

Edizione di martedì 6 settembre 2016

BACHECA, Diritto e reati societari

Considerazioni sull'associazionismo sportivo

di **Guido Martinelli**

BACHECA, Diritto e reati societari

I certificati medici per le attività sportive non agonistiche

di **Guido Martinelli**

GESTIONE DELLA PROFESSIONE E SOFTWARE, Processo civile telematico

Conservazione digitale: le nuove regole e le nuove opportunità

di **Redazione**

Diritto Bancario

Delibera CICR 3.8.2016 (anatocismo bancario)

di **Fabio Fiorucci**

BACHECA, Diritto e reati societari

Si espande la postergazione dei crediti dei soci per finanziamenti

di **Fabio Landuzzi**

Impugnazioni

Sulla corretta identificazione della parte appellante ai fini dell'ammissibilità del gravame

di **Michele Ciccarè**

Procedimenti di cognizione e ADR

“Ultrattiva ma non troppo”: se la parte muore la procura alle liti non vale per l'esecuzione forzata

di **Stefano Nicita**

Procedimenti di cognizione e ADR, PROCEDIMENTI SPECIALI E ADR

La litispendenza nella fase sommaria del c.d. rito Fornero

di **Elisabetta Pofi**

Procedimenti di cognizione e ADR, PROCEDIMENTI SPECIALI E ADR

La litispendenza nella fase sommaria del c.d. rito Fornero

di **Elisabetta Pofi**

ESECUZIONE FORZATA E PROCEDURE CONCORDSUALI, Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

Il piano attestato non sempre esonera dalla revocatoria fallimentare

di **Luca Iovino**

ESECUZIONE FORZATA E PROCEDURE CONCORDSUALI, Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

Il piano attestato non sempre esonera dalla revocatoria fallimentare

di **Luca Iovino**

ESECUZIONE FORZATA E PROCEDURE CONCORDSUALI, Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

La soglia di soddisfazione del 20% dei crediti chirografari nel concordato preventivo

di **Luca Iovino**

ESECUZIONE FORZATA E PROCEDURE CONCORDSUALI, Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

La soglia di soddisfazione del 20% dei crediti chirografari nel concordato preventivo

di **Luca Iovino**

BACHECA, Diritto e reati societari

Considerazioni sull'associazionismo sportivo

di **Guido Martinelli**

BACHECA, Diritto e reati societari

I certificati medici per le attività sportive non agonistiche

di **Guido Martinelli**

GESTIONE DELLA PROFESSIONE E SOFTWARE, Processo civile telematico

Conservazione digitale: le nuove regole e le nuove opportunità

di **Redazione**

BACHECA, Diritto e reati societari

Si espande la postergazione dei crediti dei soci per finanziamenti

di **Fabio Landuzzi**

BACHECA, Diritto e reati societari

Considerazioni sull'associazionismo sportivo

di **Guido Martinelli**

La settima commissione del Senato (Istruzione pubblica, beni culturali, ricerca scientifica, spettacolo e sport) **ha attivato una indagine conoscitiva sullo “Stato di salute dello sport”** (Atto n. 715). Tra i temi che ha in animo di affrontare vi è anche una riflessione sugli *“aspetti fiscali della gestione dello sport e normativa che incide sull'associazionismo sportivo: criticità e proposte”*.

Approfittando che, immeritatamente, parteciperò come tecnico del settore ad una audizione prevista nell'ambito di detta indagine, mi sono chiesto quali siano **i punti salienti delle proposte che possono essere formulate in quella sede**. Ragiono tenendo presente un punto di partenza che, ai giorni nostri, diventa quasi una ossessione: le proposte di modifica legislativa devono essere a **impatto zero** (o quasi) sui conti dello Stato.

Eccovi l'elenco.

1. Definizione di sport: **ad oggi non è legislativamente indicato cosa sia “sport”**. Appare sufficiente che qualsiasi attività o gioco riceva un riconoscimento da un ente di promozione sportiva (che evidentemente, per aumentare i propri ricavi da affiliazione e tesseramento ha tutto l'interesse ad operare questi riconoscimenti) per ottenere l'iscrizione nei registri Coni e, di conseguenza, godere dei **vantaggi fiscali** a ciò collegati. Questo ha portato ad avere, a giugno 2016, iscritte al registro Coni, come casi campione, 3 associazioni che hanno nella **denominazione sociale** il termine “poker”, 8 il termine “massaggio”, 56 “teatro”, 689 “yoga”, 194 “pilates”, 14 “zumba”, 14 “discipline olistiche”, eccetera. Trattasi sicuramente di attività degnissime, tuttavia, può sorgere il dubbio che siano attività sportive, almeno nel senso olimpico del termine. **Definire cosa debba intendersi per attività sportiva significherebbe circoscrivere l'area dei soggetti titolati a ricevere, per la tipologia di attività svolta, i benefici e le agevolazioni a tal fine stabiliti dal legislatore.**
2. **L'acquisizione della personalità giuridica**: oggi è molto meno costoso e complicato costituire una società per fare attività di impresa con responsabilità limitata (basti pensare ai ridotti costi necessari per la Srl semplificata) piuttosto che ottenere la personalità giuridica come associazione. **Un euro di capitale e quasi nessun costo accessorio di costituzione per la Srl semplificata; 25.000 euro di patrimonio (almeno in Emilia Romagna), oneri notarili e accessori per una associazione sportiva.** Poter prevedere la possibilità di costituire Srl semplificate anche nell'ambito sportivo solleverebbe molti dirigenti dalle preoccupazioni per le conseguenze personali, sotto il profilo della responsabilità solidale, per le attività oggi svolte dalle associazioni sportive prive di riconoscimento.

3. L'articolo 132 e seguenti della direttiva comunitaria 112/CE/2006, in materia di imposta sul valore aggiunto, prevedono la possibilità, per gli Stati membri, fatte salve le altre disposizioni comunitarie disciplinanti l'imposta, di prevedere delle **ipotesi di esenzione dall'Iva per "talune prestazioni di servizi strettamente connesse con la pratica dello sport o dell'educazione fisica, fornite da organizzazioni senza scopo lucrativo alle persone che esercitano lo sport o l'educazione fisica"**. Il nostro ordinamento ha recepito tale indicazione come "esclusione" da Iva ai sensi del quarto comma dell'articolo 4 del D.P.R. 633/1972. Ma, essendo la cessione dietro corrispettivo di servizi sportivi l'attività prevalente per molti sodalizi sportivi, questo ha prodotto l'esplosione di "associati" e di "tesserati" che hanno natura di meri clienti ed utilizzatori dei servizi sportivi, ma che vengono "**mascherati**" come tali al solo fine di godere della esclusione da Iva. **Poter contare sulla esenzione da Iva e non sulla esclusione consentirebbe: di ricondurre all'area commerciale una attività che onestamente vi rientra a pieno titolo; di non gravare sull'utenza un carico Iva che la penalizzerebbe; di lasciare comunque inalterati i proventi per l'erario, i quali anzi potrebbero essere lievemente incrementati del recupero che l'esenzione da Iva produrrebbe ai fini dei redditi** (non potendosi, in tal caso, più applicare l'articolo 148 del Tuir).
4. **Riconfermare**, a prova di "Agenzia delle entrate", **la natura di spese di pubblicità per le sponsorizzazioni di ammontare non superiore a 200.000 euro** ai sensi di quanto previsto dal comma 8 dell'articolo 90 della L. 289/2002. Questo per disinnescare una serie di accertamenti fondati sulla non inerenza e anti economicità di queste sponsorizzazioni.
5. **Ritornare, per i compensi sportivi, alla disciplina esistente prima della L. 342/2000. Quindi: fascia esente fino a 10.000 euro di compensi annui e, in caso di eccedenza, applicazione su tutto l'importo della disciplina fiscale, previdenziale e assicurativa prevista per le collaborazioni coordinate e continuative di cui all'articolo 409 cod. proc. civ..**
6. **Obbligo di pubblicazione, sul registro delle associazioni e società sportive dilettantistiche tenuto dal Coni, dei rendiconti economico – finanziari annuali**, con verbale di assemblea che li approva.

Sei articoli, nessuna nuova agevolazione (anzi!!), solo una **ricostruzione diversa delle varie fattispecie applicabili**. Sono convinto che l'implementazione di quanto sopra, con adeguato controllo, porterebbe pulizia e sollievo al settore. Mi illudo?

BACHECA, Diritto e reati societari

I certificati medici per le attività sportive non agonistiche

di **Guido Martinelli**

Preannunciata da due circolari del Ministero della Salute del 16.06.2015 e 28.10.2015, lo scorso **10 giugno** il CONI ha emanato **una propria circolare** che definisce, in accordo con i precedenti ministeriali, i **confini dell'attività sportiva non agonistica** all'interno dell'ordinamento sportivo ai fini degli obblighi sulla tutela sanitaria delle attività sportive.

Si chiarisce, in premessa, che **nulla cambia per le attività a carattere agonistico** (ai sensi del D.M. 18/02/1982). Queste rimangono soggette alla certificazione sanitaria che preveda l'idoneità specifica alla pratica di una determinata disciplina sportiva.

In riferimento, invece, alla **pratica non agonistica (si ricorda che la qualificazione come agonistica o meno dell'attività promossa compete alla Federazione o all'Ente di promozione sportiva di riferimento)** il CONI ha effettuato una distinzione **tra 3 tipologie di tesseramento**. Va ricordato, in partenza, che stiamo esaminando un atto amministrativo che deroga provvedimenti approvati con decreti ministeriali e che, pertanto, sotto questo profilo presenta degli aspetti di dubbia efficacia.

Secondo le indicazioni del massimo ente sportivo italiano, le Federazioni e gli Enti di promozione dovranno provvedere a uniformare la loro disciplina sul tesseramento secondo i seguenti principi:

1. per i **tesserati che svolgono attività sportive regolamentate**: vige **l'obbligo del certificato di idoneità non agonistico** (come definito ed individuato da ultimo con le linee guida del Ministero della Salute 08/08/2014) **per tutti i tesserati in Italia che svolgono attività organizzate dal CONI o da soggetti da questo riconosciuti (Federazioni sportive nazionali, discipline sportive associate, enti di promozione sportiva) ritenute a carattere non agonistico fatta eccezione per quanto previsto dal seguente punto b);**
2. per i **tesserati che svolgono attività sportive che non comportano impegno fisico**: **non sussiste obbligo di certificazione** (ma la circolare raccomanda comunque un controllo medico) **per tutti i tesserati in Italia con la qualifica di non agonisti che svolgono attività organizzate dal CONI o da soggetti da questo riconosciuti caratterizzate dall'assenza o dal ridotto impegno cardiovascolare**. Vengono elencati una serie di sport (elenco ampliato rispetto a quanto indicato dal Decreto Balduzzi in materia di defibrillatori). Tale elenco non è comunque da intendersi a titolo esaustivo perché la circolare prevede che non vige obbligo di certificazione per tutte quelle ulteriori attività *"il cui impegno fisico sia minimo"*. I dubbi che nascono da questo punto sono tre.

Il primo se questa elencazione possa individuare anche, ai sensi di quanto previsto dall'articolo 5 comma 3 del D.M. 24 aprile 2013, l'area delle **società sportive non tenute agli obblighi di detenzione dei defibrillatori semiautomatici e della formazione degli addetti relativi in quanto attività a ridotto impegno cardiocircolatorio**. Il secondo su quali siano i parametri sulla base dei quali poter far rientrare *“le altre attività facenti capo alle Federazioni sportive nazionali, alle discipline sportive associate e agli enti di promozione sportiva il cui impegno fisico sia **evidentemente minimo**”*, che verrebbero, per l'attività non agonistica, comunque esentati dal certificato. Il terzo è di carattere più generale e coinvolge la disposizione di cui all'articolo 2050 del codice civile. La norma disciplina la responsabilità per le **“attività pericolose”** (si ricorda che per la giurisprudenza, ad esempio, costituiscono attività pericolose quelle del tiro, qui esentate dal certificato – vedi tra tutte Cassazione sentenze 28.09.1964 n. 2242 e 30.11.1977 n. 5222), per le quali chi cagiona un danno ad altri **“è tenuto al risarcimento se non prova di avere adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno”**. Ma siamo sicuri non produca comunque una responsabilità del gestore della linea di tiro la mancata richiesta del certificato sulla base di un documento di natura amministrativa?

Infine, occorre considerare la posizione dei **tesserati che non svolgono alcuna attività sportiva (non praticanti)**. Rientrano in tale tipologia di tesseramento tutti i tesserati dichiarati “non praticanti” da FSN, DSA ed EPS. Tale specifica qualifica dovrà risultare già all'atto del tesseramento con inserimento in un'apposita categoria all'uopo istituita.

