



LA LIBRERIA ON LINE DEL PROFESSIONISTA

L'estratto che stai visualizzando
è tratto da un volume pubblicato su
ShopWKI - La libreria del professionista

[VAI ALLA SCHEDA PRODOTTO](#)

CAPITOLO 2 L'INSOLVENZA E IL DISSESTO FINANZIARIO

di Luigi D'Orazio

SOMMARIO: 1. L'insolvenza – 2. L'insolvenza nelle società in liquidazione volontaria – 3. Il sequestro dei beni ed il procedimento prefallimentare – 4. L'insolvenza nei gruppi societari – 5. L'insolvenza e il socio illimitatamente responsabile – 6. La crisi – 7. Il sovraindebitamento – 8. Il predissesto e il dissesto «guidato» dell'ente pubblico – 9. Il dissesto dell'ente pubblico – 10. Il dissesto finanziario e la sorte della società *in house*: possibili interconnessioni – 11. La gestione finanziaria negativa della società *in house* ed il dissesto.

1. L'insolvenza

Le società a partecipazione pubblica di cui al D.Lgs. n. 175/2016 ed in particolare le società *in house* sono state scrutinate dalla giurisprudenza, oltre che nella materia dell'affidamento dei contratti pubblici, anche nella loro «deriva» concorsuale.

Come visto nel capitolo precedente, la giurisprudenza sia di merito che di legittimità [Cass. 27/09/2013, n. 22209; Cass. 25/11/2013, n. 2628] sinora si è mostrata divisa sulla assoggettabilità delle società *in house* alle procedure concorsuali [per la fallibilità specie dopo il d.lgs. 175/2016 Cass. 07/02/2017, n. 3196].

Se si giunge a riconoscere che le società *in house* di cui all'art. 16, D.Lgs. n. 175/2016 possono accedere alle procedure concorsuali va esaminato il presupposto oggettivo che consente di varcare la soglia di ciascuna procedura.

È interessante, poi, tracciare la linea di confine tra lo stato oggettivo caratteristico delle procedure concorsuali e la definizione ed il contenuto del «dissesto finanziario» degli enti pubblici, evidenziando possibili interferenze e connessioni tra i due «fenomeni», soprattutto se si ritiene che le società *in house* sono una sorta di *longa manus* e di appendice della pubblica amministrazione, sottoposta al controllo analogo della stessa al pari di un qualsivoglia servizio dell'ente pubblico.

Attraverso le continue riforme che hanno travolto la tradizionale configurazione della concorsualità a partire dal D.L. n. 35/2005, si è giunti a distinguere, nell'ambito del presupposto oggettivo di accesso alle procedure concorsuali, tra insolvenza, crisi e sovraindebitamento.

La questione è piuttosto complessa in quanto il legislatore ha fornito la definizione della nozione di insolvenza (art. 5 l. fall.: «Lo stato di insolvenza si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni»), ma non si è soffermato più di tanto su quella di «crisi» (art. 160, comma 3, l. fall.: «Ai fini di cui al primo comma per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza»), mentre per il sovraindebitamento occorre esaminare la definizione, estremamente complessa, fornita dall'art. 6, L. n. 3/2012.

L'insolvenza, nella prassi applicativa, emerge da tutta una serie di elementi che vanno valutati complessivamente al fine di evidenziare la presenza di una seria crisi di liquidità della società, che non sia solo una temporanea difficoltà di adempimento delle obbligazioni assunte.

Pertanto, a tal fine, deve farsi riferimento all'elenco dei protesti, ai dati di bilancio, alle perdite di esercizio, alla cessazione dell'attività commerciale, alla chiusura dei locali, ai pignoramenti negativi, alla incardiazione di procedure esecutive nei confronti del debitore, alle segnalazioni della centrale rischi presso la Banca d'Italia, alla iscrizione di ipoteche giudiziali [Nonno, 2014, 96].

È pacifico che può integrare l'insolvenza anche l'inadempimento di obbligazioni estranee all'attività commerciale [Cass. n. 1918/1984; App. Bari 27/05/1989; Trib. Torino 25/07/1990].

Recentemente si è ritenuto che, ai fini della sussistenza del presupposto dell'insolvenza, l'ordinamento italiano *non distingue tra i debiti* di un imprenditore individuale, in ragione della natura civile o commerciale di essi, in quanto non consente limitazioni della garanzia patrimoniale in funzione della causa sottesa alle obbligazioni contratte, tutte ugualmente rilevanti sotto il profilo dell'esposizione del debitore al fallimento; solo l'alterità soggettiva (ad esempio, in caso di impresa gestita tramite una società di capitale unipersonale) introduce un criterio diverso di imputazione dei rapporti obbligatori, in base al principio dell'autonomia patrimoniale perfetta [Cass. 04/06/2012, n. 8930].

Si è anche chiarito che lo stato d'insolvenza dell'imprenditore commerciale, quale presupposto per la dichiarazione di fallimento, si realizza in presenza di una situazione d'impotenza, strutturale e non soltanto transitoria, a soddisfare regolarmente e con mezzi normali le proprie obbligazioni a seguito del venir meno delle condizioni di liquidità e di credito necessarie alla relativa attività, mentre *resta* in proposito *irrelevante* ogni indagine sull'imputabilità o meno all'imprenditore medesimo delle

cause del dissesto, ovvero sulla loro riferibilità a rapporti estranei all'impresa, così come sull'effettiva esistenza ed entità dei crediti fatti valere nei suoi confronti [Cass. 13/03/2001, n. 115].

Ai fini della dichiarazione di fallimento, lo stato di insolvenza deve essere valutato secondo dati oggettivi, prescindendo da qualsiasi indagine in ordine alle relative ragioni; pertanto, nessuna rilevanza hanno le cause che lo hanno determinato, a meno che da esse non possa evincersi una situazione di mera temporanea difficoltà. Nel caso esaminato dalla S.C., la società fallita aveva fatto riferimento alle spese di inizio attività e a contrasti tra soci, senza però spiegare quali prospettive di componimento vi erano nel breve periodo, circostanza quest'ultima che sola avrebbe potuto avallare il carattere transitorio della crisi [Cass. 24/09/2013, n. 21802].

La dichiarazione di fallimento trova il suo presupposto, dal punto di vista obiettivo, nello stato d'insolvenza del debitore, il cui riscontro prescinde dall'indagine sull'effettiva esistenza dei crediti fatti valere nei confronti del debitore (essendo sufficiente, a tal fine, l'accertamento di uno stato d'impotenza economico-patrimoniale, idoneo a privare tale soggetto della possibilità di far fronte con mezzi «normali» ai propri debiti) e può, quindi, essere legittimamente effettuato dal giudice ordinario, anche quando i crediti derivino da rapporti riservati alla cognizione di un giudice diverso [giudice amministrativo Cass. 05/12/2011, n. 25961].

