

I presupposti del fallimento

Isabella Ippolita Soldani
Perugia, 2 aprile 2013

I presupposti del fallimento

- ⦿ Presupposto soggettivo: qualità di imprenditore commerciale esclusi enti pubblici.
- ⦿ Presupposto oggettivo: stato di insolvenza (diverso da inadempimento e da stato di crisi).

L'imprenditore (1)

Art. 2082 c.c.: è imprenditore colui che esercita professionalmente un'attività economica di produzione o di scambio di beni o servizi.

Cos'è un'attività di produzione o scambio di beni o servizi? Non è un'attività di godimento o di speculazione in borsa.

L'imprenditore (2)

Il carattere economico dell'attività implica il perseguimento di un fine di lucro o è sufficiente l'astratta economicità (copertura costi con ricavi)?

Non si tratta di una mera erogazione di servizi.

Il requisito della professionalità è configurabile nel caso di compimento di un solo affare? Anche un singolo atto può prolungarsi nel tempo e caratterizzarsi come professionale.

Soggetti fallibili

Assoggettato al fallimento è l'imprenditore in senso giuridico, non quello in senso economico.

Assume rilievo la personalità giuridica e la limitazione della responsabilità.

Ma nei fatti la limitazione della responsabilità finisce per essere parziale e selettiva.

Possibilità di coinvolgere l'imprenditore in senso economico

- ⦿ Non è prevista l'estensione del fallimento al socio tiranno, ossia colui che usa la società come cosa propria.
- ⦿ Possibili soluzioni:
 - La giurisprudenza ha individuato la figura della *holding* personale, qualificata come autonoma impresa che svolge un'attività che si esplica in atti, anche negoziali, posti in essere in nome proprio e, quindi, fonte diretta di responsabilità del loro autore. L'imprenditore in senso economico risponde in tal caso solo dei debiti contratti per finanziare e sostenere attivamente le società del gruppo, salva la responsabilità per violazione delle norme sulla direzione e coordinamento delle società (art. 2497).
 - Azione di responsabilità contro gli amministratori

Lavoratore autonomo

- Si discute se il lavoratore autonomo, soggetto alla disciplina del contratto d'opera, possa considerarsi un imprenditore. Anche se fosse sarebbe tuttavia un piccolo imprenditore e quindi comunque non soggetto al fallimento.

Professionista

- Sicuramente si distingue il professionista dall'imprenditore. Il professionista non è soggetto al fallimento, a meno che insieme all'attività professionale non svolga anche un'attività imprenditoriale.

Le attività professionali

- ⦿ In forma individuale,
- ⦿ In forma di studio associato (art. 1, L. 23-11-1939, n. 1815),
- ⦿ Società di mezzi,
- ⦿ Società di ingegneria e di revisione,
- ⦿ Società tra professionisti iscritti agli albi:
art. 10 L. 12-11-2011 n. 183 (legge stabilità). Mancano decreti attuativi.
- ⦿ E società per professionisti non iscritti?
Sono imprese commerciali.

Imprenditore agricolo

- ◎ Quello agricolo è imprenditore a tutti gli effetti, ma non esercita attività commerciale, e quindi anch'egli è escluso dal fallimento. Trattasi di un'esenzione da tempo discussa, ma che tuttora persiste. **V. art. 23, c. 43, DL 6 giugno 2011 n. 88 convertito con L 15-07-2011 n. 111.**
- ◎ Problematica è sempre stata l'individuazione delle attività connesse, o meglio i criteri per stabilire quando siano tali e non autonome imprese commerciali. La recente riscrittura dell'art. 2135 ha ampliato il concetto di attività connessa, rende ancora più anacronistico l'esonero

Società agricole

- ⦿ Art. 2249 c.c.: le società che hanno per oggetto l'esercizio di un'attività commerciale devono costituirsi nelle forme di s.n.c., s.a.s., s.p.a., s.a.p.a., s.r.l. o coop; le società che hanno per oggetto l'esercizio di un'attività diversa sono regolate dalle disposizioni sulla società semplice, a meno che
- ⦿ Art. 1, 1° c., l.f.: sono soggetti alle disposizioni sul fallimento gli imprenditori che **esercitano** un'attività commerciale.

Attività di impresa

- ⦿ Commerciale: art. 2195 c.c.
- ⦿ Agricola: art. 2135 c.c.
- ⦿ Esiste un *tertium genus*? L'impresa civile?
 - gestione immobili e altri beni
 - art. 29 L. 27-12-1997, n. 449 e art. 1, co. 129-130, L. 244/2007.
- ⦿ Esistono società senza impresa?
 - società di professionisti (?),
 - società occasionali (?).

Il piccolo imprenditore commerciale

- ⦿ Il piccolo imprenditore è esonerato dal fallimento anche quando esercita attività commerciale.
- ⦿ L'individuazione dei criteri per stabilire quando un imprenditore sia piccolo è stata in passato problematica. La recente modifica dell'art. 1 l.f. è intervenuta a fornire criteri più precisi a tal fine.

Soglie dimensionale art. 1 l.f.

- ⦿ Attivo patrimoniale > €. 300.000,00 (anche in un solo anno tra gli ultimi tre);
- ⦿ ricavi lordi > €, 200.000,00 (anche in un solo anno tra gli ultimi tre);
- ⦿ esposizione debitoria > €. 500.000,00.
- ⦿ Per escludere la possibilità di essere dichiarati falliti occorre dimostrare di non superare nessuna di queste soglie.
- ⦿ Non si fa luogo alla dichiarazione di fallimento se l'ammontare dei debiti scaduti e non pagati risultanti dagli atti dell'istruttoria prefallimentare è complessivamente inferiore a €. 30.000,00 (art. 15, co. 9, l.f.). Non rileva la presenza di debiti di prossima scadenza, ma non scaduti.
- ⦿ I limiti quantitativi possono essere aggiornati ogni tre anni con decreto del Ministro della giustizia, sulla base della media delle variazioni degli indici ISTAT dei prezzi al consumo per le famiglie di operai ed impiegati intervenute nel periodo di riferimento.

