

Diritto delle crisi d'impresa
Lezione 1 20/02/2019

La **legge fallimentare** è una legge speciale ma che subirà delle variazioni con la creazione del codice delle crisi e dell'insolvenza, approvato il 14/02/2019 ma che entrerà in vigore nell'agosto del 2020.

Un'impresa si dice in **crisi** quando non è in condizione di raggiungere gli obiettivi che si prefigge, le ragioni possono essere sia interne che esterne all'impresa, interne se sono ragioni organizzative mentre sono esterne se derivano dal mercato o da delle normative (come il divieto di export in una serie di paesi che crea dei problemi all'Ansaldo energia).

Dal punto di vista giuridico la crisi può essere (anche se possono intrecciarsi tra loro):

- patrimoniale o finanziaria, con un risvolto economico nel caso di problemi di esistenza del patrimonio netto o del capitale sociale minimo che sfocia in una perdita o in una mancanza di liquidità;
- organizzativa se causata da elementi di natura economica che l'imprenditore deve dominare.

È nel DNA dell'imprenditore negare la crisi o minimizzare le difficoltà e ciò potrebbe comportare la non applicazione delle regole di bilancio causando dei disastri (es. capitalizzando dei costi o non svalutando adeguatamente i crediti).

La crisi può essere:

- reversibile, quando attraverso il ricorso a degli strumenti la crisi viene superata;
- irreversibile se non può essere superata perché manca la continuità aziendale.

L'ordinamento italiano ha delle leggi specifiche che faranno parte del codice della crisi, questo impianto di norme si ispirano a sistemi **dualistici** con una disciplina fallimentare che si applica ai soli imprenditori commerciali non piccoli in crisi e una normativa che si applica ai soggetti non imprenditori che sono in crisi come i professionisti e i consumatori (con un bilancio familiare con più debiti che crediti che risulta insolvente se non paga le rate) anche se quest'ultima disciplina, chiamata crisi da sovraindebitamento non esisteva fino al 2012.

In altri ordinamenti invece si utilizza un modello **monistico**, con una disciplina unica per i soggetti in crisi indipendentemente da quello che fanno.

Le **procedure concorsuali** sono delle procedure collettive che dettano norme per la gestione della crisi, riguardano il concorso di tutti i creditori, che vengono trattati nello stesso modo (par condicio creditorum); l'obiettivo è quello di definire e comporre il contrasto di interessi tra i diversi soggetti coinvolti, cioè il debitore, i creditori e gli stakeholder (soggetti interessati all'impresa come i lavoratori e i clienti).

Le norme riguardanti il fallimento derivano da norme medievali privatistiche come il diritto commerciale in base alle corporazioni che si erano formate e che nel caso di fallimento davano luogo alla bancarotta, cioè alla rottura fisica del banco.

Vi sono diversi modelli giudiziari:

- quelli con un incisivo intervento dell'autorità giudiziaria che sono il fallimento e il concordato preventivo;
- quelli amministrativi in cui c'è l'intervento della pubblica amministrazione (P.A.) e sono la liquidazione coatta amministrativa e l'amministrazione straordinaria (che ha in parte l'intervento giudiziario);
- quelli totalmente o parzialmente privatisti e sono il piano di risanamento e l'accordo di ristrutturazione dei debiti (anche se parzialmente privato perché limitato dall'intervento del giudice).

La Legge del 1942, anno in cui è stato definito il codice civile, si rifaceva ad un mondo fatto di piccole imprese che nel caso di insolvenza chiudevano e con l'attivo liquidato pagavano i creditori, cioè si dava luogo alla liquidazione giudiziale del patrimonio dell'imprenditore insolvente, diversa invece era la liquidazione coatta amministrativa che era riservata a particolari attività d'impresa che svolgevano un interesse pubblico (come le banche), inoltre si aveva il concordato preventivo, che è un accordo tra l'imprenditore e i creditori, sotto il controllo del giudice (ma prima riservato all'imprenditore onesto ma sfortunato, ciò comportava il rispetto di alcuni requisiti di meritevolezza, come una soglia minima di soddisfazione pari al 40% e che l'imprenditore non fosse già risultato insolvente nei cinque anni precedenti) e inoltre prima vi era anche l'amministrazione controllata, ancora nominata nella normativa delle

obbligazioni sociali, era una procedura sotto il controllo dell'autorità giudiziaria per gli imprenditori sottoposti ad una crisi temporanea e consentiva all'imprenditore di beneficiare di una moratoria fino a due anni per pagare i debiti, anni in cui doveva rimettersi in carreggiata, ma abrogata nel 2005 per concorrenza sleale secondo l'UE.

Anche se vi sono queste procedure, è aumentata la necessità di conservazione dell'organismo produttivo, perché ha un valore in sé maggiore della somma dei singoli beni, esempi ne sono le crisi delle grandi imprese come l'ILVA, ciò fa privilegiare meccanismi di conservazione o di risanamento, anche se non sono neutri.

Il diritto secondo Marx è la regolazione dei fenomeni economici, infatti è in continua evoluzione. Nel 1979 vi furono delle leggi speciali che identificarono l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi (con tanti dipendenti e tanti debiti), attuabile solo se il commissario straordinario reputa che l'impresa possa avere un futuro, in modo tale da ristrutturarla e rimetterla nel mercato garantendo la massima conservazione dei dipendenti (**Legge Prodi**), riformata nel 1999 perché in contrasto con una serie di norme comunitarie perché consentendo allo stato di aiutare le imprese, garantendo le obbligazioni assunte nel corso della procedura, comportava una concorrenza sleale risolta con la **Prodi bis** secondo cui lo stato può concedere aiuti solo se vi è una preventiva autorizzazione comunitaria (anche se prestito Alitalia no).

