

Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

Fallimento e impossibilità dell'impresa di continuare a operare proficuamente sul mercato, fronteggiando con mezzi ordinari le obbligazioni

di **Federico Callegaro**

[Cass. civ. Sez. I, Sent. 20 novembre 2018, n. 29913, Pres. Didone - Est. Terrusi](#)

Parole chiave: stato d'insolvenza quale presupposto per la dichiarazione di fallimento – insolvenza vs. inadempimento - criteri per l'accertamento.

Massima: ai fini della dichiarazione di fallimento è necessario e sufficiente, sul piano del riscontro oggettivo di quello specifico status, l'accertamento di una situazione d'impotenza economico patrimoniale, idonea a privare il soggetto della capacità di far fronte, con mezzi "normali", ai propri debiti. L'accertamento è desumibile dalla impossibilità dell'impresa di continuare a operare proficuamente sul mercato, fronteggiando con mezzi ordinari le proprie obbligazioni.

Riferimenti normativi: art. 5 Legge Fallimentare.

CASO

Una Società dichiarata fallita contestava la valutazione del primo giudice, il quale aveva dedotto l'esistenza dello stato di insolvenza dal marcato sbilanciamento tra l'attivo e il passivo patrimoniale, accertati in base agli elementi contabili provenienti dalla stessa società, ed evidenzianti un indebitamento complessivo che in pochi anni, tra il 2010 e il 2013, era giunto a oltre 74 milioni di euro e, visto anche l'andamento di simile condizione, la corte d'appello *soggiungeva* che poteva escludersi qualsivoglia concreta prospettiva di risanamento, anche tenendo conto dei piani di rientro allegati dalla reclamante^[1].

SOLUZIONE

La questione principale oggetto della sentenza in esame^[2] riguarda la denunciata "violazione e falsa applicazione dell'art. 5 legge fall." essendo stato determinato, in sede di Giudizio di merito, il concetto di insolvenza rilevante ai fini del fallimento mediante "l'applicazione mera dei criteri civilistici vevoli in tema di inadempimento delle obbligazioni". Concetto questo, a detta della ricorrente, *statico* inadeguato al caso di specie, in quanto viene a concretizzarsi nel momento in cui il peggioramento delle condizioni patrimoniali impedisce al debitore di adempiere con regolarità le proprie obbligazioni, dovendosi viceversa far riferimento alla cd.

insolvenza commerciale", in quanto concetto dinamico riferito alla condizione patrimoniale dell'impresa che, per sua natura, costituisce un'entità costantemente variabile.

La Corte, pur rilevando come il ricorso appaia in parte inammissibile *"poiché, sotto spoglie di una critica in iure, si risolve in un tentativo di sovvertimento del giudizio di fatto in ordine agli elementi che la corte d'appello ha correttamente ritenuto sintomatici dell'insolvenza della società"*, ne osserva come giuridicamente sia in parte infondato, passando quindi alla sua trattazione.

In primis, viene sottolineato come l'impostazione offerta dalla ricorrente si fondi su una nozione economico-aziendalistica dell'insolvenza più che – con ciò mostrando riaffermare il Giudice di Legittimità la necessaria esegeticità dell'interpretazione applicativa – su quella giuridicamente rilevante ai fini dell'art. 5 legge fall.[3]. Nel richiamare come l'insolvenza non indichi un fatto bensì uno stato *"situazione dotata di un certo grado di stabilità: una situazione risolta in una "inidoneità" di dare regolare soddisfazione delle proprie obbligazioni"*, riprende[4] il principio secondo il quale 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..."*. La Corte fa discendere, quindi, la necessità e sufficienza dell'accertamento – desumibile più che dal rapporto tra attività e passività, dalla impossibilità dell'impresa di continuare a operare proficuamente sul mercato, fronteggiando con mezzi ordinari[5] le obbligazioni – di una situazione d'impotenza economico patrimoniale, idonea a privare il soggetto della possibilità di far fronte, con mezzi "normali", ai propri debiti.