Questa è la categoria in assoluto più oscura. In via preliminare **si pone una domanda: il tesserato “che non svolge alcuna attività sportiva” per quale motivo dovrebbe tesserarsi?** Le Federazioni dovranno prevedere tesseramenti differenziati al fine di evitare che i non praticanti poi, alla fine “pratichino” a scapito della Federazione stessa? Se l'attività in esame è quella che, fino ad oggi, abbiamo definito come “ludico – motoria” quale diventa il confine tra la stessa e quella non agonistica per la quale sarebbe necessario comunque la certificazione?

Credo che il lavoro per le Federazioni (e le conseguenti responsabilità), in relazione alle conseguenti modifiche alle carte federali, non sia né facile né semplice.

Consentitemi una **riflessione conclusiva**. La disciplina originale sui certificati medici era in vigore dai primi anni 80. Per trent'anni purtroppo non ha risparmiato decessi ma, forse, ne ha anche evitato qualcuno. Siamo proprio sicuri che valeva la pena fare questa rivoluzione?

GESTIONE DELLA PROFESSIONE E SOFTWARE, Processo civile telematico

Conservazione digitale: le nuove regole e le nuove opportunità

di **Redazione**

Diciamolo: sono poche le occasioni in cui un nuovo obbligo di legge può tradursi in un vantaggio!

La fatturazione elettronica nei confronti della Pubblica amministrazione e, in prospettiva, quella tra privati (anche se non si parla di obbligo, bensì di incentivo) rappresenta uno di questi casi.

Soprattutto per chi punta ad ottenere in tempi rapidi benefici organizzativi ed economici.

Il vostro studio appartiene a questa categoria? Bene, ecco in breve alcuni elementi da considerare nel momento in cui si valutano gli aspetti più operativi che riguardano la digitalizzazione dei documenti.

LE NUOVE REGOLE

In un'escalation promossa dall'Agenzia per l'Agenda digitale, la graduale entrata in vigore delle regole che incentivano la dematerializzazione dei documenti è iniziata il 6 giugno 2014, quando è partito l'obbligo di fatturazione elettronica nei confronti di ministeri, agenzie fiscali ed enti di previdenza nazionali. L'obbligo è stato poi esteso a tutte le amministrazioni locali (regioni, comuni e altre istituzioni pubbliche territoriali) a partire dal 31 marzo 2015.

È invece atteso per il 1 gennaio 2017 l'avvio della fatturazione elettronica attiva e passiva tra privati che non sarà obbligatorio ma fiscalmente agevolato attraverso rimborsi IVA più rapidi.

I VANTAGGI ECONOMICI E OPERATIVI

Nel breve termine, i vantaggi per chi emette fatture elettroniche risiedono nella possibilità di ricevere in real time notifiche che attestano la corretta ricezione del documento da parte del cliente, l'assenza di errori nella compilazione della nota, la facoltà di calcolare i tempi di pagamento o per lo meno certificare il credito (elementi questi, tutt'altro che scontati quando si parla di Pubblica amministrazione).

Nel medio termine, questa nuova forma di produzione e conservazione dei documenti offre una serie di benefici che aumentano al crescere della cultura digitale e degli strumenti informatici a disposizione di chi li adotta in maniera sistematica.

Al di là del risparmio su carta, toner, spazi, il cui consumo in alcuni casi può diminuire del 70%, la Gestione Elettronica Documentale (GED) aiuta a ridurre drasticamente il tempo che i collaboratori di studio, in regimi tradizionali, devono dedicare ad attività amministrative e di gestione archivi, raccoglitori e faldoni.

Inaugurando nuove economie di scala e nuove opportunità di servizio più intelligenti, la fatturazione elettronica e la relativa conservazione digitale oggi possono anche essere gestite in cloud, attraverso soluzioni As a Service, pay per use e on demand che semplificano i processi, trasformandoli in opportunità di servizio all'insegna del controllo e della massima trasparenza operativa.



Conservazione Cloud TeamSystem

Scopri l'offerta!

Diritto Bancario

Delibera CICR 3.8.2016 (anatocismo bancario)

di **Fabio Fiorucci**

Il 3 agosto 2016 il Comitato Interministeriale per il Credito e il Risparmio ha approvato la [Delibera](#) (allegata) che detta le disposizioni attuative del secondo comma dell'art. 120 del Testo unico bancario (TUB).

Si segnalano i seguenti aspetti della citata Delibera, che è previsto gli intermediari applichino a partire, al più tardi, dal 1° ottobre 2016:

- l'imputazione dei pagamenti è regolata in conformità dell'articolo 1194 c.c.
- gli interessi debitori maturati non possono produrre interessi, salvo quelli di mora
- agli interessi moratori si applicano le disposizioni del codice civile
- nei rapporti di conto corrente o di conto di pagamento è assicurata la stessa periodicità, comunque non inferiore a un anno, nel conteggio degli interessi creditori e debitori
- riguardo alle aperture di credito regolate in conto corrente e conto di pagamento e agli sconfinamenti, gli interessi debitori maturati sono contabilizzati separatamente rispetto alla sorte capitale; al cliente deve essere assicurato un periodo di trenta giorni dal ricevimento delle comunicazioni previste ai sensi dell'articolo 119 o 126-*quater*, comma 1, lettera b), TUB prima che gli interessi maturati divengano esigibili; il contratto può stabilire che, dal momento in cui gli interessi sono esigibili, i fondi accreditati sul conto dell'intermediario e destinati ad affluire sul conto del cliente sul quale è regolato il finanziamento siano impiegati per estinguere il debito da interessi
- i contratti in corso sono adeguati con l'introduzione di clausole conformi all'art. 120, comma 2, TUB e alla Delibera, ai sensi degli artt. 118 e 126-*sexies* TUB. L'adeguamento costituisce giustificato motivo ai sensi dell'art. 118 TUB

BACHECA, Diritto e reati societari

Si espande la postergazione dei crediti dei soci per finanziamenti

di **Fabio Landuzzi**

La giurisprudenza si è interessata in modo piuttosto frequente alla fattispecie della **postergazione dei crediti** vantati dai soci nei confronti della società a fronte di **finanziamenti erogati in situazioni di squilibrio finanziario** oppure in una situazione in cui sarebbe stato **ragionevole effettuare un conferimento** (art. 2467, cod.civ.).

In primo luogo, un importante arresto della **Corte di Cassazione (sentenza n. 14056/2015)** porta ad estendere l'applicazione del precetto – oltre che alle Srl ed alle società soggette alla direzione e coordinamento – anche alle **società azionarie** quando queste sono caratterizzate da una “**ristretta base societaria**”; viene quindi confermato un certo filone giurisprudenziale che già si era da tempo manifestato, seppure questo approccio non sia condiviso appieno in dottrina – in senso contrario, si veda **Assonime n. 40/2007**.

A questo riguardo, anche il **Tribunale di Milano (sentenza n. 9104/2015)** segue l'indirizzo interpretativo estensivo fatto proprio dalla Cassazione nella suddetta sentenza, seppure specificando che ai fini dell'insacco della postergazione del credito del socio sarebbe necessaria una **situazione di specifica crisi della società**, e non una **tensione finanziaria temporanea**.

Le **condizioni** apprezzate dai Giudici milanesi ai fini dell'applicazione della **postergazione dei crediti dei soci anche alle Spa** sono essenzialmente le seguenti:

- presenza di una **base azionaria familiare**
- **coincidenza** fra la figura dei **soci** e quella degli **amministratori**
- **capacità del socio** di poter cogliere in modo compiuto **l'esistenza di una situazione** di adeguata, o inadeguata, **capitalizzazione della società**.

Ulteriore aspetto di comune interesse attiene alla **natura del credito** che può essere oggetto della postergazione. Il **Tribunale di Reggio Emilia (decreto del 10 giugno 2015)** ha affermato che i finanziamenti che ricadono nella disciplina dell'articolo 2467, cod.civ., “non sono solo quelli derivanti da meri trasferimenti di danaro infragruppo, ma anche da rapporti diversi, quali ad esempio quelli di **fornitura di merci e di servizi**, qualora si accerti in concreto che le forniture di beni, di servizi, o l'erogazione di altre utilità, abbiano assolto – sotto il profilo finanziario – alla **stessa funzione della dazione di danaro**”.

Infine, l'ampliamento delle casistiche di applicazione della postergazione dei finanziamenti dei soci ha riguardato anche il caso delle **imprese cd. “start up”** (**Tribunale di Milano, sentenza**

n. 1658/2015).

Secondo questa linea interpretativa, la postergazione opererebbe non solo qualora la società versi in una condizione di crisi strutturale, bensì anche quando si manifesti uno **stato di oggettiva insufficienza delle risorse disponibili** rispetto all'assolvimento delle proprie obbligazioni.

Si tratta evidentemente di una tipica situazione che ricorre nelle fasi iniziali dell'esistenza della società, quando usualmente i finanziamenti erogati dai soci sono volti a supportare l'avvio dell'attività; peraltro, la postergazione del credito riguarderebbe la **posizione del socio creditore** anche nella eventualità in cui, al momento della richiesta di restituzione delle somme, questi non rivestisse più tale posizione. Infatti, la **fuoriuscita dalla compagine sociale** non comporterebbe l'automatico venir meno dell'innesco della postergazione del credito dell'ex socio, poiché la ratio della norma è quella di **salvaguardare la posizione dei creditori terzi dell'impresa**, a **prescindere dalle vicende modificative** della composizione dei soci della società.

Impugnazioni

Sulla corretta identificazione della parte appellante ai fini dell'ammissibilità del gravame

di **Michele Ciccarè**

[Cass., Sez. I, 16 maggio 2016, n. 9986](#)

Impugnazioni civili – Appello – Errore materiale indicazione parte appellante – Ammissibilità appello dell'appello – Sussistenza (Cod. proc. civ., artt. 163, 164, 342)

[1] *È valido ed efficace l'atto di appello che, per mero errore materiale, risulta nell'intestazione proposto da soggetto diverso rispetto a quello che aveva partecipato al giudizio di primo grado, purché dal tenore complessivo dell'atto risulti inequivoca l'effettiva identificazione del legittimato all'impugnazione.*

CASO

[1] La società «*Mo.ve.fer S.c.a.r.l.*», rimasta soccombente all'esito del giudizio di primo grado, proponeva impugnazione; eppure, dall'intestazione dell'atto introduttivo del gravame, così come dal timbro apposto in calce alla procura speciale rilasciata al difensore, risultava che l'appellante fosse invero la società «*Nuova Mo.ve.fer S.c.a.r.l.*».

Dopo essersi limitata a constatare ciò, la Corte di appello dichiarava inammissibile il giudizio di appello, in quanto proposto da soggetto diverso rispetto a quello che aveva partecipato al giudizio di primo grado.

La società «*Mo.ve.fer S.c.a.r.l.*» proponeva quindi ricorso per cassazione, sostenendo la violazione dell'art. 164 c.p.c., nonché – *ratione temporis* – il vizio di motivazione sul punto (cfr. oggi art. 54 D.L. 83/2012, conv. con mod. in L. 134/2012).

SOLUZIONE

[1] La Suprema Corte, dopo aver preso atto che sia nel corpo dell'atto di appello, sia nel testo della procura speciale rilasciata al difensore, risultava la corretta indicazione del soggetto legittimato ad impugnare, accoglie con rinvio il ricorso proposto.

Nello specifico, il giudice del rinvio dovrà sottostare al seguente principio di diritto: *«l'interpretazione di un documento, anche di natura processuale, non può limitarsi all'esame della mera intestazione, dovendosi avere riguardo all'atto nella sua interezza e al suo senso*

complessivo».

QUESTIONI

[1] La sentenza in analisi applica al caso *de quo* un principio più volte affermato dalla giurisprudenza di legittimità (conformi in passato Cass., 14 febbraio 2001, n. 2144; Cass., 3 novembre 1995, n. 11449; Cass., 4 maggio 1982, n. 2777; Cass., 4 giugno 1974, n. 1624), anche nelle ipotesi analoghe dell'errore di intestazione verificatosi nel ricorso per cassazione (v. da ultimo Cass., 3 maggio 2016, n. 8690; Cass., 14 luglio 2015, n. 14662).

In effetti, sul piano generale ermeneutico, il giudice del merito, al fine di decidere sull'ammissibilità dell'impugnazione proposta, non può omettere la valutazione degli elementi dai quali si possa ricavare, in tesi, il mero errore materiale nella stesura dell'atto; a tal fine egli deve compiere un'indagine sulla volontà complessivamente manifestata, con la conseguenza che l'errore di intestazione va considerato irrilevante quando sia agevole identificare l'effettiva parte appellante, senza la necessità di ulteriori indagini di fatto, secondo i canoni della normale diligenza (quest'ultima precisazione è di Cass., 3 agosto 2016, n. 16177).