Inoltre, quanto all'unicità del credito posto a base della sentenza dichiarativa di fallimento, per la Suprema Corte l'insolvenza che giustifica il processo fallimentare deve concretarsi nell'oggettiva impossibilità per l'imprenditore di soddisfare regolarmente e con mezzi normali le obbligazioni assunte, ma la valutazione oggettiva dello stato di insolvenza può fondarsi anche sull'inadempienza nel pagamento di un solo debito, quando si manifesti con una peculiare esterioresità, che, in modo non equivoco, dimostri l'esistenza di un patrimonio in dissesto [Cass. 11/07/1966, n. 1830].

Successivamente, si è ribadito che la valutazione oggettiva dello stato di insolvenza può fondarsi anche sull'inadempienza nel pagamento di un solo debito, quando si manifesti con un peculiare carattere di esterioresità che, in modo non equivoco, dimostri l'esistenza di un patrimonio in dissesto [Cass. 30/09/2004, n. 19611]. L'incapacità di fare fronte ad un unico debito di modeste dimensioni costituisce un indizio particolarmente probante, perché idoneo a dimostrare la mancanza anche solo di una modesta liquidità utile per consentire l'adempimento dell'obbligazione [Cass. n. 11393/2004].

Con riferimento al carattere «contenzioso» del credito vantato dai ricorrenti, la Suprema Corte ha stabilito che, in tema di iniziativa per la dichiarazione di fallimento, l'art. 6 l. fall., laddove stabilisce che il fallimento è dichiarato, fra l'altro, su istanza di uno o più creditori, *non* presuppone un *definitivo accertamento* del credito in sede giudiziale [Cass. 05/10/2015, n. 19790], *né l'esecutività* del titolo, essendo viceversa a tal fine sufficiente un accertamento incidentale da parte del giudice, all'esclusivo scopo di verificare la legittimazione dell'istante [Cass. 23/01/2013, n. 1521].

Ai fini dell'accertamento dello stato di insolvenza, il giudice della fase prefallimentare, a fronte della *ragionevole contestazione* del credito vantato dal ricorrente, deve procedere all'accertamento, sia pur incidentale, dello stesso, salvo che la sua esistenza risulti già accertata con una *pronuncia giudiziale a cognizione piena*, potendo, in tal caso, onde adempiere al suo dovere di motivazione, limitarsi ad un mero rinvio ad essa, con l'obbligo, invece, ove rilevi significative anomalie, tali da giustificare il dubbio sulla correttezza della conclusione ivi raggiunta, di dare specificamente conto delle ragioni che l'hanno indotto ad allontanarsi dalla precedente decisione [Cass. 14/03/2016, n. 5001].

Peraltro, lo stato di insolvenza che la legge richiede per farsi luogo alla dichiarazione di fallimento costituisce un requisito obiettivo attinente ad una situazione di impotenza economica che si realizza quando l'imprenditore non è in grado di adempiere regolarmente e con mezzi normali le proprie obbligazioni alle scadenze pattuite, essendo venute meno le condizioni di liquidità e di credito nelle quali deve trovarsi una impresa commerciale, mentre è del tutto *irrilevante* la circostanza che l'*attivo* sia *superiore* al *passivo* e che si siano già concretamente verificati inadempimenti, da parte dell'imprenditore, alle obbligazioni assunte [Cass. 29/01/1973, n. 267].

L'esistenza di un *patrimonio netto positivo* non è idoneo ad inficiare le valutazioni del giudice di prime cure in ordine alla sussistenza dell'insolvenza. Il patrimonio netto è definito come quello che resta delle attività dopo aver dedotto le passività. Il patrimonio netto è, quindi, la *differenza* tra il *valore dell'attivo contabile* ed il *passivo reale contabilizzato*. Da un punto di vista finanziario il patrimonio netto rappresenta, invece, la fonte di finanziamento interna. Il patrimonio netto esprime la consistenza del patrimonio di proprietà dell'impresa ed è costituito dal capitale sociale, dalle riserve dagli utili e della perdite in sospeso.

Ai fini dell'analisi della insolvenza, però, non rileva lo squilibrio patrimoniale ma la capacità di far fronte con regolarità alle proprie obbligazioni.

Infatti, lo stato di insolvenza richiesto ai fini della pronuncia dichiarativa del fallimento dell'imprenditore *non è escluso dalla circostanza che l'attivo superi il passivo* e che non esistano conclamati inadempimenti esteriormente apprezzabili. In particolare, il significato oggettivo dell'insolvenza, che è quello rilevante agli effetti dell'art. 5 l. fall., deriva da una valutazione circa le condizioni economiche necessarie (secondo un criterio di normalità) all'esercizio di attività economiche, si identifica con uno stato di impotenza funzionale non transitoria a soddisfare le obbligazioni inerenti all'impresa e si esprime, secondo una tipicità desumibile dai dati dell'esperienza economica, *nell'incapacità di produrre beni con margine di redditività* da destinare alla copertura delle esigenze di impresa (prima fra tutte l'estinzione dei debiti), nonché *nell'impossibilità di ricorrere al credito a condizioni normali, senza rovinose decurtazioni del patrimonio*. Il convincimento espresso dal giudice di merito circa la sussistenza dello stato di insolvenza costituisce apprezzamento di fatto, incensurabile in cassazione, ove sorretto da motivazione esauriente e giuridicamente corretta [Cass. 27/03/2014, n. 7252].

Nel giudizio di opposizione alla dichiarazione di fallimento, *la verifica, ex art. 5 l. fall., dello stato di insolvenza dell'imprenditore esige la prova di una situazione di impotenza, strutturale e non soltanto transitoria*, a soddisfare regolarmente e con mezzi normali le proprie obbligazioni, valutate nel loro complesso, in quanto già scadute all'epoca della predetta dichiarazione e ragionevolmente certe. Pertanto, quanto ai *debiti*, il computo non si limita alle risultanze dello *stato passivo* nel frattempo formato, ma si estende a quelle emergenti dai *bilanci* e dalle *scritture contabili* o *in altro modo* riscontrati, anche se oggetto di contestazione, quando il giudice ne riconosca incidentalmente la ragionevole certezza ed entità. Inoltre, quanto all'*attivo*, i *crediti* vanno considerati non solo per il loro valore contabile o di mercato, ma anche in rapporto all'*attitudine* ad essere *adoperati per estinguere tempestivamente i debiti*, senza compromissione – di regola – dell'operatività dell'impresa, salvo che l'eventuale fase della liquidazione in cui la stessa si trovi renda compatibile anche il pronto realizzo dei beni strumentali e dell'avviamento [Cass. 27/02/2008, n. 5215].

Per la Suprema Corte lo stato di insolvenza dell'imprenditore commerciale deve essere accertato, ai fini della dichiarazione di fallimento, attraverso una valutazione globale, sia quantitativa che qualitativa, dei

suoi debiti e dei suoi crediti ed a *prescindere dalle cause* che l'hanno determinato – in applicazione di questo principio, la S.C. ha ritenuto corretta la decisione di merito, la quale, nel dichiarare il fallimento, ha ritenuto *irrilevante* che l'attività imprenditoriale fosse stata ridimensionata dall'*assoggettamento ad un sequestro, disposto illegittimamente* dall'autorità giudiziaria [Cass. 07/06/2012, n. 9253].