Nel 2005 si ha una **variazione del concordato preventivo** che viene aperto a tutti gli imprenditori e senza la necessità di una percentuale minima di soddisfacimento dei creditori chirografari e vengono previsti una serie di **strumenti privatistici** come il piano del 67 (piano di risanamento) e il 182 bis (accordo di ristrutturazione), più pesanti **modifiche alla revocatoria fallimentare** (istituto volto ad eliminare le violazioni alla par condicio creditorum avvenute nell'imminenza del fallimento se sapevano che chi pagava era in crisi, dando luogo alla restituzione) addolcendola.

Varie riforme avvenute quasi ogni anno fino al 2015 e nel 2019 per richiesta europea del FRESH START del 2015, si cercò di eliminare tutta una serie di marchi negativi sull'imprenditore fallito (es. nel '42 vi era un registro dei falliti anche se non fraudolenti, o Trump che ha avuto accesso alle procedure concorsuali ben 8 volte); fu creata la commissione che istituì la Legge delega 155/2017, base del decreto legislativo 14/2019, che entrerà in vigore nell'agosto 2020, inoltre fu creata una seconda commissione nel 2017 per razionalizzare e semplificare e creare giudici specializzati nelle procedure concorsuali (soprattutto nei piccoli tribunali) approvata nel febbraio 2019.

Lezione 2 21/02/2019

L'insolvente per latino medievale è decoctor ergo fraudator che significa fallito dunque truffatore.

Non si utilizzerà più nel testo di legge nuovo il termine di fallimento (liquidazione giudiziale) e fallito (insolvente/ liquidato giudizialmente).

Nella disciplina della crisi a livello sovranazionale, o comunitario, abbiamo una normativa in corso di redazione per quanto riguarda l'armonizzazione sostanziale delle norme fallimentari, perché una raccomandazione della Commissione europea del 14/03/2014 anticipa le linee guida di quella che dovrebbe essere una legislazione europea in materia fallimentare, es. a livello societario abbiamo avuto negli anni una serie di direttive in materia societaria che alla fine hanno armonizzato la normativa sociale entro dei termini (armonizzare non vuol dire rendere tutte le legislazioni uguali perché le direttive danno delle alternative applicabili, es. livello tradizionale, monistico e dualistico dal 2003 recepite in Italia per le direttive comunitarie). La raccomandazione è importante perché finora non ha una portata normativa immediata ma indica la via che si sta percorrendo; le raccomandazioni più importanti sono:

- la **Fresh start**, per evitare il marchio negativo sul fallito e a ciò si accompagna la contrazione dei tempi delle procedure concorsuali;
- ruolo fondamentale attribuito ai **creditori** nella contrazione delle procedure e l'attribuzione alle **autorità giudiziarie** del controllo del rispetto delle norme procedurali e la delimitazione temporale della sospensione dei diritti dei creditori e dell'aggressione nei confronti del patrimonio dell'insolvente.

Questi principi guida contenuti nella raccomandazione sono poi stati recepiti in una proposta di direttiva nel novembre del 2016 per armonizzare le legislazioni europee.

La commissione italiana Rordorf ha cercato di anticipare i contenuti della direttiva nella legislazione italiana.

La nuova norma che entrerà in vigore nel 2020, dovrà comunque rispettare le nuove norme europee, dunque non durerà negli anni.

A livello solo nazionale è in vigore il **regolamento 848/2015**, in vigore dal 2017, in sostituzione di quello del 2000, disciplina che sotto il profilo procedurale tratta la cosiddetta **insolvenza transnazionale**, cioè l'insolvenza dei gruppi di imprese che operano in più paesi dell'UE, ciò non è strano perché si possono avere delle sedi secondarie, fabbriche e controllate in altri paesi europei (es. Parmalat, conglomerato di società in tutta Europa, anche perché in paesi stranieri si aveva una legislazione più favorevole). Il regolamento parla della procedura di insolvenza principale e quelle secondarie o territoriali, quella principale si apre nel paese in cui il gruppo insolvente ha il COMI (centro degli interessi principali, ove si prendono le decisioni) e i cui effetti si espandono automaticamente in tutta Europa in virtù del provvedimento di apertura della procedura principale, quindi la legge applicabile a quella insolvenza è la legge del paese ove si apre la procedura principale, però è possibile, nei paesi ove esistono articolazioni dell'impresa principale (sedi secondarie, fabbriche o società interamente controllate) che si aprano delle procedure secondarie o locali che pur essendo subordinate alla procedura principale hanno l'effetto di tutelare i beni locali dall'aggressione dei creditori e quindi nominando nella procedura secondaria organi della procedura che si devono raccordare con gli organi della procedura principale e che devono liquidare il patrimonio locale e che devono distribuire il ricavato ai creditori secondo le regole della procedura principale. Ciò è molto importante perché ad esempio si possono applicare alla procedura principale le norme italiane su tutta una serie di casi rilevanti come per la revocatoria fallimentare.

C'è un limite alla applicazione della legge nazionale, cioè non possono essere violati i principi di ordine pubblico economico dei singoli paesi (norme inderogabili).

In Italia, le procedure concorsuali hanno delle caratteristiche comuni:

- i rapporti tra il debitore e la massa dei suoi creditori sono finalizzati a dare applicazione alla regola civilistica nell'art. 2740 del c.c. secondo la quale il debitore risponde dei suoi crediti con tutto il suo patrimonio attuale e futuro, per rapporti in bonis per soggetti solvibili, no insolvibili, ciò viene tradotto in un principio concorsuale e cioè di utilizzare il patrimonio in favore della massa dei suoi creditori = **caratteristica dell'universalità dell'applicazione sull'intero patrimonio** del debitore esistente al momento del fallimento;
- la procedura si applica alla generalità dei creditori, aprendo il concorso tra i creditori, ciò vuol dire che apre il trattamento della generalità dei creditori secondo principi paritari e a parità di situazione giuridica = **par condicio creditorum**;
- **officiosità** che vuole dire che la procedura si apre con un provvedimento formale dell'autorità giudiziaria per le procedure giudiziale o dell'autorità amministrativa per le procedure amministrative, che sancisce lo spartiacque tra il prima e il dopo la procedura e significa che la procedura avrà una serie di organi (persone fisiche) deputati alla sua gestione nell'interesse del raggiungimento della par condicio creditorum e spossessamento del debitore, e il patrimonio del debitore viene gestito dagli organi della procedura, ciò non vuole dire che la proprietà del patrimonio passa ma viene trasferito il possesso cioè il diritto di gestire e di decidere le sorti di quel patrimonio (es. curatore fino alla vendita, nominato al tribunale per gestire i beni e venderli al meglio e pagare i creditori).

