

La nuova disciplina

Il D. Lgs n. 5/2006 ha, finalmente, ridisegnato l'ambito di applicazione del presupposto soggettivo per la dichiarazione di fallimento.

Il nuovo art. 1 L.F. non si limita ad escludere dalla procedura il piccolo imprenditore ma ne fornisce una definizione ai fini fallimentari.

Il legislatore italiano, ritornando ad una definizione quantitativa, classifica come piccolo, l'imprenditore esercente *"un'attività in forma individuale o collettiva che, anche alternativamente"* a) non abbia *"effettuato investimenti nell'azienda per un capitale di valore superiore ad euro 300.000,00"*, b) non abbia *"in qualunque modo risulti, ricavi lordi calcolati sulla media degli ultimi tre anni dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, per un ammontare complessivo annuo superiore ad euro 200.000,00"*.

La riforma, tanto attesa dai giuristi quanto dal mondo delle imprese, ha come obiettivo quello di porre fine alla annosa questione circa la assoggettabilità al fallimento del piccolo imprenditore.

La novella ridisegna il concetto di piccolo imprenditore ancorandolo a due parametri oggettivi: gli *"investimenti"* ed i *"ricavi"*. Per dichiarare il fallimento di un imprenditore non occorre più ricorrere ad analisi approfondite circa le sue caratteristiche, bastando verificarne le dimensioni. La disciplina previgente¹ definiva il piccolo imprenditore attraverso un parametro qualitativo riferito al tipo di attività svolta, ove si richiedeva la prevalenza del lavoro sul capitale investito. Oggi, invece, sono esclusi dal fallimento tutti gli imprenditori commerciali non piccoli individuati sulla scorta di due diversi criteri alternativi e complementari tra loro, facilmente accertabili in sede pre fallimentare.

Non v'è dubbio che, ancora una volta, sembra emergere in tema di fallimento un concetto di piccolo imprenditore diverso da quello civilistico. La discussione sulla implicita abrogazione dell'art. 2083 c.c. per effetto della nuova definizione fallimentare di piccolo imprenditore non merita attenzione per la sua scarsa rilevanza pratica: allorché si debba stabilire se un coltivatore diretto, un artigiano o un piccolo commerciante siano passibili di fallimento bisognerà, semplicemente, verificarne i limiti dimensionali in base ai parametri del nuovo art. 1 L.F.

L'inversione di tecnica legislativa consegue dall'obiettivo del legislatore di limitare l'ambito soggettivo di applicabilità delle procedure concorsuali.

Per tale ragione, viene a cadere anche il divieto dell'esclusione dal fallimento delle piccole società commerciali, atteso che per la nuova disciplina deve essere

¹ Il precedente art. 1 L.F. statuiva semplicemente: *"Sono soggetti alle disposizioni sul fallimento...gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale esclusi gli enti pubblici e i piccoli imprenditori"*.

Dopo l'abolizione dell'imposta sulla ricchezza, il cui minimo giungeva da parametro per l'individuazione del piccolo imprenditore e la cancellazione ad opera della sentenza n. 570/1989 (Corte Suprema) del parametro sussidiario del capitale investito non superiore a lire 900.000, il criterio per l'identificazione della qualifica di piccolo imprenditore doveva rinvenirsi nella disposizione dell'art. 2083 c.c. Tale disposizione definisce piccolo imprenditore commerciale colui che esercita *"un'attività professionale organizzata prevalentemente con il lavoro proprio e dei componenti della famiglia"*. Per stabilire l'assoggettabilità alle procedure concorsuali il giudice era chiamato ad operare un giudizio di prevalenza tra capitale investito e lavoro esterno, da una parte ed il lavoro dell'imprenditore e dei suoi familiari, dall'altra. Tra gli indici rivelatori delle reali dimensioni dell'impresa vi erano già la consistenza dei flussi finanziari (generalmente proporzionale all'espansione raggiunta dall'impresa) e la consistenza patrimoniale (generalmente inversamente proporzionale alla necessità di forza lavoro).

considerato piccolo imprenditore anche colui che esercita l'attività "in forma collettiva"².

