spese)».*

La Corte ha dunque evidenziato come, in tal modo, risulta **«soddisfatta la possibilità per il mutuatario di conoscere agevolmente l'importo totale del rimborso mediante una semplice sommatoria, conoscenza che egli difficilmente potrebbe avere sviluppando autonomamente una complessa formula matematica attraverso la quale il piano di ammortamento è sviluppato, una volta scelta la rata sostenibile e determinato il tasso di interesse».**

Inoltre, prosegue la Suprema Corte, la **«possibilità di raffronto tra prodotti diversi è, in definitiva, lo scopo della trasparenza** (una indicazione in tal senso, a livello sistematico, proviene dall'art. 124, comma 1, T.u.b. che, in tema di 'credito ai consumatori', prevede tra gli obblighi precontrattuali a carico del finanziatore o intermediario quello di dare al consumatore 'le informazioni necessarie per consentire il confronto delle diverse offerte di credito sul mercato'; cfr. anche l'art. 120-novies, comma 2, T.u.b. in tema di 'credito immobiliare ai consumatori'). **Diversamente opinando, cioè, ipotizzando in astratto che tra gli obblighi comportamentali dell'istituto di credito vi sia anche quello di esplicitare nel contratto il regime di ammortamento o la modalità di capitalizzazione degli interessi, ne potrebbero discendere semmai, in caso di violazione, eventuali conseguenze sul piano della responsabilità dell'istituto di credito e non della validità del contratto** (cfr. Cass. SU n. 26724/2007)».

In particolare, secondo la Cassazione, **«la disciplina di settore intende contemperare gli obblighi di condotta degli istituti di credito con l'esigenza di lasciare al cliente la libertà di scegliere l'istituto che gli offre un piano di rimborso più confacente alle proprie esigenze e condizioni, ma non si spinge ad esigere che gli istituti si sostituiscano a lui nella valutazione, in definitiva, della adeguatezza e convenienza dell'operazione, a differenza di quanto accade, solo in parte, in altri settori nei quali gli obblighi informativi sono configurati in termini più stringenti, anche in considerazione dei profili di rischio che ivi si manifestano».**

Alla luce di quanto precede, la Suprema Corte ha dunque concluso affermando che si deve **«escludere che la mancata indicazione nel contratto di mutuo bancario, a tasso fisso, della modalità di ammortamento c.d. 'alla francese' e del regime di capitalizzazione 'composto' degli interessi sia causa di nullità del contratto di mutuo per violazione della normativa in tema di trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti tra gli istituti di credito e i clienti».**

Corte di Cassazione, 7 maggio 2024, n. 12295 – Sanzioni amministrative della Banca d'Italia: in tema di sanzioni amministrative irrogate dalla Banca d'Italia, sebbene i criteri Engel, alla cui stregua va accertata l'eventuale natura penale della sanzione, siano alternativi e non cumulativi,

ai fini dell'applicazione del criterio della gravità della sanzione deve aversi riguardo alla misura della sanzione di cui è a priori passibile la persona interessata e non alla gravità della sanzione alla fine inflitta. Tuttavia, la valutazione sull'afflittività economica di una sanzione non può essere svolta in termini totalmente astratti, ma va necessariamente rapportata al contesto normativo nel quale la disposizione sanzionatoria si inserisce.

La Corte di Cassazione, con ordinanza n. 12295, pubblicata in data 7 maggio 2024, si è pronunciata in tema di sanzioni amministrative irrogate dalla Banca d'Italia.

La Cassazione ha anzitutto ricordato che *«questa corte ha, in tempi recenti, ancorchè con riguardo alla legittimità di un provvedimento sanzionatorio adottato dalla CONSOB ai sensi dell'art. 195 del TUF (ma la 'ratio' è assimilabile alla fattispecie che rileva nella presente sede), affermato - come ha adeguatamente posto in risalto la difesa della Banca d'Italia - che sebbene i criteri Engel, alla cui stregua va accertata l'eventuale natura penale della sanzione, siano alternativi e non cumulativi (Grande Stevens, Par. 94) e che, ai fini dell'applicazione del criterio della gravità della sanzione, deve aversi riguardo alla misura della sanzione di cui è a priori passibile la persona interessata e non alla gravità della sanzione alla fine inflitta (Grande Stevens, Par. 98) - va tuttavia considerato che la valutazione sull'afflittività economica di una sanzione non può essere svolta in termini totalmente astratti, ma va necessariamente rapportata al contesto normativo nel quale la disposizione sanzionatoria si inserisce».*

