



Legal Newsletter n. 2/2016

Tax & Legal

kpmg.com/it



Indice

- 1 [Pagina 3](#) **Contratti di intermediazione finanziaria**
Piano finanziario '4 You' - rischio a carico del solo investitore - l'operazione è invalida perché trattasi di contratto atipico non meritevole ex art. 1322 c.c. - Cass. 15 febbraio 2016, n. 2900
- 2 [Pagina 4](#) **Contratti di intermediazione finanziaria**
Distinzione fra contratti di gestione in cambi e contratti di intermediazione concernenti strumenti finanziari derivati - Corresponsabilità della banca e della società di intermediazione per danni arrecati ai clienti - Trib. Firenze, 5 gennaio 2016
- 3 [Pagina 6](#) **Riforma delle banche di credito cooperativo L. 8 aprile 2016, n. 49 di conversione del DL. 14 febbraio 2016, n. 18.**
- 4 [Pagina 7](#) **Fallimento - Giurisdizione**
La società che abbia trasferito la sede legale in altro paese UE può fallire in Italia se resta invariata la sede effettiva - Cassazione S.U. civ. 18 marzo 2016, n. 5419
- 5 [Pagina 7](#) **Illeciti penali-amministrativi**
Fusione tra società (D.Lgs. 231/2001, art. 29) - Sanzioni interdittive applicate alla società incorporante per illeciti dell'incorporata - E' manifestamente infondata la relativa eccezione di incostituzionalità (Cass. Pen. 17 marzo 2016, n. 11442)
- 6 [Pagina 8](#) **Market Abuse**
Direttiva 2014/57/UE (CSMAD o MAD II) - Regolamento UE 596/2014 (MAR) - Nuova normativa sugli abusi di mercato al via
- 7 [Pagina 9](#) **Obbligazioni e contratti**
Fideiussione omnibus - Riqualficazione in contratto autonomo di garanzia (Garantievertrag) - Trib. Napoli, 17 novembre 2015
- 8 [Pagina 11](#) **Procedure esecutive e concorsuali**
Decreto Legge 3 maggio 2016, n. 59; immediatamente applicabili le semplificazioni in tema di esecuzioni (artt. 4 ,5, 6)

1

Contratti di intermediazione finanziaria

Piano finanziario '4 You' - rischio a carico del solo investitore - l'operazione è invalida perché trattasi di contratto atipico non meritevole ex art. 1322 c.c. - Cass. 15 febbraio 2016, n. 2900

Il contenzioso in esame origina dalla sottoscrizione di un piano finanziario '4 You', consistente nell'erogazione di un finanziamento, destinato a titoli obbligazionari e alla sottoscrizione di quote di fondi comuni di investimento, venduti dalla banca mutuante e dalla stessa gestiti.

Il regolamento contrattuale prevede, inoltre, la costituzione di un pegno a garanzia dell'investimento e il pagamento di una penale particolarmente onerosa in caso di recesso del cliente.

Quest'ultimo chiede che sia dichiarata la nullità dell'operazione negoziale con conseguente condanna alla restituzione delle somme versate e con interessi legali decorrenti dai singoli versamenti.

La Corte d'Appello di Genova, riformando la pronuncia di primo grado, accoglie il ricorso del cliente e dichiara la nullità dell'operazione contrattuale, adducendo la violazione dell'art. 21 del TUF (in tema di trasparenza, per omessa informazione nel contratto quadro) e dell'art. 27 Regolamento Intermediari n. 11522/1998 (per palese conflitto di interessi fra banca e cliente in assenza di consenso del cliente stesso).

La Corte reputa, inoltre, in contrasto con norma imperativa, per violazione del principio relativo alla libertà di investimento, sancito dagli artt. 24 TUF e 37 Regolamento Intermediari, anche le disposizioni contrattuali che vanificherebbero sostanzialmente la possibilità di recesso: quella concernente la penale, economicamente pariordinata all'ammontare dell'investimento; e quella concernente la costituzione di pegno, perché la banca avrebbe dovuto provvedere alla vendita dei titoli prima di autorizzare la liberazione del cliente.

La pronuncia della Corte d'Appello è impugnata in Cassazione dalla banca che contesta la sentenza con sette motivi di ricorso.

La Suprema Corte non accoglie il ricorso sostanzialmente pronunciandosi in relazione alla natura del contratto '4 You', qualificata come un'unica operazione contrattuale non scomponibile in più contratti collegati. Ne esclude in particolare la validità per immeritevolezza dell'interesse perseguito, in evidente contrasto con i principi di cui agli artt. 47 e 38 Cost. (in tema di tutela di risparmio e incentivo delle forme di previdenza anche private).

La Cassazione si sofferma in primo luogo sulla qualificazione giuridica dell'operazione contrattuale '4 You'.

Presupposto di tre dei sette motivi di ricorso è, infatti, la qualifica del piano finanziario non quale modulo unitario e atipico ma come la risultante di tre contratti autonomi e collegati (ovvero di un contratto di finanziamento destinato all'acquisto di strumenti finanziari, di una compravendita di titoli e della costituzione di pegno a garanzia del rimborso delle somme erogate dalla banca al cliente).

Questa ricostruzione giuridica dell'operazione in essere permette al ricorrente di sostenere che la violazione delle disposizioni in tema di trasparenza bancaria e di conflitto di interessi (artt. 21 TUF e 27 Regolamento Intermediari) nonché di quelle in tema di valorizzazione e salvaguardia del principio di libertà nell'investimento (e a contrario di libertà nel recesso dall'investimento stesso) (artt. 24 TUF e 37 Regolamento Intermediari) incidano in buona sostanza sulla valutazione in sede di esecuzione di ciascun contratto e non sulla relativa validità ed efficacia (non siano cioè all'origine di vizi strutturali e genetici del contratto predisposto in violazione della pluralità di leggi cogenti).

