

LO STATO DI CRISI E LA NOZIONE DI INSOLVENZA

MAURO BERNARDI

Giudice Delegato presso il Tribunale di Mantova

Nella formulazione originaria l'art. 160 l.f. prevedeva che l'ammissione alla procedura di concordato potesse essere chiesta dall'imprenditore in stato di crisi, espressione già presente in altri contesti normativi (v. l. 95/1979 c.d. legge Prodi) ma, opportunamente (stante la varietà di ipotesi che si possono presentare) non definita (una specificazione del concetto si rinviene nell'art. 1 del d. lgs. 122/05 a proposito del c.d. fallimento immobiliare: “la situazione che ricorre nei casi in cui il costruttore sia sottoposto o sia stato sottoposto ad esecuzione immobiliare, in relazione all'immobile oggetto del contratto, ovvero a fallimento, amministrazione straordinaria, concordato preventivo, liquidazione coatta amministrativa”).

Deve poi ritenersi che la crisi costituisca il presupposto oggettivo dell'accordo di ristrutturazione dei debiti (v. art. 182 bis l.f.: in tal senso vedasi Trib. Bari decr. 21 novembre 2005; Trib. Brescia decr. 22 febbraio 2006) nonché del piano attestato (v. art. 67 III co. lett. *d*) in considerazione sia del dato letterale (si fa infatti riferimento rispettivamente alla ristrutturazione dei debiti nonché al risanamento della esposizione debitoria ed al riequilibrio della situazione finanziaria), sia del collocamento sistematico di tali figure nell'ambito degli istituti finalizzati a risolvere la crisi di impresa.

Al momento di introduzione della novella si erano manifestati contrasti circa la riconduzione anche dell'insolvenza nel concetto di crisi ritenendosi da taluno che, nel primo caso, si sarebbe dovuto pronunciare il fallimento (assunto non condivisibile in quanto avrebbe avuto l'effetto di determinare il fallimento di soggetti che in base alla vecchia normativa sarebbero stati invece ammessi al concordato e ciò in evidente contrasto con la finalità avuta di mira dal legislatore): tale questione è stata ora normativamente superata essendosi equiparata l'insolvenza allo stato di crisi (art. 36 d.l. 273/05).

Lo stato di crisi costituisce il presupposto oggettivo per l'ammissione alla procedura il cui accertamento deve essere verificato dal Tribunale atteso che solo la sua presenza può giustificare una deroga agli impegni contrattualmente assunti e può definirsi come situazione di difficoltà

economica, finanziaria o patrimoniale tale da determinare il rischio di insolvenza quale che sia il fattore, interno all'impresa -patrimoniale, finanziario, gestionale- od esterno e relativo al mercato, che la determina (c.d. pericolo di insolvenza) e comprensiva, oltre che della temporanea difficoltà (art. 187 l.f. ora abrogato), anche di ogni processo degenerativo che renda la gestione aziendale non più in grado di seguire condizioni di economicità a causa di fenomeni di squilibrio o di inefficienza tali da cagionare la produzione di perdite che possono determinare l'insolvenza (in proposito v. Trib. Salerno 1 giugno 2005 che ha ammesso una società al concordato preventivo sul presupposto che essa si trovasse in crisi economica perché non più in grado di realizzare il suo oggetto sociale pur avendo ancora un considerevole patrimonio e non dimostrando sintomi di insolvenza. In dottrina si distingue il declino aziendale come situazione diversa dalla crisi che si verifica quando vi sono perdite economiche cui l'imprenditore può fare fronte con le proprie risorse: alla luce di tali considerazioni deve ritenersi che il c.d. livello minimo affinché si possa ritenere di essere in presenza di una crisi vada individuato nella situazione in cui, in un breve termine, la condizione dell'impresa, pur non inadempiente, è destinata a degenerare in insolvenza se non si interviene con strumenti straordinari).

Tale condizione può essere sia finanziaria che patrimoniale: nel primo caso essa è più facilmente individuabile e a tal fine vengono in considerazione reiterati inadempimenti agli obblighi contrattuali (significativi i mancati versamenti di imposte o di contributi previdenziali; il mancato versamento degli stipendi è invece indicativo di un vero e proprio stato di insolvenza non essendo in tal caso l'imprenditore in grado di fare fronte agli impegni correnti), l'esistenza di giudizi per il recupero dei crediti ovvero la pendenza di procedure esecutive.

E' invece più difficile accertare la sussistenza delle ragioni patrimoniali della crisi: in proposito potrà essere significativo l'esame di alcuni indici di bilancio: ad es. il R.O.D. (*return on debits*) che esplicita il rapporto fra oneri finanziari e capitali di terzi ed indica il tasso medio di interesse corrisposto ai finanziatori esterni (es. banche: tassi superiori al 7% indicano squilibrio); il rapporto vendite/clienti e acquisti/fornitori che evidenzia se la situazione è equilibrata; quello vendite/rimanenze che raffigura la velocità di rotazione del magazzino; l'indice di liquidità che esprime la capacità di coprire con risorse finanziarie l'indebitamento a breve.

