



TRIBERTI COLOMBO & ASSOCIATI

AVVOCATI COMMERCIALISTI CONSULENTI del LAVORO

*Newsletter n. 2
Dicembre 2016*

Area legale

IN BREVE

DIRITTO BANCARIO

- Commissione di massimo scoperto e usura.

(vai all'approfondimento...)

- Phishing: quando la banca risponde per denaro sottratto al correntista.

(vai all'articolo...)

DIRITTO SOCIETARIO

- Diritto di controllo del socio ed effetti del recesso.

(vai all'articolo...)

- Presupposti per la revoca cautelare dalla carica di amministratore di S.r.l. ex art. 2476 c.c..

(vai all'articolo...)

RESPONSABILITA' MEDICA

- Cartella clinica incompleta: prova presuntiva a sfavore del medico.

(vai all'articolo...)



Buone Feste

LINK UTILI

www.tricol.it
www.europa.eu
www.curia.europa.eu
www.gazzettaufficiale.it
www.cortedicassazione.it
www.cortecostituzionale.it

CONTATTI E ULTERIORI INFORMAZIONI

Milano – Area Legale
20123 – S. Vittore, 16
Tel. 02.366.336.63
Fax 02.366.336.53
e-mail:
milano.legali@tricol.it

Per ulteriori informazioni:
Avv. Federica Ballerini
fballerini@tricol.it



TRIBERTI COLOMBO & ASSOCIATI

AVVOCATI COMMERCIALISTI CONSULENTI del LAVORO

IL NOSTRO APPROFONDIMENTO

DIRITTO BANCARIO

- Commissione di massimo scoperto e usura.

Nell'ambito di un contratto di apertura di credito (fido bancario) sottoscritto tra banca e cliente, la Commissione di Massimo Scoperto (CMS) è una commissione rilevata e percepita di regola trimestralmente, sull'ammontare massimo dell'utilizzo nel trimestre, per un minimo di tempo (in genere 3, 6, 10 giorni). La CMS è calcolata sul picco massimo della somma prelevata dal cliente in un certo arco temporale, in genere il trimestre, con la funzione di remunerare la banca non tanto per la provvista concessa al cliente (accordato), quanto piuttosto per quella dallo stesso effettivamente utilizzata. La CMS ha rappresentato una delle voci di costo più controverse nella giurisprudenza di merito, sotto il profilo della usurarietà o meno della stessa. In particolare, la Cassazione Penale, nel 2010, ha sancito in modo uniforme la usurarietà della CMS, stante, in particolare, il chiaro tenore dell'art. 644, 4° comma c.p., che impone di considerare rilevanti, ai fini della determinazione della fattispecie di usura, tutti gli oneri che il correntista sopporta in connessione con l'uso del credito (rientrando quindi indubbiamente la CMS, quale costo indiscutibilmente collegato all'erogazione del credito). La chiara presa di posizione della giurisprudenza penale non ha comunque consentito di superare il contrasto già esistente tra i giudici di merito operanti in materia civilistica, acuito, piuttosto, dall'intervento legislativo che ha di fatto alimentato i dubbi sull'inquadramento della CMS prima al 2009. Ed invero, con l'emanazione del comma 1 dell'art. 2-bis della legge n. 2 del 2009, il legislatore ha imposto alcuni limiti alla applicazione della CMS a decorrere dal 29.1.2009, senza tuttavia risolvere il problema relativo alla inclusione o meno della CMS nel calcolo dei Tassi Effettivi Globali Medi (T.E.G.M.), ai fini della normativa sull'usura, per i contratti di credito a decorrere dal 3.4.1997 (entrata in vigore della legge n. 108 del 7.3.1996 sull'usura), al 31.12.2009 (entrata in vigore delle istruzioni Banca d'Italia dell'agosto 2009).

È in questo panorama che si colloca la sentenza della Corte di Cassazione qui in commento (22 giugno 2016, n. 12965), la quale, riprendendo le posizioni della giurisprudenza di merito ha optato per la tesi della natura innovativa della legge n. 2 del 2009 e per la non applicabilità ai rapporti sorti in data antecedente alla sua entrata in vigore. In altre parole, la Corte di Cassazione ha ritenuto di avallare l'orientamento per il quale, ai rapporti bancari sorti in data antecedente al 2009, ossia da quando è entrata in vigore la predetta normativa e da quando le circolari della Banca d'Italia hanno incluso il relativo onere nel paniere di costi rilevanti per il T.E.G.M., ai fini di verificare l'esistenza o meno del superamento del tasso soglia ai fini dell'usura, non si deve includere nel calcolo la CMS, la cui legittimità, in termini di determinatezza, deve essere vagliata separatamente.