Nella legge del 1942 la par condicio creditorum era il dogma o il perno della normativa (anche della revocatoria fallimentare), tutti i creditori che hanno dei crediti fino al momento dell'apertura della procedura hanno il diritto di partecipare al concorso/procedura, cioè di concorrere alle sorti della procedura, di essere coinvolti e di essere trattato in modo paritario salvo che norme di legge riconoscano cause legittime di prelazione (crediti privilegiati), che sono diversi dai crediti non privilegiati o chirografari. Questo principio è l'applicazione del 2740 e ha dei corollari, il primo è il divieto di azioni esecutive individuali da parte dei creditori dal giorno in cui si apre la procedura, nessun creditore può avviare o proseguire azioni esecutive individuali, tutto il patrimonio viene appreso alla procedura. Per l'applicazione del sistema revocatorio si ha una sorta di retrodatazione degli effetti della procedura ad un certo termine, per una serie di atti dispositivi nell'imminenza dell'apertura della procedura. Sono principi di equità e di giustizia distributiva finalizzati ad evitare che il più furbo abbia la meglio. Questo sistema di tutela della par condicio creditorum attraverso la revocatoria fallimentare era rigidissimo nella legge del '42, per i

pagamenti compiuti fino ad un anno prima della dichiarazione di fallimento o fino a due anni per gli atti strani.

Questo sistema però, nel corso del tempo è stato eroso sotto due profili:

- introduzione di norme che derogano alla par condicio, es. in materia di concordato preventivo il debitore può suddividere i propri creditori chirografari in classi secondo posizioni giuridiche economiche omogenee e il debitore può trattare le varie classi in modo diverso (banca, fornitori strategici, fornitori non strategici) e possono prevedere che queste classi siano soddisfatte in modo diverso (meglio i fornitori strategici e peggio le banche);
- seconda alterazione è quella derivante dall'introduzione di una serie di esenzioni dalla revocatoria fallimentare, nel 2005 nell'art 67 della legge fallimentare il primo comma riguarda gli atti strani, il secondo comma gli atti normali ed è stato introdotto un articolo per le esenzioni dalla revocatoria per gli atti compiuti dal debitore che pur se astrattamente revocabili in virtù di questa esenzione non lo sono più dal 2005 in avanti e inoltre è stato dimezzato il periodo sospetto, periodo a ritroso ai fini della verifica di atti revocabili, per gli atti strani il periodo sospetto è diventato di un anno, per gli atti normali è diventato di sei mesi.

Ciò ha ridotto la rigidità della par condicio perché questo fenomeno è andato di pari passo con la valorizzazione della finalità della procedura conservativa dell'impresa, perché più la revocatoria è dura più i creditori se percepiscono difficoltà della controparte contrattuale si allarmano e questo può rendere la difficoltà definitiva o accelerare o causare una crisi definitiva, perché se nessuno vuole avere più rapporti o avere mille cautele, l'impresa si blocca.

Gli organi della procedura

Nelle procedure giudiziali, che sono quelle più diffuse, abbiamo il **tribunale** e il **giudice delegato** (un organo nominato dal tribunale che deve gestire la procedura), il **curatore** e una sorta di **organo di controllo** (coadiutore, che è il comitato dei creditori). Questi organi sono esistenti anche nelle procedure amministrative ma con delle piccole variazioni es. il curatore diventa commissario e vi è un organo di vigilanza diverso. Questi organi hanno una loro autonomia e un carattere di insopprimibilità perché gli organi hanno dei compiti propri e un organo diverso non può sostituirsi ad un altro tranne nell'eventualità di una situazione patologica. Es. concordato fallimentare, uno dei possibili modi di chiusura della procedura fallimentare, deve essere preventivamente approvata dal comitato dei creditori se non l'approva quella procedura non va avanti.

La prima procedura concorsuale, il **FALLIMENTO**

La legge del '42 gli dedica il numero maggiore di articoli, ha un ruolo centrale e le sue norme spesso vengono utilizzate per richiamo anche in altre procedure, dunque è la procedura più articolata e paradigmatica. Troviamo i presupposti del fallimento, cioè l'individuazione dei soggetti che possono essere sottoposti al fallimento in due articoli, il **presupposto soggettivo nell'art 1** e il presupposto oggettivo nell'art 5.

Sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano una attività commerciale esclusi gli enti pubblici, nel secondo comma si dice che non sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori di cui al primo comma i quali dimostrino il possesso congiunto di questi requisiti:

1. aver avuto nei tre esercizi antecedenti la data di deposito della domanda di fallimento o se l'impresa è iniziata da meno di tre esercizi, un attivo patrimoniale non > di 300.000;
2. avere realizzato, in qualunque modo risulti, nei tre esercizi o nel periodo inferiore se l'impresa è iniziata da meno di tre esercizi, ricavi lordi per un ammontare complessivo annuo non > di 200.000;
3. non falliscono se il debitore dimostra di avere un ammontare di debiti anche non scaduti < di 500.000.

Per fallire l'imprenditore deve superare i tre limiti congiuntamente¹.

