

**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)

di RICCARDO DELLA SANTINA

SOMMARIO: 1.Premessa. - 2. Il fatto - 3. I motivi della decisione. - 4. Il concetto di insolvenza e le sue varie declinazioni. - 5. Crisi dell'imprenditore o crisi d'impresa: tra Riforma e Codice- 6. *La portata innovativa della pronuncia tra ratio decidendi e nell'obiter dictum.*

1. Premessa.

La sezione fallimentare del Tribunale di Milano in una recente pronuncia ha affrontato il tema della definizione e della rilevanza della cd. «**insolvenza prospettica**» quale presupposto oggettivo per la dichiarazione di fallimento¹.

La questione riveste particolare interesse non solo perché induce a declinare in termini positivi la locuzione, ma soprattutto perché richiede uno sforzo ricostruttivo del rapporto tra i due concetti, crisi e insolvenza, in relazione sia alla legislazione vigente che alla luce dell'ormai prossima entrata in vigore del «codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza» (*inde* il Codice).

Il collegio milanese, presieduto dalla dott.ssa Alida Paluchowski, estensore del decreto, nell'articolare il ragionamento logico-giuridico posto a fondamento della decisione e al fine di offrire una definizione aggiornata della nozione di insolvenza

¹ Si tratta del decreto n. 1357/2019 del 3 ottobre 2019, in questa rivista il 17/10/2019.

prospettica, ricorre appunto, in chiave interpretativa e innovativa, alle disposizioni del Codice, in ciò facendo proprio un criterio esegetico già utilizzato dalla giurisprudenza di legittimità².

Si tratta pertanto di un provvedimento di rilevante interesse, considerando anche l'autorevolezza del collegio giudicante, che si porrà probabilmente come capofila delle future pronunce giurisprudenziali in *subiecta* materia.

2. Il fatto.

La questione portata all'esame del giudice prende l'avvio da un'istanza di fallimento presentata da un gruppo di obbligazionisti nei confronti della società emittente il prestito (si tratta di una ben nota compagnia nazionale di navigazione).

I motivi della richiesta di fallimento, secondo gli istanti, troverebbero fondamento nello stato di insolvenza in cui il debitore già verserebbe e comunque, ove il tribunale ritenesse non provata l'insolvenza attuale, nello stato di «*insolvenza prospettica, cioè imminente, in uno spazio temporale inferiore all'anno*».

Qui sta la questione di sicuro interesse sollevata: la definizione della nozione di insolvenza prospettica prima e la sua rilevanza poi quale presupposto oggettivo per la dichiarazione di fallimento.

Sotto il profilo della futura insolvenza i ricorrenti lamentano, in particolare, che la società debitrice, per affrontare una cronica situazione di crisi di liquidità e al fine di ricavare le risorse necessarie a far fronte alle ripetute scadenze finanziarie (in particolare nei confronti del sistema bancario), sia sistematicamente ricorsa ad operazioni di vendita con parti correlate delle navi di maggior pregio, sostituite con naviglio di rilevante minor valore, così depauperando il patrimonio sociale e mettendo a rischio il pagamento dei crediti di prossima scadenza di cui essi sono portatori.

Al fine di inibire il perpetuarsi di tali comportamenti, asseritamente considerati lesivi dei propri interessi, gli istanti hanno anche richiesto l'adozione dei provvedimenti cautelari previsti

² Sul punto ci sia consentito rinviare a DELLA SANTINA, *Ancora sull'accertamento del diritto ipotecario o pignoratizio nel caso di fallimento del terzo datore*, in *ww.ilcaso.it*, 31 agosto 2019.

dall'art. 15, comma 8 l.fall., miranti «principalmente alla sostituzione o inertizzazione degli amministratori della società».

3. I motivi della decisione.

Nell'articolare il proprio ragionamento, che condurrà a «*re-spingere la istanza di fallimento per carenza della condizione di fallibilità e per carenza di insolvenza attuale*» il giudice, accertata la legittimazione attiva degli istanti alla luce dell'art. 6 l.fall. (tra l'altro sulla base di una serie di considerazioni senza dubbio interessanti, ma il cui commento esula dalla finalità del presente contributo) muove dalla constatazione che non sussiste alcun inadempimento della società nei confronti dei ricorrenti «*che hanno un credito che scadrà definitivamente nel 2023, quindi tra circa quattro anni ed hanno sino ad ora incassato regolarmente le cedole*», né sono riscontrabili altri fatti esteriori sintomatici di una situazione di insolvenza attuale.

In particolare, rispetto a quest'ultimo punto, il collegio osserva, anche sulla base delle indicazioni contenute nella memoria presentata dalla Procura, che la società: non ha alcuna esposizione tributaria o previdenziale; non risulta incapace, allo stato, di far fronte alle obbligazioni scadute, essendo recentemente rientrata nei confronti delle banche, facendo fronte alla rata annuale del prestito contratto nel 2016; funziona regolarmente per quello che è la realtà che emerge dalla osservazione ed è in grado di fornire i servizi che vende; non è oggetto di iniziative esecutive o monitorie.

In buona sostanza l'assenza di inadempimenti o di altri fatti sintomatici induce i giudici a ritenere che non vi sia uno stato di insolvenza attuale.