Si tratterebbe, in altri termini, di violazione di regole di condotta determinanti inadempimento e non nullità virtuale, in sintonia con i noti principi affermati dalle Sezioni Unite della Cassazione n. 26724/2007.

Rispetto a tale prospettazione la Cassazione interviene sia con considerazioni di portata più generale, in ordine alla natura dei contratti di intermediazione finanziaria, che hanno ad oggetto i prodotti e gli strumenti finanziari di cui all'art. 1 del TUF, sia in ordine alla specifica qualificazione dei prodotti '4 You'.



In generale, osserva la Corte, la ricostruzione della vicenda negoziale concernente l'intermediazione finanziaria, si fonda sulla valorizzazione di modelli contrattuali caratterizzati, sotto il profilo della causa in concreto e dello scopo pratico del regolamento voluto dalle parti, dall'intento dell'investitore di *'ottenere rendimenti stabili e crescenti'* e, di contro, dall'interesse dell'intermediario *'di acquisire investitori mediante proposte appetibili ed adeguate'*.

Nella logica di bilanciamento di questi opposti interessi si colloca il regolamento negoziale in cui centrale è **'la condivisione del rischio'** dell'operazione posta in essere, rappresentando *'la conformazione del rischio, la massima realizzazione dell'autonomia privata, costituendo la determinazione personale relativa al margine di rischio affrontabile, il nucleo della scelta dell'investitore e, per l'altro, il limite più significativo della predetta autonomia, essendo tutta la normazione di settore rivolta a dettare regole di condotta per l'intermediario che inducano l'investitore non professionale ad una scelta responsabile [...]'*.

In altri termini, il regolamento contrattuale nell'intermediazione in genere, si incentra su una razionale e condivisa conformazione del rischio contrattuale (sulla potenziale esposizione a guadagni o perdite economiche) e tutta la disciplina di settore, che fa da cornice a tali operazioni sui prodotti finanziari, è proprio rivolta a garantire la conoscenza del margine effettivo di rischio relativo.

All'esame della Cassazione, il contratto '4 You', pur assoggettato al TUF e alla normativa regolamentare Consob, non può essere scrutinato quanto ai riflessi della possibile violazione delle predette regole di condotta, perché la violazione di dette regole è sondabile solo sul presupposto di un contratto valido e quello in esame è contratto atipico ed immeritevole di tutela ex art. 1322 c.c.

Innanzitutto, la Cassazione afferma che, conformemente all'indirizzo giurisprudenziale più recente, si è in presenza di un unico contratto atipico avente ad oggetto uno strumento finanziario (si vedano Cass. n. 1584/2012 e Cass. n. 776/2014) e non di più contratti collegati. La valutazione in termini di unitarietà dell'operazione si fonda sullo scopo concreto dell'operazione che è quello di garantire una remunerazione ai risparmi dell'investitore mediante l'acquisto di titoli, pagati con l'importo finanziato, garantito da pegno sui titoli acquistati.

Trattandosi di contratto atipico, il regolamento negoziale sarebbe inoltre soggetto al vaglio di meritevolezza, non superando tuttavia il controllo ex art. 1322 c.c.

Attraverso tale operazione, come del resto già affermato in una precedente pronuncia relativa a fattispecie del tutto simile (Cass. 19559/2015), la banca sfrutta le preoccupazioni previdenziali del cliente, che contratta in vista del raggiungimento di un beneficio economico a fini previdenziali assolutamente disatteso dal contenuto regolamentare, congegnato in modo tale da attribuire solo al cliente il rischio di impresa (la remunerazione è inferiore all'interesse dovuto), oltre che a non consentirgli un'effettiva facoltà di recesso, con ciò violando i principi fondanti dell'ordinamento in punto di tutela del risparmio ex art. 47 Cost e in tema di incoraggiamento delle forme di previdenza anche private ex art. 38 Cost. (MI).

2

Contratti di intermediazione finanziaria

Distinzione fra contratti di gestione in cambi e contratti di intermediazione concernenti strumenti finanziari derivati - Corresponsabilità della banca e della società di intermediazione per danni arrecati ai clienti - Trib. Firenze, 5 gennaio 2016

Il contenzioso in esame trae origine da una vicenda articolata che coinvolge una pluralità di clienti *retail*, danneggiati dalla totale perdita del danaro affidato in gestione ad una banca, attivatasi in sinergia con una società di intermediazione in cambi - iscritta nell'elenco dei soggetti operanti nel settore finanziario di cui all'art. 106 TUB.

I clienti erano stati contattati presso il loro domicilio da procacciatori della società di intermediazione ed indotti alla sottoscrizione di *'contratti di gestione in cambi'* sul mercato del Forex.

Contestualmente alla conclusione di tali contratti gli stessi depositavano danaro destinato all'investimento in conti correnti, con rinuncia a disporre e incarico ad un utilizzo esclusivo conferito alla società di intermediazione.



La banca, poi, tramite giroconto interno, trasferiva tutto quanto depositato dai clienti su di un conto corrente omnibus intestato alla società intermediaria, sì da permetterle di operare in piena autonomia.