¹ L'articolo 1 della legge fallimentare è molto complicato, perché ha una serie di negazioni, per fallire il soggetto deve avere dei requisiti dimensionali che il legislatore ha stabilito che debbano essere superiori a 300, 200, 500 mila ma il problema è che questi requisiti dimensionali devono esservi nei tre esercizi precedenti, ma che non sono soggetti al fallimento se non hanno più di questi parametri ma solo se hanno il possesso congiunto, basta che salti un requisito nei tre esercizi precedenti o in un uno degli anni per fallire.

Requisito oggettivo, art 5 della l. fallimentare.

L'imprenditore che si trova in stato di insolvenza è dichiarato fallito, nel secondo comma identifica lo stato di insolvenza che si manifesta con inadempimenti o con altri fatti esteriori i quali dimostrano che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni.

Art 1 e 5 rappresentano le condizioni necessarie e sufficienti per essere dichiarati falliti.

Lezione 3 22/02/2019

Proseguiamo nell'approfondimento dell'articolo 1 e dell'articolo 5 della legge fallimentare.

Sono esclusi dal fallimento i non imprenditori (professionisti intellettuali, consumatori, lavoratori), le società tra professionisti o quella tra avvocati non esercitando attività commerciale sono sottratte esplicitamente al fallimento e al concordato preventivo, ma sono assoggettabili al sovraindebitamento dal 2012.

L'imprenditore è colui che svolge professionalmente un'attività economica organizzata per la produzione di beni e servizi, **art 2082** del c.c., questo articolo non qualifica l'attività svolta come **lecita o non**, anche se dovrebbe esserlo per le norme dell'ordine pubblico.

L'attività d'impresa illecita può essere *immorale* o lecita ma *svolta in modo illecito* (come l'attività bancaria svolta senza autorizzazione), diversa è l'impresa mafiosa che apparentemente è lecita ma che utilizza capitali di provenienza illecita, es. riciclo di denaro.

Per le attività immorali e quelle verso la liceità la disciplina non è del tutto nulla perché questo significherebbe creare un danno a chi si avvicina a queste società, quindi chi svolge attività illecita non può beneficiare di norme a tutela dell'attività svolta (per la cessione, per il divieto di concorrenza) ma ad essa si applicano le *norme a tutela dei terzi*.

Nel caso di **imprenditore occulto**, cioè colui che tira le fila ma non compare, non fallisce perché è mancata la spendita del nome, cioè la *contemplatio domini*, perché non compare da nessuna parte che il titolare svolge attività per un terzo, imprenditore occulto.

Ci sono poi organismi che non sarebbero deputati a svolgere attività commerciale ma che di fatto la svolgono, come :

- le associazioni che hanno scopi ideali e culturali, non commerciali (ma che con la funzione di bar, che è un'attività d'impresa, per esempio, all'interno delle associazioni sportive, se è prevalente l'attività commerciale in caso di insolvenza è a rischio fallimento);
- le fondazioni che servono a ricordare la memoria di qualcuno, come la fondazione buchenain che nasce dal patrimonio di una signora appassionata d'arte che poi l'ha conferito alla fondazione che lo gestisce, oppure quella del San Raffaele dell'ospedale, per curare le persone, se insolventi sono sottoposti a procedure concorsuali, infatti negli anni hanno avuto accesso al concordato preventivo.

L'imprenditore commerciale è la somma del 2082 e del 2195, è escluso da questa nozione l'imprenditore agricolo del 2135 che non è sottoposto al fallimento ma alla disciplina del sovraindebitamento. Nel nostro ordinamento si parla di imprenditori soggetti a registrazione nel registro delle imprese e questi poi vengono definiti commerciali (produzione di beni e servizi, attività bancaria e assicurative, ecc..), ma per le attività che non rientrano in quell'elenco, per esempio l'impresa di consulenza matrimoniale cos'è? Gli investigatori privati? Una volta c'era la nozione dell'impresa civile che era l'impresa che non rientrava nel 2195, ma è una nozione superata, per cui oggi l'impresa o è agricola o è commerciale, quindi le imprese citate non essendo agricole, sono sottoposte a procedure concorsuali perché non vi è il terzo genus.

L'articolo 1 dice che sono **esclusi gli enti pubblici**, cioè le organizzazioni della pubblica amministrazione che sono qualificati come enti pubblici, non deve essere per forza il titolare un ente pubblico, anche se si crea una società che svolge un pezzo di attività dell'ente pubblico, chiamata società in house, come per la manutenzione delle strade comunali, perché di norma quest'ultima società creata non opera nel mercato, ma per la giurisprudenza maggioritaria anche le società pubbliche sono sottoposte alle procedure concorsuali, se a maggioranza pubbliche, uguale è la situazione per le società in house, ma processo non lineare e minoranza in contrasto, questo perché se si utilizza lo strumento societario devono essere applicate tutte le norme, dunque anche il fallimento.

I requisiti dimensionali da non superare in modo congiunto per non fallire sono definiti nel secondo comma dell'art 1 e sono: attivo 300 mila, ricavi 200 mila e debiti 500 mila, ma se ne supera anche uno solo dei requisiti il soggetto può fallire.

Nel 2083 abbiamo il piccolo imprenditore che è colui che opera con il lavoro proprio e dei propri familiari più il 2221 del c.c. che dice che sono soggetti al fallimento gli imprenditori commerciali esclusi gli enti pubblici e i piccoli imprenditori commerciali, ma quest'ultima norma è sfortunata perché ai fini fallimentari non è mai stata considerata, perché è stata applicata quella della legge fallimentare (mentre prima si faceva riferimento ad un imponibile minimo). L'assenza di coordinamento tra il codice civile e la legge fallimentare continuerà. Dunque il 2083 non serve per i fini fallimentari anche se non si trova il motivo, perché ormai tutti sono soggetti all'iscrizione nel registro delle imprese e sono tenuti alle scritture contabili, mentre il 2221² è stato tacitamente abrogato.