La Suprema Corte ha dunque affermato che *«da tale prospettiva, specie sul terreno delle violazioni consumate nell'ambito del settore bancario e finanziario (che contempla sanzioni penali finanche detentive, nonché sanzioni amministrative pecuniarie che, come quelle per gli abusi di mercato, possono ascendere a molti milioni di euro) una sanzione pecuniaria compresa tra il minimo edittale di euro 2.500 ed il massimo edittale di euro 250.000, non corredata da sanzioni accessorie né da confisca, non può ritenersi connotata da una afflittività così spinta da trasmodare dall'ambito amministrativo a quello penale (cfr. Cass. n. 1740/2022). Da ciò si è desunto che la natura non penale della sanzione irrogata esclude che la disciplina processuale sia in contrasto con le garanzie fissate dall'articolo 6 CEDU».*

La Corte ha poi sottolineato *«l'inverosomiglianza»* della possibilità per cui il *«nuovo regime sanzionatorio a carico della persona fisica introdotto dal D.Lgs. n. 72/2015 possa, in concreto, essere più favorevole rispetto a quello precedente»* poiché *«sotto il vigore del citato D.Lgs. del 2015, per le medesime violazioni che vengono in rilievo nel caso di specie nei confronti delle persone fisiche che svolgono funzioni di amministrazione, di direzione e di controllo (quando l'inosservanza costituisce conseguenza di doveri propri o dell'organo di appartenenza, individuando, tra le altre condizioni quella che la condotta abbia potuto incidere in modo rilevante sulla complessiva organizzazione e sui profili di rischio aziendali) si*

applicherebbe la sanzione da un minimo di euro 5.000,00 ad un massimo di euro 5.000.000,00, nel mentre, con riferimento al quadro normativo vigente all'epoca della commissione delle condotte da parte del ricorrente erano previste una sanzione edittale minima di euro 2.580,00 e una sanzione edittale massima di euro 129.110,00 (e, nel concreto, al ricorrente risulta essere stata applicata una sanzione totale di euro 225.000,00 per più violazioni riconducibili agli illeciti amministrativi previsti dall'art. 53 del TUB)».

Al riguardo, conclude la Corte, poiché anche in base ai principi enunciati dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 63/2019, «la previsione sull'irretroattività è insita nel diritto dell'autore del reato ad essere giudicato e, se del caso, punito, in base all'apprezzamento attuale dell'ordinamento giuridico relativo al disvalore defatto da lui realizzato, anziché in base all'apprezzamento sotteso alla legge in vigore al momento della sua commissione» ne deriva **«la considerazione 'a contrario' che, con la modifica introdotta con il D.Lgs. n. 72/2015, non può dirsi che l'apprezzamento attuale dell'ordinamento giuridico in ordine al disvalore della violazione consumata dalla persona fisica in relazione alle condotte prima indicate si sia ispirato ad un criterio di temperamento, essendo da tale modifica scaturito, piuttosto, un regime sanzionatorio generale peggiorativo»**.

## DIRITTO SOCIETARIO

**Corte di Cassazione, 24 maggio 2024, n. 14575 – erogazioni di denaro effettuate dai soci di società di capitali: il versamento di danaro fatto a società di capitali dal suo socio «in conto capitale» non comporta il diritto del socio al rimborso, è iscritto nel passivo dello stato patrimoniale tra le riserve e definitivamente acquisito al patrimonio della società, in quanto assimilabile al capitale di rischio a cui è equiparato agli effetti sostanziali; la riserva così formata, al pari delle riserve ordinarie o facoltative per la quota eccedente la riserva legale, ha dunque di regola carattere disponibile, ma la distribuzione non costituisce un diritto soggettivo del socio perché il diritto alla restituzione sussiste all'esito della liquidazione sociale soltanto ove vi sia un residuo da distribuire fra i soci, all'esito dell'adempimento di tutte le obbligazioni sociali, con una postergazione della restituzione al soddisfacimento di tutti i creditori sociali, esattamente come avviene per i conferimenti.**

La Corte di Cassazione, con sentenza n. 14575, pubblicata in data 14 maggio 2024, si è pronunciata in tema di erogazioni di denaro effettuate dai soci società di capitali.