Nonostante ciò, si registrano successive pronunce di merito che, in opposizione all'indirizzo enunciato, hanno ribadito la rilevanza della CMS ai fini della verifica usuraria anche in epoche anteriori al 2009. E ciò sulla base di una duplice argomentazione: (i) da un lato, l'art. 2-bis della legge n. 2 del 2009 richiamerebbe l'art. 644 c.p., "la legge stabilisce il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari", essendo la legge in questione l'art. 2 l. n. 108/1996 che richiama a sua volta il comma 4 dell'art. 644 c.p., cui la legge n. 2 del 2009 nulla ha aggiunto; (ii) dall'altro, attribuendo natura innovativa alla legge n. 2 del 2009, si violerebbe l'art. 15 preleggi, regolante il meccanismo di abrogazione delle leggi.

Stante pertanto tale contrasto, non si può che restare in attesa di una pronuncia della Corte di Cassazione a Sezioni Unite che possa dirimere una volta per tutte la questione.

(torna indietro...)



TRIBERTI COLOMBO & ASSOCIATI

AVVOCATI COMMERCIALISTI CONSULENTI del LAVORO

NEWSLETTER N. 2

DICEMBRE 2016

AREA LEGALE

DIRITTO BANCARIO

Phishing: quando la banca risponde per denaro sottratto al correntista.

Il Giudice di Pace di Campobasso, con la sentenza n. 277 del 3 maggio 2016, si è pronunciato in merito alla responsabilità della banca in caso di *phishing*, ovvero quella truffa operata tramite *Internet*, caratterizzata dall'invio di messaggi di posta elettronica mendaci che imitano, in tutto e per tutto, la grafica di istituti di credito e postali, inducendo l'utente ad inserire le proprie credenziali, per poi carpirle ed impiegarle fraudolentemente al fine di sottrarre liquidità.

Più in particolare, il Giudice ha inquadrato la fattispecie nell'ambito della responsabilità contrattuale, stante l'esistenza di un rapporto di conto corrente tra l'utente e la banca. Con la conseguenza che, sotto il profilo probatorio, al cliente è sufficiente dimostrare la fonte del proprio diritto (il contratto di conto corrente) e l'inadempimento, mentre spetterà alla banca dover dimostrare il fatto estintivo dell'altrui pretesa, ovvero di aver assunto tutte le misure idonee ad evitare il danno. Al proposito, la giurisprudenza qui in commento ritiene che non si debba parlare di diligenza del buon padre di famiglia di cui all'art. 1176 c.c., bensì di diligenza tecnica, la quale deve essere valutata *“tenendo conto dei rischi tipici della sfera professionale di riferimento ed assumendo quindi come parametro la figura dell'accorto banchiere”*. Più precisamente, nella prassi, pare sufficiente che la banca dimostri di aver adottato – allineandosi quindi ai sistemi ormai usuali adottati delle altre banche – il meccanismo dell'*One Time Password* (OTP), ovvero l'impiego di una parola chiave temporanea, usa e getta, che – essendo impiegabile soltanto una volta – rende le transazioni molto più sicure. Ovviamente, la banca non è tenuta a risarcire il correntista allorché provi che la sottrazione dei dati a quest'ultimo o dello strumento di pagamento (*bancomat*) sia avvenuta a causa di una condotta negligente od imprudente del suo titolare.

(torna indietro...)



TRIBERTI COLOMBO & ASSOCIATI

AVVOCATI COMMERCIALISTI CONSULENTI del LAVORO

NEWSLETTER N. 2

DICEMBRE 2016

AREA LEGALE

DIRITTO SOCIETARIO

- Diritto di controllo del socio ed effetti del recesso.

Il Tribunale di Roma, Sez. III, con la sentenza del 3 agosto 2016, si allinea alla *ratio* interpretativa sul tema del diritto di controllo del socio non amministratore *ex art. 2476 c.c.*.

Più in particolare, è evidente come il socio possa acquisire informazioni proprio al fine di esercitare consapevolmente i diversi diritti e le diverse facoltà inerenti alla sua posizione giuridica di membro della compagine sociale (basti pensare al diritto di esperire un'azione di responsabilità o all'esercizio delle prerogative in area gestionale spettanti al socio ai sensi dell'articolo 2479, commi 1 e 2 del codice civile).

Quanto alle modalità di esplicazione di tale diritto di controllo, le stesse consistono in poteri ispettivi volti a ottenere dagli amministratori notizie sullo svolgimento degli affari sociali e consultare i libri sociali e i documenti relativi all'amministrazione. Nell'esercizio del diritto di ispezione, tuttavia, il socio deve tenere un comportamento conforme all'interesse sociale, ovvero le richieste di informazioni e la consultazione dei libri e degli altri documenti sociali non trovano giustificazione, incontrando quindi una limitazione, qualora siano completamente estranee alla funzione di controllo sull'operato dell'organo amministrativo. E ciò proprio per evitare che il controllo individuale del socio si traduca in un mezzo improprio di pressione o di abuso della minoranza.