L'idea di azionare il fallimento allorché le dimensioni dell'impresa raggiungono determinati livelli quantitativi trova il fondamento nella convenienza economica ad evitare l'applicazione di una procedura molto onerosa nel caso in cui i debiti risultino di modesta entità. Non v'è dubbio, infatti, che oltre il limite quantitativo per cui non può ritenersi sussistente il presupposto di cui all'art. 5 L.F.³, le ridotte dimensioni dell'azienda presumono il verificarsi di situazioni di decozione ridotta che sconsigliano l'applicazione dell'istituto del fallimento per le ragioni suesposte.

Problemi interpretativi

L'equivalenza dimensione dell'azienda uguale dimensione dell'insolvenza può portare, però, ad escludere dall'ambito del fallimento società che pur avendo un'azienda di piccola dimensione debbano considerarsi a tutti gli effetti imprenditori soggetti a fallimento.

La genericità dei criteri utilizzati dal legislatore per accertare la soggezione al fallimento sembra offrire ampi spazi per sfuggire all'applicazione della normativa fallimentare.

L'impostazione dell'art. 1 L.F. che prevede due criteri tra loro alternativi aggrava il suddetto problema: è infatti sufficiente la presenza di uno solo dei due elementi per l'apertura della procedura fallimentare.

Posto che, null'altro è specificato, deve ritenersi che il concetto di "capitale" sia quello utilizzato in economia. Esso è dato dalla somma tra le immobilizzazioni, cioè gli elementi patrimoniali destinati a essere durevolmente utilizzati dall'impresa, quali beni (immobilizzazioni materiali), brevetti, diritti di utilizzazione, marchi e concessioni, avviamento (immobilizzazioni immateriali), crediti concessi a medio e lungo termine, azioni proprie, investimenti in partecipazioni (immobilizzazioni finanziarie) e il capitale circolante (netto)⁴.

Resta esclusa dal concetto di capitale la parte dell'attivo circolante costituita dall'insieme delle disponibilità liquide e delle attività finanziarie che non sono immobilizzazioni.

È, quindi, ragionevole pensare che si possano facilmente architettare strutture di bilancio che contengano il livello di ammortamenti e di capitale circolante.

Si pensi, per esempio, ad una società che decida di far acquistare i mezzi produttivi impiegati nel proprio processo industriale da altra società collegata che glieli concede in locazione. O ancora, ad una società che disponga di ingenti somme liquide erogate con la garanzia di società terza controllata.

È probabile che all'insorgere dell'insolvenza il Tribunale fallimentare si trovi ad analizzare i documenti contabili di un'azienda che, seppur strutturata come piccolo imprenditore, goda di riflesso dei vantaggi economici di cospicui

² Alla scelta del legislatore del 1942 per cui "in nessun caso sono considerati piccoli imprenditori le società commerciali" si contrappone la tendenza attuale a favorire l'aggregazione in società, ritenute motore trainante dello sviluppo economico.

³ La riforma all'art. 15 L.F. esclude dal fallimento gli imprenditori che abbiano un'insolvenza inferiore ad € 25.000,00. Deve ritenersi ancora operante l'impostazione dottrinale tradizionale (E.F. Ricci, "Lezioni sul fallimento", Milano, 1997) per cui due sono i presupposti per la dichiarazione di fallimento con la sola specificazione riferita ora a quello soggettivo ora a quello oggettivo (l'imprenditore commerciale non deve essere piccolo né la sua insolvenza deve essere modesta).

⁴ Quest'ultimo risulta dalla differenza tra le attività correnti (crediti con scadenza non superiore a 12 mesi, rimanenze di merci e materiali di consumo) e le passività correnti (debiti con scadenza entro 12 mesi, per esempio verso fornitori, debiti tributari, fondi per rischi ed oneri).

investimenti e disponibilità economiche o finanziarie, supportate direttamente da soggetti terzi a cui è in qualche modo collegata.

Il rischio che si sviluppino aziende sottocapitalizzate che finiscano per scaricare sui creditori i propri errori imprenditoriali è del tutto concreto.

Né vale ad impedire il possibile dilagare di "piccole scatole vuote", esonerate dal fallimento, la previsione circa il limite dei ricavi ad euro 200.000,00.

Ad onor del vero, detto criterio appare complementare al primo, non solo per la sua rilevanza ed operatività in un momento temporale differente, ma anche in senso assoluto, stante la più difficile elusione del limite dimensionale del fatturato: se è più facile mascherare gli investimenti nell'azienda, molto più difficile è far risultare modesti ricavi dalle vendite.