Oltretutto, sul piano positivo, il dato risulta confermato dalle disposizioni dell'art. 164, n. 1, c.p.c., in tema di nullità della citazione di primo grado, applicabile anche nel giudizio d'appello (arg. ex artt. 342 e 163 c.p.c.).

Per quanto specificamente concerne l'indicazione delle parti, infatti, la nullità può essere dichiarata solo quando manca, ovvero risulta assolutamente impossibile, l'individuazione dei soggetti processuali (per conferme giurisprudenziali v. Cass., 21 agosto 2013, n. 19370; Cass., 11 maggio 2005, n. 9928; Cass., 14 gennaio 1998, n. 272; Cass., 15 novembre 2002, n. 16076; Cass., 18 gennaio 2001, n. 718).

Di riflesso, la giurisprudenza è concorde nel ritenere che, qualora i soggetti coinvolti – attore e convenuto – siano altrimenti identificabili dal complessivo tenore dell'atto, tali discrasie non coinvolgono la validità del giudizio introdotto, risolvendosi in irrilevanti errori materiali (*ex multis*, Cass., 28 maggio 2009, n. 12655; Cass., 11 maggio 2005, n. 9928).

Ad ogni modo, fermi i rilievi sopra effettuati, nel caso di specie la discrasia fra il soggetto appellante e quello effettivamente legittimato all'impugnazione risultava anche dal raffronto fra il testo della procura speciale ed il timbro apposto in calce alla stessa, quest'ultimo appartenente ad una società estranea al processo.

Sebbene la Suprema Corte non abbia tenuto in specifica considerazione tale circostanza nell'enunciazione del principio di diritto, va segnalato che una nutrita giurisprudenza di legittimità, nei casi di incertezza sull'effettiva identità del soggetto impugnante, concede esclusiva rilevanza alla cd. stampigliatura apposta in calce alla procura speciale; di riflesso, viene considerato del tutto recessivo il diverso dato letterale della procura o del corpo dell'atto (v. Cass., 30 luglio 2012, nn. 13582 e 13583; Cass., 20 giugno 2011, n. 13467; Cass.,

14 dicembre 2006, n. 26826; Cass., 15 aprile 1998, n. 3820).

Tali precise indicazioni, qualora dovessero essere prese a modello dal giudice del rinvio in sede di valutazione complessiva dell'atto, potrebbero comportare – in questo come in altri casi analoghi –, la conferma della dichiarazione di inammissibilità del giudizio di appello originariamente proposto.

Procedimenti di cognizione e ADR

“Ultrattiva ma non troppo”: se la parte muore la procura alle liti non vale per l'esecuzione forzata

di **Stefano Nicita**

[Cass. civ., 5 maggio 2016, n. 8959 \(rv. 639719\)](#) Pres. Amendola – Est. Barreca

Mandato alle liti (procura) - Pignoramento ad istanza del difensore della parte - Morte o perdita della capacità della parte durante il processo di cognizione in assenza di constatazione ovvero prima della notificazione del precetto - Ultrattività della procura alle liti conferita anche per la fase esecutiva - Esclusione Esecuzione forzata - Titolo esecutivo - Opposizioni agli atti esecutivi - Procura alle liti - Mancanza od invalidità - Richiesta d'improcedibilità - Configurabilità di opposizione ex art. 617 c.p.c. (C.p.c. artt. 300-305, 492, 617; C. civ. artt. 1722, 1723, 1728)

[1] *In materia di esecuzione forzata, lo “ius postulandi” spettante anche nel processo di esecuzione al difensore della parte, in virtù della procura conferitagli già nel processo di cognizione e in difetto di espressa limitazione, viene meno in caso di morte o perdita di capacità della parte intervenuta nel corso del processo di cognizione (e ivi non dichiarata, né notificata), ovvero prima della notificazione del precetto e dell'inizio dell'esecuzione, non operando il principio di ultrattività del mandato alle liti nei rapporti tra il processo di cognizione e quello di esecuzione, sicché, a prescindere dalle vicende del processo in cui l'evento morte non dichiarato si è verificato, la legittimazione attiva all'azione esecutiva sulla base di quel titolo giudiziale compete solo ai successori o rappresentanti della parte colpita dall'evento, che, per farsi rappresentare e difendere in sede esecutiva, dovranno rilasciare una nuova procura alle liti. (Rigetta, Trib. Salerno, 15 marzo 2014)*

(Massima Ufficiale, CED Cassazione 2016)

CASO

[1] Nel 2007 un difensore, munito di procura alle liti conferita anche per la fase esecutiva, procede all'esecuzione forzata sulla base di valido titolo esecutivo (sentenza passata in giudicato) nonostante l'intervenuto decesso del proprio assistito (scomparsa avvenuta dopo l'esaurirsi della fase di cognizione e prima della notifica del pignoramento).

Con sentenza del marzo 2014, il Tribunale di Salerno, decide sull'opposizione agli atti esecutivi (ex art. 617 C.p.C.) proposta dal debitore esecutato avverso l'atto di pignoramento presso terzi.

Il Tribunale accoglie l'opposizione (sul presupposto che il professionista non avesse titolo per recuperare le somme dovute in quanto il creditore procedente era deceduto prima della notificazione del pignoramento) e pronuncia "la nullità assoluta del pignoramento presso terzi e degli atti successivi per difetto dello *ius postulandi* dell'avvocato"

L'erede del creditore e il difensore in proprio, propongono ricorso per Cassazione. Resistono gli eredi del debitore ormai anch'esso defunto.

SOLUZIONE

[1] La Corte rigetta il ricorso proposto ritenendo che lo "*ius postulandi*" conferito al difensore con procura alle liti, rilasciata per la cognizione ma estesa alla fase esecutiva, venga meno nel caso in cui la parte rappresentata muoia prima dell'inizio del processo esecutivo.

Tale risoluzione è coerente con il principio già più volte espresso (cfr. Cass., S.U., 13 marzo 2013 n. 6070, Cass., 8 febbraio 2012, n. 1760; Cass., 9 agosto 2010, n. 18485; Cass. 19 marzo 2009, n. 6701; Cass., ord., 5 marzo 2009 n. 5387; Cass., SS.UU., 16 dicembre 2009 n. 26279; Cass. S.U. 10 maggio 2006 n. 10706 e Cass., S.U. 28 luglio 2005, n. 15783) secondo cui: "Il principio di ultrattività del mandato alle liti, costituente una deroga alla regola per cui la morte del mandante estingue il mandato, secondo la disciplina generale della materia ai sensi dell'art. 1722 c.c., n. 4, opera solo all'interno della fase processuale in cui l'evento si è verificato, derivandone che, esaurito il grado in cui l'evento morte non dichiarato si è verificato, la legittimazione attiva e passiva compete solo alle parti reali e viventi; tale principio trova altresì applicazione quanto al precetto, atto di natura sostanziale più che processuale".

QUESTIONI

[1] La pronuncia è rilevante sotto uno specifico aspetto ermeneutico dagli evidenti risvolti pratici.

Con recente pronuncia a Sezioni Unite del 4 luglio 2014 n. 15295, infatti, la Cassazione aveva modificato l'orientamento sopra citato e sottolineato la valenza sistematica, in tutti i gradi del processo di cognizione, della regola dell'ultrattività del mandato alla lite di quel difensore che "continui a rappresentare la parte come se l'evento stesso non si fosse verificato, risultando così stabilizzata la posizione giuridica della parte rappresentata (rispetto alle altre parti ed al giudice) nella fase attiva del rapporto processuale, nonché in quelle successive di sua quiescenza od eventuale riattivazione dovuta alla proposizione dell'impugnazione".

Nella pronuncia in esame, la Suprema Corte torna sul punto.

Da una parte, chiarisce che le Sezioni Unite del 4 luglio 2014, n. 15295, si sono espresse con esclusivo riferimento al processo ordinario di cognizione. D'altra parte, poi, la Corte dichiara che, in caso di morte o perdita di capacità della parte intervenuta nel corso del processo di

cognizione (e non dichiarata, né notificata) o prima della notificazione del precetto e dell'inizio dell'esecuzione, il processo esecutivo va considerato autonomo rispetto al processo di cognizione.

In effetti, nel caso di espropriazione forzata non si tratta di continuare nella gestione di lite, per conto della parte defunta o divenuta incapace, con una strategia difensiva discrezionale del procuratore finalizzata al buon esito della controversia.

Si tratta, invece, “di iniziare un nuovo processo, la valutazione delle cui convenienza od opportunità non può essere rimessa ad una scelta altrettanto discrezionale del difensore incaricato di seguire il giudizio di cognizione” (sulla natura del processo esecutivo e delle opposizioni: cfr. Vaccarella, *Titolo esecutivo, precetto, opposizioni*, in Giur. sist. dir. proc. civile Proto Pisani, Torino, 1993, 1 e 131; Liebman, *Le opposizioni di merito nel processo di esecuzione*, Roma, 1931, 139 e 143). E', invero, solo il titolo, una volta reso esecutivo, a far nascere il diritto processuale alla tutela esecutiva del diritto sostanziale del credito, tutela che prima dell'esecutività del titolo non era invocabile e che si estrinseca nella pretesa verso l'ufficio esecutivo di adoperarsi per realizzare coattivamente il diritto di credito (Luiso, *Diritto processuale civile. Il processo esecutivo*, Milano, 2009, 2122).

Procedimenti di cognizione e ADR, PROCEDIMENTI SPECIALI E ADR

La litispendenza nella fase sommaria del c.d. rito Fornero

di **Elisabetta Pofi**

[Trib. Roma 5 luglio 2016](#) – Est. Cosentino

Procedimento speciale per l'impugnativa del licenziamento – Procedimento cautelare – Litispendenza – Esclusione (Cod. proc. civ., art. 39, 669 *bis*, 700; l. 28 giugno 2012 n. 92)

[1] *In tema di procedimento per l'illegittimità del licenziamento disciplinato dalla l. 28 giugno 2012 n. 92, non sussiste litispendenza ex art. 39 c.p.c., là dove il precedente giudizio instaurato dinanzi ad altro foro (anch'esso competente) si sia concluso nella fase sommaria con ordinanza di inammissibilità, sempre che il successivo procedimento venga introdotto prima del deposito della opposizione di cui all'art. 1, comma 51, l. 92/2012.*

CASO

[1] La Società M., datrice di lavoro, agiva ai sensi della l. n. 92/2012 davanti al Tribunale di Bologna per la dichiarazione di legittimità del licenziamento irrogato al Sig. T.R. Nella stessa sede quest'ultimo spiegava domanda riconvenzionale per ottenere la declaratoria di illegittimità del medesimo atto, oltre alle tutele di cui all'art. 18 della L. n. 300/1970. Questo giudizio veniva definito in data 17 agosto 2015 con provvedimento di inammissibilità.

Con ricorso depositato in data 21 agosto 2015 dinanzi al Tribunale di Roma, il sig. T.R. impugnava giudizialmente il medesimo licenziamento e invocava le tutele di cui all'art. 18 st. lav. Il 4 settembre 2015, la Società M. spiegava opposizione ai sensi dell'art. 1, comma 51, l. 92/2012 avverso l'ordinanza di inammissibilità resa dal Tribunale di Bologna e, costituendosi nella fase cautelare, sollevava dinanzi al Tribunale di Roma eccezione di litispendenza ex art. 39 c.p.c.

SOLUZIONE

[1] In primo luogo deve essere segnalato che per il Tribunale di Roma sussiste, sotto il profilo oggettivo, il presupposto di cui all'art. 39 c.p.c. di "stessa causa". Ciò in quanto, i due giudizi sono caratterizzati dalla medesima identità di soggetti, di *petitum* (bene della vita del quale si chiede la tutela) e di *causa petendi* (fatto costitutivo della domanda); né può rilevare la circostanza che un soggetto assuma formalmente in un giudizio la qualità di attore e in altro la qualità di convenuto.

Tuttavia, nell'impostazione del Giudice di Roma, è compito del Tribunale di Bologna rilevare la

litispendenza e disporre la cancellazione della causa dal ruolo; ed infatti, al momento del deposito del ricorso per la fase sommaria del c.d. rito Fornero (davanti al Tribunale di Roma) non pendeva alcuna controversia, essendosi già conclusa la fase davanti al Giudice di Bologna con un provvedimento di inammissibilità.

A conferma della correttezza del proprio assunto, il Giudice capitolino rileva che l'opposizione avverso il provvedimento di inammissibilità era stata spiegata in data successiva al deposito del ricorso per la fase sommaria ex L. 92/2012 presso il medesimo Tribunale di Roma.