Tale convinzione è corroborata anche dal fatto che sono gli stessi ricorrenti che introducono la considerazione di un'insolvenza prospettica, cosicché è a questa condizione che deve guardarsi per verificare la sussistenza del presupposto oggettivo necessario per la declaratoria di fallimento.

Si avvia così un ragionamento articolato, che prende le mosse dalla constatazione che, tradizionalmente, l'insolvenza rilevante ai fini della fallibilità è correlata alla sua **irreversibilità**, e che, a sua volta, l'accertamento di tale condizione richiede la formu-

lazione di un giudizio prognostico che si risolve in una «*previsione negativa sulla possibilità che i crediti possano trovare integrale soddisfazione*».

Così posta la questione, accanto ad una situazione di **insolvenza irreversibile attuale** (conclamata e risalente), sostiene il collegio, può ben assumere rilievo, ai fini dell'accesso ad una procedura che presuppone l'insolvenza, anche una situazione in cui la condizione di irreversibilità sia al momento asintomatica e tuttavia, inadempimenti o altri fatti esteriori, stiano per manifestarsi rendendo così evidente in tutta la sua gravità la situazione (di crisi) in cui versa il debitore. Ciò in quanto «*le procedure vanno intese non come semplici rimedi ex post a situazioni dannose, al pari delle revocatorie ad esempio, ma, soprattutto nella loro evoluzione necessitata dall'orientamento delle direttive europee, come strumento di emersione tempestiva della crisi per ridurre al minimo l'impatto della stessa ed il pregiudizio delle ragioni creditorie*» (il cd. principio dell'*emerging insolvency*)³. Si tratterebbe però, anche in tal caso, pur sempre di **insolvenza irreversibile** immediatamente apprezzabile e, come tale, integrante *ex se* il presupposto oggettivo richiesto per l'ammissione ad una procedura concorsuale.

Diversa invece, nella visione offerta dai giudici milanesi, pare essere la condizione in cui la crisi è solo intrinseca e «*come fatto esterno non si manifesta ancora con inadempimenti o altri fatti esteriori*» (né sia apprezzabile un'imminente loro manifestazione).

In questo caso si apre uno scenario dai contorni sfumati - la cd. *twilight zone*⁴ - in cui bisogna distinguere tra situazioni di crisi di varia entità e la vera e propria **insolvenza prospettica**, il cui accertamento deve essere legato ad un orizzonte temporale che sfugge all'imminenza per abbracciare un periodo di tempo più ampio. Quanto ampio debba essere, considerato che più si allunga lo sguardo e più incerta diviene la prognosi, risulta oggi definito dalle disposizioni del Codice, che fissa un orizzonte temporale di osservazione di sei mesi.

³ Cfr. FAUCEGLIA, *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2019, p. 7.

⁴ Cfr. MONTALENTI, *La gestione dell'impresa di fronte alla crisi tra diritto societario e diritto concorsuale*, in Riv. dir. soc., 2011, p. 820 ss.

Tuttavia, se è pur vero che il Codice ha così «sdoganato» sul piano del diritto positivo il concetto di insolvenza prospettica (che nella ricostruzione offerta dal provvedimento in commento è riferibile allo **stato di crisi**, di cui all'art. 2, comma 1 lett. a) e all'art. 13, comma 1 del Codice), è altrettanto inequivocabile che tale condizione, alla luce della novella, debba intendersi strettamente riferita ad una situazione di pericolo, idonea sì ad attivare gli strumenti di allerta - artt. 12 ss del Codice - ma non ad integrare *ex se* il presupposto oggettivo per la dichiarazione di fallimento (apertura della liquidazione giudiziale)⁵.

A questo punto, ribadito che non vi sono manifestazioni esteriori per poter ritenere la società «*prospettivamente insolvente a breve*», il collegio assume che sono comunque apprezzabili segnali che inducono a ritenere probabile l'insorgenza di una «*crisi che in prospettiva ha caratteristiche importanti e che potrebbero divenire molto gravi*».

È sulla base di tale affermazione che l'ultima parte del decreto, che appare la più innovativa e foriera di interessanti spunti di riflessione⁶, è dedicata alla «raccomandazione» (che risulta oggi essere un *unicum* nel panorama della giurisprudenza di merito in *subiecta materia*) rivolta all'organo amministrativo e, in via sussidiaria, al collegio sindacale, «*di attivarsi senza indugio per l'adozione o l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi ed il recupero della continuità aziendale e che la dizione dell'articolo appare coerente colla situazione esistente*».

⁵ Verbatim: «...ma è utilizzata come situazione di pericolo che giustifica la segnalazione interna affidata all'organo di controllo, o giustifica la segnalazione esterna affidata ai grandi creditori istituzionali. Ciò avviene infatti nell'ambito delle misure di allerta, ovvero di misure di prevenzione della insolvenza e non per consentire una declaratoria di fallimento indiscriminata di tutti coloro che, in prospettiva anche abbastanza prossima (sei mesi appunto), potrebbero non essere in grado di far fronte alle scadenze dei propri debiti programmati».