Alla luce di quanto sopra, esercitando il socio tale diritto non come organo sociale, ma come portatore di un interesse proprio, va da sé che – come ha statuito il Tribunale di Roma con la pronuncia in commento – *“il diritto di controllo non può essere azionato da colui che abbia esercitato il diritto di recesso: la manifestazione della volontà di recedere è produttiva di effetti immediati nel momento in cui entra nella sfera di conoscenza della società, trasformando il socio receduto in un mero creditore nei confronti della società per il rimborso della quota”*.

(torna indietro...)



TRIBERTI COLOMBO & ASSOCIATI

AVVOCATI COMMERCIALISTI CONSULENTI del LAVORO

NEWSLETTER N. 2

DICEMBRE 2016

AREA LEGALE

DIRITTO SOCIETARIO

- Presupposti per la revoca cautelare dalla carica di amministratore di S.r.l. ex art. 2476 c.c..

Con ordinanza del 4 maggio 2016, il Tribunale di Milano – Sez. Impresa, ha confermato l’orientamento affermatosi in tema di revoca cautelare dalla carica di amministratore contenuto nelle precedenti pronunce, tra cui quella del 1 ottobre 2015 sempre del Tribunale di Milano – Sez. Impresa.

In tutti i casi, il Tribunale di Milano ha infatti accolto il ricorso *ex artt.* 669 bis. e ss., 700 cod. proc. civ. e 2476 II e III comma cod. civ. depositato nell’interesse del socio di minoranza di una S.r.l., sul presupposto – sotto il profilo del *fumus boni iuris* – che questi si fosse reso responsabile di gravi irregolarità nella gestione (nel primo caso, tali irregolarità consistevano nella notificazione di un accertamento fiscale a carico della società per fatture emesse per operazioni inesistenti; nel secondo caso, in violazioni non solo degli obblighi gestionali in senso stretto, imposti per legge o per statuto, ma anche di quegli adempimenti preordinati al corretto funzionamento dell’organizzazione societaria, come la convocazione dell’assemblea per l’approvazione del bilancio o il riscontro alle richieste del socio di ispezionare la documentazione contabile della società).

Sotto il profilo del *periculum in mora*, la revoca cautelare dell’amministratore è intervenuta poiché gli inadempimenti contestati hanno determinato il rischio di un pregiudizio imminente ed irreparabile per l’interesse sociale, tale presupposto dovendosi ritenere integrato in caso di prolungata e assoluta inerzia dell’amministratore, certamente idonea a compromettere l’operatività della società e a cagionarle un danno patrimoniale.

(torna indietro...)



TRIBERTI COLOMBO & ASSOCIATI

AVVOCATI COMMERCIALISTI CONSULENTI del LAVORO

NEWSLETTER N. 2

DICEMBRE 2016

AREA LEGALE

RESPONSABILITA' MEDICA

- Cartella clinica incompleta: prova presuntiva a sfavore del medico.

Con recente sentenza n. 22639 dell'8.11.2016 i Giudici di legittimità hanno evidenziato come l'incompletezza della cartella clinica da parte del medico non possa gravare sul paziente che ha diritto alla prestazione sanitaria, ma anzi debba ritenersi *“presupposto perché scatti la prova presuntiva del nesso causale a sfavore del medico, qualora la condotta dello stesso sia astrattamente idonea a cagionare quanto lamentato”* dal paziente.

La cartella clinica, sia essa su supporto informatico o su supporto cartaceo, ha natura di atto pubblico la cui compilazione deve avvenire contestualmente al verificarsi del fatto clinico; essa costituisce una sorta di *“diario del paziente”* ove vengono annotati i dati anagrafici, la malattia e il suo decorso clinico, nonché ogni prestazione sanitaria resa a favore del soggetto ricoverato.

Come più volte sancito dalla Suprema Corte di Cassazione Civile (in tal senso Cass. 1538/2010; Cass. 12273/2004; Cass. 11316/2003) è precipuo onere del medico compilare e tenere in modo adeguato la cartella clinica, controllando la completezza e l'esattezza del contenuto della medesima; la violazione di tale obbligo determina negligenza ai sensi dell'art. 1176 secondo comma c.c. integrandosi un inesatto adempimento della corrispondente prestazione medica.

Con la recente sentenza n. 22639 dell'8.11.2016 i Giudici di legittimità, in linea con l'attuale orientamento giurisprudenziale (Cass. 6209/2016), hanno posto in rilievo un'ulteriore conseguenza processuale che consegue all'incompletezza della cartella clinica (oltre a quella già detta ed inerente il profilo della diligenza ex art. 1176 secondo comma c.c.) ossia quella di ritenere detta incompletezza prova presuntiva del nesso causale fra la condotta medica e le conseguenze dannose subite dal paziente, qualora risulti provata l'idoneità della condotta del medico a provocare il danno lamentato.

In detto caso, pertanto, l'incompletezza della cartella clinica diviene determinante non solo ai fini della valutazione dell'aspetto soggettivo della condotta del sanitario (ossia accertamento della colpa) ma anche in relazione all'individuazione del legame causale tra la condotta del sanitario e le lesioni subite dal paziente.

(torna indietro...)