QUESTIONI

[1] Come è noto, il procedimento avente ad oggetto l'impugnativa del licenziamento, introdotto dalla L. 92/2012, consta di due fasi: una sommaria in cui il giudice provvede, con ordinanza immediatamente esecutiva, all'accoglimento o al rigetto della domanda; ed una successiva (ed eventuale) di opposizione, introdotta con ricorso contenente i requisiti di cui all'art. 414 c.p.c. davanti al tribunale che ha emesso la decisione opposta.

Una volta escluso che il procedimento di opposizione abbia carattere di impugnazione, ma solo di «*prosecuzione*» rispetto alla fase sommaria (sul punto si veda per tutte Corte Cost. 13 maggio 2015 n. 78, in *Giur. cost.*, 2015, 3, 711), numerose problematiche restano ancora aperte. Tra le molte non è pacifico se possano essere affrontate e decise – in sede di fase sommaria – le questioni preliminari in tema di litispendenza, continenza e connessione, stante l'idoneità al giudicato ex art. 2909 c.c. dell'ordinanza conclusiva di tale giudizio, sempre che non sia stata tempestivamente opposta (Cass. 18 febbraio 2014, n. 3838, in *Foro it.*, 2014, I, 1845).

Premesso che entrambi i Giudici erano competenti a decidere sulla questione, correttamente il Tribunale di Roma (in adesione a quanto statuito dalla Cassazione sul punto, cfr. Cass., sez. un., 31 luglio 2014, n. 17443, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1582) rileva che la litispendenza, ai sensi dell'art. 39 c.p.c., risponde ad irrinunciabili esigenze di ordine pubblico processuale.

Non solo. Posto che il dato normativo non impedisce al giudice della fase sommaria di decidere questioni preliminari in tema di litispendenza, continenza e connessione di cause, un'interpretazione logico sistematica della L. n. 92/2012, art. 1, commi 48, 49 e 51, in conformità al principio del giusto processo (art. 111 Cost., comma 2, e art. 6 Convenzione Europea dei diritti dell'uomo) impone al medesimo giudice di esaminare la pregiudiziale della litispendenza.

La conclusione cui giunge il Tribunale è peraltro condivisibile, nella parte in cui afferma che la prima fase del procedimento si era conclusa con un provvedimento in rito (di inammissibilità) e, pertanto, al momento della proposizione del successivo ricorso non pendeva alcun giudizio dinanzi ad altro Tribunale.

Si può dunque affermare che l'ordinanza emessa a conclusione della fase sommaria della L. n. 92/2012 ha carattere anticipatorio e che, se non opposta, è idonea al passaggio in giudicato

(cfr. Luiso, *La disciplina processuale speciale della legge n. 92 del 2012 nell'ambito del processo civile: modelli di riferimento ed inquadramento sistematico*, in www.judicium.it e Id., in Luiso, Tiscini, Vallebona, *La nuova disciplina sostanziale e processuale dei licenziamenti*, Torino, 2013, 55 ss. In senso contrario v. Consolo-Rizzardo, *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, in *Corriere giur.*, 2012, 735, i quali dubitano che all'ordinanza possa riconoscersi l'efficacia propria dell'art. 2909 c.c. in considerazione della sommarietà della istruttoria).

Per concludere, l'ordinanza che chiude la prima fase del rito Fornero ha natura sommaria; pertanto la declaratoria di inammissibilità non impedisce la riproposizione della domanda, dinnanzi al giudice competente.

A conferma della correttezza di tale costruzione, resta da dire che se il lavoratore non avesse impugnato il licenziamento davanti ad uno dei giudici competenti, sarebbe decaduto dalla relativa azione, vista la pronuncia di inammissibilità resa sulla domanda del datore di lavoro.

Procedimenti di cognizione e ADR, PROCEDIMENTI SPECIALI E ADR

La litispendenza nella fase sommaria del c.d. rito Fornero

di **Elisabetta Pofi**

[Trib. Roma 5 luglio 2016](#) – Est. Cosentino

Procedimento speciale per l'impugnativa del licenziamento – Procedimento cautelare – Litispendenza – Esclusione (Cod. proc. civ., art. 39, 669 *bis*, 700; l. 28 giugno 2012 n. 92)

[1] *In tema di procedimento per l'illegittimità del licenziamento disciplinato dalla l. 28 giugno 2012 n. 92, non sussiste litispendenza ex art. 39 c.p.c., là dove il precedente giudizio instaurato dinanzi ad altro foro (anch'esso competente) si sia concluso nella fase sommaria con ordinanza di inammissibilità, sempre che il successivo procedimento venga introdotto prima del deposito della opposizione di cui all'art. 1, comma 51, l. 92/2012.*

CASO

[1] La Società M., datrice di lavoro, agiva ai sensi della l. n. 92/2012 davanti al Tribunale di Bologna per la dichiarazione di legittimità del licenziamento irrogato al Sig. T.R. Nella stessa sede quest'ultimo spiegava domanda riconvenzionale per ottenere la declaratoria di illegittimità del medesimo atto, oltre alle tutele di cui all'art. 18 della L. n. 300/1970. Questo giudizio veniva definito in data 17 agosto 2015 con provvedimento di inammissibilità.

Con ricorso depositato in data 21 agosto 2015 dinanzi al Tribunale di Roma, il sig. T.R. impugnava giudizialmente il medesimo licenziamento e invocava le tutele di cui all'art. 18 st. lav. Il 4 settembre 2015, la Società M. spiegava opposizione ai sensi dell'art. 1, comma 51, l. 92/2012 avverso l'ordinanza di inammissibilità resa dal Tribunale di Bologna e, costituendosi nella fase cautelare, sollevava dinanzi al Tribunale di Roma eccezione di litispendenza ex art. 39 c.p.c.

SOLUZIONE

[1] In primo luogo deve essere segnalato che per il Tribunale di Roma sussiste, sotto il profilo oggettivo, il presupposto di cui all'art. 39 c.p.c. di "stessa causa". Ciò in quanto, i due giudizi sono caratterizzati dalla medesima identità di soggetti, di *petitum* (bene della vita del quale si chiede la tutela) e di *causa petendi* (fatto costitutivo della domanda); né può rilevare la circostanza che un soggetto assuma formalmente in un giudizio la qualità di attore e in altro la qualità di convenuto.

Tuttavia, nell'impostazione del Giudice di Roma, è compito del Tribunale di Bologna rilevare la

litispendenza e disporre la cancellazione della causa dal ruolo; ed infatti, al momento del deposito del ricorso per la fase sommaria del c.d. rito Fornero (davanti al Tribunale di Roma) non pendeva alcuna controversia, essendosi già conclusa la fase davanti al Giudice di Bologna con un provvedimento di inammissibilità.

A conferma della correttezza del proprio assunto, il Giudice capitolino rileva che l'opposizione avverso il provvedimento di inammissibilità era stata spiegata in data successiva al deposito del ricorso per la fase sommaria ex l. 92/2012 presso il medesimo Tribunale di Roma.

QUESTIONI

[1] Come è noto, il procedimento avente ad oggetto l'impugnativa del licenziamento, introdotto dalla l. 92/2012, consta di due fasi: una sommaria in cui il giudice provvede, con ordinanza immediatamente esecutiva, all'accoglimento o al rigetto della domanda; ed una successiva (ed eventuale) di opposizione, introdotta con ricorso contenente i requisiti di cui all'art. 414 c.p.c. davanti al tribunale che ha emesso la decisione opposta.

Una volta escluso che il procedimento di opposizione abbia carattere di impugnazione, ma solo di «*prosecuzione*» rispetto alla fase sommaria (sul punto si veda per tutte Corte Cost. 13 maggio 2015 n. 78, in *Giur. cost.*, 2015, 3, 711), numerose problematiche restano ancora aperte. Tra le molte non è pacifico se possano essere affrontate e decise – in sede di fase sommaria – le questioni preliminari in tema di litispendenza, continenza e connessione, stante l'idoneità al giudicato ex art. 2909 c.c. dell'ordinanza conclusiva di tale giudizio, sempre che non sia stata tempestivamente opposta (Cass. 18 febbraio 2014, n. 3838, in *Foro it.*, 2014, I, 1845).

Premesso che entrambi i Giudici erano competenti a decidere sulla questione, correttamente il Tribunale di Roma (in adesione a quanto statuito dalla Cassazione sul punto, cfr. Cass., sez. un., 31 luglio 2014, n. 17443, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1582) rileva che la litispendenza, ai sensi dell'art. 39 c.p.c., risponde ad irrinunciabili esigenze di ordine pubblico processuale.

Non solo. Posto che il dato normativo non impedisce al giudice della fase sommaria di decidere questioni preliminari in tema di litispendenza, continenza e connessione di cause, un'interpretazione logico sistematica della l. n. 92/2012, art. 1, commi 48, 49 e 51, in conformità al principio del giusto processo (art. 111 Cost., comma 2, e art. 6 Convenzione Europea dei diritti dell'uomo) impone al medesimo giudice di esaminare la pregiudiziale della litispendenza.

La conclusione cui giunge il Tribunale è peraltro condivisibile, nella parte in cui afferma che la prima fase del procedimento si era conclusa con un provvedimento in rito (di inammissibilità) e, pertanto, al momento della proposizione del successivo ricorso non pendeva alcun giudizio dinanzi ad altro Tribunale.

Si può dunque affermare che l'ordinanza emessa a conclusione della fase sommaria della l. n. 92/2012 ha carattere anticipatorio e che, se non opposta, è idonea al passaggio in giudicato

(cfr. Luiso, *La disciplina processuale speciale della legge n. 92 del 2012 nell'ambito del processo civile: modelli di riferimento ed inquadramento sistematico*, in www.judicium.it e Id., in Luiso, Tiscini, Vallebona, *La nuova disciplina sostanziale e processuale dei licenziamenti*, Torino, 2013, 55 ss. In senso contrario v. Consolo-Rizzardo, *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, in *Corriere giur.*, 2012, 735, i quali dubitano che all'ordinanza possa riconoscersi l'efficacia propria dell'art. 2909 c.c. in considerazione della sommarietà della istruttoria).

Per concludere, l'ordinanza che chiude la prima fase del rito Fornero ha natura sommaria; pertanto la declaratoria di inammissibilità non impedisce la riproposizione della domanda, dinnanzi al giudice competente.

A conferma della correttezza di tale costruzione, resta da dire che se il lavoratore non avesse impugnato il licenziamento davanti ad uno dei giudici competenti, sarebbe decaduto dalla relativa azione, vista la pronuncia di inammissibilità resa sulla domanda del datore di lavoro.

ESECUZIONE FORZATA E PROCEDURE CONCORSUALI, Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

Il piano attestato non sempre esonera dalla revocatoria fallimentare

di Luca Iovino

[Cassazione Civile sez. VI, 5 luglio 2016 n. 13719](#)

Piano attestato di risanamento ex art 67, III co. lett. f) l. fall – Fallimento – Azione revocatoria fallimentare – Inidoneità del piano al conseguimento del risanamento dell'impresa – Esenzione da revocatoria fallimentare – Esclusione (R.d. 16 marzo 1942 n. 267, legge fallimentare, art 67)

[1] Gli atti di esecuzione del piano attestato ai sensi dell'art. 67, terzo comma, lett. f) l. fall, non sono soggetti alla revocatoria fallimentare soltanto se risultano inseriti in un piano del quale emerga – sulla base di un giudizio compiuto ex ante dal giudice – la manifesta attitudine al raggiungimento dei propri scopi di risanamento dell'impresa.

CASO

[1] Il giudice delegato ad un fallimento rigetta l'istanza di ammissione al passivo proposta da una banca per un credito pignoratizio erogato in favore dell'impresa poi dichiarata fallita, in esecuzione di un piano attestato di risanamento ex art. 67 lett. f) l. fall. (nella sua formulazione precedente alle modifiche introdotte dal D.L. 22 giugno 2012, n. 83, convertito in L. 7 agosto 2012, n. 134).

La banca creditrice non viene ammessa al privilegio pignoratizio in accoglimento dell'eccezione del curatore, secondo il quale la garanzia pignoratizia era assoggettabile a revocatoria fallimentare poiché inserita in un piano attestato ritenuto – con valutazione *ex ante* – inidoneo alla realizzazione del risanamento.

Il collegio, in esito all'opposizione allo stato passivo proposta dalla banca creditrice, ammette il credito come da insinuazione ritenendo non potersi accedere alla richiesta della curatela di revocatoria della garanzia del finanziamento.

La curatela del fallimento propone ricorso per cassazione avverso il decreto del tribunale fallimentare

SOLUZIONE

[1] La corte cassa il decreto.