⁶ In tal senso si veda Sanzo, «Istanza di fallimento ed insolvenza prospettica: ovvero le regole della crisi prima che entri in vigore la disciplina dell'allerta», in www.ilfallimentarista.it del 18 ottobre 2019, secondo cui: «Il che sembra suggerire l'apertura possibile di una nuova stagione: quella in cui, pur in presenza di una crisi

e non di una insolvenza, un creditore "forzi" la mano presentando un'istanza di fallimento verso il debitore, con l'auspicio che il giudice, pur rigettando l'istanza, finisca per "suggerire" caldamente al debitore di aprire un percorso di risanamento, provvedendo a sottolineare tutte le responsabilità cui, in caso contrario, andrebbe incontro».

4. Il concetto di insolvenza e le sue varie declinazioni.

Sulla definizione del concetto di insolvenza dell'imprenditore commerciale si sono molte spese dottrina e giurisprudenza, soprattutto nella ricerca di modelli applicativi che consentissero di sussumere le diverse situazioni *de facto* nella fattispecie astratta.

Il dibattito sul tema, mai del tutto sopito, si è comunque rianimato negli ultimi tempi, in particolare con riferimento all'approfondimento del rapporto esistente tra crisi e insolvenza in vista dell'entrata in vigore del Codice⁷.

Secondo la definizione tradizionale, largamente condivisa sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza, l'insolvenza è costituita dall'impotenza patrimoniale del debitore nel soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni⁸.

Non una qualsiasi impotenza patrimoniale però rileva ai fini della declaratoria di fallimento, ma solamente quella che ha natura strutturale ovvero, per dirla con le parole utilizzate dai giudici milanesi, quella che fa ritenere l'insolvenza irreversibile⁹. La questione allora è quali siano le manifestazioni esteriori in presenza delle quali ritenere che il debitore versi in uno stato di insolvenza (irreversibile) e quale è la prospettiva temporale entro cui condurre l'accertamento.

Sotto il primo profilo l'art. 5 l.fall. – trasfuso nell'art. 2, comma 1 lett. b) del Codice – prevede che lo stato di insolvenza si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori. Siccome

⁷ In proposito *cfr.* AMBROSINI, *Crisi e insolvenza nel passaggio fra vecchio e nuovo assetto ordinamentale: considerazioni problematiche*, in questa rivista il 14/01/2109; CARDARELLI, *Insolvenza e stato di crisi tra scienza giuridica e aziendalista*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2019, pp. 11 ss.

⁸ Così PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, IV ed, Milano, 1962, p. 207; recentemente AMBROSINI, *Crisi e insolvenza nel passaggio fra vecchio e nuovo assetto ordinamentale: considerazioni problematiche*, cit., p. 1, ove in nota diffusi riferimenti bibliografici.

⁹ In contrapposizione alla insolvenza irreversibile si parla di insolvenza reversibile. Autorevole dottrina segnala tuttavia che questa terminologia è ambigua, perché non chiarisce se la crisi sia superabile senza il ricorso a procedure concorsuali o, all'opposto, soltanto per il tramite di esse, così TERRANOVA, *Lo stato d'insolvenza: per una concezione formale del presupposto oggettivo del fallimento*, in *Giur. comm.*, 1996, I, pp. 62 ss.; inoltre «qualora l'incapacità d'adempiere presenti un connotato di sufficiente stabilità, l'impresa è insolvente anche se la situazione di crisi potrebbe ritenersi potenzialmente reversibile», CAVALLI, *La dichiarazione di fallimento. Presupposti e procedimento*, in *La riforma della legge fallimentare. Profili della nuova disciplina*, a cura di Ambrosini, Bologna, 2006, p. 32

il concetto di insolvenza è costruito con riferimento al modello del debito¹⁰ è del tutto naturale che l'inadempimento (inteso come mancato pagamento) sia stato ritenuto il segno più importante della prova dell'insolvenza e come tale, quindi, specificatamente menzionato.

Va tuttavia evidenziato, se mai ce ne fosse bisogno, che insolvenza e inadempimento sono concetti tra loro distinti: l'insolvenza è una condizione dell'essere (uno stato), l'inadempimento è una azione del soggetto (un fatto), che a sua volta può essere voluta ovvero lo conseguenza diretta della sua impotenza patrimoniale¹¹; sicché l'inadempimento rimane comunque un fatto avente valore meramente indiziario, da apprezzarsi caso per caso, con possibilità di escluderne la rilevanza ove sia di carattere irrisorio¹². Il mancato pagamento anche di un solo debito può, tuttavia, assumere rilevanza ai fini dell'accertamento dell'insolvenza qualora si manifesti con un peculiare carattere di esterioresità che, in modo non equivoco, dimostri l'esistenza di un patrimonio in dissesto e l'oggettiva impossibilità del debitore di soddisfare regolarmente e con mezzi normali gli obblighi assunti¹³.

Per quanto riguarda gli altri fatti esteriori, si è andato via via sempre più apprezzando, quale indicatore dello stato di insolvenza, seppur nell'ambito di una valutazione complessiva, il rapporto tra attivo e passivo di bilancio.

¹⁰ Cfr. DI MARZIO, *Fallimento storia di un'idea*, Milano, 2018, p. 225 ss.