L'**attivo** patrimoniale, nei tre esercizi precedenti o in quelli che ci sono stati, se l'impresa è di età inferiore, non deve essere mai superiore a 300.000 euro, di questo fanno parte crediti, immobilizzazioni materiali e immateriali.

I **ricavi lordi** per un ammontare non superiore a 200.000 euro, nei tre esercizi precedenti o meno, contengono i ricavi lordi, cioè *tipici* intesi come normali dell'attività di impresa svolta più quelli *atipici*, non ripetitivi, come le plusvalenze derivanti dalla cessione dei beni dell'attivo; lordi cioè tutto quello che ho ricavato al lordo di costi, commissioni, in qualunque modo risulti, a prescindere dal fatto che siano correttamente contabilizzati, cioè anche i ricavi neri.

Infine se i **debiti**, anche non scaduti, sono superiori a 50.000 euro si fallisce, vi possono essere i debiti la cui esigibilità è spostata nel tempo, come i debiti sottoposti a condizione o i debiti postergati, cioè debiti pagati dopo altri debiti (in pratica è l'antiprivilegio), ma non devono essere considerate le pretese, ma diversamente deve essere valutato il contenzioso.

L'articolo 15, ultimo comma della legge fallimentare, aggiunge un altro requisito, perché **non si fa luogo alla dichiarazione di fallimento se l'ammontare di debiti scaduti e non pagati**, risultante dall'istruttoria pre-fallimentare, **è complessivamente inferiore ad euro 30 mila**, non si dà luogo alla dichiarazione di fallimento, per evitare il dispendio di costi ed energia che comporta la procedura fallimentare se da quello che risulta negli atti del fallimento è molto poco cioè è inferiore a 30 mila euro, il che non vuole dire che non si può presentare istanza di fallimento, ma che si deve provare l'esistenza di altri crediti in modo tale che nel totale si superino i 30 mila euro.

L'**onere** della prova circa il raggiungimento o meno dei requisiti dell'articolo 1 è posto a **carico del debitore**, come per la dimostrazione del possesso congiunto dei requisiti per il caso dei piccoli imprenditori, ma di norma chi vuole una cosa la deve dimostrare, cioè colui che ha una pretesa, il legislatore ha invertito l'onere della prova perché:

- rientra nella sfera del debitore la conoscenza della sua struttura, anche dimensionale;
- è nell'interesse del debitore di non fallire.

Ciò crea una conseguenza triste, perché **se il debitore non si difende**, non dice nulla, non solleva eccezioni rispetto alla sua fallibilità o non sa che è sottoposto al fallimento, **fallisce** anche se teoricamente avrebbe potuto non fallire.

Il **presupposto oggettivo** è lo stato di **insolvenza** che si manifesta con inadempimenti o con altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni, cioè la oggettiva impossibilità di adempiere agli oneri liberamente assunti, quindi non è un fatto psicologico, come la non volontà di adempiere e prescinde dal dolo, dalla colpa o dal caso fortuito, perché è una situazione di fatto. Esempio la *datio insolutum*, come la cessione di oggetti, perché non è il normale adempimento delle proprie obbligazioni.

Per fallire basta un solo creditore non adempiuto, come non pagare le tasse al fisco per pagare il resto, quasi finanziandosi creando quasi una concorrenza sleale.

² C'è un articolo nella riforma che ha abrogato l'articolo 2221 con effetto dal 16 marzo del 2019, il 2083 vale solo per gli aspetti civilistici (non per il fallimento e ormai non vi è più l'obbligo delle scritture contabili) ma il primo è stato eliminato e il secondo non è obbligatorio ai fini fiscali, se vi sono leggi con agevolazioni qualificano autonomamente chi è piccolo imprenditore, quindi la portata del 2083 viene sempre meno.

Lo stato di insolvenza deve essere manifestato, cioè dell'attualità dello stato di insolvenza che si deve esteriorizzare, ciò comporta che: si può avere la *rilevanza prospettica*, tribunale di Civitavecchia per l'insolvenza di Alitalia del 2008 che ha accertato il suo fallimento e dà un'importanza alla rilevanza prospettica, perché se si sa già che se fra due o cinque mesi fallirà, si può far fallire già prima per la tutela del patrimonio anche se questo è uno dei casi non numerosi dell'insolvenza prospettica; ma non l'*insolvenza occulta*, cioè che non appare perché non essendo un fatto esteriore non è rilevante ai fini del fallimento.

L'entrata in liquidazione è un'operazione drammatica perché i liquidatori devono tamponare la massa di creditori che si presentano. Lo stato di liquidazione non viene valutato solo in termini patrimoniali. L'insolvenza è uno status non per forza irreversibile, ma ai fini del fallimento basta l'attualità dell'insolvenza.

Nella legge fallimentare negli **articoli 10 e 11** consentono di addivenire al fallimento anche l'attualità dell'attività d'impresa: gli imprenditori individuali e collettivi, possono essere dichiarati falliti **entro un anno dalla cancellazione del registro delle imprese** se l'insolvenza si è manifestata prima della cancellazione o entro l'anno successivo; quindi è possibile dichiarare il fallimento dell'imprenditore che al momento della cancellazione aveva cessato l'attività da non più di un anno; per tutelare i creditori che per qualsiasi motivo, colposo, non si pensava o non si trovava il creditore o perché il creditore è negligente, o doloso (questo può generare responsabilità a carico dei soci, che per esempio si sono spartiti quanto restava dell'attivo liquidato).

Se l'impresa è obbligatoriamente iscritta al registro dell'impresa, la cancellazione è importante per far decorrere il termine, mentre per l'imprenditore individuale non è sottoposto all'iscrizione obbligatoria il termine non è così certo, perché il creditore può dimostrare il termine effettivo di cessazione dell'attività a prescindere da quanto detto dal debitore e questo fenomeno si applica per le società irregolari (cioè quelle non iscritte come la snc irregolare, le associazioni e le fondazioni, perché manca il registro delle imprese).