Dopo avere premesso che al fine della esenzione dalla azione revocatoria il giudice deve valutare la *“ragionevole possibilità di attuazione del piano attestato”* Corte enuncia il principio di diritto secondo cui, ai sensi dell’art. 67, terzo comma, lett. f) l. fall., il giudice, per ritenere non soggetto alla revocatoria un atto, che è stato posto in essere in esecuzione di un piano attestato, *“ha il dovere di compiere, con giudizio ex ante, una verifica mirata alla manifesta attitudine all’attuazione del piano di risanamento”*.

QUESTIONI

[1] Il piano attestato di risanamento è uno strumento privatistico di soluzione della crisi di impresa che viene adottato dall'imprenditore, previa attestazione proveniente da professionista iscritto nel registro dei revisori legali dotato di requisiti di indipendenza rispetto all'impresa.

Prima della modifica dell’art. 67, terzo comma, lett. f) l. fall. introdotta dal D.L. 22 giugno 2012, n. 83, convertito in l. 7 agosto 2012, n. 134, oggetto dell’attestazione era la *“ragionevolezza”* del piano; la nuova formulazione della norma fa uso del termine *“fattibilità”* del tutto affine.

Ai sensi dell’art.67, terzo comma, lett f) l. fall. gli atti posti in essere in esecuzione di un piano, regolarmente attestato, sempre che esso appaia idoneo a consentire il risanamento dell’impresa, sono esentati da revocatoria fallimentare nell’eventualità in cui venisse dichiarato il successivo fallimento dell’impresa, .

La Cassazione, nella sentenza in commento, afferma che il giudice fallimentare al fine di escludere la revocatoria ha l’obbligo di effettuare un giudizio di ragionevolezza (oggi, fattibilità) del piano attestato, ulteriore rispetto a quello effettuato dagli attestatori.

Il giudice di merito, dunque, indipendentemente dall’attestazione, dovrà compiere una valutazione in ordine alla ragionevole possibilità di attuazione del piano di risanamento; soltanto nel caso di esito positivo di tale accertamento, potrà ritenere gli atti compiuti in esecuzione del piano non soggetti a revocatoria,

Viene dunque escluso ogni automatismo tra l’attestazione del piano da parte dei professionisti e l’esenzione dall’azione revocatoria fallimentare per gli atti posti in essere in esecuzione del piano.

L’orientamento della corte, sebbene conforme al dato letterale della norma ed in linea con la giurisprudenza formatasi in materia di sindacato di fattibilità del piano nel concordato preventivo, porta con sé il rischio di limitare l’operatività del piano attestato.

L’esenzione dalla revocatoria sancita dall’art. 67, terzo comma, lett. f) l. fall. svolge infatti,

l'importante funzione di rimuovere l'ostacolo alla conclusione di contratti con l'impresa in crisi rappresentato, per i terzi contraenti, dal rischio di subire gli effetti negativi della revocatoria.

Attraverso l'esenzione viene ampliata la possibilità per l'imprenditore di rinvenire soggetti disposti a concludere i contratti previsti dal piano attestato che possano agevolare il risanamento dell'impresa..

La prospettiva che l'attestazione di fattibilità (o la ragionevolezza) del piano possa essere messa in discussione a seguito di fallimento e che, conseguentemente, tali atti possano essere revocati, rende certamente più difficile, per l'impresa in crisi, rinvenire nel mercato *partners* contrattuali che le consentano l'attuazione del piano attestato.

In senso contrario alla pronuncia in commento, cfr. Trib. Palermo 5.05.2016; in relazione alla configurabilità del reato di bancarotta fraudolenta per gli atti compiuti in esecuzione del piano cfr. Cass. penale sez. V, 8 genn. 2016 n. 892. in questa *Rivista* 16.05.2016, nota di Iovino).

ESECUZIONE FORZATA E PROCEDURE CONCORDSUALI, Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

Il piano attestato non sempre esonera dalla revocatoria fallimentare

di Luca Iovino

[Cassazione Civile sez. VI, 5 luglio 2016 n. 13719](#)

Piano attestato di risanamento ex art 67, III co. lett. f) l. fall – Fallimento – Azione revocatoria fallimentare – Inidoneità del piano al conseguimento del risanamento dell'impresa – Esenzione da revocatoria fallimentare – Esclusione (R.d. 16 marzo 1942 n. 267, legge fallimentare, art 67)

[1] Gli atti di esecuzione del piano attestato ai sensi dell'art. 67, terzo comma, lett. f) l. fall, non sono soggetti alla revocatoria fallimentare soltanto se risultano inseriti in un piano del quale emerga – sulla base di un giudizio compiuto ex ante dal giudice – la manifesta attitudine al raggiungimento dei propri scopi di risanamento dell'impresa.

CASO

[1] Il giudice delegato ad un fallimento rigetta l'istanza di ammissione al passivo proposta da una banca per un credito pignoratizio erogato in favore dell'impresa poi dichiarata fallita, in esecuzione di un piano attestato di risanamento ex art. 67 lett. f) l. fall. (nella sua formulazione precedente alle modifiche introdotte dal D.L. 22 giugno 2012, n. 83, convertito in L. 7 agosto 2012, n. 134).

La banca creditrice non viene ammessa al privilegio pignoratizio in accoglimento dell'eccezione del curatore, secondo il quale la garanzia pignoratizia era assoggettabile a revocatoria fallimentare poiché inserita in un piano attestato ritenuto – con valutazione *ex ante* – inidoneo alla realizzazione del risanamento.

Il collegio, in esito all'opposizione allo stato passivo proposta dalla banca creditrice, ammette il credito come da insinuazione ritenendo non potersi accedere alla richiesta della curatela di revocatoria della garanzia del finanziamento.

La curatela del fallimento propone ricorso per cassazione avverso il decreto del tribunale fallimentare

SOLUZIONE

[1] La corte cassa il decreto.

Dopo avere premesso che al fine della esenzione dalla azione revocatoria il giudice deve valutare la *“ragionevole possibilità di attuazione del piano attestato”* Corte enuncia il principio di diritto secondo cui, ai sensi dell’art. 67, terzo comma, lett. f) l. fall., il giudice, per ritenere non soggetto alla revocatoria un atto, che è stato posto in essere in esecuzione di un piano attestato, *“ha il dovere di compiere, con giudizio ex ante, una verifica mirata alla manifesta attitudine all’attuazione del piano di risanamento”*.

QUESTIONI

[1] Il piano attestato di risanamento è uno strumento privatistico di soluzione della crisi di impresa che viene adottato dall'imprenditore, previa attestazione proveniente da professionista iscritto nel registro dei revisori legali dotato di requisiti di indipendenza rispetto all'impresa.

Prima della modifica dell’art. 67, terzo comma, lett. f) l. fall. introdotta dal D.L. 22 giugno 2012, n. 83, convertito in l. 7 agosto 2012, n. 134, oggetto dell’attestazione era la *“ragionevolezza”* del piano; la nuova formulazione della norma fa uso del termine *“fattibilità”* del tutto affine.

Ai sensi dell’art.67, terzo comma, lett f) l. fall. gli atti posti in essere in esecuzione di un piano, regolarmente attestato, sempre che esso appaia idoneo a consentire il risanamento dell’impresa, sono esentati da revocatoria fallimentare nell’eventualità in cui venisse dichiarato il successivo fallimento dell’impresa, .

La Cassazione, nella sentenza in commento, afferma che il giudice fallimentare al fine di escludere la revocatoria ha l’obbligo di effettuare un giudizio di ragionevolezza (oggi, fattibilità) del piano attestato, ulteriore rispetto a quello effettuato dagli attestatori.

Il giudice di merito, dunque, indipendentemente dall’attestazione, dovrà compiere una valutazione in ordine alla ragionevole possibilità di attuazione del piano di risanamento; soltanto nel caso di esito positivo di tale accertamento, potrà ritenere gli atti compiuti in esecuzione del piano non soggetti a revocatoria,

Viene dunque escluso ogni automatismo tra l’attestazione del piano da parte dei professionisti e l’esenzione dall’azione revocatoria fallimentare per gli atti posti in essere in esecuzione del piano.

L’orientamento della corte, sebbene conforme al dato letterale della norma ed in linea con la giurisprudenza formatasi in materia di sindacato di fattibilità del piano nel concordato preventivo, porta con sé il rischio di limitare l’operatività del piano attestato.

L’esenzione dalla revocatoria sancita dall’art. 67, terzo comma, lett. f) l. fall. svolge infatti,

l'importante funzione di rimuovere l'ostacolo alla conclusione di contratti con l'impresa in crisi rappresentato, per i terzi contraenti, dal rischio di subire gli effetti negativi della revocatoria.

Attraverso l'esenzione viene ampliata la possibilità per l'imprenditore di rinvenire soggetti disposti a concludere i contratti previsti dal piano attestato che possano agevolare il risanamento dell'impresa..

La prospettiva che l'attestazione di fattibilità (o la ragionevolezza) del piano possa essere messa in discussione a seguito di fallimento e che, conseguentemente, tali atti possano essere revocati, rende certamente più difficile, per l'impresa in crisi, rinvenire nel mercato *partners* contrattuali che le consentano l'attuazione del piano attestato.

In senso contrario alla pronuncia in commento, cfr. Trib. Palermo 5.05.2016; in relazione alla configurabilità del reato di bancarotta fraudolenta per gli atti compiuti in esecuzione del piano cfr. Cass. penale sez. V, 8 genn. 2016 n. 892. in questa *Rivista* 16.05.2016, nota di Iovino).

ESECUZIONE FORZATA E PROCEDURE CONCORDSUALI, Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

La soglia di soddisfazione del 20% dei crediti chirografari nel concordato preventivo

di **Luca Iovino**

1. Premessa

È trascorso quasi un anno da quando la legge n. 132 del 6 agosto 2015, in sede di conversione del d.l. 27 giugno 2015, n. 83, recante *“Misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile e di organizzazione e funzionamento dell'amministrazione giudiziaria”*, ha introdotto la soglia di soddisfacimento del 20% dei crediti chirografari come condizione di ammissibilità della domanda di concordato preventivo.

La disposizione, contenuta nel comma quarto dell'art. 160 l. fall., ha dato luogo a contrasti interpretativi ed applicativi che esamineremo alla luce delle pronunce di merito rinvenute sull'argomento e delle circolari e linee guida diffuse da alcuni tribunali.

2. Sul significato da attribuire all'espressione *“assicurare il pagamento”* del 20% dei crediti chirografari

Il nuovo quarto comma dell'art. 160 l.fall. stabilisce che *“In ogni caso la proposta di concordato deve assicurare il pagamento di almeno il venti per cento dell'ammontare dei crediti chirografari. La disposizione di cui al presente comma non si applica al concordato con continuità aziendale di cui all'articolo 186-bis”*.

Nel concordato liquidatorio (ma non in quello con continuità aziendale), dunque, il legislatore ha previsto una soglia di soddisfacimento dei creditori chirografari come condizione di ammissibilità della proposta concordataria.

La funzione della norma è quella di contrastare la tendenza assai diffusa (cfr. Tribunale di Modena 3 settembre 2014; **Tribunale di Bergamo, 4 dicembre 2014**) di offrire ai creditori chirografari percentuali irrisorie di soddisfazione in spregio al principio dettato dalla Cassazione – ed ora sostanzialmente sancito dall'art. 161, comma 2 lett. e), l.fall., di nuova introduzione – secondo cui non è ammissibile, una proposta concordataria che non preveda il soddisfacimento, sia pur ipoteticamente modesto e parziale, di tutti i creditori in un lasso di tempo ragionevolmente breve (cfr. Cass., sez. un., 23 gennaio 2013 n. 15 in *Foro it.* 2013, 5, I, 1534, con note di Carmellino, Costantino, Fabiani, Scoditti).

Sin dall'emanazione della norma è stato chiaro che l'uso della formula atecnica: *"assicurare il pagamento"* avrebbe portato con sé una serie di dubbi interpretativi, che non hanno tardato a presentarsi.

Gli orientamenti che si sono delineati in relazione al significato da attribuire all'inadeguata formulazione legislativa sono sostanzialmente due.

Secondo un primo orientamento, il debitore, nella proposta di concordato deve assumere necessariamente un'obbligazione di pagamento di carattere monetario nei confronti dei creditori chirografari.

A questa interpretazione si sono uniformati, nelle loro linee guida, i Tribunali di Roma e di Bergamo i quali, a sostegno della natura obbligatoria della soglia, richiamano l'art. 161, comma 2 lett. e), l.fall., in forza del quale *"la proposta deve indicare l'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore"*.