¹¹ Cfr. Cass. 20 novembre 2018, n. 29913 in www.ilcaso.it secondo cui: «*Certamente, in termini di approssimazione generale, può condividersi l'assunto (d'altronde prevalente in dottrina) secondo cui l'insolvenza differisce dall'inadempimento, poiché non indica un fatto, e cioè un avvenimento puntuale, ma appunto uno stato, e cioè una situazione dotata di un certo grado di stabilità: una situazione risolta in una "inidoneità" di dare regolare soddisfazione delle proprie obbligazioni*».

¹² Così AMBROSINI, *Crisi e insolvenza nel passaggio fra vecchio e nuovo assetto ordinamentale: considerazioni problematiche*, cit., p. 10.

¹³ Cfr. PALUCHOWSKI, *Codice del fallimento*, a cura di BOCCHIOLA e PALUCHOWSKI commento all'art. 5, VII Ed., Milano, 2013, p. 104; in giur. vedi Cass. 3 aprile 2019, 9297 in www.ilcaso.it ivi cit. Cass., 30 settembre 2004 n. 19611, secondo cui: «*in tema di dichiarazione di fallimento, lo stato di insolvenza dell'impresa, che esso presuppone, da intendersi come situazione (in prognosi) irreversibile, e non già mera temporanea impossibilità di regolare adempimento delle obbligazioni assunte, legittimamente può essere desunto, nel contesto dei vari elementi, anche dal mancato pagamento di un solo debito*».

La notazione deve essere interpretata nel senso che la prevalenza del passivo sull'attivo, che segnala una situazione di insufficienza patrimoniale, non può condurre in modo necessario ed automatico all'accertamento dell'esistenza di uno stato di insolvenza, «*tuttavia è un fatto logicamente incontrovertibile che 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*»¹⁴. Per contro l'opposta situazione, di prevalenza dell'attivo sul passivo, non è di per se una condizione che impedisce ugualmente di accertare, seppur in presenza di altri segnali significativi (*ie* inadempimenti), lo stato di insolvenza: l'eccedenza dell'attivo potrebbe infatti dipendere dal valore di beni patrimoniali non agevolmente liquidabili¹⁵.

Sotto il profilo dell'orizzonte temporale dell'indagine, secondo una opinione tradizionale, assunta sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza, si è considerata rilevante unicamente l'**insolvenza attuale**, apprezzabile cioè per mezzo di inadempimenti o altri fatti esteriori che facciano ritenere irreversibile lo stato di incapacità patrimoniale **al momento della dichiarazione di fallimento**¹⁶.

Accanto a questa concezione si è andata via via sviluppando però una visione dinamica dell'insolvenza, secondo cui sarebbe possibile dichiarare il fallimento anche in presenza di una situazione di **insolvenza prospettica**, accertabile cioè sulla base di un giudizio prognostico che tenga conto del divenire degli andamenti economici e finanziari dell'impresa¹⁷.

Questo diverso orientamento ha avuto un progressivo seguito in giurisprudenza, a partire dalla sentenza pronunciata dal Tribunale di Roma il 5 settembre 2008 che ha accertato lo stato di insolvenza dell'Alitalia all'esito di una valutazione dichiaratamente prospettica, desumendo il requisito oggettivo di cui all'art. 5 l. fall. «*dalle pesanti perdite dell'ultimo esercizio [...]*»;

¹⁴ Così Cass. 29913/2018, cit.

¹⁵ Cfr. Cass. 29913/2018, cit.

¹⁶ Cfr. NIGRO in NIGRO, SANDULLI, SANTORO (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma*, Torino, 2010, p. 21.

¹⁷ Cfr. GALLETTI, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da Cavallini, Milano, 2010, p. 99 ss.

dalle attuali stime relative all'andamento della compagnia nel terzo trimestre 2008, le quali evidenziano un patrimonio netto negativo; dall'indebitamento totale [...], il tutto a fronte di strumenti finanziari ormai alquanto ridotti»; elementi, questi, cui si è aggiunto l'ulteriore e decisivo rilievo – anch'esso di carattere prognostico – che, «nelle attuali condizioni, non è possibile ipotizzare alcun miglioramento, [...] per la notoria situazione derivante dal prezzo del petrolio e dall'attuale congiuntura economica»¹⁸. In tale solco sembra muoversi, da ultimo, anche la Suprema Corte quando afferma che «anche a prescindere, cioè, dal semplice risultato della somma algebrica tra poste attive e passive della situazione patrimoniale, è evidente che sempre dai dati di contabilità dell'impresa è consentito muovere per poter vagliare, nella concretezza di ciascuna singola fattispecie, se il debitore disponga di risorse idonee a fronteggiare in modo regolare le proprie obbligazioni, avendo riguardo alla scadenza di queste e alla natura e composizione dei cespiti dai quali sia eventualmente ipotizzabile ricavare il necessario per farvi fronte», in ciò enfatizzando la rilevanza del giudizio prognostico sulle future dinamiche economiche e finanziarie dell'impresa¹⁹.