In difetto di specificazioni, appare ragionevole attribuire esteso significato all'espressione atteso che, se la finalità avuta di mira dal legislatore è quella di salvare l'impresa in difficoltà per ricollocarla sul

mercato, solo un intervento tempestivo consente di realizzare tale obiettivo, difficilmente perseguibile nel caso di conclamata insolvenza. L'obiezione secondo cui in tal modo si consentirebbe all'imprenditore senza scrupoli di liberarsi con facilità dei propri debiti non sembra condivisibile: non che il rischio non ci sia ma tale eventualità è pur sempre assoggettata alla valutazione da parte dei creditori e, in definitiva, del mercato (l'ammissione alla procedura concordataria viene peraltro ampiamente pubblicizzata all'esterno -v. art. 166 l.f. - il che dovrebbe costituire di per sé un freno a manovre particolarmente disinvolte) e, d'altro canto, il possibile beneficio che deriva all'intera struttura economica dal mancato dissolvimento di una impresa compensa largamente quel rischio atteso che la liquidazione dell'impresa insolvente comporta inevitabilmente distruzione di ricchezza. L'ostilità alla possibilità di consentire un ampio ricorso a siffatta procedura sembra poi essere il frutto di una concezione statica dell'interesse del creditore che non si risolve necessariamente nell'obiettivo di recuperare tutto il proprio denaro e che, invece, può riguardare la sopravvivenza dell'impresa debitrice la cui sparizione dal mercato potrebbe determinare anche il proprio dissesto ovvero la soppressione definitiva del posto di lavoro: ciò appare evidente in alcuni settori economici (ad es. quello tessile) in cui la singola impresa lavora per un solo committente ovvero in quei casi in cui il tessuto economico (ad esempio in molte aree del sud) è debole e caratterizzato dalla presenza di poche grandi imprese di modo che l'insolvenza di una di esse finisce per trascinare con sé quella di molte altre ad essa collegate le quali non hanno la possibilità di riposizionarsi a breve in un mercato di per sé asfittico.

Le nozioni di crisi e di insolvenza non sono però collimanti e pertanto nell'ipotesi di successione senza soluzione di continuità del fallimento al concordato aperto sul presupposto della ricorrenza di uno stato di crisi si pone il problema della consecuzione delle procedure al fine della individuazione della decorrenza del periodo sospetto in caso di esercizio dell'azione revocatoria (per la giustificazione di tale interpretazione v. Corte Cost. 6 aprile 1995, n. 110 che la agganciava all'identità del presupposto oggettivo delle procedure di fallimento e amministrazione controllata nonché alla considerazione che, stante la durata di quest'ultima, non sarebbe mai stato possibile esercitare la revocatoria in caso di consecuzione fra i due procedimenti; secondo Cass. 16 aprile 2003, n. 6019 la continuità tra le procedure non si risolve in un mero dato temporale, configurandosi come fattispecie di consecuzione tra esse, il fallimento rappresentando lo sviluppo della condizione di dissesto che diede causa all'amministrazione controllata).

Il fondamento della retrodatazione del c.d. periodo sospetto non è venuto meno nel sistema novellato dovendosi ritenere che i termini previsti dall'art. 67 l.f. vadano calcolati a far data dal decreto di ammissione alla procedura di concordato purché si tratti appunto di insolvenza e, a tale proposito, va osservato che taluni giudici hanno iniziato a dar conto del reale stato dell'impresa in sede di decreto di ammissione: l'accertamento ivi contenuto non sarà tuttavia vincolante per il giudice chiamato a pronunciarsi sull'azione revocatoria.

La distinzione in questione comporta inoltre che, ove la procedura di concordato si arresti per una qualsiasi ragione (v. i casi regolati dagli artt. 162, 163, 173, 179, 180 l.f. cui vanno aggiunte l'ipotesi di rinuncia alla domanda - possibile sino al provvedimento di omologa - nonché la fattispecie di cui all'art. 186 l.f.), non si potrà più dichiarare automaticamente il fallimento essendo venuto meno il potere officioso (gli atti andranno trasmessi al P.M. anche in relazione a procedure già aperte) e dovendosi verificare se sussista un vero e proprio stato di insolvenza mentre, in caso di esito negativo di tale verifica, il procedimento verrà semplicemente archiviato.