Preliminarmente, la Suprema Corte ha affrontato il tema della responsabilità del socio ex art. 2495, comma 2, c.c.

In particolare, la Corte ha affermato che: «dopo la riforma del diritto societario attuata dal D.Lgs. n. 6 del 2003, quando all'estinzione della società, nella specie di capitali, conseguente alla cancellazione dal registro delle imprese, non corrisponda il venir meno di ogni rapporto giuridico, si determina un fenomeno

*di tipo successorio; in conseguenza, l'obbligazione della società non si estingue, ciò che sacrificerebbe ingiustamente il diritto del creditore sociale, ma si trasferisce ai soci che ne rispondono nei limiti di quanto riscosso a seguito della liquidazione».*

La Corte ha proseguito affermando che: *«la responsabilità dei soci trova giustificazione nel “carattere strumentale del soggetto società”: venuto meno questo, i soci sono gli effettivi titolari dei debiti sociali nei limiti della responsabilità che essi avevano secondo il tipo di rapporto sociale prescelto; in tal senso, limitare la responsabilità dei soci di società di capitali al valore dell'attivo loro distribuito con la liquidazione non implica alcun pregiudizio alle ragioni dei creditori, perché se la società è stata cancellata senza distribuzione di attivo, ciò evidentemente vuol dire che vi sarebbe stata comunque incapienza del patrimonio sociale rispetto ai crediti da soddisfare».*

D'altro canto, la Corte ha rilevato che comunque: *«è necessario assicurare, ex art. 2740 cod. civ., alla garanzia dei crediti sociali - e, in conseguenza, al limite della responsabilità dei soci - qualunque bene distribuito, oltre il limite formale dell'appostazione in bilancio».*

Pertanto, il motivo dell'attribuzione dei beni nella società è rilevante al fine di individuare i limiti della responsabilità dei soci.

Così, la Corte ha rilevato che: ***«le erogazioni di denaro dei soci in favore della società possono essere effettuate per finalità tra loro molto diverse, a cui risponde una diversità di disciplina (conferimenti, finanziamenti, versamenti a fondo perduto o in conto capitale, versamenti in conto futuro aumento di capitale). In conseguenza, la qualificazione dipende dall'esame della volontà negoziale delle parti, dal modo in cui il rapporto è stato attuato in concreto, dalle finalità pratiche cui esso appare essere diretto e dagli interessi che vi sono sottesi e, in mancanza di una chiara manifestazione di volontà, dalla qualificazione che le dazioni hanno ricevuto nel bilancio».***

Con riferimento al versamento effettuati dal socio in conto capitale, la Suprema Corte ha dichiarato che esso: ***«non comporta il diritto del socio al rimborso, è iscritto nel passivo dello stato patrimoniale tra le riserve e definitivamente acquisito al patrimonio della società, in quanto assimilabile al capitale di rischio a cui è equiparato agli effetti sostanziali; la riserva così formata, al pari delle riserve ordinarie o facoltative per la quota eccedente la riserva legale, ha dunque di regola carattere disponibile, ma la distribuzione non costituisce un diritto soggettivo del socio perché il diritto alla restituzione sussiste all'esito della liquidazione sociale soltanto ove vi sia un residuo da distribuire fra i soci, all'esito dell'adempimento di tutte le obbligazioni sociali, con una postergazione della restituzione al soddisfacimento di tutti i creditori sociali, esattamente come avviene per i conferimenti».***

Diversa, invece, la disciplina dei finanziamenti che: *«in quanto contratti di mutuo (art. 1813 cod. civ.), a forma libera, fra socio e società devono essere riportati al passivo dello stato patrimoniale fra i debiti verso i soci e devono essere effettivamente restituiti al socio; ai sensi dell'art. 2467 cod. civ., nella formulazione applicabile ratione temporis, tuttavia, il rimborso dei finanziamenti dei soci a favore della società è postergato rispetto alla soddisfazione degli altri creditori, proprio allo scopo di contrastare i fenomeni di sottocapitalizzazione nominale in società "chiuse" [...] determinati dalla convenienza a ridurre l'esposizione al rischio d'impresa».*

In conclusione, la Corte di Cassazione si è pronunciata anche sul tema della postergazione dei finanziamenti effettuati dal socio ex art. 2467 c.c. affermando che: *«potrebbe accadere che i capitali siano posti a disposizione dell'ente collettivo nella forma del finanziamento anziché in quella del conferimento perché possano essere artificiosamente classificati fra i prestiti "liberamente rimborsabili", al solo fine di poter procedere a distribuzioni preferenziali del patrimonio aziendale, in danno dei creditori.*