Nella pronuncia qui in commento si ritrovano entrambi i concetti di insolvenza attuale e di insolvenza prospettica. I giudici milanesi, infatti, nel loro percorso esegetico, accertata l'inesistenza di una situazione di insolvenza attuale (sulla base della mancanza di qualsiasi indice sintomatico), risolvono anche la questione della (ir)rilevanza, ai fini della declaratoria di fallimento (o dell'apertura della liquidazione giudiziale), dell'insolvenza prospettica ricorrendo in chiave interpretativa alle disposizioni del Codice e riconducendo la fattispecie nell'alveo dello **stato di crisi** come definito dall'art. 2, comma 1 lett. a) del Codice.

¹⁸ Cfr. AMBROSINI, *L'amministrazione straordinaria*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, diretto da Cagnasso e Panzani, III, Milano, 2016, pp. 4034-4035; ivi conforme Trib. Torino, 14 novembre 2008, Bertone s.p.a., in www.il-caso.it, secondo cui, laddove l'esaurirsi della liquidità rappresenti un evento che può «essere ritenuto in anteprima con assoluta certezza», deve senz'altro ravvisarsi lo «stato di insolvenza, non ancora attuale ma di imminente (ed anzi a brevissimo termine) verificaione, non rimediabile (soprattutto nel ridotto lasso di tempo a disposizione, appunto prima dell'esaurirsi della liquidità) con l'alienazione dei cespiti patrimoniali».

¹⁹ Cass. 29913/2018, cit.

5. Crisi dell'imprenditore o crisi d'impresa: tra Riforma e Codice.

Nella legge fallimentare del '42²⁰ la nozione di crisi era sconosciuta e l'unico presupposto oggettivo per la dichiarazione di fallimento o l'accesso alla procedura di concordato preventivo era rappresentato dallo stato di insolvenza²¹.

Con il primo provvedimento della stagione delle riforme il legislatore²², modificando l'art. 160 l.fall., introdusse quale **nuovo e unico presupposto** di ammissione al concordato preventivo lo stato di crisi («*l'imprenditore che si trova in stato di crisi può proporre ai creditori un concordato preventivo*»), senza tuttavia offrire un definizione della nozione.

La mancanza di una previsione descrittiva della fattispecie provocò tuttavia forti dubbi negli interpreti, a partire da cosa dovesse intendersi per crisi e quale fosse il rapporto tra tale condizione e l'insolvenza. La questione, d'altronde, non era destinata a rimanere confinata in ambito scientifico in quanto, dalla sua soluzione, dipendeva la possibilità o meno dei debitori di accedere al concordato: potevano essere ammessi alla procedura concordataria anche i debitori insolventi?

Ci fu allora chi intese la previsione normativa nel senso che il concordato, a seguito della novella, era diventato strumento destinato solo all'imprenditore in crisi ma non ancora insolvente²³, e chi, invero la maggioranza degli autori, ritenne che tra crisi e insolvenza esistesse comunque un rapporto di genere a specie,

²⁰ Si intende la legge vigente prima delle riforme che hanno avuto inizio con il d.l. 14 marzo 2005, n. 35, conv., con modif., in l. 14 maggio 2005 n. 80 e che sono poi proseguiti con i successivi provvedimenti, il primo dei quali fu il d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5.

²¹ È stato peraltro evidenziato che il termine «crisi», anche in epoca antecedente al 2005, non risultava comunque del tutto estraneo all'ordinamento, considerato che legge istitutiva dell'amministrazione straordinaria si riferiva, appunto, alle «grandi imprese in crisi» e che il titolo IV del testo unico bancario del 1993 era – ed è tutt'oggi – rubricato «*Disciplina delle crisi*» (AMBROSINI, *Crisi e insolvenza nel passaggio fra vecchio e nuovo assetto ordinamentale: considerazioni problematiche*, cit., p. 2).

²² Si tratta del d.l. 14 marzo 2005, n. 35, conv., con modif., in l. 14 maggio 2005 n. 80.

²³ Cfr. BOZZA, *Le condizioni soggettive ed oggettive del nuovo concordato*, in *Fallimento*, 2005, p. 952 ss.

secondo cui la nozione di insolvenza dovesse intendersi ricompresa nella più ampia fattispecie di crisi, sicché anche al debitore insolvente era consentito l'accesso al concordato preventivo²⁴.

Proprio questa posizione trovò presto la più autorevole conferma da parte del legislatore che, con una norma di interpretazione autentica²⁵, provvide ad integrare l'articolo 160 l.fall., chiarendo che per stato di crisi si dovesse intendere anche lo stato di insolvenza. Il che, se da una parte eliminava alla radice la questione della possibilità di accesso al concordato preventivo anche del debitore insolvente (risolta appunto in senso favorevole), dall'altra niente aggiungeva sulla questione di cosa si dovesse intendere per stato di crisi.

Tale situazione di indeterminatezza legislativa (destinata a portarsi fino all'introduzione del Codice, vedi *infra*) ha così alimentato un vivace dibattito, sia in dottrina che in giurisprudenza, intorno al concetto di crisi d'impresa.

Non essendo questa la sede per dare compiutamente conto di tutte le diverse opinioni che sul punto si sono formate, ci limiteremo ad alcune brevi riflessioni.

Storicamente la nozione di crisi d'impresa appartiene alla scienza aziendalista, più che a quella giuridica, ove indica una condizione propria dell'attività d'impresa²⁶.

Il termine insolvenza, di immediato rilievo giuridico, riferisce invece lo stato soggettivo di impotenza patrimoniale di chi non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni.