Viene sottolineato, inoltre, come una situazione di prognosi irreversibile, diversa, quindi, dalla mera temporanea impossibilità di un regolare adempimento, possa essere desunta *nel contesto dei vari elementi* anche dal mancato pagamento dei debiti interessando, in tale circostanza, *"che l'inadempimento sia sintomatico di un giudizio di inidoneità solutoria strutturale del debitore, e che quindi sia oggetto di valutazione complessiva"*[6]. Si osservi come la Corte riprenda il ricorrere di una valutazione complessiva dello status dell'imprenditore, in un senso ampio e strutturale, riconducibile alla dianzi riportata *situazione d'impotenza economico patrimoniale*.

A chiusura dell'analisi svolta, la Corte declina quelli che stabilisce essere i *"principi di diritto che rilevano ai fini della valutazione dello stato d'insolvenza"*:

- il relativo accertamento non s'identifica in modo necessario e automatico con il mero dato contabile fornito dal raffronto tra l'attivo ed il passivo patrimoniale dell'impresa.

Resta in ogni caso evidente, puntualizza la Corte, che, anche prescindendo dal semplice risultato della somma algebrica tra poste attive e passive della situazione patrimoniale, è sempre consentito muovere dai dati di contabilità dell'impresa per poter vagliare, nella concretezza di ciascuna singola fattispecie, se il debitore disponga di risorse idonee a fronteggiare in modo regolare le proprie obbligazioni. Gli elementi di riferimento da considerare, a tale fine, vengono identificati, nella scadenza di dette obbligazioni, nella natura

e composizione dei cespiti^[7] da utilizzarsi per farvi fronte – trattandosi, quindi, di un giudizio prognostico sulle future dinamiche economiche e finanziarie dell'impresa^[8] -;

- la presenza di un eventuale sbilancio negativo non impedisce all'imprenditore di continuare a godere di credito, permanendo in condizioni di poter soddisfare regolarmente e con mezzi normali le proprie obbligazioni - configurandosi quindi l'ipotesi di difficoltà *meramente transitoria*;
- il presupposto dell'insolvenza può essere ugualmente riscontrato anche nell'ipotesi di un'eccedenza di attivo che dipenda dal valore di beni patrimoniali non agevolmente liquidabili, o la cui liquidazione risulterebbe incompatibile con la permanenza dell'impresa sul mercato e con il puntuale adempimento di obbligazioni già contratte;
- quale fatto definito *logicamente incontrovertibile* viene ribadito come l'eventuale eccedenza del passivo sull'attivo patrimoniale costituisce, pur sempre, e nella maggior parte dei casi, uno dei tipici "fatti esteriori" che dimostrano l'impotenza dell'imprenditore a soddisfare le proprie obbligazioni^[9];

QUESTIONI

La portata della pronuncia in esame va considerata secondo due correlate visuali, l'una di pertinenza del soggetto passivo dell'eventuale procedura, indifferentemente che ne sia promotore o meno, e l'altra, del creditore, in particolare ove promotore del procedimento finalizzato alla dichiarazione di fallimento del primo. A quanto precede va aggiunta la visuale prospettica della regolamentazione in materia di crisi di impresa, secondo le previsioni del CCI nei termini in cui, *mutatis mutandis*, tale impostazione di legittimità potrà trovare applicazione, alla luce del mantenimento nel novellato Codice della vigente nozione di insolvenza^[10].

La Pronuncia offre il destro di affrontare un tema che, non ultimo, è sempre stato ben presente nella gestione dei recuperi – includendo in tale novero anche le Operazioni di Ristrutturazione – dei crediti bancari. In varie occasioni si è fatto ricorso, proprio al fine di favorire la chiusura di una Procedura quantomeno per i crediti non garantiti da cespiti immobiliari, al conferimento in un Fondo di Investimento^[11] del complesso costituito da crediti ed immobili dagli stessi garantiti^[12]. Simili soluzioni, peraltro, rischiano di essere onerose per il ceto bancario in ragione del permanere, anche se parzialmente, degli impatti patrimoniali per un tempo non sempre limitato; per i creditori non bancari, inoltre, la permanenza di un patrimonio non velocemente realizzabile influirebbe negativamente sulla loro finanza per un orizzonte temporale non indifferente. È proprio l'orizzonte temporale che, per certi versi, appare costituire il punto di forza per l'applicazione, anche e soprattutto in questi casi, della cessione di crediti "complessivi" e relativi cespiti che li garantiscono nell'ambito di Operazioni di Cartolarizzazione avuto riferimento, in particolare, all'art. 7.1 della legge 30 aprile 1999 n. 130, attesa proprio uno dei suoi recenti aggiornamenti che prevede la costituzione di Veicoli d'Appoggio all'Operazione di Cartolarizzazione (REOCO)^[13].