*Allo scopo di scongiurare questo pericolo, allora, nell'art. 2467 cod. civ. i finanziamenti dei soci a favore della società da postergare sono quelli, in qualsiasi forma effettuati, che sono stati concessi in un momento in cui, anche in considerazione del tipo di attività esercitata dalla società, risulta un eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto oppure in una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento.*

*In particolare, questa Corte ha precisato che si tratta di un'ipotesi di postergazione legale che, seppure non opera una "riqualificazione" del prestito, da finanziamento a conferimento con esclusione del diritto al rimborso, incide comunque sull'ordine di soddisfazione dei crediti ed opera in tal senso già durante la vita della società e non soltanto quando si apra un concorso formale con gli altri creditori sociali, perché integra una condizione di inesigibilità legale e temporanea del diritto del socio alla restituzione».*

Corte di Cassazione, 16 maggio 2024, n. 13561 – patti parasociali: ben possono esistere patti parasociali che non si conformano al modello tipizzato dell'articolo 2341-bis c.c. ma per essere ritenuti patti parasociali e dunque meritevoli di tutela giuridica, occorre che il loro contenuto sia comunque finalizzato a regolare il comportamento che i soci intendono tenere all'interno della società nell'esercizio della funzione organica che essi svolgono per effetto della qualità rivestita: ne consegue che non può essere ritenuta un patto parasociale la scrittura privata il cui oggetto è la condizione di efficacia dell'uscita dalla società di uno dei soci stipulanti dal momento che detta pattuizione non ha nulla a che vedere con l'assetto dell'ente, né con l'esercizio dei diritti futuri spettanti ai soci all'interno della società.

La Corte di Cassazione, con ordinanza n. 13561, pubblicata in data 16 maggio 2024, si è pronunciata sul tema dei patti parasociali.

La Corte ha preliminarmente inquadrato i patti parasociali come: **«accordo contrattuale che intercorre fra più soggetti (di norma due o più soci, ma anche tra soci e terzi), finalizzato a regolamentare il comportamento futuro che dovrà essere osservato durante la vita della società o, comunque, in occasione dell'esercizio di taluni diritti derivanti dalle partecipazioni detenute».**

La Suprema Corte ha proseguito affermando che: **«[i]l patto parasociale trova, quindi, il proprio elemento qualificante nella distinzione rispetto al contratto di società e allo statuto della medesima, in quanto realizza una convenzione con cui i soci attuano un regolamento complementare a quello sancito nell'atto costitutivo e poi nello statuto della società, al fine di tutelare più proficuamente i propri interessi».**

In punto di validità dei patti parasociali, la Corte ha dichiarato che: **«[l]a validità di queste pattuizioni può dirsi in linea di principio assodata ed emerge, in modo ormai diretto, dalla previsione normativa dell'art. 2341-bis cod. civ., introdotto dalla Riforma del diritto societario del 2003, che prevede che non possano avere una durata superiore a 5 anni - salvo rinnovo - quei patti che "al fine di stabilizzare gli assetti proprietari o il governo della società:**

- a) hanno per oggetto l'esercizio del diritto di voto nelle società per azioni o nelle società che le controllano;
- b) pongono limiti al trasferimento delle relative azioni o delle partecipazioni in società che le controllano;
- c) hanno per oggetto o per effetto l'esercizio anche congiunto di un'influenza dominante su tali società».

**Una previsione che implica il riconoscimento da parte del legislatore della meritevolezza e della tutelabilità dei patti parasociali, da ritenere dunque sempre validi, purché non si pongano in contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento in materia societaria».**

Tuttavia, la Corte ha rilevato che: **«possono esistere patti parasociali che non si conformano al modello tipizzato dell'art. 2341-bis cod. civ.».**

In questo caso, la Corte ha stabilito che: **«per essere ritenuti patti parasociali, e dunque meritevoli di tutela giuridica analoga a quella riconosciuta espressamente ai patti indicati dall'art. 2341-bis cod. civ., occorre che il loro contenuto sia comunque finalizzato a regolare il comportamento che i soci intendono tenere all'interno della società nell'esercizio della funzione organica che essi svolgono per effetto della qualità rivestita.**