Se la nozione di insolvenza ruota attorno al paradigma del debito, e l'inadempimento ne costituisce la «*cartina di tornasole*», cosicché la comunità che ne rimane incisa è rappresentata dai creditori²⁷, la crisi economica d'impresa è invece indipendente

²⁴ Cfr. AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: prime riflessioni*, in Fallimento, 2005, p. 949.

²⁵ Si del comma 3 inserito con l'art. 36, d.l. 30 dicembre 2005, n. 273, conv., con modif., in l. 23 febbraio 2006, n. 51.

²⁶ Una generale ricostruzione critica nei saggi di GUATRI, *Crisi e risanamento delle imprese*, Milano, 1986; id. *Turnaround. Declino, crisi e ritorno al valore*, Milano, 1995.

²⁷ Quella che DI MARZIO chiama «comunità delle perdite», in DI MARZIO, *Fallimento storia di un'idea*, Milano, 2018, p. 64.

da quel paradigma, in quanto si risolve nel cattivo funzionamento «dell'organismo aziendale»²⁸ senza che, nell'immediatezza, ciò determini l'insolvenza²⁹. Tale visione porta con sé che i soggetti coinvolti dalla crisi dell'impresa non saranno più unicamente i creditori, ma una pluralità di attori (*stakeholders*: lavoratori, clienti, fornitori, azionisti) tutti interessati al suo superamento³⁰.

L'espressione crisi è quindi, propriamente intesa – ossia nel suo significato originario e aziendalistico – predicato non del soggetto ma dell'attività; predicato del soggetto è, invece, il termine insolvenza. In conseguenza parrebbe più appropriato – quand'anche sia lo stesso legislatore a parlare di «imprenditore in crisi» - evitare di ricorrere al termine crisi con riferimento a fenomeni ricadenti nell'area dell'insolvenza; e invece usare il termine generale dell'insolvenza per connotare le diverse di situazioni che vi sono ricomprese: pericolo di insolvenza e pre-insolvenza; temporanea difficoltà ad adempiere ed insolvenza reversibile; infine e tradizionalmente, insolvenza irreversibile³¹.

Va tuttavia evidenziato che l'attuale ordinamento non consente di rendere praticabile una separazione concettuale tra crisi e insolvenza come quella proposta, se non altro proprio perché la legge fallimentare riferisce sempre lo stato di crisi all'imprenditore - e non all'impresa - (*cfr.* artt. 160 e 182-bis l.fall.), in ciò rinviando inesorabilmente al paradigma del rapporto obbligazionario. Né, occorre rilevare, tale modello può ritenersi superato dal legislatore del Codice, che già all'art. 2 della legge delega,

²⁸ Per una visione della metafora dell'organizzazione aziendale come organismo vivente vedi MORGAN, *Images. Le metafore dell'organizzazione*, Milano, 1999, pp. 103 ss.

²⁹ Secondo GUATRI, *Turnaround. Declino, crisi e ritorno al valore*, cit. «la crisi si sostanzia nell'instabilità della redditività che porta a rovinose perdite economiche e di valore del capitale, con conseguenti dissesti nei flussi finanziari, perdita della capacità di ottenere finanziamenti creditizi per un crollo di fiducia da parte della comunità finanziaria, ma anche da parte dei clienti e dei fornitori, innescando così, un pericoloso circolo vizioso». Secondo altro autore, «la crisi di una società o di un gruppo non è improvvisa [in quanto] nella maggior parte dei casi si evidenzia almeno due anni prima della sua conclamata manifestazione esterna», così SOTTORIVA, *Crisi e declino dell'impresa. Interventi di turnaround e modelli previsionali*, Milano, 2012, p. 3.

³⁰ Quella che DI MARZIO chiama «comunità di interessi», in DI MARZIO, *Fallimento storia di un'idea*, cit., p. 239.

³¹ Così DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, Milano, 2011, pp. 19-20.

19 ottobre 2017, n. 155, nel dettare i principi generali della riforma, a proposito della nozione di crisi, ha disposto di: «*introdurre una definizione dello stato di crisi, intesa come probabilità di futura insolvenza, anche tenendo conto delle elaborazioni della scienza aziendalistica*»³².

Così la formulazione dell'art. 2, comma 1 lett. a) del Codice, nella parte in cui lo stato di crisi è definito come «*lo stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore*» posiziona il concetto di crisi nella nozione più generale dell'insolvenza, viepiù se consideriamo che la crisi, prosegue la disposizione, «*si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni*». Non vi è chi non veda in tale ultimo periodo il medesimo indice sintomatico che, per antonomasia, rivela l'insolvenza: l'inadempimento³³.

Il modello «inadempimento/altri fatti esteriori», tipico del concetto di insolvenza, viene poi replicato, seppur in ordine inverso, dall'art. 13 del Codice (indicatori della crisi).