Nel caso in cui, revocata la dichiarazione di fallimento, *non* sia stato emesso il *decreto di chiusura ex art. 119 l. fall.*, la presentazione della successiva istanza di fallimento, basata sulla prospettazione di *fatti intervenuti* rivelatori di *insolvenza* del debitore, non è di per sé preclusa, in difetto di una norma che lo impedisca, spettando al Tribunale, in sede di decisione, verificare se sia stato *medio tempore* emesso il decreto di chiusura del primo fallimento, al fine di poter esaminare nel merito la ricorrenza degli *elementi costitutivi* della pronuncia di fallimento, che, infatti, devono sussistere al momento della sentenza quali *condizioni dell'azione* e non del procedimento [Cass. 11/02/2015, n. 2673].

L'insolvenza va valutata non al momento della presentazione del ricorso per la dichiarazione di fallimento, ma a quello della pronuncia della sentenza [Cass. 05/10/2015, n. 19790].

L'insolvenza emerge anche dagli atti del fascicolo fallimentare e può palesarsi anche con poste fittizie di bilancio (riserve straordinarie e versamenti dei soci) utilizzate per mascherare le perdite [Cass. 05/10/2015, n. 19790].

Nella dottrina aziendalistica si distinguono tre contesti valutativi della crisi: quando l'azienda è in tensione finanziaria; quando è in disequilibrio economico ed in crisi reversibili; quando è in disequilibrio economico ed in crisi irreversibile [punto 3.1. delle linee guida del CNDCEC del gennaio 2017].

Vi è insolvenza, quindi, quando l'azienda non più in grado di garantire la regolare copertura dei fabbisogni finanziari, la redditività è completamente compromessa e non vi sono ragionevoli previsioni di ristabilire l'equilibrio finanziario.

2. L'insolvenza nelle società in liquidazione volontaria

Per la Cassazione, quando la società è in liquidazione, la valutazione del giudice, ai fini dell'applicazione dell'art. 5 l. fall., deve essere diretta unicamente ad accertare *se gli elementi attivi del patrimonio sociale consentano di assicurare l'uguale ed integrale soddisfacimento dei creditori sociali*, e

ciò in quanto – non proponendosi l'impresa in liquidazione di restare sul mercato, ma avendo come esclusivo obiettivo quello di provvedere al soddisfacimento dei creditori sociali, previa realizzazione delle attività sociali, ed alla distribuzione dell'eventuale residuo tra i soci – non è più richiesto che essa disponga, come invece la società in piena attività, di credito e di risorse, e quindi di liquidità, necessari per soddisfare le obbligazioni contratte [Cass. 14/10/2009, n. 21834].

3. Il sequestro dei beni ed il procedimento prefallimentare

Recentemente la S.C. ha ritenuto che, in tema di fallimento della società di capitali, la *confisca* del «capitale sociale», disposta ai sensi dell'art. 2-ter, L. n. 575/1965, deve intendersi riferita alle quote di partecipazione dell'indiziato di mafia, non al patrimonio sociale, cosicché essa *non interferisce con la dichiarazione di fallimento della società*; neppure rileva, agli effetti della dichiarazione di fallimento della società, che il creditore sociale non dimostri la propria buona fede nell'acquisto del titolo sui beni aziendali, in quanto tale stato soggettivo incide esclusivamente sui conflitti interni alla procedura di confisca, mentre i beni aziendali non sono colpiti in modo diretto da questa, al pari della società in sé considerata [Cass. 24/05/2012, n. 8238]. In motivazione si chiarisce che *la confisca non determina alcuna interferenza* rispetto alla fallibilità del soggetto societario il cui patrimonio non è esente dal dover subire gli effetti della dichiarazione di fallimento. Il fallimento, infatti, viene pronunciato nei confronti di un imprenditore e prescinde dalla disponibilità e liquidabilità dei beni che ne compongono il patrimonio, limitandosi a rilevarne l'insolvenza [anche Cass. 03/11/2011, n. 22800 in motivazione, ove si richiama anche il D.Lgs. n. 159/2011; Cass. 27/04/2007, n. 10095].

Del resto, il nuovo D.Lgs. 06/09/2011, n. 159 all'art. 63, non applicabile *ratione temporis*, prevede proprio l'ipotesi della dichiarazione di fallimento successiva al sequestro («Salva l'iniziativa per la dichiarazione di fallimento assunta dal debitore o da uno o più creditori, il pubblico ministero, anche su segnalazione dell'amministratore giudiziario che ne rilevi i presupposti, chiede al tribunale competente che venga dichiarato il fallimento dell'imprenditore i cui beni aziendali siano sottoposti a sequestro o confisca»).

Inoltre, si è chiarito [Cass. 12/01/2017, n. 686] che l'insussistenza di massa attiva, determinata per la presenza di una misura di prevenzione che ha avuto ad oggetto l'intero patrimonio della società, non impedisce

il fallimento della stessa, ma costituisce solo una ipotesi di chiusura della procedura ai sensi dell'art. 118, comma 1, n. 4 l. fall. L'art. 63, comma 5, D.Lgs. 06/09/2011, n. 159 prevede, poi, la chiusura (ma non la revoca) dal fallimento *ex art. 119 l. fall.*, quando nella massa attiva siano ricompresi esclusivamente beni già sottoposti a sequestro ed una regola identica si rinviene nell'art. 64, comma 7, per il caso di sequestro o confisca sopravvenuti al fallimento.

4. L'insolvenza nei gruppi societari

Ai fini della dichiarazione di fallimento di una società, che sia inserita in un *gruppo*, cioè in una pluralità di società collegate ovvero controllate da un'unica società *holding*, l'accertamento dello stato di insolvenza deve essere effettuato con esclusivo riferimento alla situazione economica della società medesima, poiché, nonostante tale collegamento o controllo, ciascuna di dette società conserva propria personalità giuridica ed autonoma qualità di imprenditore, rispondendo con il proprio patrimonio soltanto dei propri debiti [Cass. 18/11/2010, n. 23344].

In caso di sottoposizione ad amministrazione straordinaria di una società appartenente ad un gruppo, qualora il commissario straordinario agisca, *ai sensi dell'art. 67, comma 2, l. fall.*, per la revoca dei pagamenti di debiti liquidi ed esigibili effettuati dalla società in favore di un soggetto estraneo al gruppo stesso, la prova della *scientia decoctionis* può essere desunta, *in via presuntiva, anche dallo stato d'insolvenza* in cui versava l'intero gruppo od una sua consistente parte, potendo tale elemento di natura indiziaria, in concorso con altri, formare nel terzo il convincimento dello stato di decozione della società autrice dell'atto oggetto della predetta azione; né tale conclusione è esclusa dal principio per cui la distinta personalità giuridica e l'autonomia patrimoniale di cui restano dotate le società, nonostante il vincolo derivante dal rapporto di collegamento o controllo, comporta che l'accertamento dello stato di insolvenza necessario per sottoporre ciascuna di essa ad amministrazione straordinaria debba essere effettuato con esclusivo riferimento alla situazione economica di ogni singola società [Cass. 19/05/2011, n. 11059].