**In altre parole, le obbligazioni contenute nel patto parasociale, cui certamente la società interessata è per definizione estranea, debbono tuttavia essere finalizzate a regolare il comportamento che i soci intendono vincolarsi a tenere nel momento in cui eserciteranno i poteri amministrativi loro spettanti all'interno dell'ente per effetto dell'esercizio della relativa qualità».**

In conclusione, la Corte ha affermato che: «**[t]ale condizione è assolutamente necessaria per poter qualificare la pattuizione come patto parasociale: necessaria, si può aggiungere per completezza, ma non sufficiente, poiché il contenuto dell’obbligo regolato dal patto, per esser parasociale, deve comunque essere riconducibile al perseguimento di quegli effetti di stabilizzazione della governance societaria cui si riferisce espressamente l’art. 2341-bis cod. civ., che ha tipizzato la “causa” dei patti stessi, enucleandone le finalità e, per conseguenza, anche definendo l’ambito della relativa meritevolezza dell’interesse perseguito ai sensi dell’art. 1322 cod. civ.**»

Calando tali principi nel caso di specie, la Suprema Corte ha concluso stabilendo che: «*[u]na pattuizione, come quella contenuta nella scrittura privata per cui è causa, con cui il socio uscente convenga con quello rimanente che la cessione della quota a un terzo è condizionata all’assunzione della garanzia da parte del cedente del pagamento pro quota di un mutuo precedentemente contratto nell’interesse della società, non ha nulla a che vedere con l’assetto dell’ente, né con l’esercizio dei diritti futuri spettanti ai soci all’interno della società.*

*Basti solo considerare che oggetto della pattuizione è la condizione di efficacia dell’uscita dalla società di uno dei soci stipulanti: il ché, logicamente, esclude che con essa si sia potuto e voluto regolare le modalità di esercizio congiunto da parte dei soci sottoscrittori dei loro poteri all’interno della società; ciò che impedisce in maniera assoluta che una siffatta pattuizione possa integrare un patto parasociale».*

## **DIRITTO DELLE PROCEDURE CONCORDATARIE**

**Corte di Cassazione, 23 maggio 2024, n. 14414 – assoggettabilità della società incorporata a fallimento: In tema di fusione per incorporazione, la società incorporata, qualora insolvente, è assoggettabile a fallimento, ai sensi dell’art. 10 l.f., entro un anno dalla sua cancellazione dal Registro delle Imprese.**

La Corte di Cassazione, con ordinanza n. 14414, pubblicata in data 23 maggio 2024, si è pronunciata in tema di assoggettabilità della società incorporata (a seguito di fusione per incorporazione) a fallimento ai sensi dell’art. 10 l.f.

In primo luogo, la Suprema Corte ha ricordato l’evoluzione giurisprudenziale sulla natura e gli effetti dell’istituto della fusione societaria per incorporazione, culminante nell’affermazione che «*la fusione per incorporazione estingue la società incorporata, in un’ottica però capace di coniugare “riorganizzazione e concentrazione, da un lato, ed estinzione e successione, dall’altra”, poiché “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”» (cfr. Cass. SS.UU., n. 21970/2021).

Da qui il rilievo che **«dopo la fusione o la scissione, l’assoggettabilità a fallimento della società, ancorché cancellata dal registro delle imprese, “non dipende tanto dalla sua sopravvivenza alla cancellazione, quanto piuttosto dalla presenza nell’ordinamento di una norma speciale come quella dell’art. 10 l.fall.”»**.

Sul punto, la Corte ha proseguito affermando che **«nonostante le oscillazioni giurisprudenziali sulla natura della fusione, “non è mai stata negata la possibilità di assoggettare al fallimento la società incorporata, sia pure entro un anno dalla sua cancellazione dal registro delle imprese”, dal momento che “un fenomeno di riorganizzazione societario (...) come pure, più in generale, di modificazione della struttura conformativa del debitore, non può, come principio, realizzare una causa di sottrazione dell’impresa dalla soggezione alle procedure concorsuali”; sicché il tema della soggezione della società fusa o scissa alle procedure concorsuali attiene non già “al piano dell’organizzazione societaria dell’impresa”, quanto, “piuttosto, al piano dell’operatività dell’impresa e dei suoi rapporti coi terzi, contraenti e creditori” (cfr. Cass. 4737/2020, in tema di fallibilità dell’impresa scissa)»**.