La norma, infatti, al primo comma, primo periodo, definisce indicatori di crisi «*gli squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore, tenuto conto della data di costituzione e di inizio dell'attività,*

³² D'altronde la disposizione è del tutto coerente con i principi comunitari in tema di ristrutturazione preventiva dell'impresa ove vi sia probabilità d'insolvenza, così come previsto dalla direttiva 2019/1023 del 20 giugno 2019, *Preventive restructuring framework*; per un'analisi di coerenza del Codice con i principi della direttiva si veda panzani, *Il preventive restructuring framework nella direttiva 2019/1023 del 20 giugno 2019 ed il codice della crisi. Assonanze e dissonanze*, www.ilcaso.it, 14 ottobre 2019.

³³ Sul punto ROSSI, *Dalla crisi tipica ex cci alle persistenti alterazioni delle regole di azione degli organi sociali nelle situazioni di crisi atipica*, in www.ilcaso.it, 11 gennaio 2019, così si esprime: «*Ebbene, una prima caratteristica della crisi tipica del CCI è la sua prossimità ad uno stato di vera e propria insolvenza. Vero è che l'art. 2.1.c della L.n. 155/2017 e l'art. 2.1.a del CCI riconducono la nozione ad una "probabilità di insolvenza" e che, verosimilmente, con questa espressione s'intende evocare una reversibilità (per vero non enunciata) della situazione di crisi allo stato dei fattori della produzione e dell'organizzazione d'impresa, ma neppure si può dimenticare che una attuale "inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate" (su un orizzonte temporale di sei mesi: arg. ex art. 13.1 CCI, ove si parla di "sostenibilità dei debiti per almeno i sei mesi successivi"), è oggi ricondotta da attenta dottrina ad un attuale stato d'insolvenza*».

rilevabili attraverso appositi indici che diano evidenza della sostenibilità dei debiti per almeno i sei mesi successivi e delle prospettive di continuità aziendale per l'esercizio in corso o, quando la durata residua dell'esercizio al momento della valutazione è inferiore a sei mesi, per i sei mesi successivi», che altro non sono, appunto, che gli indici sintomatici di una situazione di insolvenza, **seppur non attuale ma prospettica**; l'ultima parte della disposizione definisce, invece, indicatori di crisi anche i «*ritardi nei pagamenti reiterati e significativi, anche sulla base di quanto previsto nell'articolo 24*», ovvero gli inadempimenti³⁴.

Nel Codice pare pertanto potersi dire, con una visione eterodossa rispetto a quella maturata nella vigente legge fallimentare, che l'unico modello predicato, con riferimento all'imprenditore, è rappresentato dall'insolvenza e che lo «stato di crisi» - che costituisce il presupposto oggettivo per l'insacco degli strumenti di allerta e l'accesso al procedimento di composizione assistita della crisi (*cf.* Titolo II), ovvero per l'accesso ad uno degli strumenti di regolazione della crisi (*cf.* Titolo IV) di regolazione della crisi - è una particolare tipologia di insolvenza, non attuale né di imminente verifica, ma prospettica in quanto diagnosticabile con una ragionevole probabilità³⁵.

Detto in altro modo (e nella speranza di non trascendere dall'eterodossia all'eresia!), sembrerebbe non più attuale la costruzione fino ad oggi maturata, che vede crisi e insolvenza in rapporto tra loro di genere a specie, essendo forse più attuale fare ricorso ad un unico modello, l'insolvenza, all'interno del quale ricomprendere anche lo stato di crisi inteso come insolvenza prospettica.

³⁴ In tal senso v. ROSSI, *Dalla crisi tipica ex cci alle persistenti alterazioni delle regole di azione degli organi sociali nelle situazioni di crisi atipica*, cit. che così si esprime «*D'altra parte, il fatto che la crisi tipica ex CCI, nella migliore delle ipotesi, sia in sé prossima (più che "probabile") insolvenza ovvero, forse più correttamente, sia già insolvenza prospettica, risulta anche dall'art. 13 CCI che, tra gli "indicatori della crisi", al di là di indici che attenta dottrina ritiene ben poco attendibili (13), evoca "ritardi nei pagamenti reiterati e significativi", ovvero ciò che già oggi, anche a proposito di azione revocatoria fallimentare, costituisce indice sintomatico di un vero e proprio stato d'insolvenza*»; seppur con sfumature diverse v. anche NARDECCHIA, *Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Molfetta, 2019, pp. 8-9.

³⁵ Cfr. AMBROSINI, *Crisi e insolvenza nel passaggio fra vecchio e nuovo assetto ordinamentale: considerazioni problematiche*, cit., p. 23

6. La portata innovativa della pronuncia nella *ratio decidendi* e nell'*obiter dictum*.

Il percorso logico deduttivo sotteso alla *ratio decidendi* del decreto qui in commento - accertato che la società debitrice non versa in uno stato di insolvenza attuale - muove dalla questione se l'insolvenza prospettica sia rilevante quale presupposto oggettivo per la dichiarazione di fallimento.

Così il collegio, osservato preliminarmente che l'insolvenza prospettica è (stata) finora una creazione tutta dottrinale e giurisprudenziale, prosegue constatando come la nozione sia invece oggi specificatamente prevista e definita dal Codice quale «situazione di pericolo» di una futura insolvenza, con un orizzonte temporale di osservazione di sei mesi.