5. L'insolvenza e il socio illimitatamente responsabile

È pacifico che il socio illimitatamente responsabile fallisce solo per «ripercussione» del fallimento della società di persone ai sensi del-

l'art. 147 l. fall., senza che si debba accertare l'insolvenza dello stesso, che potrebbe anche non essere imprenditore commerciale.

La *partecipazione di una società a responsabilità limitata in una società di persone, anche di fatto*, non esige il rispetto dell'art. 2361, comma 2, c.c., dettato per le società per azioni, e costituisce un atto gestorio proprio dell'organo amministrativo, il quale non richiede – almeno allorché l'assunzione della partecipazione non comporti un significativo mutamento dell'oggetto sociale (fattispecie estranea al caso di specie) – la previa decisione autorizzativa dei soci, ai sensi dell'art. 2479, comma 2, n. 5, c.c. Pertanto, accertata l'esistenza di una società di fatto insolvente della quale uno o più soci illimitatamente responsabili siano costituiti da società a responsabilità limitata, il fallimento in estensione di queste ultime costituisce una conseguenza *ex lege* prevista dall'art. 147, comma 1, l. fall., *senza necessità dell'accertamento della loro specifica insolvenza* [Cass. 21/01/2016, n. 1095].

Tale peculiarità rileva anche in tema di notifica del ricorso per fallimento. Invero, la «speciale» modalità di notifica di cui all'art. 15, comma 3, l. fall. deve essere utilizzata per l'imprenditore e per le società, dotati per legge di posta elettronica certificata, sicché per i soci illimitatamente responsabili, che non sono imprenditori, ma falliscono solo per «ripercussione», la notificazione va effettuata con le modalità previste dal codice di procedura civile.

Al più la notificazione potrebbe essere effettuata al socio illimitatamente responsabile anche a mezzo PEC nell'eventualità che questi fosse anche imprenditore individuale e, quindi, dotato di posta elettronica certificata.

L'art. 15, comma 3, l. fall., infatti, prevede che «Il ricorso e il decreto devono essere *notificati, a cura della cancelleria, all'indirizzo di posta elettronica certificata del debitore risultante dal registro delle imprese ovvero dall'Indice nazionale degli indirizzi di posta elettronica certificata delle imprese e dei professionisti*».

Pertanto, se i soci illimitatamente responsabili hanno un indirizzo PEC e questo risulti dal registro delle imprese o dall'Indice nazionale degli indirizzi di PEC, la notifica da parte della cancelleria potrà avvenire anche per essi con la modalità telematica della posta certificata, non risultando dalla legge alcun divieto in tal senso.

La questione è, invece, diversa per i soci illimitatamente responsabile che non sono imprenditori e non hanno, quindi, alcun indirizzo di posta elettronica certificata. Né l'art. 15 l. fall. né altra legge speciale prevedono

che i soci illimitatamente responsabili debbano essere titolari di un indirizzo PEC, sicché la notifica nei loro confronti deve essere effettuata nelle forme ordinarie previste dal codice di procedura civile.

Non ci si può, quindi, fermare ad una lettura semplicistica del rimando che l'art. 147 l. fall. compie all'art. 15 l. fall., *tout court*, sì da ritenere che tale richiamo valga anche a richiamare in toto il comma 3 dell'art. 15 l. fall., e quindi anche la notifica a mezzo PEC presso l'indirizzo PEC della società di persone (cfr. art. 147, comma 3, l. fall.: «Il tribunale, prima di dichiarare il fallimento dei soci illimitatamente responsabili, *deve disporre la convocazione a norma dell'art. 15*»). Se ne dovrebbe dedurre che in caso di società di persone, la notifica ai soci illimitatamente responsabili si effettua con la semplice notifica a mezzo PEC presso la sede sociale, senza che sia necessaria una specifica notificazione ai soci stessi.

In realtà, tale tesi non può essere condivisa, in quanto il richiamo dell'art. 147 l. fall. all'art. 15 l. fall., con riferimento all'obbligo di convocazione in sede prefallimentare, mira soltanto a ribadire che i soci illimitatamente responsabili devono partecipare al procedimento prefallimentare, a pena di nullità dello stesso, limitatamente al fallimento del singolo socio, cui non sia stata fornita notizia della data dell'udienza a mezzo notifica.

Tale richiamo non implica che la notifica a mezzo PEC alla società sostituisca la notifica che deve essere obbligatoriamente effettuata al singolo socio illimitatamente responsabile.

Né sarebbe sufficiente effettuare altra notifica al socio illimitatamente responsabile, ma sempre attraverso l'indirizzo PEC della società.

Non vi è, infatti alcun collegamento sostanziale tra la sede della società ed il socio illimitatamente responsabile, sì da far ritenere che la notifica effettuata presso la società di persone si presuma conosciuta dal socio della stessa.

I soci illimitatamente responsabili hanno, invece, una propria residenza, presso la quale deve essere effettuata la notifica, previa ricerche opportune tramite i registri dell'anagrafe tributaria.

La dottrina ha anche osservato che, quando vigeva il controllo del tribunale in sede di volontaria giurisdizione sugli atti costitutivi delle società di capitali e sulle delibere di straordinaria amministrazione, non venivano omologati gli statuti societari ove si prevedeva che per qualunque comunicazione ai soci si intendeva che esse potevano essere effettuate presso la sede sociale, quale domicilio «eletto».

Tale interpretazione è supportata anche dalla lettura dell'art. 15 l. fall., il quale dispone che la notificazione a mezzo PEC va effettuata presso

l'indirizzo di posta certificata del «debitore», ma tale termine non può che indicare la società di persone (o la società di capitali) che è debitrice, ma non il socio rispetto alle obbligazioni societarie, benché questi sia responsabile dei debiti societari con il suo patrimonio. In caso di fallimento delle società di persone, come detto, il socio illimitatamente responsabile fallisce solo «per ripercussione», non essendo necessari a tal fine né il presupposto soggettivo della qualifica di imprenditore commerciale, né il presupposto oggettivo dello stato di insolvenza.

Il socio di società di persone, quindi, pur rispondendo con il suo patrimonio delle obbligazioni societarie e potendo, dunque, essere dichiarato fallito ai sensi dell'art. 147 l. fall., non è l'effettivo debitore, mentre la debitrice è proprio la società di persone, che è comunque un centro autonomo di imputazione e di interessi.

Tanto è vero che il socio illimitatamente responsabile non può chiedere l'ammissione al concordato preventivo ai sensi dell'art. 160 l. fall. ed il suo patrimonio non è attratto alla massa attiva concordataria della società di persone.