Tale disposizione, anch'essa introdotta dal d.l. 27 giugno 2015, n. 83, attraverso l'uso delle parole *"deve indicare"* sancirebbe un obbligo del proponente di attribuire a tutti i creditori un'utilità economica che, nel caso di concordato liquidatorio, per i creditori chirografari è rappresentata dal pagamento della quota, normativamente stabilita nel 20% del credito. (cfr. le linee guida Tribunale Roma in www.tribunale.roma.it/documentazione/D_8321.pdf e la circolare operativa Tribunale di Bergamo in www.avvocatibergamo.it/immagini/CIRCOLARE_OPERATIVA_N.2_2016.pdf; nello stesso senso Tribunale Milano 7 aprile 2016 e Trib. Palermo 25 maggio 2016).

Evidentemente, l'assunzione da parte del debitore dell'obbligazione di pagamento del 20% del chirografo implica che, in caso d'inadempimento di non scarsa importanza, ogni creditore potrà richiedere la risoluzione del concordato ai sensi dell'art 186 l.fall.

Un altro orientamento, invece, esclude, che la norma di cui all'art. 160, ultimo comma, l.fall., contenga elementi testuali tali da ritenere che l'ammissibilità della domanda di concordato sia condizionata all'assunzione di un'obbligazione di pagamento della percentuale indicata dal debitore.

Secondo questo orientamento, se il legislatore avesse voluto introdurre un obbligo avrebbe utilizzato un'espressione specifica quale *"obbligarsi"* o *"impegnarsi"*, comunque diversa da *"assicurare il pagamento"*; conseguentemente la disposizione attribuirebbe al creditore soltanto l'onere di *"proporre fondatamente il pagamento di almeno il 20% dei crediti chirografari"* (Trib. Pistoia 29 ottobre 2016 ne *Ilfallimentarista.it* 2015, con nota di Ravina; Trib. Firenze 8 gennaio 2016 in www.ilcaso.it)

Nelle pronunce sopra citate, la previsione da parte del debitore del pagamento del 20% dei crediti chirografari, purché abbia i caratteri della fondatezza e fattibilità, è sufficiente a

rendere ammissibile la proposta di concordato, senza che sia necessaria un'assunzione dell'obbligazione ovvero una promessa di pagamento.

E' stato da più parti osservato che tale seconda opzione interpretativa comporta il rischio di un'alterazione dei poteri di indagine attribuiti al tribunale in sede di ammissione della proposta di concordato preventivo.

È, infatti, principio pacificamente affermato in giurisprudenza che al tribunale sia attribuito il solo controllo della legittimità e della fattibilità giuridica della proposta di concordato mentre gli sarebbe preclusa una valutazione sulla probabilità di successo economico del piano (cfr. Cass., sez. un., 23 gennaio 2013 n. 1521, *cit.*, Cass. 4 maggio 2016, n. 8804 in *D&G* 2016, con nota di Papagni; Cass. 5 febbraio 2016, n. 2320).

Ove il Tribunale, in sede di vaglio di ammissibilità della proposta, fosse chiamato a valutare la fondatezza dell'offerta di soddisfazione del 20% dei crediti chirografari, il suo giudizio non potrebbe prescindere da un accertamento sul merito economico del piano concordatario e si porrebbe in contrasto con il principio sopra riferito, ormai pacificamente affermato dalla giurisprudenza di legittimità.

3.L'eccezione prevista per il concordato con continuità aziendale

Si è detto che la disposizione che introduce la soglia di soddisfazione del 20% dei creditori chirografari si applica a tutte le forme concordatarie con la sola eccezione del concordato con continuità aziendale.

L'eccezione si giustifica, oltre che per il generale *favor* del legislatore per la continuità rispetto alla liquidazione, per l'oggettiva difficoltà di predeterminare una soglia di soddisfazione dei creditori nel caso di continuazione dell'attività di impresa, i cui sviluppi dipendono da variabili economiche non sempre prevedibili.

L'esatta portata applicativa di questa eccezione ha suscitato, però, alcuni dubbi con riguardo alla sua applicazione nelle ipotesi di concordato c.d. misto, in parte liquidatorio ed in parte con continuità aziendale.

Da una parte si è sostenuto che al concordato anche solo parzialmente in continuità vada applicata la disciplina di favore prevista dalla legge, indipendentemente da un giudizio di prevalenza della componente liquidatoria o della continuità aziendale.

Aderiscono a questo orientamento le linee guida del Tribunale di Roma che in presenza di una componente di continuità aziendale e, indipendentemente dal grado di incidenza di essa nell'intera operazione economica, escludono l'applicazione della soglia (fatto salvo il giudizio di fattibilità giuridica del piano, che va accertata secondo quanto stabilito dalla Sezioni Unite nella sopra citata pronuncia n. 1521/2013).

Si rinvergono però, alcune decisioni di merito che obiettano come tale impostazione presti il fianco al facile abuso per il proponente, di prevedere (anche in minima parte) una continuità, per l'unico fine di aggirare la soglia del 20%.

Al fine di prevenire un utilizzo distorto della disposizione, le stesse pronunce affermano che l'esclusione della soglia del 20% nei concordati c.d. misti opera soltanto se la componente di continuità aziendale risulti prevalente rispetto alla componente liquidatoria. (Trib. Pistoia 29 ottobre 2016 *cit.*; Trib. Alessandria 18 gennaio 2016 in www.ilcaso.it)

4.L'applicazione della soglia del 20% al concordato con previsione di classi di creditori chirografari

Ai sensi dell'art. 160 co. 1 lett c) e d) l.fall., la proposta di concordato può prevedere la formazione di classi di creditori chirografari e trattamenti differenziati per gruppi omogenei di creditori.

La giurisprudenza di merito si è interrogata se, in tali ipotesi, la soglia del 20% vada applicata ad ogni classe di creditori chirografari o, piuttosto possano prevedersi anche pagamenti inferiori alla soglia del 20% per alcune classi purché, con riferimento al complessivo ammontare del credito chirografario, la soglia sia rispettata.

Quest'ultima impostazione sembra da privilegiare in base ad un'interpretazione letterale della norma che fa riferimento al pagamento dell'*"ammontare dei crediti chirografari"* e non dei singoli creditori. (cfr. Trib. Pistoia 29 ottobre 2016 , Trib. Milano 7.04.2016 *cit.*)

Per converso il riferimento a *"ciascun creditore"* è contenuto nell'art. 160, ultimo comma, l.fall., che, come si è detto, impone al proponente di *"indicare l'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che si obbliga ad assicurare a ciascun creditore"*.

È lecito ritenere che, se il legislatore avesse voluto garantire il soddisfacimento del 20% di ciascun credito, avrebbe utilizzato la medesima terminologia (*"ciascun creditore"*) contenuta nell'art. 160, ultimo comma, l.fall.

È comunque esclusa la possibilità di prevedere le c.d. *"classi a zero"* poiché sia nel concordato in continuità aziendale che nel concordato liquidatorio, ai sensi dell'art.160, ultimo comma, l.fall., a tutti i creditori deve essere assicurata un'utilità economicamente apprezzabile.

5.Conclusioni

Il contrasto fra le varie soluzioni interpretative e applicative dell'art. 160, comma 4, l.fall. qui riferito per grandi linee, è il risultato della formulazione imprecisa della norma e della obiettiva difficoltà di coordinare le numerose riforme e modifiche legislative che si sono succedute nel tempo.

Al d.l. 14 marzo 2005, n. 35, (c.d. decreto competitività) convertito con l. 14 maggio 2005, n. 80, che ha introdotto rilevanti modifiche in materia di concordato preventivo, hanno fatto seguito il d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, il d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, il d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con l. 7 agosto 2012, n. 13 e, da ultimo, il d.l. 27 giugno 2015 n. 83, convertito, con modificazioni, dalla l. 6 agosto 2015, n. 132.

La stratificazione normativa, attuata prevalentemente con decretazione d'urgenza e con modificazioni frettolosamente inserite in sede di conversione (proprio com'è avvenuto per l'introduzione della soglia del 20%) ha prodotto una disciplina non coordinata e frammentaria.

Adesso si attende la conclusione dei lavori della “*Commissione Rordorf*” istituita presso l'Ufficio Legislativo del Ministero della Giustizia ed incaricata dell'elaborazione di una proposta di riforma complessiva della legge fallimentare: si spera che i lavori della Commissione possano consentire l'emanazione di una disciplina organica del concordato preventivo e delle altre procedure concorsuali.

Su altri aspetti problematici delle recenti riforme cfr. Pasqualina FARINA, *Le proposte concorrenti nel nuovo concordato preventivo*, in questa *Rivista*, 9 dicembre 2015; Luca Iovino, *Le offerte concorrenti nel concordato preventivo introdotte dalla legge 6 agosto 2015, n. 132*, in questa *Rivista*, 29 dicembre 2015.

ESECUZIONE FORZATA E PROCEDURE CONCORDSUALI, Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

La soglia di soddisfazione del 20% dei crediti chirografari nel concordato preventivo

di **Luca Iovino**

1. Premessa

È trascorso quasi un anno da quando la legge n. 132 del 6 agosto 2015, in sede di conversione del d.l. 27 giugno 2015, n. 83, recante *“Misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile e di organizzazione e funzionamento dell'amministrazione giudiziaria”*, ha introdotto la soglia di soddisfacimento del 20% dei crediti chirografari come condizione di ammissibilità della domanda di concordato preventivo.

La disposizione, contenuta nel comma quarto dell'art. 160 l. fall., ha dato luogo a contrasti interpretativi ed applicativi che esamineremo alla luce delle pronunce di merito rinvenute sull'argomento e delle circolari e linee guida diffuse da alcuni tribunali.

2. Sul significato da attribuire all'espressione *“assicurare il pagamento”* del 20% dei crediti chirografari

Il nuovo quarto comma dell'art. 160 l.fall. stabilisce che *“In ogni caso la proposta di concordato deve assicurare il pagamento di almeno il venti per cento dell'ammontare dei crediti chirografari. La disposizione di cui al presente comma non si applica al concordato con continuità aziendale di cui all'articolo 186-bis”*.

Nel concordato liquidatorio (ma non in quello con continuità aziendale), dunque, il legislatore ha previsto una soglia di soddisfacimento dei creditori chirografari come condizione di ammissibilità della proposta concordataria.

La funzione della norma è quella di contrastare la tendenza assai diffusa (cfr. Tribunale di Modena 3 settembre 2014; **Tribunale di Bergamo, 4 dicembre 2014**) di offrire ai creditori chirografari percentuali irrisorie di soddisfazione in spregio al principio dettato dalla Cassazione – ed ora sostanzialmente sancito dall'art. 161, comma 2 lett. e), l.fall., di nuova introduzione – secondo cui non è ammissibile, una proposta concordataria che non preveda il soddisfacimento, sia pur ipoteticamente modesto e parziale, di tutti i creditori in un lasso di tempo ragionevolmente breve (cfr. Cass., sez. un., 23 gennaio 2013 n. 15 in *Foro it.* 2013, 5, I, 1534, con note di Carmellino, Costantino, Fabiani, Scoditti).

Sin dall'emanazione della norma è stato chiaro che l'uso della formula atecnica: *“assicurare il pagamento”* avrebbe portato con sé una serie di dubbi interpretativi, che non hanno tardato a presentarsi.

Gli orientamenti che si sono delineati in relazione al significato da attribuire all'inadeguata formulazione legislativa sono sostanzialmente due.

Secondo un primo orientamento, il debitore, nella proposta di concordato deve assumere necessariamente un'obbligazione di pagamento di carattere monetario nei confronti dei creditori chirografari.

A questa interpretazione si sono uniformati, nelle loro linee guida, i Tribunali di Roma e di Bergamo i quali, a sostegno della natura obbligatoria della soglia, richiamano l'art. 161, comma 2 lett. e), l.fall., in forza del quale *“la proposta deve indicare l'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore”*.

Tale disposizione, anch'essa introdotta dal d.l. 27 giugno 2015, n. 83, attraverso l'uso delle parole *“deve indicare”* sancirebbe un obbligo del proponente di attribuire a tutti i creditori un'utilità economica che, nel caso di concordato liquidatorio, per i creditori chirografari è rappresentata dal pagamento della quota, normativamente stabilita nel 20% del credito. (cfr. le linee guida Tribunale Roma in www.tribunale.roma.it/documentazione/D_8321.pdf e la circolare operativa Tribunale di Bergamo in www.avvocatibergamo.it/immagini/CIRCOLARE_OPERATIVA_N.2_2016.pdf; nello stesso senso Tribunale Milano 7 aprile 2016 e Trib. Palermo 25 maggio 2016).

Evidentemente, l'assunzione da parte del debitore dell'obbligazione di pagamento del 20% del chirografo implica che, in caso d'inadempimento di non scarsa importanza, ogni creditore potrà richiedere la risoluzione del concordato ai sensi dell'art 186 l.fall.