La perdita di quanto investito, cagionata dalla crisi finanziaria e dal conseguente fallimento della società di intermediazione, spingeva i clienti ad agire in risarcimento danni nei confronti del fallimento e, in solido, nei confronti dell'istituto di credito.

Tra le varie ragioni a fondamento della corresponsabilità, i clienti adducevano la conoscenza da parte dell'istituto di credito dell'attività svolta dalla società di intermediazione, non riconducibile alla mera attività di negoziazione in cambi ma alla prestazione di servizio di investimento in strumenti finanziari, anche se in assenza di espressa autorizzazione, pur trattandosi di attività riservata ai sensi del TUF.

Nella ricostruzione degli attori il comportamento collaborativo della banca aveva contribuito a determinare il danno, posta la conoscenza del ricorso al mercato dei derivati da parte della società di intermediazione.

Il Tribunale di Firenze, accertata la responsabilità solidale dell'istituto di credito, accoglieva le richieste di risarcimento di danni patrimoniali e non patrimoniali dei clienti - attori, con condanna al pagamento.

La sentenza della Corte è articolata in modo tale da centrare l'attenzione sulla distinzione fra attività di intermediazione in cambi, avente ad oggetto direttamente valute, e attività di intermediazione, avente ad oggetto contratti derivati, legati alla fluttuazione dei cambi stessi.

Il Tribunale afferma che l'attività concretamente svolta dalla società di intermediazione sia riconducibile alla prestazione di servizi di investimento in derivati, disciplinata dal TUF e riservata, conseguentemente, alle SIM e alle banche (ai sensi degli artt. 18 e 19 TUF) ovvero, seppur con limitazioni, alle società iscritte all'albo speciale di cui all'art. 107 TUB.

La società non avrebbe potuto porre in essere questo tipo di attività essendo autorizzata, ai sensi dell'art. 106 TUB, al solo esercizio della negoziazione in cambi.

A favore di tale ricostruzione depone su tutto la strutturazione delle operazioni contrattuali in essere con un meccanismo di leva finanziaria, determinante un moltiplicatore dei possibili guadagni e delle eventuali perdite.

Con tale illegittimo espletamento del servizio di gestione patrimoniale la società ha sostanzialmente provocato la '*volatizzazione*' delle somme investite dai risparmiatori, causando ad essi un danno patrimoniale e non patrimoniale da risarcire.

A tale responsabilità contrattuale della società di intermediazione si è aggiunta la corresponsabilità solidale della banca che con essa ha collaborato, conformando l'attività prestata ('*personalizzando i servizi offerti, adeguando il contratto di conto corrente, partecipando con un proprio funzionario alla Convention, predisponendo una modulistica ad hoc con i loghi di entrambe le società*'), non potendo non avere avuto conoscenza della tipologia di attività finanziaria in essere.

Peraltro, e questo è il secondo filone argomentativo seguito dal giudice di merito, la nullità delle operazioni in derivati, conseguente all'esercizio abusivo dell'attività di intermediazione e all'integrazione degli estremi dell'illecito penale ex art. 166 c.p., si riverbera anche sulla validità degli stessi rapporti di conto corrente ciò determinando il diritto dei clienti alla restituzione delle somme depositate, in applicazione della disciplina dell'indebito oggettivo (art. 2033 c.c.).

Quanto alla quantificazione dei danni patrimoniali e non patrimoniali da risarcire, il Tribunale individua i primi nella perdita delle somme conferite in c/c e i secondi nei danni sofferti a fronte del reato ex art. 166 c.p., in conseguenza dell'esercizio abusivo dell'attività di investimento in strumenti finanziari, ex art. 2059 c.c. (MI).



3

Riforma delle banche di credito cooperativo L. 8 aprile 2016, n. 49 di conversione del DL. 14 febbraio 2016, n. 18.

Nella seduta del 6 Aprile 2016, il Senato, con 171 voti a favore e 105 contrari ed una sola astensione, ha definitivamente approvato il disegno di legge n. 2298 di conversione, con modificazioni, del dl 14 febbraio 2016, n. 18, recante le misure urgenti concernenti la riforma delle banche di credito cooperativo, la garanzia sulla cartolarizzazione delle sofferenze, il regime fiscale relativo alle procedure di crisi e la gestione collettiva del risparmio (c.d. Decreto Banche). Dopo la riforma delle Banche Popolari (approvata solo lo scorso anno) e l'autoriforma delle Fondazioni di origine bancaria - del MEF in qualità di Autorità di vigilanza - è stato introdotto il nuovo pacchetto di misure, che si inserisce nell'ampio disegno di ristrutturazione del sistema bancario italiano, con l'obiettivo non solo di rafforzarlo, quanto di renderlo più resistente agli shock, mettendo gli istituti nelle condizioni di finanziare adeguatamente l'economia reale e quindi di favorirne la crescita quanto l'occupazione.

Nel suddetto piano di consolidamento del sistema bancario italiano, il provvedimento in oggetto, così come ri-strutturato, si focalizza sia sulla riforma delle banche di credito cooperativo (BCC) sia sulla garanzia dello Stato in caso di sofferenze bancarie.

Inoltre, tale disposizione, con il recepimento dell'accordo raggiunto con la Commissione Europea inerente lo schema di garanzia per agevolare le banche nello smobilizzo dei crediti in sofferenza, riforma il panorama normativo delle BCC, disponendo non solo la concessione della garanzia statale sulle cartolarizzazioni delle sofferenze delle banche e degli intermediari finanziari, quanto la modifica del regime fiscale applicabile durante le procedure di crisi d'impresa e l'introduzione di misure per la concessione di crediti alle imprese da parte dei fondi di investimento alternativi.