Il socio illimitatamente responsabile, proprio per questa ragione, può chiedere l'accesso al procedimento di sovraindebitamento, pur essendovi decisione di contenuto differente in giurisprudenza [Trib. Milano 26/07/2016].

Pertanto, al socio illimitatamente responsabile, proprio per la peculiarità della sua posizione, la notifica del ricorso e del decreto di fissazione dell'udienza deve essere effettuata con le modalità ordinarie del codice di procedura civile.

6. La crisi

La crisi non è stata in alcun modo modulata dal legislatore delle riforme, tanto che solo con D.L. 30/12/2005, n. 273, convertito in L. 23/02/2016, n. 51, e quindi dopo l'entrata in vigore della riforma del concordato preventivo ex D.L. n. 35/2005, il legislatore ha sentito il bisogno di delimitare il perimetro di tale nozione.

Inizialmente, l'art. 160, comma 1, l. fall, si limitava a stabilire che «L'imprenditore che si trova in stato di *crisi* può proporre ai creditori un concordato preventivo sulla base di un piano che può prevedere». Nulla però si chiariva sul concetto di crisi.

Eppure le conseguenze di tale omissione potevano essere importanti; basti pensare che un imprenditore poteva tentare di accedere al concor-

dato preventivo con il solo scopo di beneficiare della esdebitazione concordataria di cui all'art. 184 l. fall., liberandosi del fardello di debiti, e magari sciogliendosi dai contratti pendenti *ex art. 169-bis* l. fall. (norma inserita con il D.L. n. 83/2015).

Una valutazione *prima facie* della sussistenza della crisi è imposta al Tribunale che deve concedere il termine *ex art. 161*, comma 6, l. fall. in caso di presentazione di un concordato preventivo «con riserva» o «prenotativo».

Comprendere quale è il confine tra l'imprenditore *in bonis* con capacità di pagare con regolarità le proprie obbligazioni ed imprenditore in crisi riveste, dunque, particolare importanza proprio ai fini della stessa ammissione del debitore alla procedura di concordato preventivo.

Finalmente, come detto, all'art. 160 l. fall. è stato aggiunto il comma 3 nel quale si espone che «ai fini di cui al primo comma per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza». Non vi è ancora una precisa nozione del presupposto «oggettivo», ma si inizia a costruire un modello di difficoltà finanziaria ed economica distinto alla classica insolvenza [sulle difficoltà di distinzione tra i concetti di crisi ed insolvenza cfr. Cataldo, 2016, 1023].

Lo stato di crisi è, allora, un cerchio concentrico, all'interno del quale si staglia l'insolvenza, che è una crisi caratterizzata però ormai dalla impossibilità di soddisfare con regolarità i propri creditori. La crisi, quindi, «ricomprende» l'insolvenza e la assorbe in sé. Lo stato di crisi si staglia tra l'insolvenza, da un lato, sino alla difficoltà finanziaria temporanea, dall'altro [Carvelli, 2015].

In giurisprudenza il concetto di crisi è stato richiamato soprattutto in tema di *consecutio* delle procedure. Prima delle riforme la giurisprudenza aveva costruito l'istituto della *consecutio*, inteso nel senso che se il debitore, dopo essere stato ammesso alla procedura di amministrazione controllata, veniva poi ammesso al concordato preventivo, e, quindi, veniva dichiarato fallito, non ci si trovava dinanzi a tre distinte procedure concorsuali, ma ad una medesima procedura, caratterizzata da varie fasi, sicché le norme che disciplinavano l'ultima procedura (quella fallimentare) si applicavano anche a quelle che l'avevano preceduta, ma solo a determinati fini.

Questo meccanismo operava solo su tre specifici versanti: la sospensione degli interessi per i creditori chirografari *ex art. 55* l. fall.; la nascita di crediti in prededuzione *ex art. 111* l. fall. e l'individuazione del *dies a quo* per il computo del periodo sospetto in caso di revocatoria fallimentare.

Pertanto, la sospensione del corso degli interessi sui crediti chirografari operava dal momento della ammissione del debitore alla procedura di amministrazione controllata.

Il termine per il computo del periodo sospetto per l'azione revocatoria fallimentare si individuava al momento della ammissione alla procedura «minore», sicché anche se dopo l'ammissione all'amministrazione controllata o al concordato preventivo era decorsi anni prima della dichiarazione di fallimento, il biennio o l'anno di cui all'art. 67 l. fall. (prima delle riforme del 2005 che hanno dimezzato tali termini), dovevano o computarsi non dalla data della sentenza di fallimento, perché in tal caso tale termine sarebbe decorso inesorabilmente, ma dalla data della ammissione alla prima delle procedure minori. Atti pregiudizievoli alla massa dei creditori, da dichiararsi inefficaci, potevano essere revocati anche a distanza di anni dalla loro commissione, dovendosi tenere conto appunto solo della ammissione alla procedura minore (*dies a quo* per il computo dei termini).

Analoghe considerazioni valevano per la nascita di crediti in prededuzione, ma in questo caso il vecchio art. 111 l. fall., limitava le prededuzioni nel concordato preventivo (di natura all'epoca solo liquidatoria) solo alle ipotesi in cui la continuazione della impresa fosse stata prevista nella domanda, poi omologata dal tribunale, ed ai compensi del commissario giudiziale e del liquidatore.

Il nuovo art. 111 l. fall., invece, ha allargato l'ambito delle prededuzioni riconoscendo non solo quelle legali (espressamente indicate dalla legge), ma includendovi anche i crediti «sorti in occasione e in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge».

È nota la diatriba giurisprudenziale per ricondurre nell'ambito delle prededuzioni oltre ai crediti del professionista attestatore *ex art. 161, comma 3, l. fall.*, anche di quelli che collaborano con l'imprenditore per la redazione del piano *ex art. 161, comma 1, lett. a) ed e)*, e per la falcidia dei prelatori *ex art. 160, comma 2*, addivenendosi da ultimo a pronunce che riconoscono la prededuzione *tout court*, senza che sia necessario dimostrare la concreta utilità dell'attività alla procedura, che dovrebbe manifestarsi solo con l'ammissione al concordato e la successiva omologazione.

Proprio in tema di consecutio delle procedure la Suprema Corte ha valutato la consistenza della «crisi» rispetto alla insolvenza, riconoscendo che l'istituto della consecutio alberga ancora nel diritto concorsuale post riforma come previsto dall'art. 111 l. fall. ed evidenziando che

l'insolvenza non è altro che la situazione oggettiva della impresa che era stata inizialmente intesa come crisi al momento della ammissione alla procedura di concordato preventivo.