Un altro orientamento, invece, esclude, che la norma di cui all'art. 160, ultimo comma, l.fall., contenga elementi testuali tali da ritenere che l'ammissibilità della domanda di concordato sia condizionata all'assunzione di un'obbligazione di pagamento della percentuale indicata dal debitore.

Secondo questo orientamento, se il legislatore avesse voluto introdurre un obbligo avrebbe utilizzato un'espressione specifica quale *“obbligarsi”* o *“impegnarsi”*, comunque diversa da *“assicurare il pagamento”*; conseguentemente la disposizione attribuirebbe al creditore soltanto l'onere di *“proporre fondatamente il pagamento di almeno il 20% dei crediti chirografari”* (Trib. Pistoia 29 ottobre 2016 ne *Ilfallimentarista.it* 2015, con nota di Ravina; Trib. Firenze 8 gennaio 2016 in www.ilcaso.it)

Nelle pronunce sopra citate, la previsione da parte del debitore del pagamento del 20% dei crediti chirografari, purché abbia i caratteri della fondatezza e fattibilità, è sufficiente a

rendere ammissibile la proposta di concordato, senza che sia necessaria un'assunzione dell'obbligazione ovvero una promessa di pagamento.

E' stato da più parti osservato che tale seconda opzione interpretativa comporta il rischio di un'alterazione dei poteri di indagine attribuiti al tribunale in sede di ammissione della proposta di concordato preventivo.

È, infatti, principio pacificamente affermato in giurisprudenza che al tribunale sia attribuito il solo controllo della legittimità e della fattibilità giuridica della proposta di concordato mentre gli sarebbe preclusa una valutazione sulla probabilità di successo economico del piano (cfr. Cass., sez. un., 23 gennaio 2013 n. 1521, *cit.*, Cass. 4 maggio 2016, n. 8804 in *D&G* 2016, con nota di Papagni; Cass. 5 febbraio 2016, n. 2320).

Ove il Tribunale, in sede di vaglio di ammissibilità della proposta, fosse chiamato a valutare la fondatezza dell'offerta di soddisfazione del 20% dei crediti chirografari, il suo giudizio non potrebbe prescindere da un accertamento sul merito economico del piano concordatario e si porrebbe in contrasto con il principio sopra riferito, ormai pacificamente affermato dalla giurisprudenza di legittimità.

3.L'eccezione prevista per il concordato con continuità aziendale

Si è detto che la disposizione che introduce la soglia di soddisfazione del 20% dei creditori chirografari si applica a tutte le forme concordatarie con la sola eccezione del concordato con continuità aziendale.

L'eccezione si giustifica, oltre che per il generale *favor* del legislatore per la continuità rispetto alla liquidazione, per l'oggettiva difficoltà di predeterminare una soglia di soddisfazione dei creditori nel caso di continuazione dell'attività di impresa, i cui sviluppi dipendono da variabili economiche non sempre prevedibili.

L'esatta portata applicativa di questa eccezione ha suscitato, però, alcuni dubbi con riguardo alla sua applicazione nelle ipotesi di concordato c.d. misto, in parte liquidatorio ed in parte con continuità aziendale.

Da una parte si è sostenuto che al concordato anche solo parzialmente in continuità vada applicata la disciplina di favore prevista dalla legge, indipendentemente da un giudizio di prevalenza della componente liquidatoria o della continuità aziendale.

Aderiscono a questo orientamento le linee guida del Tribunale di Roma che in presenza di una componente di continuità aziendale e, indipendentemente dal grado di incidenza di essa nell'intera operazione economica, escludono l'applicazione della soglia (fatto salvo il giudizio di fattibilità giuridica del piano, che va accertata secondo quanto stabilito dalla Sezioni Unite nella sopra citata pronuncia n. 1521/2013).

Si rinvergono però, alcune decisioni di merito che obiettano come tale impostazione presti il fianco al facile abuso per il proponente, di prevedere (anche in minima parte) una continuità, per l'unico fine di aggirare la soglia del 20%.

Al fine di prevenire un utilizzo distorto della disposizione, le stesse pronunce affermano che l'esclusione della soglia del 20% nei concordati c.d. misti opera soltanto se la componente di continuità aziendale risulti prevalente rispetto alla componente liquidatoria. (Trib. Pistoia 29 ottobre 2016 *cit.*; Trib. Alessandria 18 gennaio 2016 in www.ilcaso.it)

4.L'applicazione della soglia del 20% al concordato con previsione di classi di creditori chirografari

Ai sensi dell'art. 160 co. 1 lett c) e d) l.fall., la proposta di concordato può prevedere la formazione di classi di creditori chirografari e trattamenti differenziati per gruppi omogenei di creditori.

La giurisprudenza di merito si è interrogata se, in tali ipotesi, la soglia del 20% vada applicata ad ogni classe di creditori chirografari o, piuttosto possano prevedersi anche pagamenti inferiori alla soglia del 20% per alcune classi purché, con riferimento al complessivo ammontare del credito chirografario, la soglia sia rispettata.

Quest'ultima impostazione sembra da privilegiare in base ad un'interpretazione letterale della norma che fa riferimento al pagamento dell'*"ammontare dei crediti chirografari"* e non dei singoli creditori. (cfr. Trib. Pistoia 29 ottobre 2016 , Trib. Milano 7.04.2016 *cit.*)

Per converso il riferimento a *"ciascun creditore"* è contenuto nell'art. 160, ultimo comma, l.fall., che, come si è detto, impone al proponente di *"indicare l'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che si obbliga ad assicurare a ciascun creditore"*.

È lecito ritenere che, se il legislatore avesse voluto garantire il soddisfacimento del 20% di ciascun credito, avrebbe utilizzato la medesima terminologia (*"ciascun creditore"*) contenuta nell'art. 160, ultimo comma, l.fall.

È comunque esclusa la possibilità di prevedere le c.d. *"classi a zero"* poiché sia nel concordato in continuità aziendale che nel concordato liquidatorio, ai sensi dell'art.160, ultimo comma, l.fall., a tutti i creditori deve essere assicurata un'utilità economicamente apprezzabile.

5.Conclusioni

Il contrasto fra le varie soluzioni interpretative e applicative dell'art. 160, comma 4, l.fall. qui riferito per grandi linee, è il risultato della formulazione imprecisa della norma e della obiettiva difficoltà di coordinare le numerose riforme e modifiche legislative che si sono succedute nel tempo.

Al d.l. 14 marzo 2005, n. 35, (c.d. decreto competitività) convertito con l. 14 maggio 2005, n. 80, che ha introdotto rilevanti modifiche in materia di concordato preventivo, hanno fatto seguito il d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, il d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, il d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con l. 7 agosto 2012, n. 13 e, da ultimo, il d.l. 27 giugno 2015 n. 83, convertito, con modificazioni, dalla l. 6 agosto 2015, n. 132.

La stratificazione normativa, attuata prevalentemente con decretazione d'urgenza e con modificazioni frettolosamente inserite in sede di conversione (proprio com'è avvenuto per l'introduzione della soglia del 20%) ha prodotto una disciplina non coordinata e frammentaria.

Adesso si attende la conclusione dei lavori della “*Commissione Rordorf*” istituita presso l'Ufficio Legislativo del Ministero della Giustizia ed incaricata dell'elaborazione di una proposta di riforma complessiva della legge fallimentare: si spera che i lavori della Commissione possano consentire l'emanazione di una disciplina organica del concordato preventivo e delle altre procedure concorsuali.

Su altri aspetti problematici delle recenti riforme cfr. Pasqualina FARINA, *Le proposte concorrenti nel nuovo concordato preventivo*, in questa *Rivista*, 9 dicembre 2015; Luca Iovino, *Le offerte concorrenti nel concordato preventivo introdotte dalla legge 6 agosto 2015, n. 132*, in questa *Rivista*, 29 dicembre 2015.

BACHECA, Diritto e reati societari

Considerazioni sull'associazionismo sportivo

di **Guido Martinelli**

La settima commissione del Senato (Istruzione pubblica, beni culturali, ricerca scientifica, spettacolo e sport) **ha attivato una indagine conoscitiva sullo “Stato di salute dello sport”** (Atto n. 715). Tra i temi che ha in animo di affrontare vi è anche una riflessione sugli *“aspetti fiscali della gestione dello sport e normativa che incide sull'associazionismo sportivo: criticità e proposte”*.

Approfittando che, immeritatamente, parteciperò come tecnico del settore ad una audizione prevista nell'ambito di detta indagine, mi sono chiesto quali siano **i punti salienti delle proposte che possono essere formulate in quella sede**. Ragiono tenendo presente un punto di partenza che, ai giorni nostri, diventa quasi una ossessione: le proposte di modifica legislativa devono essere a **impatto zero** (o quasi) sui conti dello Stato.

Eccovi l'elenco.

1. Definizione di sport: **ad oggi non è legislativamente indicato cosa sia “sport”**. Appare sufficiente che qualsiasi attività o gioco riceva un riconoscimento da un ente di promozione sportiva (che evidentemente, per aumentare i propri ricavi da affiliazione e tesseramento ha tutto l'interesse ad operare questi riconoscimenti) per ottenere l'iscrizione nei registri Coni e, di conseguenza, godere dei **vantaggi fiscali** a ciò collegati. Questo ha portato ad avere, a giugno 2016, iscritte al registro Coni, come casi campione, 3 associazioni che hanno nella **denominazione sociale** il termine “poker”, 8 il termine “massaggio”, 56 “teatro”, 689 “yoga”, 194 “pilates”, 14 “zumba”, 14 “discipline olistiche”, eccetera. Trattasi sicuramente di attività degnissime, tuttavia, può sorgere il dubbio che siano attività sportive, almeno nel senso olimpico del termine. **Definire cosa debba intendersi per attività sportiva significherebbe circoscrivere l'area dei soggetti titolati a ricevere, per la tipologia di attività svolta, i benefici e le agevolazioni a tal fine stabiliti dal legislatore.**
2. **L'acquisizione della personalità giuridica**: oggi è molto meno costoso e complicato costituire una società per fare attività di impresa con responsabilità limitata (basti pensare ai ridotti costi necessari per la Srl semplificata) piuttosto che ottenere la personalità giuridica come associazione. **Un euro di capitale e quasi nessun costo accessorio di costituzione per la Srl semplificata; 25.000 euro di patrimonio (almeno in Emilia Romagna), oneri notarili e accessori per una associazione sportiva.** Poter prevedere la possibilità di costituire Srl semplificate anche nell'ambito sportivo solleverebbe molti dirigenti dalle preoccupazioni per le conseguenze personali, sotto il profilo della responsabilità solidale, per le attività oggi svolte dalle associazioni sportive prive di riconoscimento.

3. L'articolo 132 e seguenti della direttiva comunitaria 112/CE/2006, in materia di imposta sul valore aggiunto, prevedono la possibilità, per gli Stati membri, fatte salve le altre disposizioni comunitarie disciplinanti l'imposta, di prevedere delle **ipotesi di esenzione dall'Iva per "talune prestazioni di servizi strettamente connesse con la pratica dello sport o dell'educazione fisica, fornite da organizzazioni senza scopo lucrativo alle persone che esercitano lo sport o l'educazione fisica"**. Il nostro ordinamento ha recepito tale indicazione come "esclusione" da Iva ai sensi del quarto comma dell'articolo 4 del D.P.R. 633/1972. Ma, essendo la cessione dietro corrispettivo di servizi sportivi l'attività prevalente per molti sodalizi sportivi, questo ha prodotto l'esplosione di "associati" e di "tesserati" che hanno natura di meri clienti ed utilizzatori dei servizi sportivi, ma che vengono "**mascherati**" come tali al solo fine di godere della esclusione da Iva. **Poter contare sulla esenzione da Iva e non sulla esclusione consentirebbe: di ricondurre all'area commerciale una attività che onestamente vi rientra a pieno titolo; di non gravare sull'utenza un carico Iva che la penalizzerebbe; di lasciare comunque inalterati i proventi per l'erario, i quali anzi potrebbero essere lievemente incrementati del recupero che l'esenzione da Iva produrrebbe ai fini dei redditi** (non potendosi, in tal caso, più applicare l'articolo 148 del Tuir).
4. **Riconfermare**, a prova di "Agenzia delle entrate", **la natura di spese di pubblicità per le sponsorizzazioni di ammontare non superiore a 200.000 euro** ai sensi di quanto previsto dal comma 8 dell'articolo 90 della L. 289/2002. Questo per disinnescare una serie di accertamenti fondati sulla non inerenza e anti economicità di queste sponsorizzazioni.
5. **Ritornare, per i compensi sportivi, alla disciplina esistente prima della L. 342/2000. Quindi: fascia esente fino a 10.000 euro di compensi annui e, in caso di eccedenza, applicazione su tutto l'importo della disciplina fiscale, previdenziale e assicurativa prevista per le collaborazioni coordinate e continuative di cui all'articolo 409 cod. proc. civ..**
6. **Obbligo di pubblicazione, sul registro delle associazioni e società sportive dilettantistiche tenuto dal Coni, dei rendiconti economico – finanziari annuali**, con verbale di assemblea che li approva.