Elemento rilevante, ai fini della scelta da operarsi, resta l'impatto di bilancio che ne deriva per

i cedenti^[14], non solo con riferimento agli obblighi di mantenimento del rischio sia come previsto dalla l. 130/1999 che dal Regolamento EU 2402/2017, in termini di profittabilità ed interesse economico-finanziario al perfezionamento di un'Operazione ed eventualmente con quali termini e contenuti.

^[1] Giova qui richiamare, per completezza espositiva, come *“In termini generali, ad avviso della corte d'appello, l'unica cosa che in concreto poteva apprezzarsi in favore della società era la mancata revoca degli affidamenti bancari, la quale peraltro, nelle dianzi dette condizioni di fatto, non poteva esser ritenuta indice di univoca valenza per sostenere i mantenimento di un apprezzabile livello di fiducia, necessario al superamento di una solo transitoria fase di tensione finanziaria.”*.

^[2] Successivamente richiamata da vari arresti della stessa Corte (Cass n. 25474/2919, Cass n. 30400/2019, Cass. n. 30447/2019, Cass. n. 34206/2019)

^[3] La Corte richiama, a tale proposito, una sua recente decisione con la quale veniva chiarito che *“il significato oggettivo dell'insolvenza, che è quello rilevante agli effetti dell'art. 5 legge fall., deriva da una valutazione circa le condizioni economiche necessarie (secondo un criterio di normalità) all'esercizio delle corrispondenti attività, e si identifica con uno stato di impotenza funzionale non transitoria a soddisfare le obbligazioni inerenti all'impresa, che si esprime nell'incapacità di produrre beni con margine di redditività da destinare alla copertura delle relative esigenze - prima fra tutte l'estinzione dei debiti (di recente Cass. n. 30209-17)”*.

^[4] Citando espressamente precedenti delle Sezioni Unite *“Cass. Sez. Un. 115-01, Cass. Sez. Un. 1997-03”*.

^[5] Si richiama come la Corte, con Ordinanza n. 30209/2017 (Sez. VI, dep. 15/12/2017) aveva ritenuto ravvisabile nella fattispecie sottoposta alla sua attenzione - confermando quanto espresso dalla Corte territoriale - *“una situazione di incapacità non temporanea della società debitrice a far fronte alle proprie obbligazioni con mezzi ordinari in base al riscontro di rilevanti passività, di numerose procedure esecutive, di omesso deposito dei bilanci relativi ai due esercizi sociali precedenti il fallimento”* (richiamando espressamente la sua giurisprudenza precedente Sez.1, Sentenza n.9856 del 28/04/2006; Sez.1, Sentenza n. 25961 del 05/12/2011; Sez.1, Sentenza n.19027 del 08/08/2013).

^[6] Citando espressamente (*cf. Cass. n. 23437-17; conf. Cass. n. 5215- 08*).

^[7] Avuto riferimento alla presenza di un patrimonio immobiliare, una Pronuncia più recente ha avuto modo di confermare (avuto riferimento all'impugnata decisione della Corte d'Appello di Milano n. 206/2018 de. 17/01/2018) come la sua consistenza sia stata considerata irrilevante in quanto: a) oggettivamente non consenta, di far fronte nell'immediatezza alle obbligazioni dell'impresa e b) implicando, con la relativa liquidazione, solo un soddisfacimento futuro ed incerto nel quantum (Cass. 1069/2020).