Pertanto, nel caso in cui all'ammissione da parte del tribunale della domanda di concordato preventivo, proposta ai sensi dell'art. 160 l. fall. – *ratione temporis* vigente, secondo il testo successivo alla L. n. 80/2005 e al D.Lgs. n. 5/2006 ed anteriore al D.Lgs. n. 169/2007 –, *segua la dichiarazione di fallimento ex art. 162, comma 2, l. fall.*, per effetto della mancata approvazione dei creditori *ex artt. 177-178 l. fall.*, trova applicazione il principio della *consecutività* delle due procedure concorsuali, costituendo la *sentenza di fallimento l'atto terminale del procedimento*, non assumendo rilievo l'abbandono – in sede normativa – dell'automatismo di tale dichiarazione, per la quale ora sono necessari l'iniziativa di un creditore o del P.M., il positivo accertamento dell'insolvenza e il comune elemento oggettivo. Pertanto quando si verifichi «a posteriori» (nella specie, con sentenza passata in giudicato) che lo stato di *crisi* in base al quale era stata chiesta l'ammissione al concordato *in realtà coincideva con lo stato di insolvenza*, l'efficacia della sentenza dichiarativa di fallimento va retrodatata alla data della presentazione della predetta domanda [Cass. 06/08/2010, n. 18437].

Si è affermato che, in tema di revocatoria fallimentare nel regime successivo al D.Lgs. n. 5/2006, il principio della c.d. *consecuzione* delle procedure concorsuali comporta la considerazione unitaria della procedura di fallimento succeduta a quella di concordato preventivo e la retrodatazione del termine iniziale del periodo sospetto al momento dell'ammissione del debitore a quest'ultima. Inoltre, non potendo il giudice investito della revocatoria rivalutare i presupposti di ammissione al precedente concordato (allo stesso modo in cui non può sindacare la legittimità della dichiarazione di fallimento), il fatto stesso che un'ammissione vi sia stata impone di considerare la successiva dichiarazione di fallimento come *conseguenza di quel medesimo stato d'insolvenza* che ha costituito il fondamento oggettivo del concordato preventivo [Cass. 13/04/2016, n. 7324; Cass. 28/05/2012, n. 8439].

Del resto il breve periodo trascorso tra la risoluzione del concordato preventivo e la dichiarazione di fallimento (un paio di mesi) non consente di escludere che si tratti del medesimo presupposto oggettivo (insolvenza), specie se si tiene conto che il fallimento non può essere dichiarato d'ufficio, sicché è necessario attendere i tempi per la proposizione delle domande di fallimento e per l'espletamento della procedura prefallimen-

tare, e che già dalla richiesta di concordato emergeva l'insolvenza della debitrice. Spetta, allora, la prededuzione ai crediti relativi a prestazioni rese nel concordato preventivo con continuità aziendale, dopo l'omologazione, in sede esecutiva [Cass. 09/09/2016, n. 17911].

Deve evidenziarsi che l'art. 160 l. fall., laddove individua il presupposto oggettivo nello stato di crisi, e non più nello stato di insolvenza, si riferisce, comunque, ad una situazione di difficoltà economica e finanziaria dell'impresa, ben distinta dalla insolvenza, ma potenzialmente prodromica e, peraltro, comprendente l'insolvenza come pure altre situazioni di mera difficoltà [Canazza, 2016, 1213].

Del resto, la *consecutio* è stata cristallizzata dal legislatore nell'art. 69-bis l. fall., come modificato dal D.L. n. 83/2012, ove si dispone al secondo comma, che «Nel caso in cui alla domanda di concordato preventivo segua la dichiarazione di fallimento, i termini di cui agli articoli 64, 65 67, primo e secondo comma, e 69, decorrono dalla data di pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese».

Pertanto, rispetto alla *consecutio* di matrice giurisprudenziale la consecuzione di procedure *ex art. 69-bis*, comma 2, l. fall. origina già con la data di pubblicazione del ricorso per concordato preventivo nel registro delle imprese e non con la data di ammissione alla procedura *ex art. 163 l. fall.* [Cass. 29/03/2016, n. 6045].

La Suprema Corte ha chiarito, infatti, che la conclusione della comunanza di presupposto oggettivo non è incrinata neppure in caso di consecuzione, neppure nel passaggio alle nuove norme, in quanto anche in queste l'accesso al concordato non esclude l'insolvenza. L'unitarietà della procedura, sebbene frastagliata in diverse fasi, non recede ove sussista uno iato temporale nella successione dei procedimenti, essendo manifestazione di un'unica crisi di impresa [Cass. 29/03/2016, n. 6045]. Pertanto, ove al concordato segua il fallimento, la sequenza dà luogo in ogni caso ad una procedura unitaria che ha inizio con la prima, sicché quella (il concordato) e non la dichiarazione di fallimento viene assunta come base cronologica di riferimento per individuare la disciplina in sé delle azioni revocatorie ai sensi dell'art. 2, comma 2, D.L. n. 30/2005. Se, dunque, il concordato preventivo è stato presentato prima del 2005, mentre il fallimento è stato dichiarato dopo le riforme del diritto fallimentare, il periodo sospetto per l'esercizio delle azioni revocatorie è quello previsto dal vecchio rito, e quindi di due anni o di un anno. Del resto, i creditori al momento del voto nel concordato preventivo, hanno fatto affidamento anche sul regime delle revocatorie in quel momento applicabile.

Va riconosciuta, quindi, come detto, la prededuzione ai crediti dei fornitori anche per le prestazioni rese dopo l'omologazione del concordato, in sede di esecuzione dello stesso, anche se il fallimento è stato dichiarato dopo due mesi dalla risoluzione del concordato preventivo, qualora il tribunale accerti che durante i pochi mesi trascorsi *non* si è verificata una *nuova insolvenza*, ma la stessa era presente fin dalla domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo, ma si è reso esplicito e pienamente manifesto solo a seguito del completamento delle procedure di dichiarazione dell'insolvenza [Cass. 09/09/2016, n. 17911].

La crisi è stata identificata dalla dottrina con la possibilità di pagare i crediti già scaduti, ma con la previsione che il pagamento degli altri creditori a breve termine non sarà possibile.

In tal senso sembra orientato il legislatore della riforma che ha predisposto il disegno di legge delega, laddove tra i principi generali si scandisce che va introdotta una definizione dello stato di crisi «intesa come probabilità di futura insolvenza» (art. 2, lett. c, dei principi generali).

Nella dottrina aziendalistica si è chiarito che la tempestiva individuazione dello stato di crisi si ha in una situazione di insolvenza ancora meramente prospettica, ossia in una situazione in cui, pur in assenza di ritardi negli adempimenti, ci si attende una prognostica inadeguatezza dei flussi finanziari a fronteggiare l'indebitamento e, quindi, di insostenibilità prospettica dell'indebitamento [punto 2.1.3. delle linee guida per la valutazione di aziende in crisi di CNDCEC-SIDREA gennaio 2017].

Si è chiarito al punto 3.2.1. delle «Linee guida per la valutazione di aziende in crisi» che, appunto, l'azienda in crisi non è in grado, con le entrate derivanti dall'attività operativa e in un ragionevole arco temporale, di garantire la copertura dei fabbisogni finanziari, originati da obbligazioni già assunte e da quelle pianificate. La carenza di liquidità determina la temporanea difficoltà ad adempiere e, quando sfocia nella difficoltà a far fronte ad obbligazioni non più dilazionabili, si manifesta un rischio di insolvenza prospettica.