Sei articoli, nessuna nuova agevolazione (anzi!!), solo una **ricostruzione diversa delle varie fattispecie applicabili**. Sono convinto che l'implementazione di quanto sopra, con adeguato controllo, porterebbe pulizia e sollievo al settore. Mi illudo?

BACHECA, Diritto e reati societari

I certificati medici per le attività sportive non agonistiche

di **Guido Martinelli**

Preannunciata da due circolari del Ministero della Salute del 16.06.2015 e 28.10.2015, lo scorso **10 giugno** il CONI ha emanato **una propria circolare** che definisce, in accordo con i precedenti ministeriali, i **confini dell'attività sportiva non agonistica** all'interno dell'ordinamento sportivo ai fini degli obblighi sulla tutela sanitaria delle attività sportive.

Si chiarisce, in premessa, che **nulla cambia per le attività a carattere agonistico** (ai sensi del D.M. 18/02/1982). Queste rimangono soggette alla certificazione sanitaria che preveda l'idoneità specifica alla pratica di una determinata disciplina sportiva.

In riferimento, invece, alla **pratica non agonistica (si ricorda che la qualificazione come agonistica o meno dell'attività promossa compete alla Federazione o all'Ente di promozione sportiva di riferimento)** il CONI ha effettuato una distinzione **tra 3 tipologie di tesseramento**. Va ricordato, in partenza, che stiamo esaminando un atto amministrativo che deroga provvedimenti approvati con decreti ministeriali e che, pertanto, sotto questo profilo presenta degli aspetti di dubbia efficacia.

Secondo le indicazioni del massimo ente sportivo italiano, le Federazioni e gli Enti di promozione dovranno provvedere a uniformare la loro disciplina sul tesseramento secondo i seguenti principi:

1. per i **tesserati che svolgono attività sportive regolamentate**: vige **l'obbligo del certificato di idoneità non agonistico** (come definito ed individuato da ultimo con le linee guida del Ministero della Salute 08/08/2014) **per tutti i tesserati in Italia che svolgono attività organizzate dal CONI o da soggetti da questo riconosciuti (Federazioni sportive nazionali, discipline sportive associate, enti di promozione sportiva) ritenute a carattere non agonistico fatta eccezione per quanto previsto dal seguente punto b);**
2. per i **tesserati che svolgono attività sportive che non comportano impegno fisico**: **non sussiste obbligo di certificazione** (ma la circolare raccomanda comunque un controllo medico) **per tutti i tesserati in Italia con la qualifica di non agonisti che svolgono attività organizzate dal CONI o da soggetti da questo riconosciuti caratterizzate dall'assenza o dal ridotto impegno cardiovascolare**. Vengono elencati una serie di sport (elenco ampliato rispetto a quanto indicato dal Decreto Balduzzi in materia di defibrillatori). Tale elenco non è comunque da intendersi a titolo esaustivo perché la circolare prevede che non vige obbligo di certificazione per tutte quelle ulteriori attività *"il cui impegno fisico sia minimo"*. I dubbi che nascono da questo punto sono tre.

Il primo se questa elencazione possa individuare anche, ai sensi di quanto previsto dall'articolo 5 comma 3 del D.M. 24 aprile 2013, l'area delle **società sportive non tenute agli obblighi di detenzione dei defibrillatori semiautomatici e della formazione degli addetti relativi in quanto attività a ridotto impegno cardiocircolatorio**. Il secondo su quali siano i parametri sulla base dei quali poter far rientrare *“le altre attività facenti capo alle Federazioni sportive nazionali, alle discipline sportive associate e agli enti di promozione sportiva il cui impegno fisico sia **evidentemente minimo**”*, che verrebbero, per l'attività non agonistica, comunque esentati dal certificato. Il terzo è di carattere più generale e coinvolge la disposizione di cui all'articolo 2050 del codice civile. La norma disciplina la responsabilità per le **“attività pericolose”** (si ricorda che per la giurisprudenza, ad esempio, costituiscono attività pericolose quelle del tiro, qui esentate dal certificato – vedi tra tutte Cassazione sentenze 28.09.1964 n. 2242 e 30.11.1977 n. 5222), per le quali chi cagiona un danno ad altri **“è tenuto al risarcimento se non prova di avere adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno”**. Ma siamo sicuri non produca comunque una responsabilità del gestore della linea di tiro la mancata richiesta del certificato sulla base di un documento di natura amministrativa?

Infine, occorre considerare la posizione dei **tesserati che non svolgono alcuna attività sportiva (non praticanti)**. Rientrano in tale tipologia di tesseramento tutti i tesserati dichiarati “non praticanti” da FSN, DSA ed EPS. Tale specifica qualifica dovrà risultare già all'atto del tesseramento con inserimento in un'apposita categoria all'uopo istituita.

Questa è la categoria in assoluto più oscura. In via preliminare **si pone una domanda: il tesserato “che non svolge alcuna attività sportiva” per quale motivo dovrebbe tesserarsi?** Le Federazioni dovranno prevedere tesseramenti differenziati al fine di evitare che i non praticanti poi, alla fine “pratichino” a scapito della Federazione stessa? Se l'attività in esame è quella che, fino ad oggi, abbiamo definito come “ludico – motoria” quale diventa il confine tra la stessa e quella non agonistica per la quale sarebbe necessario comunque la certificazione?

Credo che il lavoro per le Federazioni (e le conseguenti responsabilità), in relazione alle conseguenti modifiche alle carte federali, non sia né facile né semplice.

Consentitemi una **riflessione conclusiva**. La disciplina originale sui certificati medici era in vigore dai primi anni 80. Per trent'anni purtroppo non ha risparmiato decessi ma, forse, ne ha anche evitato qualcuno. Siamo proprio sicuri che valeva la pena fare questa rivoluzione?

GESTIONE DELLA PROFESSIONE E SOFTWARE, Processo civile telematico

Conservazione digitale: le nuove regole e le nuove opportunità

di **Redazione**

Diciamolo: sono poche le occasioni in cui un nuovo obbligo di legge può tradursi in un vantaggio!

La fatturazione elettronica nei confronti della Pubblica amministrazione e, in prospettiva, quella tra privati (anche se non si parla di obbligo, bensì di incentivo) rappresenta uno di questi casi.

Soprattutto per chi punta ad ottenere in tempi rapidi benefici organizzativi ed economici.

Il vostro studio appartiene a questa categoria? Bene, ecco in breve alcuni elementi da considerare nel momento in cui si valutano gli aspetti più operativi che riguardano la digitalizzazione dei documenti.

LE NUOVE REGOLE

In un'escalation promossa dall'Agenzia per l'Agenda digitale, la graduale entrata in vigore delle regole che incentivano la dematerializzazione dei documenti è iniziata il 6 giugno 2014, quando è partito l'obbligo di fatturazione elettronica nei confronti di ministeri, agenzie fiscali ed enti di previdenza nazionali. L'obbligo è stato poi esteso a tutte le amministrazioni locali (regioni, comuni e altre istituzioni pubbliche territoriali) a partire dal 31 marzo 2015.

È invece atteso per il 1 gennaio 2017 l'avvio della fatturazione elettronica attiva e passiva tra privati che non sarà obbligatorio ma fiscalmente agevolato attraverso rimborsi IVA più rapidi.

I VANTAGGI ECONOMICI E OPERATIVI

Nel breve termine, i vantaggi per chi emette fatture elettroniche risiedono nella possibilità di ricevere in real time notifiche che attestano la corretta ricezione del documento da parte del cliente, l'assenza di errori nella compilazione della nota, la facoltà di calcolare i tempi di pagamento o per lo meno certificare il credito (elementi questi, tutt'altro che scontati quando si parla di Pubblica amministrazione).

Nel medio termine, questa nuova forma di produzione e conservazione dei documenti offre una serie di benefici che aumentano al crescere della cultura digitale e degli strumenti informatici a disposizione di chi li adotta in maniera sistematica.

Al di là del risparmio su carta, toner, spazi, il cui consumo in alcuni casi può diminuire del 70%, la Gestione Elettronica Documentale (GED) aiuta a ridurre drasticamente il tempo che i collaboratori di studio, in regimi tradizionali, devono dedicare ad attività amministrative e di gestione archivi, raccoglitori e faldoni.

Inaugurando nuove economie di scala e nuove opportunità di servizio più intelligenti, la fatturazione elettronica e la relativa conservazione digitale oggi possono anche essere gestite in cloud, attraverso soluzioni As a Service, pay per use e on demand che semplificano i processi, trasformandoli in opportunità di servizio all'insegna del controllo e della massima trasparenza operativa.



Conservazione Cloud TeamSystem

Scopri l'offerta!

BACHECA, Diritto e reati societari

Si espande la postergazione dei crediti dei soci per finanziamenti

di **Fabio Landuzzi**

La giurisprudenza si è interessata in modo piuttosto frequente alla fattispecie della **postergazione dei crediti** vantati dai soci nei confronti della società a fronte di **finanziamenti erogati in situazioni di squilibrio finanziario** oppure in una situazione in cui sarebbe stato **ragionevole effettuare un conferimento** (art. 2467, cod.civ.).

In primo luogo, un importante arresto della **Corte di Cassazione (sentenza n. 14056/2015)** porta ad estendere l'applicazione del precetto – oltre che alle Srl ed alle società soggette alla direzione e coordinamento – anche alle **società azionarie** quando queste sono caratterizzate da una “**ristretta base societaria**”; viene quindi confermato un certo filone giurisprudenziale che già si era da tempo manifestato, seppure questo approccio non sia condiviso appieno in dottrina – in senso contrario, si veda **Assonime n. 40/2007**.

A questo riguardo, anche il **Tribunale di Milano (sentenza n. 9104/2015)** segue l'indirizzo interpretativo estensivo fatto proprio dalla Cassazione nella suddetta sentenza, seppure specificando che ai fini dell'insacco della postergazione del credito del socio sarebbe necessaria una **situazione di specifica crisi della società**, e non una **tensione finanziaria temporanea**.

Le **condizioni** apprezzate dai Giudici milanesi ai fini dell'applicazione della **postergazione dei crediti dei soci anche alle Spa** sono essenzialmente le seguenti:

- presenza di una **base azionaria familiare**
- **coincidenza** fra la figura dei **soci** e quella degli **amministratori**
- **capacità del socio** di poter cogliere in modo compiuto **l'esistenza di una situazione** di adeguata, o inadeguata, **capitalizzazione della società**.

Ulteriore aspetto di comune interesse attiene alla **natura del credito** che può essere oggetto della postergazione. Il **Tribunale di Reggio Emilia (decreto del 10 giugno 2015)** ha affermato che i finanziamenti che ricadono nella disciplina dell'articolo 2467, cod.civ., “non sono solo quelli derivanti da meri trasferimenti di danaro infragruppo, ma anche da rapporti diversi, quali ad esempio quelli di **fornitura di merci e di servizi**, qualora si accerti in concreto che le forniture di beni, di servizi, o l'erogazione di altre utilità, abbiano assolto – sotto il profilo finanziario – alla **stessa funzione della dazione di danaro**”.

Infine, l'ampliamento delle casistiche di applicazione della postergazione dei finanziamenti dei soci ha riguardato anche il caso delle **imprese cd. “start up”** (**Tribunale di Milano, sentenza**

n. 1658/2015).

Secondo questa linea interpretativa, la postergazione opererebbe non solo qualora la società versi in una condizione di crisi strutturale, bensì anche quando si manifesti uno **stato di oggettiva insufficienza delle risorse disponibili** rispetto all'assolvimento delle proprie obbligazioni.

Si tratta evidentemente di una tipica situazione che ricorre nelle fasi iniziali dell'esistenza della società, quando usualmente i finanziamenti erogati dai soci sono volti a supportare l'avvio dell'attività; peraltro, la postergazione del credito riguarderebbe la **posizione del socio creditore** anche nella eventualità in cui, al momento della richiesta di restituzione delle somme, questi non rivestisse più tale posizione. Infatti, la **fuoriuscita dalla compagine sociale** non comporterebbe l'automatico venir meno dell'innesco della postergazione del credito dell'ex socio, poiché la ratio della norma è quella di **salvaguardare la posizione dei creditori terzi dell'impresa**, a **prescindere dalle vicende modificative** della composizione dei soci della società.