V'è da chiedersi, però, se il termine azienda debba intendersi, in senso stretto civilistico, come sinonimo di società. Alla fine delle riflessioni che precedono sembra preferibile un'interpretazione estensiva che tenga conto della realtà economica ove un imprenditore in una stessa società possa inglobare più aziende.

Anche il secondo criterio adottato sembra, dunque, favorire la disgregazione di imprese in piccole unità operative o addirittura incentivare l'aumento dell'evasione fiscale.

L'ambiguità della norma sembra acuire detto rischio. Non si capisce, in primis, se il legislatore abbia voluto riferirsi al concetto di bilancio dei "ricavi" delle vendite (meglio conosciuto come fatturato) o ad un concetto più ampio che vi includa anche le componenti positive economiche della gestione non caratteristica come interessi attivi e canoni, contributi, dividendi inerenti l'attività aziendale. La genericità dell'espressione del termine ricavi, alla luce della ratio della riforma, fa propendere per un'interpretazione estensiva che vi includa tutte le entrate nella società al lordo dei costi. Tale qualificazione fa emergere ulteriori elementi di incertezza: non si comprende quali elementi del passivo concorrano alla formazione di tale dato quantitativo⁵.

Anche dal punto di vista temporale non pochi sono gli interrogativi. Gli investimenti devono computarsi con l'analisi di tutti i bilanci dell'azienda trattandosi di un valore cumulativo per sua natura intrinseca, anche se erosi; mentre per i ricavi i Tribunali dovranno verificare i dati risultanti dai bilanci nella media ponderata degli ultimi tre anni (o quelli dalla costituzione se avvenuta prima del suddetto periodo) antecedenti, incluso l'anno in corso all'accertamento dell'insolvenza.

Un'analisi approfondita della riforma fallimentare induce a ritenere minimo, dal punto di vista teorico, il rischio che gli imprenditori commerciali limitino le proprie strutture aziendali.

Taluni⁶ hanno fatto rilevare che, alla luce della riforma, la soggezione al fallimento possa essere conveniente rispetto alla responsabilità del debitore escluso dalla procedura concorsuale poiché questa resterebbe limitata al compendio dei beni

⁵ I ricavi vanno decurtati dai resi di merce e servizi, oggetto di note di credito, che diminuiscono il reale volume d'affari dell'imprenditore: l'aggettivo "lordi" è semplicemente rafforzativo e quindi superfluo, atteso che, i ricavi sono quelli delle vendite, così indicati perché non devono essere scorporati dai costi per realizzarli.

⁶ Potito-Sandulli, "La riforma della legge fallimentare", Tomo I, p. 4.

Gli autori fanno notare che, in base al nuovo art. 118 L.F., nelle ipotesi di chiusura del fallimento, peraltro rimaste invariate rispetto alla disciplina previgente, il curatore nel caso di fallimento di imprenditore collettivo deve richiedere la cancellazione dal Registro delle Imprese. Il 2° comma aggiunge che, "la chiusura della procedura di fallimento della società determina anche la chiusura della procedura estesa ai soci ai sensi dell'art. 147...". Inoltre, l'art. 120 L.F., così come novellato dalla riforma, limita l'azione dei creditori rimasti insoddisfatti, dato che questa incontra l'ostacolo dell'esdebitazione.

compresi nel fallimento, mentre il debitore comune, in ossequio al principio generale dell'art. 2740 c.c., risponderebbe anche con i beni futuri.

La possibilità per l'imprenditore individuale (non piccolo) di beneficiare dell'esdebitazione⁷, cioè di liberarsi "*dei debiti residui nei confronti dei crediti concorsuali non soddisfatti*" rappresenta, certamente, un incentivo ad intraprendere un'attività in proprio o a riprenderla una volta incorsi nel fallimento⁸.

In concreto, però, è ragionevole pensare che sia più probabile che gli imprenditori scelgano di esercitare la propria attività mediante società di capitali per limitare la propria responsabilità⁹, piuttosto che ingrandirsi in forma individuale per beneficiare degli effetti positivi dell'istituto dell'esdebitazione.

Né l'altra significativa novità della riforma, contenuta nel secondo comma dell'art. 118 L.F., sembra scongiurare il rischio di disgregazione delle medie imprese in piccole unità produttive.

Tale norma attribuisce al curatore l'onere di richiedere la cancellazione della società dopo aver effettuato la ripartizione finale dell'attivo o aver accertato l'impossibilità di soddisfare "*i creditori concorsuali, i crediti prededucibili e le spese di procedura*".