Più recente si segnala l'Ordinanza (Sez. IV n. 1069, dep. 20/01/2020) con cui la Corte indica corretto ritenere sussistere *“lo stato di insolvenza derivante dalla mancanza di risorse finanziarie della società a fronte delle obbligazioni inadempite, considerando irrilevante la consistenza immobiliare della stessa società fallita che non consente, oggettivamente, di far fronte nell'immediatezza alle suddette obbligazioni, ed implicando solo un soddisfacimento futuro ed incerto nel quantum, con la relativa liquidazione”*. Si richiama all'attenzione sull'inciso *“far fronte nell'immediatezza”* che potrebbe apparire introdurre un parametro temporale in grado di influenzare l'effettiva applicazione del principio riportato in questa nota, anche tenendo conto della definizione di *“crisi”* nonché di quella di *“insolvenza”* previste rispettivamente prevista dall'art. 2, comma 1, lettera a) e lettera b), del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza – oggetto, peraltro, di recente rinvio quanto all'entrata in vigore -.

[8] Sul punto, con riferimento anche all'evoluzione che ha portato a tale impostazione, vedasi RdSantina, *Crisi d'impresa e insolvenza prospettica dell'imprenditore: questioni ancora aperte nell'imminenza dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 14/2019. (Note a margine del decreto del Tribunale di Milano 3 ottobre 2019)*, par. 4. Il concetto di insolvenza e le sue varie declinazioni, in ILCASO.it, 12 novembre 2019, Articoli, Crisi d'Impresa e Insolvenza.

[9] Citando espressamente (cfr. Cass. n. 26217-05).

[10] A tale proposito, in particolare con riferimento alla nuova nozione di *“crisi”*, vedasi SAmbrosini, *Crisi e insolvenza nel passaggio fra vecchio e nuovo assetto ordinamentale: considerazioni problematiche*, par. 4. *La distinzione fra insolvenza e crisi nel nuovo Codice e il presupposto oggettivo dei vari istituti*, in ILCASO.it, 14 gennaio 2019, Articoli, Crisi d'Impresa e Insolvenza - come indicato dall'Editore [contributo è destinato agli Studi in onore di Michele Sandulli, nonché (in una versione più ridotta) al volume PANZANI-ZANICHELLI-CAGNASSO-AMBROSINI, *La riforma del diritto della crisi d'impresa, di prossima pubblicazione per i tipi dell'Editrice Zanichelli*] -.

[11] Vedasi, tra altri, Giuseppe Gallo, *I crediti deteriorati. Tecniche di gestione negoziale: cessione e ristrutturazione*, par. 9 *I conferimenti di crediti nei fondi comuni di investimento*, in DB Approfondimenti, luglio 2019.

[12] Con il vantaggio, in taluni casi, per gli altri creditori di evitare il permanere di crediti che, ove rimborsati in percentuale inferiore a quella inizialmente ipotizzata, avrebbero partecipato al concorso in via chirografaria per il relativo delta.

[13] Senza considerare, non da ultimo, come non necessariamente gli strumenti finanziari emessi dalla SPV per il relativo funding debbano essere sottoscritti dai Cedenti – fermi gli obblighi in materia di Mantenimento del Rischio, previsti sia dalla Regolamentazione Domestica che da quella Comunitaria (art. 6 del Regolamento (EU) 2402/2017) -.

Simili scelte potrebbero essere favorite proprio dal crescente interesse del mercato ad acquistare crediti, non solo classificati a Sofferenze, ma anche UTP in un'ottica non solo di

eventuale alienazione dei cespiti ma soprattutto, in ragione del diverso, più ampio, orizzonte temporale, anche alla loro valorizzazione inclusa la loro temporanea “messa a reddito”.

[14] In materia sono intervenute le Autorità di Vigilanza Banca d'Italia / Consob / Ivass, ciascuna per quanto di rispettiva competenza, con il Documento Congiunto “*Trattamento in bilancio delle operazioni di vendita pro-soluto di crediti unlikely to pay (“UTP”) in cambio di quote di fondi di investimento*”, del 14 aprile 2020. Si segnala, a tale proposito, un suo recentissimo commento che analizza sistematicamente gli aspetti della materia fornendo, nel contempo, utili chiavi interpretative (A. Bonissoni – M. Citarella, CBA “*Il trattamento in bilancio del trasferimento di crediti unlikely to pay in cambio di quote di “fondi di ristrutturazione”*”, in Diritto Bancario.it, Approfondimenti, aprile 2020).



Master di specializzazione

AVVOCATO NELLA CRISI D'IMPRESA

 Disponibile anche in versione web: partecipa comodamente dal Tuo studio!

[accedi al sito >](#)