Di conseguenza, la Cassazione ha ritenuto di condividere tale ricostruzione sistematica la quale valorizza **«l’art. 10 l. fall. come norma affatto speciale che, attraverso una fictio iuris (e in perfetta equiparazione al debitore persona fisica), sancisce la fallibilità anche degli imprenditori collettivi, e segnatamente delle società -quand’anche “estinte” a seguito di incorporazione, fusione o scissione totalitaria (Cass. 11984/2020) - entro il termine di un anno dalla loro cancellazione dal registro delle imprese, purché l’insolvenza si sia manifestata anteriormente alla medesima o nel termine detto»**.

A sostegno di tale assunto, la Suprema Corte ha ricordato che **«[a]nche di recente è stato infatti ribadito che la fusione per incorporazione estingue la società incorporata, rendendone possibile la declaratoria di fallimento solo entro l’anno previsto dall’art. 10 l. fall., pena l’inesistenza della relativa statuizione (Cass. 6324/2023); ma anche, e più direttamente, che “nell’ipotesi di cancellazione societaria generata dal fenomeno della incorporazione (...) opera la disciplina di cui all’art 10 l.fall.”, la quale comporta la “fallibilità della società incorporata entro l’anno dalla cancellazione dal registro delle imprese” (Cass. 36526/2023)»**.

In conclusione, la Corte ha statuito il seguente principio di diritto: **«[s]e dunque deve ritenersi un punto fermo l’estinzione della società incorporata, e che detta estinzione comporta la cessazione dell’attività d’impresa sua propria - non esclusa dalla prosecuzione dei soli rapporti ad essa connessi in capo alla società incorporante, che in quanto ente distinto svolge una sua propria e**

***distinta attività d'impresa - è inevitabile l'applicazione dello speciale regime declinato dall'art. 10 l.fall., avuto riguardo ad uno stato di insolvenza manifestatosi anteriormente alla cancellazione dal registro delle imprese, o entro l'anno successivo».***

**Corte di Cassazione, 6 maggio 2024, n. 12137 – modifica della proposta di concordato: quando interviene la modifica della proposta di concordato i creditori che, in conformità di precise disposizioni impartite dai Commissari Giudiziali, abbiano espresso voto favorevole prima della modifica, devono ricevere appropriate ed aggiornate informazioni circa l'inefficacia del suffragio manifestato prima della modifica della proposta e circa la necessità di una rinnovazione della manifestazione del consenso alla nuova proposta. In caso di omesso avviso e in assenza di ulteriore manifestazione di volontà dei creditori già votanti, gli organi della procedura non possono annullare i voti precedentemente espressi a favore del concordato e così deliberare sulla proposta, ma devono procedere alla rinnovazione delle operazioni di voto fornendo ai creditori precise informazioni circa l'inefficacia del loro suffragio.**

La Corte di Cassazione, con ordinanza n. 12137, pubblicata in data 6 maggio 2024, si è pronunciata in tema di modificazione della proposta di concordato e relativa necessità di informare adeguatamente i creditori e di rinnovare la manifestazione del consenso alla nuova proposta ai sensi del combinato disposto degli artt. 160, 161 e 177 l.f.

In primo luogo, la Suprema Corte ha premesso che *«[q]uando si parla di “modifica della proposta di concordato” ci si riferisce tanto al suo contenuto negoziale, e cioè al trattamento economico che il debitore offre ai propri creditori, con indicazione delle eventuali classi in cui ritiene di doverli suddividere e delle rispettive percentuali di soddisfo, quanto al piano concordatario e cioè alle modalità e alla tempistica con cui il debitore prevede di ottenere le risorse necessarie per poter adempiere a quanto promesso ai creditori».*

Sul punto, la Corte ha ricordato che *«si può affermare che le modifiche integrino una nuova proposta allorquando: i) mutino la natura dell'accordo proposto ai creditori (o meglio, cambino la logica di superamento della situazione di crisi o di insolvenza nella quale versa la società), tanto da rendere necessario un nuovo controllo di ammissibilità da parte del tribunale, una rinnovazione dell'attività di valutazione dell'attestatore, una nuova votazione da parte dei creditori, i quali, alla luce delle modifiche introdotte, non possono più fare affidamento sull'assetto originario, per essere cambiate le caratteristiche fondamentali della proposta; ii) in aggiunta o in alternativa a quanto appena detto (secondo un orientamento interpretativo), laddove mutino elementi della proposta che vadano ad incidere sull'impianto “satisfattorio” del ceto creditorio, quali, inter alia: il numero e la composizione delle classi, la percentuale riconosciuta ai chirografari, la previsione di nuova finanza.» (cfr. Cass. nr 22988/2022)».* Di conseguenza,

«anche una modifica degli elementi della proposta in senso stretto (composizione delle classi, nuova distribuzione dell'attivo) è idonea a creare ricadute sulla formazione del consenso dei creditori e sulla conseguente espressione del loro voto [...]».