Il decreto di chiusura del fallimento porta, nei soli casi sopraindicati, all'estinzione della società per effetto dell'atto formale della cancellazione dal Registro delle Imprese. L'intento del legislatore è quello di agevolare la ripresa dell'imprenditore collettivo.

In tale caso il debito resterà esistente ma contro un soggetto che non esiste più e i creditori vedranno vanificata la possibilità di esperire il recupero dei loro crediti ex art. 120 L.F., peraltro, già ampiamente limitata dall'operatività dell'esdebitazione.

Difficile è, però, ipotizzare che l'estinzione della società, conseguente alla chiusura del fallimento, potrà servire ad attenuare il carattere punitivo del fallimento che gli imprenditori cercheranno sempre di evitare: quelli di capitale per non vedersi aggrediti i beni personali concessi in garanzia alle banche, quelli strutturati in società di persone per evitare di rispondere illimitatamente.

La riforma di Basilea 2

La vetustà della legge fallimentare ha imposto al legislatore di adeguare una disciplina ormai anacronistica alla realtà economica attuale, ove un'impostazione punitiva della procedura ha, sovente, costretto molti imprenditori a ricorrere ad una veste giuridica che li mettesse al riparo dalle conseguenze pregiudizievoli del fallimento. Frequente nella prassi commerciale è stato il ricorso all'iscrizione all'Albo delle Imprese Artigiane per tentare di sfuggire alla declaratoria di fallimento.

Le ragioni principali di un comportamento di tal sorta possono rinvenirsi nella volontà di evitare imputazioni penali per cui il fallimento sia condizione di punibilità, nella più complessa strategia di poter compiere operazioni che portino ad un salvataggio dell'azienda o semplicemente nel tentativo di sfuggire ad una pronuncia ritenuta socialmente sconveniente.

La nuova disciplina fallimentare sembra, però, incentivare la compressione delle dimensioni aziendali per sfuggire alla declaratoria di fallimento. La previsione di

⁷ Disciplinato dagli articoli 142 e 144 L.F. è la novità più importante della riforma: consiste nella liberazione del solo debitore individuale dai debiti rimasti parzialmente insoddisfatti, qualora abbia collaborato con gli organi della procedura per il proficuo e celere svolgimento della procedura concorsuale.

⁸ Vittorio Santoro, "Commentario alla legge fallimentare", Vol. II, p. 848, op. cit.

⁹ La politica legislativa favorisce la nascita di società a responsabilità limitata a socio unico.

un criterio matematico per la classificazione del piccolo imprenditore pare, infatti, facilitare il tentativo di sfuggire all'area di operatività del fallimento.

Tale probabile tendenza negativa dovrebbe, almeno in parte, essere contrastata dalla nuova disciplina di Basilea 2. L'obiettivo del Comitato è quello di prevenire o almeno minimizzare il rischio di fallimento degli istituti bancari e creditizi¹⁰. Le banche dei paesi aderenti dovranno accantonare quote di capitale proporzionali al rischio dei vari rapporti di credito, valutato attraverso lo strumento del Rating¹¹. Gli imprenditori ritenuti non "affidabili", saranno costretti a ricapitalizzare le proprie aziende al fine di non vedersi automaticamente revocare gli affidamenti¹². In definitiva, secondo la comunità finanziaria internazionale un sistema bancario più forte porterebbe a ridurre il rischio di fallimenti. Secondo molti osservatori finanziari le banche sarebbero, però, indotte a ridurre il credito destinato alle piccole imprese che, in qualità di prenditori di minor qualità creditizia, vedrebbero aumentarsi anche i tassi di interesse.

Tale situazione avrebbe come effetto quello di ridurre la capacità di indebitamento del piccolo imprenditore ed imporre revisioni in negativo delle sue condizioni di finanziamento.

In tale scenario il timore di un credit crunch a danno delle imprese più piccole sembra abbastanza concreto, anche se molti sostengono che il ricorso allo strumento dei consorzi di garanzia potrà attenuare detto rischio. Il piccolo imprenditore, verosimilmente, non sarà incentivato ad investire nella propria azienda posto che il sistema bancario sembra favorire solo le grandi imprese.