Risultato? La riforma delle BCC consente così da un lato, di portare a compimento l'ampia misura di autoriforma messa a punto dalle stesse banche e dall'altro, di superare le differenti criticità-operative che ancora la vigente disciplina del settore presentava, quali: debolezze strutturali derivanti dal modello di attività, particolarmente esposto all'andamento dell'economia del territorio di riferimento, e derivanti anche dagli assetti organizzativi e dalla dimensione ridotta.

Nello specifico, si evidenziano, tra le novità della riforma del settore del credito cooperativo: (a) l'obbligo per le BCC di aderire ad un gruppo bancario cooperativo che abbia come capogruppo una società per azioni con un patrimonio non inferiore a 1 miliardo di euro (a tal proposito, si ricorda, oltremodo che l'adesione ad un gruppo bancario è la condizione per il rilascio, da parte della Banca d'Italia, dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria in forma di banca di credito cooperativo. Le banche che non intendessero aderire ad un gruppo bancario, potranno farlo a condizione che abbiano riserve di una entità consistente (almeno 200 milioni) e versino un'imposta straordinaria del 20% sulle stesse riserve); (b) lo svolgimento della società capogruppo di attività di direzione e di coordinamento sulle BCC in base ad accordi contrattuali chiamati 'contratti di coesione'; (c) l'elevazione del limite massimo tanto dell'investimento in azioni di una banca di credito cooperativo che del numero minimo dei soci al fine di favorire la patrimonializzazione delle singole BCC; (d) la sottoscrizione da parte della capogruppo di azioni di finanziamento (art. 2526 c.c.) per contribuire al rafforzamento patrimoniale delle BCC, anche in situazioni diverse dall'inadeguatezza patrimoniale o dall'amministrazione straordinaria.

Tra le tante novità inserite nel provvedimento vi sono, oltremodo, da sottolineare per la migliore comprensione dell'intervento normativo: a) l'introduzione del nuovo meccanismo della 'way out'; b) l'ampliamento agli intermediari finanziari della possibilità di accedere alla garanzia dello Stato sulle sofferenze; c) il divieto di capitalizzazione degli interessi cioè del c.d. anatocismo, che consiste nella contabilizzazione degli interessi sugli interessi.

Il mondo bancario sembra per una volta pronto a recepire le modiche in materia avendo cura non solo di preservare i tratti essenziali della cooperazione bancaria costituiti dalla 'mutualità' e dalla 'vocazione localistica' quanto ponendo le migliori condizioni perché il credito cooperativo continui a essere parte importante di un sistema finanziario quanto mai efficiente (GdM).



4

Fallimento - Giurisdizione

La società che abbia trasferito la sede legale in altro paese UE può fallire in Italia se resta invariata la sede effettiva - Cassazione S.U. civ. 18 marzo 2016, n. 5419

Il trasferimento della sede legale di una società in un altro paese non esclude la giurisdizione italiana se in Italia resta il 'luogo in cui effettivamente si forma la volontà dell'ente ed in cui, perciò, abitualmente si trovano ed operano i soggetti dai quali tale volontà in concreto promana'.

In tale senso si esprime la sentenza in oggetto.

Nella specie, una srl italiana insolvente aveva trasferito la propria sede legale in Romania nel marzo 2013: successivamente, un creditore ne presentava richiesta di fallimento, che veniva accolta dal Tribunale di Parma con sentenza dell'ottobre 2013.

La fallita contestava la sentenza italiana in base all'art. 9 della Legge Fallimentare, secondo il quale in caso di trasferimento della sede dell'impresa all'estero permane la giurisdizione italiana, se esso 'è avvenuto dopo il deposito del ricorso' per la dichiarazione di fallimento.

La Cassazione, a sezioni unite (come è regola, in tema di giurisdizione), senza contestare la legittimità in sé del trasferimento, richiama l'art. 3 del Regolamento CE n. 1346/2000 sulle procedure di insolvenza, a norma del quale sono competenti i giudici dello stato membro 'nel cui territorio è situato il centro degli interessi principali del debitore', mentre la sede statutaria è solo motivo di presunzione (relativa) di localizzazione del centro degli interessi, suscettibile quindi di prova contraria.

Nella specie, all'estero era risultata inesistente qualunque attività, sia operativa che finanziaria, mentre gli amministratori erano sempre rimasti italiani e in Italia continuava ad esercitarsi l'attività di gestione, in maniera apparente e, sottolinea la Cassazione, riconoscibile dai terzi.

La Cassazione, dopo aver concluso che la sede reale deve prevalere su quella formale, ne trae l'ulteriore conseguenza che è regolare anche la notifica dell'istanza di fallimento presso la sola sede reale e non ne resta inficiato il procedimento fallimentare (mentre secondo la fallita la notifica, perfezionatasi per avvenuta giacenza, sarebbe stata inefficace, in quanto operata presso la sede ormai cancellata).

Viene così in sostanza affermato, in sede di giurisdizione, lo stesso principio della prevalenza della sede effettiva, che si applica qualora si discuta della competenza dell'uno od altro tribunale italiano (ed anche in quest'ultimo caso, la sede statutaria viene intesa come mera presunzione della coesistenza con la sede reale).