Poi vi sono altri due casi:

- Il fallimento dell'imprenditore defunto perché il soggetto è morto e si è scoperto che è insolvente;
- Il fallito che muore.

Lezione 4 27/02/2019

L'articolo 10 consente il fallimento dell'impresa anche quando l'impresa è stata cancellata dal registro delle imprese, **entro un anno dalla cancellazione**. In caso di impresa individuale che non ha la pubblicità dichiarativa nel registro delle imprese sia nel caso di strutture/organizzazioni che non hanno l'iscrizione come associazioni e fondazione, il termine annuale comincia a decorrere **da quando l'attività è effettivamente cessata**, e chi chiede il fallimento deve provare che l'attività era in corso.

Per quanto riguarda il **fallimento dell'imprenditore defunto**, che fosse insolvente al momento della morte può essere dichiarato fallito entro un anno dalla sua morte, con un problema per gli eredi, perché questi ultimi potrebbero incoscientemente aver accettato l'eredità perché così subentrano in tutti i rapporti economici del de cuius (= colui che è morto) fa venir meno la confusione dei patrimoni fra il defunto e gli eredi e fa sorgere due masse distinte, quella relativa al patrimonio del defunto e quella relativa al patrimonio dell'erede, quella del defunto va esclusivamente a favore dei creditori del defunto, mentre quella relativa al patrimonio degli eredi va sia ai creditori personali degli eredi che ai creditori del defunto, perché avendo accettato l'eredità del defunto diventa responsabili dei debiti degli eredi.

Meglio accettare l'eredità con benefici d'inventario nei limiti dell'attivo del patrimonio del defunto oppure non accettare l'eredità se il defunto era in odore di fallimento.

La dichiarazione di fallimento dell'imprenditore defunto può essere fatta dai creditori del defunto e sarà il caso normale oppure dallo stesso erede se non abbia confuso il proprio patrimonio con quello del defunto.

L'altro caso è la **morte dell'imprenditore fallito**, cioè l'imprenditore dichiarato fallito che nel corso della procedura di fallimento muore, la procedura (art 12) prosegue nei confronti degli eredi anche se hanno accettato con beneficio d'inventario nei limiti del patrimonio, se ci sono più eredi la procedura prosegue nei confronti del rappresentante o se l'eredità è stata rifiutata la procedura prosegue nei confronti del curatore dell'eredità giacente che verifica l'attivo e il passivo dell'eredità.

Parlando dei soggetti fallibili, vi è un caso particolare il **fallimento in estensione** (art 147 della legge fallimentare), la norma dice che nel caso di fallimento della società di persone falliscono la società e i soci illimitatamente responsabili che possono essere persone fisiche o persone giuridiche.

Se un **socio di una società di persone ha cessato il proprio rapporto** con la società perché ha ceduto la propria partecipazione, o perché è receduto, o perché è stato escluso o perché è morto non può essere dichiarato fallito decorso un anno dalla cessazione del suo rapporto con la società. Il socio che non è più socio di una società di persone non può più fallire passato un anno dallo scioglimento del rapporto e il fallimento del socio cessato si ha solo se l'insolvenza preesisteva alla conclusione del rapporto della società. Lo stesso principio si applica non solo alla cessazione del rapporto societario ma anche alla cessazione della responsabilità illimitata, come nel caso di trasformazione da una società di persone ad una società di capitali, per effetto della quale viene meno la responsabilità illimitata oppure per il caso di fusione per incorporazione di una società di persone in una società di capitali.

Sono tutti fenomeni assimilabili alla perdita della responsabilità illimitata, come avviene per la cessazione del rapporto o alla cessazione dell'attività d'imprenditore come avviene nell'articolo 10 della legge fallimentare.

Il procedimento di apertura del fallimento

L'art 15 della legge fallimentare parla del procedimento per la dichiarazione del fallimento, che vede l'intervento dell'autorità giudiziaria, su richiesta dei soggetti legittimati a chiedere il fallimento, che deve accertare i presupposti soggettivi (fallibilità del soggetto) e il presupposto oggettivo (stato di insolvenza) e con sentenza dichiara il fallimento.

Nel procedimento abbiamo un conflitto di interessi del debitore che dopo la richiesta del fallimento da parte di un suo creditore, vuole dimostrare *l'assenza del debito e che non vuole fallire*, per dimostrare l'incompetenza del tribunale, per tutelare i propri diritti e dall'altra parte abbiamo l'interesse del creditore *ad ottenere il più rapidamente possibile la dichiarazione del fallimento* per prendere possesso del patrimonio del fallito evitando pagamenti che il fallito nell'imminenza della sua chiusura può fare, questo conflitto, tutela del diritto di difesa, costituzionalmente sancito nell'art 24 della Cost. e tutela del riconoscimento dei propri diritti, ha trovato una sintesi nell'articolo 15 della legge fallimentare che dà rilievo anche al pubblico interesse alla dichiarazione di fallimento o alla verifica dello stato di insolvenza da parte dello Stato e di tutti i soggetti che non sono necessariamente creditore e debitore ma da parte di tutti gli stakeholders, questo interesse pubblico all'accertamento si manifesta attraverso l'attribuzione al pubblico ministero della partecipazione obbligatoria al procedimento per la dichiarazione di fallimento e alla legittimazione del PM a dichiarare il fallimento. Il PM perché è un soggetto appartenente all'ordine giudiziario che ha la funzione di tutelare l'interesse pubblico, diversa da quella del PM che deve individuare i soggetti quando hanno compiuto i reati, il PM è l'accusa pubblica ed è colui che ha l'obbligo di esercitare l'azione penale, tutte le volte in cui ritiene che sia stato compiuto un reato ha l'obbligo di individuare, approfondire e di chiedere la punizione/condanna dell'autore di un reato, perché ha questa funzione di vigilanza per il rispetto della legge e di punizione, la condanna la dà il tribunale. Nel caso di fallimento il PM non esercita un'azione penale, ma è il braccio pubblico che manifesta l'interesse pubblico all'accertamento dello stato di insolvenza.