Onere della prova

- ⦿ Il creditore istante deve provare che il soggetto di cui si chiede il fallimento sia un imprenditore commerciale e sia insolvente;
- ⦿ il debitore deve provare che le dimensioni dell'impresa non superano nessuno degli indici previsti dall'art. 1 l.f. (si è inteso penalizzare gli imprenditori non diligenti).

Acquisto e perdita qualità imprenditore

- ⦿ Diversa soluzione per imprenditori persone fisiche e società.
- ⦿ Il fallimento può essere dichiarato entro un anno dalla cancellazione dal registro delle imprese, se l'insolvenza si è manifestata anteriormente alla cancellazione stessa o entro l'anno successivo (art. 10, co. 1, l.f.).

Acquisto e perdita qualità imprenditore della persona fisica

- La persona fisica acquista la qualità di imprenditore al momento in cui inizia l'attività. In generale il compimento di atti preparatori non anticipano l'acquisto dalla qualità di imprenditore a meno che non siano proprio atti qualificabili come atti di impresa.
- La persona fisica cessa di essere imprenditore quando viene cancellato dal registro delle imprese, salvo che il creditore o il pubblico ministero provino che egli abbia proseguito l'attività dopo la cancellazione (art. 10, co. 2, l.f.).

Acquisto e perdita qualità imprenditore delle società

- ⊙ L'acquisto della qualità di imprenditore avviene al momento della costituzione ed in relazione all'oggetto sociale (Cass. 26-06-2001 n. 8694, cass. 28-04-2005 n. 8849).
- ⊙ La cessazione della qualità di imprenditore coincide con la cancellazione dal registro delle imprese, salva la facoltà per il creditore e il pubblico ministero di dimostrare la data di effettiva cessazione, ma solo in caso di cancellazione d'ufficio ai sensi del **dpr 23-07-2004 n. 247**.
- ⊙ Le società di fatto possono essere dichiarate fallite senza limiti di tempo.

Critiche

- ⦿ L'irrilevanza dell'effettività dell'esercizio non risponde all'esigenza di aprire una procedura concorsuale per l'allarme che deriva dalla prosecuzione di attività in stato di insolvenza.
- ⦿ Si è voluto limitare una giurisprudenza che consentiva di dichiarare il fallimento anche molti anni dopo la cancellazione.

Presupposto oggettivo

- ◉ **Art. 5, 1° co., l.f.:** L'imprenditore che si trova in stato d'insolvenza è dichiarato fallito.
- ◉ 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 (art. 5, 2° co., l.f.).
- ◉ Gli inadempimenti devono essere rilevanti: «non si fa luogo alla dichiarazione di fallimento se l'ammontare dei debiti scaduti e non pagati risultanti dagli atti dell'istruttoria prefallimentare è complessivamente inferiore a euro trentamila» (art. 15, 2 co., l.f.).

Regolare adempimento

- ⦿ Rispetto delle scadenze,
- ⦿ Con mezzi normali in relazione all'ordinario esercizio dell'impresa.

Rispetto delle scadenze

- ⦿ La reversibilità della crisi non basta ad escludere l'insolvenza:
 - la difficoltà è momentanea non si ha stato di insolvenza: l'imprenditore è comunque in grado di reperire i mezzi necessari in un ragionevole lasso di tempo.
 - Se la difficoltà è temporanea si ha stato di insolvenza: l'imprenditore è in grado di reperire i mezzi necessari in un lasso di tempo prolungato (uno o due anni).

Adempimento con mezzi anormali

- ⦿ Non si considera in grado di adempiere regolarmente l'imprenditore che si procura danaro procedendo a rovinose vendite di liquidazione od alienando beni strumentali necessari all'esercizio dell'impresa o ricorrendo agli usurai.

Stato di insolvenza e bilancio

- L'insolvenza si sostanzia nella illiquidità:
 - non è perciò esclusa dal fatto che l'attivo patrimoniale superi il passivo. L'attivo include infatti poste non liquide (immobilizzazioni). La presenza di tali beni può essere utile per ottenere credito ed evitare l'insolvenza, ma non la esclude di per sé;
 - L'eccedenza del passivo sull'attivo non è detto che si traduca automaticamente in insolvenza.
 - Anche la circostanza che il bilancio si chiuda con una perdita, anche rilevante, non basta ad affermare che l'imprenditore è insolvente.

Manifestazioni di inadempimento

- ⊙ Elementi sintomatici dell'insolvenza:
 - protesti,
 - azioni esecutive,
 - ipoteche giudiziali,
 - sequestri conservativi.
- ⊙ L'inadempimento però non è detto che derivi sempre da insolvenza. Possono esserci contestazioni non infondate.
- ⊙ Determinanti sono anche
 - il numero dei sintomi di insolvenza,
 - l'assenza di poste liquide in bilancio.

Insolvenza e gruppo

- ⦿ La crisi di una delle società di un gruppo spesso si ripercuote sulle altre.
- ⦿ Non sempre però l'insolvenza di un gruppo coinvolge tutte le società che vi appartengono.
- ⦿ L'insolvenza di una o più società del gruppo costituisce un indizio, sia pure di per sé insufficiente, dell'insolvenza delle altre società del gruppo.