Al contempo, la Cassazione valorizza il principio della tutela dell'apparenza e della buona fede dei terzi; e ciò, ancor prima dell'entrata in vigore (giugno 2017) del nuovo regolamento UE 2015/848: quest'ultimo, all'art.3, precisa che il 'centro degli interessi principali del debitore' è il luogo in cui il debitore esercita la gestione dei suoi interessi in modo non solo 'abituale', anche, al contempo 'riconoscibile dai terzi'.

Deve solo ricordarsi che, per i trasferimenti in paesi UE, anche la presunzione di coincidenza della sede reale con quella legale si applicherà solo decorsi 3 mesi dal trasferimento (mentre in ambito italiano la competenza del tribunale d'origine permane per 1 anno: art. 9.2°c., L.F.) (CBV).

5

Illeciti penali-amministrativi

Fusione tra società (D.Lgs. 231/2001, art. 29) - Sanzioni interdittive applicate alla società incorporante per illeciti dell'incorporata - E' manifestamente infondata la relativa eccezione di incostituzionalità (Cass. Pen. 17 marzo 2016, n. 11442)

La Cassazione Penale, VI Sez., con sentenza n. 11442/2016, depositata il 17 marzo 2016 (che conferma le decisioni dei giudici di merito), nel dichiarare responsabile una società per gli illeciti penali-amministrativi della società incorporata, precisa alcuni concetti utili per l'applicazione della disciplina sulla responsabilità degli enti (Decreto Legislativo n. 231 dell'8 giugno 2001).



La corte ricorda che il sistema normativo introdotto dal D.Lgs. 231/2001 configura un *tertium genus* di responsabilità, intermedio tra quella penale e quella amministrativa, e soggetta a principi difformi rispetto alle due specie preesistenti.

Sia in campo penale che in campo amministrativo 'tradizionale' vale la regola della personalità della pena, la quale si esprime, tra l'altro, nell'art.7 della legge 689/1981, secondo cui 'l'obbligazione di pagare la somma dovuta per la violazione non si trasmette agli eredi' (e simile disposizione vige in campo fiscale, ex D.Lgs. 472/1997.).

La normale sanzione amministrativa colpisce quindi direttamente la persona fisica autrice della violazione (mentre a carico della persona giuridica che si giova degli effetti economici della violazione sorge solo un'obbligazione solidale per debito altrui, che come tale permane anche in caso di fusione).

La sanzione penale amministrativa, di natura interdittiva, una volta accertato il reato-presupposto commesso dai soggetti in posizione apicale (nella specie, corruzione internazionale), colpisce invece direttamente l'ente (che può liberarsene solo dimostrando di aver adottato, prima della commissione del reato, modelli di organizzazione normalmente idonei a prevenirlo).

E, data la sua funzione dissuasiva, è logico che la sanzione si applichi direttamente anche dopo la formale sua estinzione, o modifica della forma giuridica, tutte le volte che sotto l'aspetto economico, vi è identità tra i due enti (salve solo le possibilità di limitazione o conversione di cui all'art.31 D.Lgs. 231/2001).

La Corte rifiuta quindi il rinvio alla Corte Costituzionale della disposizione di cui all'art. 29 del D.Lgs. 231/2001, secondo cui '*nel caso di fusione, anche per incorporazione, l'ente che ne risulta risponde dei reati dei quali erano responsabili gli enti partecipanti alla fusione*'.

La Suprema Corte richiama il principio di 'effettività' del sistema sanzionatorio espresso dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, in virtù del quale la sanzione deve colpire chi ha tratto 'effettivo beneficio' dalla violazione, onde evitare che tali operazioni modificative dell'ente si risolvano in agevoli modalità di elusione della responsabilità.

Aggiunge anche che manca, in caso di fusione, la invocata analogia con la posizione dell'erede (cui le normali sanzioni amministrative o penali per atti del *de cuius*, come accennato, non si applicano): 'la fusione, lungi dall'essere rivolta all'estinzione delle società, costituisce un 'contratto di vita', che contraddistingue la crescita dell'impresa'; le società fuse o incorporate 'continuano ad esistere come soggetti come soggetti unificati con il soggetto risultante dalla fusione o incorporante'.

Tutto ciò premesso, la Cassazione ribadisce che in linea di diritto la sanzione ex D.Lgs. 231/2001 resta applicabile anche dopo la fusione societaria, e conferma nella specie nei confronti della società incorporante la sanzione amministrativa pecuniaria di euro 600.000 (oltre alla confisca, per equivalente, dell'importo del profitto del reato, nella misura di euro 24.530.580) (CBV/DT).

6

Market Abuse

Direttiva 2014/57/UE (CSMAD o MAD II) - Regolamento UE 596/2014 (MAR) - Nuova normativa sugli abusi di mercato al via

Con il recepimento nell'ordinamento domestico delle nuove disposizioni europee in materia di *Market Abuse*, qual il Regolamento UE 596/2014 ('MAR') sugli abusi di mercato e la Direttiva 2014/57/UE ('CSMAD') relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato, la disciplina sugli abusi di mercato - risalente all'ormai lontano 2003 - è stata definitivamente aggiornata.

Le nuove disposizioni, così come riformulate, rispondono alla tanto vociferata esigenza, tanto a livello interno quanto comunitario, non solo di uniformità nell'interpretazione del diritto quanto di regole più chiare e, più in generale di una maggiore certezza del diritto, in un ambito così delicato come quello del *Market Abuse*. In esito a tali riforme avvertite come necessarie il legislatore comunitario è stato sostanzialmente indotto ad un '*restyling*' ed ad una 'sostituzione mirata' della oramai 'desueta' direttiva 2003/6/CE (cd. 'MAD'), con il pacchetto normativo MAD II/MAR, dettando modifiche *ad hoc* tese al corretto funzionamento dei mercati finanziari.