In tal senso, la Corte di Cassazione ha affermato che «[è] orientamento di questa Corte che **“unica condizione necessaria per la validità dell'espressione del voto è che la stessa corrisponda alle eventuali modifiche della proposta di concordato nel frattempo intervenute, onde assicurare una esatta sovrapposibilità della volontà negoziale delle parti al momento della proposta e dell'accettazione o del dissenso, di modo che va esclusa la validità del suffragio manifestato prima dell'apporto di modifiche [...] al contenuto della proposta apprezzata dal medesimo creditore votante. In tal caso il voto, non correlandosi con la proposta da ultimo presentata, non ha efficacia ai fini dell'adesione alla medesima e necessita di una rinnovazione affinché proposta e risposta, in termini di accettazione o rifiuto, si riferiscano a un contenuto coincidente.”** (cfr. Cass.3860/2019)».

Tuttavia, la Corte ha proseguito affermando che «[i]l concordato, oltre al profilo prettamente negoziale, presenta [...] anche il carattere della concorsualità [...]. La natura di procedura concorsuale-negoziale del concordato consente allora di ritenere applicabili anche alla disciplina delle operazioni di voto, che costituiscono uno dei passaggi endo-procedimentali funzionali alla deliberazione della proposta, le categorie contrattuali della correttezza, buona fede, trasparenza ed affidamento, la cui violazione vale ad alterare la formazione della volontà del ceto creditorio».

Alla stregua di tali considerazioni, la Corte di Cassazione ha enunciato il seguente principio di diritto: «**[q]uando interviene la modifica della proposta di concordato i creditori che, in conformità di precise disposizioni impartite dai Commissari Giudiziali, abbiano espresso voto favorevole prima della modifica, devono ricevere appropriate ed aggiornate informazioni circa l'inefficacia del suffragio manifestato prima della modifica della proposta e circa la necessità di una rinnovazione della manifestazione del consenso alla nuova proposta. In caso di omesso avviso ed in assenza di ulteriore manifestazione di volontà dei creditori già votanti, gli organi della procedura non possono annullare i voti precedentemente espressi a favore del concordato e così deliberare sulla proposta, ma devono procedere alla rinnovazione delle operazioni di voto fornendo ai creditori precise informazioni circa l'inefficacia del loro suffragio».**

## DIRITTO AMMINISTRATIVO

**TAR Campania, Sede di Napoli, Sez. IV, 8 maggio 2024 n. 3001 – Esclusione automatica delle offerte anomale nei contratti sottosoglia. Legittimità. Esclusione del privato: soltanto se il meccanismo di esclusione automatico è stato espressamente indicato negli atti di gara.**

La sentenza ha espresso il principio che nelle procedure di gara aventi ad oggetto appalti sottosoglia aggiudicate con il criterio del prezzo più basso, è ammessa l'esclusione automatica delle offerte anomale: *«in ossequio al disposto dell'art. 54, co.1, d.lgs. 36/2023, nel caso di aggiudicazione, con il criterio del prezzo più basso, di contratti di appalto di lavori o servizi di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea che non presentano un interesse transfrontaliero certo, le stazioni appaltanti, in deroga a quanto previsto dall'articolo 110, prevedono negli atti di gara l'esclusione automatica delle offerte che risultano anomale, qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque (...)».*

Tuttavia, è necessario che gli atti di gara indichino esplicitamente tale automatismo, precisando il metodo di calcolo della soglia di anomalia (tra quelli di cui all'Allegato II.2 al Codice dei contratti pubblici): *«l'art. 54, co. 2, primo alinea, dello stesso decreto, dispone che 'nei casi di cui al comma 1, primo periodo, le stazioni appaltanti indicano negli atti di gara il metodo per l'individuazione delle offerte anomale, scelto fra quelli descritti nell'allegato II.2, ovvero lo selezionano in sede di valutazione delle offerte tramite sorteggio tra i metodi compatibili dell'allegato II.2'».*