Il procedimento comincia con un ricorso che è un atto giudiziario che può essere presentato dal **debitore** o dal **creditore** o con una richiesta da parte del **PM**. Non c'è più il fallimento d'ufficio, cioè quello per il quale lo stesso tribunale civile, fallimentare, se riteneva che un soggetto era insolvente poteva dichiararlo insolvente e quindi poteva farlo fallire, questo potere non c'è più dal 2005. Ante 2005 nel testo della legge fallimentare del '42, il procedimento era inquisitorio, ed era un sistema incostituzionale, cioè il tribunale d'ufficio poteva chiamare ma non vi era l'obbligo di sentire le ragioni del fallendo, al massimo ci si poteva opporre, ed era un sistema incostituzionale perché tutti devono avere il diritto di difendersi, per questo alcune norme sono state dichiarate incostituzionali inserendo l'obbligo del contraddittorio.

Ma nell'amministrazione straordinaria, nelle grandi imprese, cioè nella procedura straordinaria di insolvenza delle grandi imprese, disciplinate nella Prodi bis, esiste ancora la dichiarazione di fallimento d'ufficio, questa norma datata e da eliminare anche se non è stata eliminata nonostante nella legge delega era prevista.

È frequente che l'iniziativa per la dichiarazione del fallimento, art 6, sia esercitata dallo stesso debitore che riconoscendo di essere insolvente alza bandiera bianca, caso del fallimento in proprio, è un potere del

debitore ma è un potere che si tinge in un dovere perché se l'imprenditore, astenendosi cioè non richiedendo il proprio fallimento aggrava il dissesto (facendo aumentare i debiti quando era già insolvente), compie un reato di *bancarotta semplice* (art 217) che ha tanti casi tra cui la ritardata richiesta di fallimento con aggravamento del passivo.

L'imprenditore, che è una persona fisica, fallito alla chiusura della procedura può beneficiare dell'istituto della esdebitazione, che consiste nella liberazione dai debiti non pagati in sede fallimentare, inesigibilità del credito non l'estinzione del debito, ma se e solo se non ha in nessun modo ritardato la propria dichiarazione di fallimento, perché è un beneficio per l'imprenditore che appena ha capito che non ce la faceva ad andare avanti ha chiesto di fallire, per consentire il FRESH START. Per il legislatore è preferibile non cancellare dalla vita civile il fallito, per questo è meglio chiudere il passato, per poter ricominciare.

Il ricorso viene presentato dal debitore se è un imprenditore individuale lo firma lui, se è una società di capitali lo firmano gli amministratori mentre se è una società di persone la decisione spetta ai soci della società di persone a maggioranza assoluta del capitale sociale, no unanimità, ma lo firma l'amministratore.

Il debitore deve depositare in cancelleria (art 14, obbligo dell'imprenditore che chiede il proprio fallimento), le scritture contabili, le scritture fiscali, i bilanci dei tre esercizi precedenti, deve depositare l'elenco delle sue attività con una valutazione e l'elenco dei propri creditori specificando quelli che hanno diritti di natura reale (pegno o ipoteca) o personali (privilegio o altri diritti personali sui beni dell'attivo), e i ricavi lordi per gli ultimi tre esercizi, questo per consentire al tribunale di verificare la sua oggettiva fallibilità.

I creditori possono depositare in tribunale un ricorso, con meno documenti di quelli che deve depositare il debitore, perché devono depositare solo quelli giustificativi del loro credito, il loro credito può essere di qualunque importo, è il debitore che deve dimostrare di essere sottosoglia, ma non c'è una soglia minima di valore del credito per chiedere il fallimento, il credito deve essere scaduto ed esigibile, tendenzialmente non condizionato e non necessariamente deve essere munito da un titolo esecutivo.

Il credito *scaduto, liquido ed esigibile* è un credito per il quale il debitore è tenuto al pagamento, il termine è già scaduto, liquido ed esigibile cioè determinato in una somma di denaro, esempio il credito portato da una fattura non pagata, prova allegando la fattura, la consegna della merce o mediante le scritture contabili che l'attestano. Non è necessario che il creditore abbia un titolo esecutivo, che è un accertamento giudiziario del credito che si traduce in un provvedimento che attribuisce al creditore di agire esecutivamente sul patrimonio del debitore, e da diritto al pignoramento. Per presentare l'istanza di fallimento non è necessario che il credito sia assistito da un titolo esecutivo. Da parte di molti creditori vi è un abuso della richiesta dell'istanza di fallimento, perché la lentezza della giustizia per arrivare ad un titolo esecutivo fa passare da alcuni mesi ad alcuni anni, per questo i creditori utilizzano l'istanza di fallimento come surrogato del procedimento di riconoscimento del credito, arma molto incisiva e di pressione.

Il PM fa valere l'interesse della collettività all'accertamento dell'insolvenza, ma ha dei limiti nell'esercizio della possibilità di richiedere il fallimento, previsti nell'articolo 7 comma 1, deve farlo se:

- l'insolvenza risulta nel corso di un procedimento penale che il PM sta seguendo;
- può presentare istanza di fallimento o può presentarla in casi che fattualmente allarmano, come la fuga o l'irreperibilità dell'imprenditore o latitanza o chiusura dei locali dell'impresa, casi che non depongono per un gran stato di salute dell'impresa;
- quando l'insolvenza risulta dalla segnalazione di un giudice civile che l'ha rilevata nel corso di un procedimento civile, ed è il percorso alternativo al fallimento d'ufficio.