Le principali novità per quanto concerne il MAR (cd. *Market Abuse Regulation*) riguardano : I) la ridefinizione del concetto cardine di informazione privilegiata; II) l'introduzione della nozione di condotta legittima ('*safe harbour*'); (III) il riconoscimento della possibilità di effettuare sondaggi di mercato; (IV) novellate disposizioni in materia di comunicazione al mercato; V) l'estensione della normativa ai mercati delle merci e degli strumenti derivati collegati; (VI) l'estensione della normativa anche agli strumenti finanziari negoziati su sistemi di negoziazione multilaterali ('MTF'), altri sistemi di negoziazione organizzati ('OTF') e '*over the counter*' ('OTC'); (VII) l'estensione della definizione di manipolazione del mercato anche agli ordini di negoziazione effettuati attraverso mezzi elettronici; (VIII) l'analisi delle prassi di mercato ammesse che consentono di non incorrere nei divieti di manipolazione del mercato; (IX) l'applicazione di misure di prevenzione ad hoc in relazione al fenomeno di *whistleblowing*; (X) la disciplina minima delle sanzioni amministrative o altre misure amministrative.

Per quanto concerne, invece, il CSMAD (cd. *Criminal Sanction Market Abuse Directive*), altrimenti conosciuta con l'acronimo di MAD II, si evidenzia l'introduzione della disciplina delle sanzioni penali per l'abuso di informazioni privilegiate e per la manipolazione del mercato. La direttiva, in particolare, impone agli Stati membri di adottare le misure necessarie più appropriate per punire con sanzioni penali l'abuso di informazioni privilegiate e la manipolazione del mercato, l'istigazione, il favoreggiamento, il concorso e il tentativo a commettere tali reati. Ancora, la direttiva prevede che la responsabilità penale sia estesa anche alle persone giuridiche.

Detto ciò, i due interventi normativi, così come strutturati, seppur indubbiamente volti a disciplinare differenti aspetti della medesima materia, si presentano strettamente correlati, tanto da dover essere letti - secondo le stesse intenzioni del legislatore comunitario - come un *unicum*. La predetta unitarietà delle norme è confermata, altresì, anche dalla data in cui diverranno efficaci (nel senso di termine per il recepimento per la Direttiva, e data di applicazione per il Regolamento), fissata per entrambe al 3 luglio 2016.

Non solo. E', altresì, doveroso ricordare - per completezza informativa - che il pacchetto normativo MAD II/MAR non è stato il solo ad inserirsi 'prepotentemente' nell'ambito dell'ormai consolidata disciplina europea in materia di *Market Abuse*. Infatti, anche un'altra Direttiva ha il merito di aver contribuito al '*restyling*' della fisionomia della disciplina in commento: la Direttiva (UE) 2015/2392. Quest'ultima, elaborata dalla commissione in data 17 dicembre 2015, si occupa dell'analisi delle procedure di segnalazione alle autorità competenti di violazioni effettive o potenziali (art. 32 Regolamento UE 596/2014), mostrando nel dettaglio i dispositivi di segnalazione, le modalità con cui viene dato seguito alle segnalazioni, le misure per la tutela delle persone che esercitano un'attività lavorativa in base a un contratto di lavoro e le misure per la tutela dei dati personali.

Un'altra tappa del processo di sostanziale unificazione della disposizioni di *securities regulations* europea - il cui cantiere è sempre aperto - sta volgendo decisamente, oramai, al termine. La normativa del resto è pronta, ora non resta che aspettare che l'iter di recepimento sia portato a completo compimento negli Stati interessati (soprattutto in Italia) alla volta di un mercato finanziario sempre più efficiente e trasparente (GdM).

7

Obbligazioni e contratti

Fideiussione omnibus - Riqualficazione in contratto autonomo di garanzia (Garantievertrag) - Trib. Napoli, 17 novembre 2015.

La pronuncia in commento concerne l'opposizione proposta da E.P. e C.R. i quali contestavano la richiesta della Banca di pagamento della fideiussione *omnibus* prestata dai primi in favore della F.F. s.r.l.

In estrema sintesi, gli opposenti lamentavano la mancata allegazione da parte della Banca degli elementi a fondamento della richiesta di pagamento della garanzia.

Il Tribunale di Napoli respinge l'opposizione e, in particolare, riqualfica la fideiussione *omnibus* come contratto autonomo di garanzia '*atteso che i garanti si sono impegnati a pagare immediatamente alla banca quanto dovutole per capitale, interessi, spese, tasse e ogni altro accessorio a semplice richiesta scritta della banca*'.



Quest'ultimo assunto risulta in linea con l'orientamento giurisprudenziale che ritiene sufficiente per la configurazione del contratto autonomo di garanzia la mera presenza della clausola di pagamento 'a prima richiesta' (Cass. 16213/2015; Trib. Cagliari 3273/2013; Trib. Cagliari 717/2014, Cons. Stato 5636/2011; Cass. 14-2-3257/2007; Cass. sez. un. 7341/1987).

La soluzione in parola non appare, tuttavia, convincente e ciò in linea con il diverso indirizzo dottrinario e giurisprudenziale che insiste sulla necessità di porre al centro dell'indagine la relazione che le parti hanno instaurato tra la garanzia e il contratto garantito (Trib. Taranto, 30-1/1-2-2016; Cass. 14205/2014; Cass. 15108/2013; Cass. 5044/2009; Cass. 28-2-4661/2007; Cass. 23900/2006; Cass. 8324/2001).