Il caos normativo ha persino «gemmato» una ipotesi di crisi di liquidità, non accertabile da un organo giurisdizionale, ma conferita ad una stazione appaltante. Infatti, l'art. 118, comma 3, D.Lgs. n. 163/2006, poi abrogato dal D.Lgs. n. 50/2016, prevedeva il pagamento diretto della stazione appaltante in favore dei subappaltatori nel caso di riscontrata «crisi di liquidità» della appaltatrice («Ove ricorrano *condizioni di crisi di liquidità finanziaria dell'affidatario*, comprovate da reiterati ritardi nei pagamenti dei subappaltatori o dei cottimisti ... accertate dalla stazione ap-

paltante, per il contratto di appalto in corso può provvedersi, sentito l'affidatario, anche in deroga alle previsioni del bando di gara, al pagamento diretto alle mandanti ...»).

7. Il sovraindebitamento

Dopo l'insolvenza di cui all'art. 5 l. fall. e la crisi di cui all'art. 160 l. fall. fa il proprio ingresso nel sistema concorsuale anche la nuova soglia di accesso alla procedura costituita dal sovraindebitamento, che pare compendiare, nelle due parti in cui è suddiviso il comma 2 dell'art. 6, L. n. 3/2012, sia la crisi (perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile) che l'insolvenza (definitiva incapacità del debitore di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni).

Il presupposto oggettivo è costituito, a norma dell'art. 6, comma 2, L. n. 3/2012, dal sovraindebitamento, individuato, prima del D.L. n. 179/2012, come una «situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte, nonché la definitiva incapacità del debitore di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni». Pertanto, si assiste (ma prima delle innovazioni di cui al D.L. n. 179/2012) ad una connotazione del presupposto oggettivo più complessa rispetto a quella tipica del fallimento, ove, se l'impresa è in liquidazione, l'insolvenza si desume dalla differenza tra il passivo e l'attivo (ove il primo sia maggiore del secondo, non avendo l'impresa l'intento di mantenersi sul mercato, ma solo di liquidare i beni per pagare i creditori), mentre se l'impresa è in attività l'insolvenza va vista in una prospettiva dinamica, come capacità di pagare in futuro i debiti di prossima scadenza a prescindere dalla esistenza o meno di uno «sbilancio» patrimoniale.

Per la Cassazione, infatti, quando la società è in liquidazione, la valutazione del giudice, ai fini dell'applicazione dell'art. 5 l. fall., deve essere diretta unicamente ad accertare se gli elementi attivi del patrimonio sociale consentano di assicurare l'eguale ed integrale soddisfacimento dei creditori sociali, e ciò in quanto – non proponendosi l'impresa in liquidazione di restare sul mercato, ma avendo come esclusivo obiettivo quello di provvedere al soddisfacimento dei creditori sociali, previa realizzazione delle attività sociali, ed alla distribuzione dell'eventuale residuo tra i soci – non è più richiesto che essa disponga, come invece la società in piena attività, di credito e di risorse, e quindi di liquidità, necessari per soddisfare le obbligazioni contratte [Cass. n. 21834/2009].

Nella PCC (procedura di composizione della crisi), invece, il legislatore ha collocato la particella di congiunzione «nonché», anziché la disgiuntiva «ovvero», sicché potrebbe desumersi che per l'accesso alla procedura non sia sufficiente la sussistenza di una delle due situazioni contemplate nell'art. 1, comma 2 (il perdurante squilibrio e la definitiva incapacità), dovendo le stesse operare congiuntamente, con la conseguenza, quindi, che se il debitore civile ha un passivo superiore all'attivo (sbilancio patrimoniale), ma è in grado di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni (vi è quindi solo una mera crisi), non vi sarà possibilità di accesso alla procedura. Allo stesso modo se il debitore civile (oppure il professionista o anche l'imprenditore commerciale sottosoglia) non è in grado di effettuare con regolarità i dovuti pagamenti, ma l'attivo è superiore al passivo, potrebbe non consentirsi l'accesso alla procedura. In tal modo si scongiurerebbe la possibilità per il debitore privo di scrupoli di accedere alla procedura di composizione anche in caso di mera crisi (quindi solo di pericolo di insolvenza) ai danni dei creditori. La soglia minima per proporre l'accordo deve essere valutata con estrema attenzione proprio al fine di evitare l'abuso dello strumento consensuale (abuso del diritto) da parte del debitore.

La dottrina prevalente, però, ritiene condivisibilmente, anche in un'ottica di particolare *favor* del legislatore per la soluzione consensuale della crisi delle imprese minori e dei debitori civili, che, in realtà, la nozione di sovraindebitamento costituisca un sinonimo dello stato di insolvenza di cui all'art. 5 l. fall., sicché se, da un lato, non tutte le difficoltà finanziarie integrano il presupposto oggettivo del sovraindebitamento, ma solo quelle che si connotano per il perdurante squilibrio tra obbligazioni assunte e patrimonio «prontamente» liquidabile (avverbio questo aggiunto dalla L. n. 3/2012 ed assente dal D.L. n. 212/2011, anche se contemplato nella relazione illustrativa del provvedimento d'urgenza), dall'altro, si chiarisce che, per l'accesso alla procedura, deve trattarsi della definitiva incapacità del debitore di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni.

Per pronta liquidazione deve intendersi la alienazione di beni mobili o immobili di agevole «smobilizzazione», quindi appetibili dal mercato in tempi brevi, tenendo presente che l'art. 10, comma 3, L. n. 3/2012 (prima della modifica di cui al D.L. n. 179/2012) prevede che il blocco delle azioni esecutive e cautelari (sanzionato dalla nullità) ha la durata di 120 giorni, sicché tale termine potrebbe essere preso in considerazione

come parametro per valutare la pronta «liquidazione» dei beni facenti parte del compendio del debitore.

In realtà, la seconda parte della norma che disegna il sovraindebitamento è stata inserita con un emendamento parlamentare al senato proprio per distinguere la situazione di crisi di cui alla prima parte della norma (squilibrio tra obbligazioni assunte e patrimonio prontamente liquidabile) dall'insolvenza di cui alla seconda parte della disposizione (definitiva incapacità del debitore di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni), probabilmente anche al fine di anticipare l'emersione del sovraindebitamento per una tempestiva soluzione della crisi.