L'art 9 dice che il fallimento è dichiarato dal **tribunale del luogo** ove l'imprenditore ha la **sede principale** dell'impresa (l'articolo 8 esiste ma il contenuto è stato abrogato), questa è una competenza inderogabile al tribunale, nelle articolazioni del tribunale, che vengono realizzate dal presidente del tribunale che deve occuparsi di dividere i giudici a seconda delle competenze, per esempio ci sono i giudici che si occupano del fallimento, cioè al tribunale civile ma nella sezione dei giudici che funzionalmente e temporaneamente (rotazione) si occupano del tribunale fallimentare, che sono giudici civili ordinari che per un periodo di tempo massimo (8-10 anni) si occupano del fallimento.

Con il termine sede principale dell'impresa vuole dire la **sede dove vengono prese le decisioni**, sede dove c'è il nucleo pensante dell'impresa dove si comanda, il centro direzionale e amministrativo, dove si riunisce il CDA che dovrebbe coincidere con la sede legale ma se non coincide, conta quella dove si prendono le decisioni. Il secondo comma dell'art 9 dice che il trasferimento della sede principale intervenuto nell'anno antecedente l'esercizio dell'istanza di fallimento non è rilevante ai fini della competenza, la norma colpisce

il cosiddetto forum shopping, spostamenti per scegliere il tribunale preferibile, perché affinché lo spostamento si consolidi deve passare almeno un anno, *se lo spostamento ha meno di un anno vale la sede vecchia*. Il trasferimento della sede all'estero, es. Austria, diventa un problema di giurisdizione, però per evitare il forum shopping internazionale, l'art 9 comma 3 dice che l'imprenditore che ha all'estero la sede principale dell'impresa, per averla trasferita quando ha voluto, può essere dichiarato fallito anche in Italia se ha dei beni in Italia, anche se è già stato dichiarato fallito all'estero.

Il tribunale al quale è stata presentata l'istanza di fallimento deve verificare la propria competenza, cioè se è territorialmente competente se ha la sede principale nel proprio circondario, tendenzialmente provinciale, ma potrebbe dichiarare la propria incompetenza e in questo caso è trasmesso in copia dal tribunale incompetente a quello ritenuto competente, ma a sua volta il tribunale nominato può dichiarare la competenza o potrebbe dichiararsi incompetente, ma in questi casi decide la Cassazione alla quale ci si rivolge con il regolamento di competenza, che è un procedimento in camera di consiglio che risolve la competenza.

Si deposita il ricorso e il procedimento si svolge (art. 15) dinanzi al tribunale fallimentare, in **composizione collegiale (3 membri) con le modalità dei procedimenti in camera di consiglio**. Questo perché a seconda dei giudici il tribunale può decidere in modo monocratico (un solo giudice), ma per le cose più importanti è collegiale mentre per quelle "routinarie" la decisione è monocratica. I processi si distinguono in cognizione (che cercano di arrivare all'accertamento di un diritto), esecuzione (parte successiva all'accertamento del diritto, per far eseguire un diritto accertato) e quello in camera di consiglio che normalmente non riguarda un contenzioso (esempi sono lo stato delle persone, la separazione consensuale, l'interdizione, lo stato di adottabilità) e hanno regole processuali diverse dagli altri procedimenti citati, sono tendenzialmente regole più flessibili per un procedimento non contenzioso, che normalmente non necessita di un particolare approfondimento, sono più snelli e più veloci ma nei quali è rispettato il principio del contraddittorio (dire quello che pensano) ma con regole flessibili, (nel procedimento di cognizione vi sono memorie obbligatorie). Il giudice del tribunale fallimentare si organizza di volta in volta con il limite del *rispetto del contraddittorio*.

Lezione 5 28/02/2019

L'esame del procedimento per la dichiarazione del fallimento è di competenza del tribunale adito, cioè al quale ci si è rivolto. L'articolo 15 dice che si svolge davanti al tribunale in composizione collegiale, in camera di consiglio (contraddistinti dalla flessibilità della procedura decisa dal giudice ma con il limite del rispetto del contraddittorio, cioè che ciascuna parte faccia valere le proprie ragioni).

Il procedimento per il fallimento è lo stesso in base da chi proviene l'istanza:

- se proviene dal debitore, il procedimento sarà più veloce e più snello, perché si verificherà solo che il tribunale abbia le soglie;
- se l'istanza proviene dai creditori, è più importante il contraddittorio e deve intervenire anche il PM per vegliare l'interesse collettivo della procedura fallimentare.

Questo provvedimento è un **decreto** (mentre la sentenza normalmente definisce un contenzioso, ma nel nostro caso la sentenza non definisce un vero e proprio contenzioso, ma **cambia lo status**, come la sentenza di separazione consensuale dei coniugi), i decreti sono documenti organizzativi di un qualcosa e di norma sono emessi in assenza di contraddittorio, le ordinanze sono invece provvedimenti di natura interna al procedimento e messi in contraddittorio tra le parti (si ha un'anomalia nel concordato preventivo che si conclude con un decreto di omologa che approva il concordato ma nella riforma verrà chiamato sentenza).

Il tribunale convoca con decreto, in audita altera parte, cioè senza che venga convocata l'altra parte, il debitore e i creditori, il decreto è sottoscritto dal presidente del tribunale che delega un giudice a sentire le parti per curare una mini istruttoria prima di arrivare ad una decisione e l'udienza deve essere fissata non prima di 15 e non oltre 45 giorni e questo decreto fissa un termine non inferiore a 7 giorni prima dell'udienza, nei quali debitore per presentare memorie documenti e relazioni e il tribunale invita il debitore a depositare gli ultimi tre bilanci e una situazione patrimoniale e finanziaria aggiornata per capire se il debitore è sopra o sotto soglia. Le comunicazioni vanno fatte tramite PEC, perché ormai l'intero processo si svolge in modo telematico, mentre prima avveniva solo tramite l'ufficiale giudiziario.

Per ragioni di urgenza, il tribunale *può abbreviare i termini* come nel caso in cui stanno spirando eventuali termini per la revocatoria, per azioni di responsabilità o per azioni recuperatorie dell'attivo; all'udienza il