La linea argomentativa da ultimo menzionata risulta, infatti, più conforme ai canoni dell'ermeneutica contrattuale. Questi ultimi hanno di mira la funzionalizzazione del dato testuale allo scopo perseguito dai contraenti. L'interprete deve unire l'analisi letterale all'indagine sulla 'comune intenzione delle parti' di modo da rendere il primo il più possibile conforme alla seconda (art. 1362 c.c.). In questo senso, viene sottolineata in dottrina la necessità di muovere dal dato testuale per arricchirlo tramite il riferimento 'extratestuale', ora, al comportamento dei contraenti anche posteriore alla conclusione del contratto (art. 1362 c.c.), ora, ai casi non espressi e, infine, al luogo in cui il contratto è stato concluso o a quello in cui ha sede l'impresa, qualora una delle parti sia un imprenditore (art. 1368 c.c.). La *lex contractus* costituisce il limite di questo processo di significazione: il rilievo normativo degli indici ora richiamati risulta propedeutico a rendere conforme il dato testuale all'obiettivo programmato dai contraenti, ma non abilita alla sua rettifica.

Quest'assunto trova conferma nelle norme che individuano nel testo contrattuale il parametro di riferimento per l'interpretazione delle singole clausole (art. 1363 c.c.) e che impediscono di attribuire alle espressioni generali un senso diverso da quello desumibile dall'oggetto del contratto (art. 1364 c.c.), il quale funge da cartina al tornasole per l'individuazione del significato più conveniente da assegnare a tali espressioni generali (art. 1369 c.c.).

Sul fronte del contratto autonomo di garanzia, l'approccio ora richiamato implica la necessità di porre attenzione alla clausola 'a prima richiesta' dalla prospettiva del testo contrattuale cui la stessa accede. E in realtà tale procedimento risulta seguito dalla pronuncia in commento, la quale rilegge il tenore letterale del contratto e approda alla riqualificazione della fideiussione in contratto autonomo di garanzia.

Quest'epilogo non risulta, tuttavia, supportato da una corretta argomentazione. Il Tribunale pone a fondamento della propria conclusione le clausole che con diverse scadenze indicano l'obbligo del garante di procedere al pagamento immediatamente e a semplice richiesta del creditore. Le clausole in questione non rendono, però, il rapporto di garanzia indipendente dal rapporto garantito. L'autonomia sostanziale tra questi rapporti prende corpo, infatti, nell'impossibilità per il garante di opporre le eccezioni spettanti al debitore in forza del rapporto garantito.

Diversamente, la clausola 'a prima richiesta' produce un effetto meramente procedimentale. La stessa innesca l'inversione dell'onere della prova, sicché il beneficiario è abilitato a escutere la garanzia, salvo che il garante opponga la mancanza del presupposto sostanziale per il pagamento. Un'ulteriore funzione svolta dalla clausola in esame può essere quella di c.d. *solve et repete* (art. 1462 c.c.), che offre al beneficiario la possibilità di escutere la garanzia e insieme di proporre le eccezioni del garante, il quale è abilitato, successivamente, ad agire per la ripetizione di quanto versato e in tale sede a eventualmente lamentare il difetto dei presupposti dell'escussione esercitata. Questi effetti risultano ben compatibili con la fideiussione.

La clausola a prima richiesta non può, dunque, permettere di per sé la riqualificazione della fideiussione in contratto autonomo di garanzia, giacché ad essa devono accompagnarsi degli ulteriori indici che giustificano il distacco sul piano sostanziale tra la garanzia e il rapporto garantito. Non appare, peraltro, pertinente il richiamo effettuato dalla sentenza in commento alla nota pronuncia delle Sezioni unite n. 3947 del 2010. In via di *obiter dictum*, le stesse hanno collegato, infatti, l'effetto di per sé costitutivo della garanzia autonoma alla clausola 'a prima richiesta e senza eccezioni' e non già alla clausola 'a prima richiesta' (AM).





Procedure esecutive e concorsuali

Decreto Legge 3 maggio 2016, n. 59; immediatamente applicabili le semplificazioni in tema di esecuzioni (artt. 4, 5, 6)

Il Consiglio dei Ministri ha approvato il 29 aprile 2016 il Decreto Legge n. 59/2016 recante *'Disposizioni urgenti in materia di procedure esecutive e concorsuali nonché a favore degli investitori in banche in liquidazione'*, che il 3 maggio 2016 è stato pubblicato sulla G.U. n. 102 ed è entrato immediatamente in vigore.

Il decreto, dal contenuto assai eterogeneo, introduce anche una serie di misure che, negli intenti del legislatore, contribuiranno a semplificare le procedure per il recupero dei crediti e gli adempimenti per le espropriazioni forzate.

Ricordiamo, in breve, alcune delle principali novità.

a) Disposizioni in materia di espropriazione forzata:

Il decreto modifica ancora una volta il contenuto dell'atto di pignoramento. In particolare, l'art. 4 del DL 59/2016 modifica l'art 492 c.p.c., aggiungendo al terzo comma la previsione secondo la quale *'il pignoramento deve contenere l'avvertimento che, a norma dell'articolo 615, secondo comma, terzo periodo, l'opposizione è inammissibile se è proposta dopo che è stata disposta la vendita o l'assegnazione a norma degli articoli 530, 552 e 569, salvo che sia fondata su fatti sopravvenuti ovvero che l'opponente dimostri di non aver potuto proporla tempestivamente per causa a lui non imputabile'*.