Nel patrimonio liquidabile degli imprenditori rientrano, tenendo in considerazione le norme sul bilancio di esercizio *ex artt.* 2424 e 2425 c.c.: la disponibilità di cassa (art. 2424, lett. c, attivo circolante IV), le immobilizzazioni finanziarie (azioni, titoli, quote di fondi comuni di investimento *ex art.* 2424, lett. b, Immobilizzazioni III), i crediti scaduti (art. 2424, lett. c, II Crediti), purché si dimostri che non si tratti di crediti «incagliati» e, quindi, di impossibile recupero (circostanza questa piuttosto frequente nell'ambito della crisi di impresa, come emerge dal fatto che gli stessi crediti, per le medesime somme, sono riportati nei vari bilanci redatti nel corso degli anni, con una prospettiva di recupero spesso del tutto azzerata); le rimanenze di magazzino (art. 2424 c.c., lett. c, I), tenendo conto delle concrete possibilità di vendita delle merci, anche perché spesso la voce magazzino è utilizzata, in aumento, solo per compensare eventuali perdite subite e mostrare il bilancio in pareggio, senza perdite di esercizio); gli immobili (art. 2424 c.c., Immobilizzazioni materiali, II, terreni e fabbricati) considerando l'effettiva appetibilità degli stessi sul mercato; le immobilizzazioni immateriali (art. 2424, lett. b, I, diritti di brevetto industriale, diritti di utilizzazioni delle opere dell'ingegno); impianti e macchinari (art. 2424 c.c., Immobilizzazioni, II, n. 2), valutando se, ai fini della vendita, siano state rispettate le condizioni di legge, specie in osservanza alla normativa sulla sicurezza nei luoghi di lavoro, per la vendita sul mercato; crediti futuri (anche se l'art. 8 L. n. 3/2012 fa ora riferimento ai redditi futuri e non più ai crediti futuri). Il patrimonio prontamente liquidabile dei soggetti non imprenditori ricomprende: liquidità immediata; strumenti finanziari (azioni, obbligazioni, quote di fondi comuni di investimento); immobili (terreni e fabbricati), opere d'arte.

In dottrina si è evidenziato che potrebbe anche distinguersi tra sovraindebitamento attivo (che è conseguenza del prestito irresponsabile) e sovraindebitamento passivo (che, invece, origina da ipotesi estranee alla

volontà del debitore: perdita del posto di lavoro, malattia ed altro), con la previsione di una disciplina più duttile per quest'ultima ipotesi.

Il Tribunale deve procedere a tale valutazione *in limine*, anche se la domanda di partecipazione alla procedura può essere presentata solo dal debitore, per evitare il sorgere di contestazioni sul punto con i creditori. Pertanto, il controllo sulla sussistenza del presupposto oggettivo va compiuto già al momento della fissazione dell'udienza *ex art. 10, comma 1*, ed anche in sede di udienza, soprattutto su contestazione di qualche creditore ai sensi dell'*art. 10, comma 3*.

Nel disegno di legge per le modifiche da apportare al procedimento di composizione della crisi da sovraindebitamento si è distinta la procedura dedicata al «consumatore» da quella approntata per gli altri soggetti non fallibili ed è stata soppressa la nozione di presupposto oggettivo costituita da una «situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte». In tal modo, è stata superata la difficoltà interpretativa relativa alla eventuale necessità (negata nel commento) del doppio presupposto oggettivo.

Il D.L. n. 179/2012 prevede ora l'esistenza di tre procedure, tutte di natura concorsuale, con la sostituzione dell'avverbio «nonché» con quello «ovvero» sicché si è chiarito in modo definitivo che i due presupposti del sovraindebitamento di cui all'*art. 6, comma 2, lett. a)*, sono tra loro alternativi.

Il concetto di sovraindebitamento si va, allora, a sovrapporre a quello di insolvenza di cui all'*art. 5 l. fall.*, come un sinonimo.

Del resto, la Suprema Corte desume la sussistenza dello stato di insolvenza non solo dalla quantità e qualità dei debiti societari, ma anche dalla attitudine degli immobili ad essere prontamente smobilizzati per il pagamento dei creditori. Si ritiene, dunque, nel giudizio di opposizione alla dichiarazione di fallimento, che la verifica, *ex art. 5 l. fall.*, dello stato d'insolvenza dell'imprenditore commerciale esige la prova di una situazione d'impotenza, strutturale e non soltanto transitoria, a soddisfare regolarmente e con mezzi normali le proprie obbligazioni, valutate nel loro complesso, in quanto già scadute all'epoca della predetta dichiarazione e ragionevolmente certe; ne consegue, quanto ai debiti, che il computo non si limita alle risultanze dello stato passivo nel frattempo formato, ma si estende a quelli emergenti dai bilanci e dalle scritture contabili o in altro modo riscontrati, anche se oggetto di contestazione, quando (e nella misura in cui) il giudice dell'opposizione ne riconosca incidentalmente la ragionevole certezza ed entità; quanto all'attivo, i cespiti vanno

considerati non solo per il loro valore contabile o di mercato, ma anche in rapporto all'attitudine ad essere adoperati per estinguere tempestivamente i debiti, senza compromissione – di regola – dell'operatività dell'impresa, salvo che l'eventuale fase della liquidazione in cui la stessa si trovi renda compatibile anche il pronto realizzo dei beni strumentali e dell'avviamento [Cass. n. 5215/2008].

Peraltro, in dottrina si è anche osservato che il riferimento allo squilibrio patrimoniale richiama, in qualche misura, il disposto di cui all'art. 2467 c.c. sui finanziamenti postergati dei soci, quelli che vengono effettuati in favore della società in un momento in cui, anche in considerazione del tipo di attività esercitata dalla società, risulta un eccessivo squilibrio dell'indebitamento (si confronti tale espressione con quella del sovraindebitamento «situazione di perdurante squilibrio») rispetto al patrimonio netto oppure in una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento.

A tale conclusione conducono anche i termini utilizzati dal legislatore che qualifica lo squilibrio tra obbligazioni assunte e patrimonio come «perdurante» e l'incapacità del debitore di adempiere come «definitiva», a dimostrazione del fatto che il legislatore ha inteso evitare un ricorso generalizzato alla procedura da parte di debitori «furbi» che vogliono lucrare i vantaggi del blocco delle azioni esecutive e cautelari dei creditori [Maimeri, 2012, 1036].

Tutte le problematiche sono state risolte con la legge di conversione del 17/12/2012, ed in vigore dal 18/01/2013, con cui si è chiarito che nella nozione di sovraindebitamento rientrano sia la crisi di impresa che l'insolvenza. Infatti, nell'art. 6, comma 2, lett. b), si legge che per sovraindebitamento si intende «la situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte, *che determina la rilevante difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni* ovvero la definitiva incapacità di adempierle regolarmente».

Nelle «linee guida per la valutazione di aziende in crisi» [redatte da CNDCEC-SIDREA nel gennaio 2017], al punto 3.2.4 si chiarisce che lo stato di sovraindebitamento è uno stato diverso dall'insolvenza conclamata, in quanto sottolinea una situazione di squilibrio attuale e prospettico tra attività correnti prontamente liquidabili e passività correnti da soddisfare, che quindi viene a corrispondere ad una situazione di tensione finanziaria o di insolvenza prospettica e premonitrice dello stato di insolvenza conclamata.



LA LIBRERIA ON LINE DEL PROFESSIONISTA

L'estratto che stai visualizzando
è tratto da un volume pubblicato su
ShopWKI - La libreria del professionista

[VAI ALLA SCHEDA PRODOTTO](#)