In mancanza, è illegittima l'esclusione automatica delle offerte dichiarate anomale ai sensi dell'art. 54 del Codice, perché tale esclusione sarebbe contraria al legittimo affidamento del privato, che sui medesimi atti di gara si era basato per la formulazione della propria offerta: *«la mancata previsione, negli atti di gara, dell'esclusione automatica delle offerte anomale, in uno con la mancata indicazione del metodo per l'individuazione delle stesse, non poteva essere colmata, ovvero sanata ex post dalla stazione appaltante con la comunicazione inviata alla ricorrente a seguito dell'istanza di annullamento in autotutela della sua esclusione».*

**TAR Sardegna - Cagliari, 11 marzo 2024, n. 204 – Nuovo principio di fiducia del Codice Appalti e cause di esclusione ex artt. 95 e 98 D.Lgs. n. 33/2023. Esclusione dalla gara per accertata inaffidabilità dei concorrenti (per pregresse risoluzioni contrattuali). Legittimità. Autonomia decisionale della singola stazione appaltante.**

Secondo l'articolo 2 del Codice degli appalti attualmente vigente, *«il principio della fiducia favorisce e valorizza l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato».*

Facendo applicazione di tale principio, la stazione appaltante aveva escluso due operatori sulla base degli articoli 95 e 98 del Codice dei contratti, in ragione della loro accertata inaffidabilità per aver posto in

essere, in precedenza, condotte comportanti la risoluzione dei rapporti contrattuali con la medesima Amministrazione.

La sentenza respinge il ricorso degli operatori, che avevano contestato l'esclusione, ritenendo che il concetto di "affidabilità dell'operatore economico, che consiste nella meritevolezza di fiducia da parte della stazione appaltante" consente all'amministrazione pubblica di valutare l'esclusione dell'operatore alla luce del principio di fiducia, e quindi di interpretare ogni singola situazione "con autonomia decisionale in relazione all'esercizio del potere di esclusione dell'operatore economico per inaffidabilità".

**TAR Veneto, 3 aprile 2024, n. 623 – Equo compenso (Legge 49/2023). Prestatori d'opera professionali iscritti a ordini professionali. Diritto a un compenso commisurato all'effettiva qualità e quantità del lavoro prestato. Contratti con la pubblica amministrazione e procedure di gare pubbliche. Applicabilità. Esclusione delle offerte in violazione all'equo compenso. Legittimità.**

Con la Legge n. 49 del 2023 il Legislatore italiano ha disciplinato il c.d. equo compenso per i prestatori d'opera professionali (avvocati, ingegneri e, in generale, gli iscritti ad un ordine professionale) sancendo il principio che essi abbiano diritto ad un compenso congruo ossia commisurato all'effettiva qualità e quantità di lavoro prestato.

La sentenza del TAR Veneto n. 632 del 3 aprile 2024 afferma l'inderogabilità della disciplina anche nel caso di gare pubbliche, riconoscendo in capo alla Pubblica Amministrazione l'obbligo di disciplinare la gara nel rispetto delle disposizioni sull'equo compenso, quanto alla componente economica dell'offerta. Correlativamente, sussiste l'obbligo della pubblica amministrazione di escludere i partecipanti che hanno presentato offerte economiche inferiori all'equo compenso.

La sentenza osserva che non vi sono ragioni per derogare all'equo compenso a motivo della natura pubblica della gara e del contratto, e che, al contrario *«l'art. 8, d.lgs. n. 36/2023, (n.d.r. il nuovo Codice dei Contratti Pubblici) oggi prevede che le Pubbliche Amministrazioni, salvo che in ipotesi eccezionali di prestazioni rese gratuitamente, devono garantire comunque l'applicazione del principio dell'equo compenso nei confronti dei prestatori d'opera intellettuale»*.

Il TAR Veneto si discosta, esplicitamente, dal parere ANAC n. n. 101 del 28 febbraio 2024, ove l'Autorità aveva escluso una «eterointegrazione del bando di gara» da parte delle norme sull'equo compenso, con la conseguente legittimità di un'offerta formulata in violazione della soglia minima indicata dalla Legge 49/2023.



In senso conforme al TAR Veneto si è espresso, poco dopo, anche il Tar Lazio, con sentenza 30 aprile 2024, n. 8580.