Viene, pertanto, novellato anche l'art. 615, 2 comma, c.p.c., con la previsione che l'opposizione, nell'esecuzione per espropriazione, *'è inammissibile se è proposta dopo che è stata disposta la vendita o l'assegnazione a norma degli art. 530, 552 e 569 c.p.c., salvo che sia fondata su fatti sopravvenuti ovvero che l'opponente dimostri di non aver potuto proporla tempestivamente per causa a lui non imputabile'*.

Le novità introdotte riguardano anche gli esperimenti di vendita, che non potranno essere superiori a tre, secondo quanto previsto dall'art. 532, secondo comma, c.p.c., nel quale sono stati sostituiti il secondo e terzo periodo.

Pertanto, non si avranno più un'infinita serie di tentativi (cosiddetti 'esperimenti d'asta') con continui ribassi, ma massimo tre, ciascuno con un ribasso di un quarto rispetto al precedente prezzo.

Sarà il giudice a fissare i criteri per determinare i relativi ribassi, le modalità di deposito della somma ricavata ed il termine finale non superiore a sei mesi, alla cui scadenza il soggetto incaricato della vendita dovrà restituire gli atti in cancelleria.

Esauriti infruttuosamente i tre tentativi di vendita, il giudice *'dispone la chiusura anticipata del processo esecutivo, anche quando non sussistono i presupposti di cui all'articolo 164-bis delle disposizioni di attuazione del presente codice'* (art. 532 c.p.c., 3 comma).

Se gli tutti e tre gli esperimenti di vendita dovessero andare deserti, il giudice avrà la possibilità, rimessa alla sua discrezione, di disporre una quarta ed ultima asta, riducendo il valore dell'immobile fino alla metà.

Le nuove regole si applicano anche alle procedure in corso ossia agli immobili già pignorati.

L'asta, inoltre, sarà svolta in modalità telematica, salvo che sia pregiudizievole per gli interessi dei creditori o per il sollecito svolgimento della procedura.

b) Procedure di recupero crediti

Relativamente al procedimento per decreto ingiuntivo, viene modificato l'art. 648, primo comma, c.p.c., a norma del quale il giudice **deve** disporre la provvisoria esecuzione di un decreto ingiuntivo **per le somme non contestate**.



Formalmente, il cambiamento è lieve, in quanto la riforma si limita a sostituire la parola 'concede' con 'deve concedere': il giudice, di fronte ad un decreto ingiuntivo avente ad oggetto somme contestate e somme non contestate, non ha più la discrezionalità di scegliere se concedere o meno la provvisoria esecuzione parziale per le seconde, ma un vero e proprio obbligo.

c) Registro delle procedure esecutive e concorsuali

Viene istituito presso il Ministero della giustizia un registro digitale delle procedure esecutive e concorsuali, che dovranno essere tutte digitalizzate.

d) Modifiche alla legge fallimentare

Per rendere più celeri le procedure fallimentari, si introduce la possibilità di utilizzare le tecnologie telematiche per le udienze e per le adunanze dei creditori. Inoltre può essere revocato il curatore che non rispetta i termini fissati per la procedura (GF).





Studio Associato
Consulenza legale e tributaria

Contatti

it-fmLegalNewsletter@kpmg.it

Sedi

Milano

Via Vittor Pisani 27, 20124
Tel. 02 676441 - Fax 02 67644758

Ancona

Via 1° Maggio 150/A, 60131
Tel. 071 2916378 - Fax 071 2916221

Bologna

Via Andrea Costa 160, 40134
Tel. 051 4392711 - Fax 051 4392799

Firenze

Viale Machiavelli 29, 50125
Tel. 055 261961 - Fax 055 2619666

Genova

Piazza della Vittoria 15/12, 16121
Tel. 010 5702225 - Fax 010 584670

Napoli

Via F. Caracciolo 17, 80122
Tel. 081 662617 - Fax 081 2488373

Padova

Piazza Salvemini 2, 35131
Tel. 049 8239611 - Fax 049 8239666

Perugia

Via Campo di Marte 19, 06124
Tel. 075 5734518 - Fax 075 5723783

Pescara

Piazza Duca D'Aosta 31, 65121
Tel. 085 4210479 - Fax 085 4210479

Roma

Piazza delle Muse 8, 00197
Tel. 06 809631 - Fax 06 8077459

Torino

Corso Vittorio Emanuele II 48, 10123
Tel. 011 883166 - Fax 011 8395865

Verona

Via Leone Pancaldo 68, 37138
Tel. 045 8114111 - Fax 045 8114390



kpmg.com/socialmedia



kpmg.com/app

© 2016 Studio Associato - Consulenza legale e tributaria è un'associazione professionale di diritto italiano e fa parte del network KPMG di entità indipendenti affiliate a KPMG International Cooperative ('KPMG International'), entità di diritto svizzero. Tutti i diritti riservati.

Denominazione e logo KPMG sono marchi e segni distintivi di KPMG International Cooperative ("KPMG International").

Tutte le informazioni qui fornite sono di carattere generale e non intendono prendere in considerazione fatti riguardanti persone o entità particolari. Nonostante tutti i nostri sforzi, non siamo in grado di garantire che le informazioni qui fornite siano precise ed accurate al momento in cui vengono ricevute o che continueranno ad esserlo anche in futuro. Non è consigliabile agire sulla base delle informazioni qui fornite senza prima aver ottenuto un parere professionale ed aver accuratamente controllato tutti i fatti relativi ad una particolare situazione.