Sotto questo profilo, in buona sostanza, il tribunale milanese fissa un primo paletto: lo «stato di crisi» di cui all'art. 2, comma 1 lett. a) del Codice (come integrato dall'art. 13 del Codice) altro non rappresenta che una situazione di insolvenza prospettica. Ne deriva pertanto, a corollario, che dovrebbero ritenersi non più attuali le costruzioni di dottrina e giurisprudenza che ruotano intorno ai concetti di insolvenza prospettica e di crisi. Inoltre, poiché il Codice considera lo stato di crisi quale presupposto idoneo ai fini dell'obbligo di segnalazione da parte degli organi di controllo e dei creditori pubblico qualificati, ovvero per l'accesso (volontario) agli strumenti di regolazione della crisi, ma non anche per l'apertura della liquidazione giudiziale, ecco che anche il secondo paletto è piantato: l'insolvenza prospettica, intesa come crisi *ex art. 2, comma 1 lett. a)* del Codice, non costituisce oggi, in vigenza della legge fallimentare, il presupposto oggettivo per la dichiarazione di fallimento, così come all'indomani dell'entrata in vigore del Codice non costituirà il presupposto per l'apertura della liquidazione giudiziale. Sarebbero così superate di slancio anche tutte le dispute circa la rilevanza dell'insolvenza prospettica per la dichiarazione di fallimento (questione che rimarrà aperta fino all'entrata in vigore del codice).

Accertato che la società debitrice non versa in una condizione di insolvenza attuale e ritenuta comunque non rilevante ai fini della dichiarazione di fallimento l'insolvenza prospettica ecco che il collegio respinge l'istanza di fallimento.

Qui si arrestano le motivazioni della *ratio decidendi* ma non il percorso argomentativo del decreto.

Le risultanze dell'istruttoria prefallimentare evidenzerebbero infatti che vi sia comunque una situazione «*di una crisi che in prospettiva ha caratteristiche importanti e che potrebbero divenire molto gravi*». Posto però che l'odierna legge fallimentare - così come poi il Codice - riserva l'accesso al concordato preventivo e agli accordi di ristrutturazione del debito alla volontà del debitore, il tribunale non ha strumenti per consentire in via obbligatoria il monitoraggio della situazione di crisi in atto.

D'altronde la stessa iniziativa posta in essere dai creditori, a cui sfugge il rimedio di cui all'art. 2409 c.c. così come l'azione di responsabilità dei creditori *ex art. 2394 c.c.* - non essendo verificatasi l'insufficienza del patrimonio sociale - pare volta, si legge nel provvedimento, «*proprio [ad] incentivare l'apertura di una procedura minore, che con la sua disclosure e sottoposizione a controllo dell'attività amministrativa, ovviamente indurrebbe la fiducia degli investitori e li rassicurerebbe sulla sorte dell'attività sociale*».

È sulla scorta di tali considerazioni e alla luce del nuovo statuto dell'imprenditore, come delineato dai novellati artt. 2086 e 2257 c.c., che il collegio, con un *obiter dictum* di indubbia potenza comunicativa, si dichiara confidente «*che il collegio sindacale sarà sensibile alle responsabilità cui andrebbe incontro se non supportasse il dovuto comportamento degli amministratori o non lo sollecitasse, come lo saranno gli amministratori, soprattutto ora che le condotte denunciate, di evidente conflitto di interessi in cui opera l'amministratore, di operazioni con società correlate, prive di serie garanzie di restituzione dei finanziamenti, sono state portate alla luce*».

Qui sta l'ulteriore elemento di novità, affidato questa volta ad un *obiter dictum*: «raccomandare» un percorso procedimentale a cui, di fatto, il debitore è tenuto (*melius*: obbligato) ad attenersi.

Era fin troppo facile prevedere che una «raccomandazione» di tale forza persuasiva, in quanto contenuta in un provvedimento giudiziale seppure nella forma *dell'obiter dictum*, non rimanesse priva di immediati riscontri, da parte sia degli organi societari che della «comunità» dei creditori.

La cronaca infatti ci racconta: delle difficoltà che la società, successivamente al deposito del provvedimento, a fronte di situazione di insolvenza prospettata accertata giudizialmente, ha

immediatamente incontrato nel rapportarsi con i creditori, divenuti giustamente riottosi, a consentire operazioni anche solo potenzialmente illegittime³⁶; della iniziativa assunta dal collegio sindacale che ha sollecitato il consiglio di amministrazioni affinché, al fine di superare lo stato di crisi, valuti l'adozione di un piano attestato *ex art. 67 l.fall.* ovvero il ricorso ad un accordo di ristrutturazione del debito *ex art. 182-bis l.fall.*

*

La pronuncia del Tribunale di Milano qui in commento evidenzia così tutta la sua portata innovativa: sia nella parte in cui ragiona del concetto di insolvenza prospettica, con uno sguardo deciso ai principi contenuti nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza; sia, e forse con ancora più, nella «raccomandazione», contenuta nell'*obiter dictum*, rivolta agli organi societari di ricorrere comunque ad una «procedura minore» al fine di superare lo stato di crisi.

Il tempo per la riflessione e l'approfondimento è appena iniziato.

³⁶ È il caso del mancato consenso da parte di una banca alla cancellazione delle ipoteche gravanti su due navi destinate alla cessione sulla base di accordi formati in epoca antecedente alla pronuncia del Tribunale di Milano.