Deve poi ritenersi che la finalità di favorire il più possibile il risanamento dell'impresa in difficoltà in vista della sua ricollocazione sul mercato depurata da inefficienze (c.d. *fresh start*) implichi per il Tribunale la necessità di decidere prioritariamente sul ricorso ex art. 160 l.f. nel caso di contemporanea pendenza anche di istanze di fallimento (prima della riforma tale criterio era ricavabile con certezza dalla lettera dell'art. 160 l.f. visto che l'imprenditore poteva proporre il concordato finché non ne fosse stato dichiarato il fallimento) e ciò anche in ragione del fatto che l'accordo con i creditori esclude l'insolvenza, sebbene vada riconosciuto che l'attuale testo dell'art. 160 l.f. nulla statuisca in proposito e che tale dato fondi l'interpretazione opposta rispetto a quella qui sostenuta.

La finalizzazione (senza carattere però di esclusività) del concordato alla prosecuzione dell'attività di impresa avrà come conseguenza il riconoscimento, nel caso di fallimento successivo, della natura prededotta dei crediti sorti in costanza del procedimento (nella disciplina previgente tale rango veniva riconosciuto unicamente nell'ipotesi in cui la prosecuzione dell'attività di impresa fosse stata espressamente prevista come modalità di realizzazione del concordato: v. Cass. 12 marzo 1999, n. 2192) atteso che il nuovo testo dell'art. 111 l.f. considera come debiti prededotti quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla legge fallimentare indipendentemente dalla finalità in concreto perseguita: sembra

ora sufficiente la mera contestualità cronologica (in proposito va segnalata una possibile problematica atteso che le norme sui privilegi - cui vanno equiparate, ricorrendo l'*eadem ratio*, quelle che riconoscono carattere prededucibile - sono ritenute rivestire carattere processuale e, quindi, suscettibili di immediata applicazione, con la conseguenza che i debiti sorti nel corso del concordato avranno natura prededotta nel caso di fallimento successivo: v. sul tema Cass. 5 settembre 1992, n. 10241).

Altro aspetto di rilevanza della nozione in esame concerne la natura urgente (pacifica alla luce del testo precedente) o meno del procedimento di ammissione e omologazione del concordato preventivo ai sensi dell'art. 3 della legge 742/69 (al riguardo va rammentato che la non operatività della sospensione dei termini processuali nel periodo feriale - nel caso di dichiarazione dell'urgenza della causa - deve intendersi riferita al corso dell'intero procedimento - ancorché essa sia intervenuta nel giudizio di primo grado e, quindi, anche ai termini per proporre impugnazione, v. Cass. 28 aprile 1990, n. 3561): tenuto conto che il fallimento non è più dichiarabile d'ufficio siffatta natura appare ora dubbia.

Vanno poi ricordate alcune fattispecie in relazione alle quali l'ordinamento prevede la possibilità di accedere a determinati benefici ove l'impresa sia stata ammessa alla procedura di concordato preventivo sorgendo il quesito, trattandosi di norme emanate allorquando il presupposto del concordato era costituito unicamente dallo stato di insolvenza, se esse possano trovare applicazione anche quando l'impresa si trovi nella situazione di mera crisi.

A tal fine vengono in considerazione la disciplina in tema di ammissione alla Cassa Integrazione Guadagni e quella di cui all'art. 3 l. 223/91 sull'affitto di impresa: il riferimento alla ammissione alla procedura di concordato senza alcuna specificazione nonché la finalità di recuperare al mercato l'impresa in crisi sembrerebbero deporre a favore dell'applicazione dei benefici in questione anche ove non vi sia una condizione di insolvenza.

Ulteriore aspetto della innovazione introdotta concerne gli effetti della modifica del presupposto oggettivo del concordato preventivo in relazione alla disciplina concorsuale comunitaria, atteso che il regolamento 1346/00 prevede una procedura concorsuale principale con efficacia in tutti gli stati membri della comunità.

La normativa comunitaria prevede che debba trattarsi di procedure concorsuali fondate sull'insolvenza del debitore che ne comportino lo spossessamento totale o parziale e, quanto all'Italia, per procedure di insolvenza si intendono fra le altre anche il concordato preventivo: secondo

taluno, posto che il concordato non è più fondato sull'insolvenza, questa procedura potrebbe venire contestata come procedura principale ma tale tesi non sembra convincere potendo il giudice straniero verificare unicamente che essa rientri nell'ambito di previsione del regolamento senza che egli possa sindacare il contenuto della pronuncia del giudice che dichiara aperta la procedura principale.

Da ultimo, va evidenziato che altra area di rilevanza della questione attiene all'applicazione della norma incriminatrice di cui all'art. 236 II co. 1.f. in relazione agli artt. 223 e 224 1.f. anche nell'ipotesi in cui l'imprenditore versi in stato di crisi ma non di insolvenza.

Mauro Bernardi
Giudice Delegato presso il Tribunale di Mantova

*La presente relazione costituisce la rielaborazione dell'intervento al convegno su La nuova legge fallimentare: problemi aperti, svoltosi a Reggio Emilia il 6 ottobre 2006