La preoccupazione è di non poco conto, tenuto presente che la causa principale del fallimento delle imprese italiane è costituita dalla loro sottocapitalizzazione¹³ che importa il prodursi di crisi irreversibili di liquidità allorché si verificano susseguenti insoluti che non possano essere assorbiti col ricorso al credito bancario.

Alla luce della riforma di Basilea 2, gli imprenditori saranno costretti a preferire la forma societaria per accedere a finanziamenti meno onerosi, posto che, l'erogazione del credito sarà più svantaggiosa per quei soggetti economicamente più deboli, cioè quelli che possono offrire minori garanzie ai terzi, proprio perché ammessi all'esdebitazione.

Le banche, come in passato, tenderanno a preferire l'erogazione di credito a società di capitali, garantendosi la solvibilità dei prestiti concessi mediante garanzie personali o reali dei loro soci o di terzi.

¹⁰ Si tratta del secondo accordo internazionale firmato a Basilea sui requisiti patrimoniali delle Banche, in vigore dal 1° gennaio 2007 in sostituzione di quello operativo dal 1988 (Basilea 1).

Tali accordi sono il risultato del lavoro del Comitato di Basilea istituito alla fine del 1974 dai Governatori delle Banche Centrali dei 10 paesi più industrializzati.

Il Comitato opera in seno alla Banca dei Regolamenti Internazionali, un'organizzazione internazionale con lo scopo di promuovere la cooperazione fra le banche centrali per favorire la stabilità economica e finanziaria internazionale. Le sue statuizioni non sono vincolanti per i singoli paesi che sono liberi di conformarsi alle direttive. Ad oggi la maggior parte dei paesi comunitari vi hanno aderito.

¹¹ "Rating" significa valutazione. Basilea 2 definisce solo le linee guida, lasciando poi ampio margine alle banche nel scegliere le metodologie di "voto" sull'affidabilità finanziaria scegliendo, però, tra modalità predefinite di comportamento (standard approach, IRB e IRB avanzato).

¹² La nuova impostazione aumenterà forse la concorrenza nell'offerta di credito, stante la libertà dei singoli istituti bancari nel sviluppare la propria politica di gestione del rischio.

¹³ Oltre la metà delle imprese manifatturiere italiane è poco affidabile e potrebbe presentare rischi di fallimento. È quanto emerge dai dati raccolti da UnionCamere nel mese di ottobre 2006 dai giudizi delle agenzie di rating sulle pmi italiane in vista dell'entrata in vigore di Basilea 2. Ad essere affidabile è il 43% delle aziende mentre il 57% circa è ritenuto vulnerabile o molto a rischio (ANSA 11/11/2006).

L'imprenditore collettivo, ingiustamente¹⁴ escluso dalla possibilità di liberarsi di debiti rimasti parzialmente insoddisfatti, pare avere interesse a sfuggire alla pronuncia di fallimento.

È ragionevole pensare che questi cerchi di contenere le dimensioni della propria azienda entro i limiti oggettivi di esenzione dal fallimento. E ciò non solo per le conseguenze pregiudizievoli in tema di credibilità imprenditoriale per effetto dell'appostazione a sofferenza nella centrale rischi della Banca d'Italia, ma anche e soprattutto per evitare di rispondere senza limite dei debiti sociali.

L'istituto dell'esdebitazione sembra, quindi, essere destinato ad avere una scarsa applicazione pratica anche se di esso possono beneficiare i soci illimitatamente responsabili falliti personalmente in estensione al fallimento della società ex art. 147 L.F.

Così, se da un lato non pare del tutto scongiurato il pericolo che sfuggano al fallimento imprese (per lo più di servizi) che con pochi beni realizzano grandi fatturati ripartiti su più società, dall'altro, forte sembra essere il rischio che medi imprenditori si trasformino in piccole realtà economiche, efficienti, ed escluse dal fallimento, con conseguenze irreparabili per i creditori in caso di dissesto, se trattasi di società di capitali.

Di fronte alla tendenza del sistema bancario e finanziario che, oggi come ieri, continua a penalizzare le piccole realtà imprenditoriali, sarebbe auspicabile un intervento del legislatore per favorire il consolidamento delle aziende a tutela delle ragioni creditizie¹⁵.

Si potrebbe, per esempio, prevedere l'obbligatorietà di un capitale sociale da versare in misura proporzionale al volume d'affari (pena lo scioglimento della società) o addirittura l'introduzione di una fideiussione bancaria o assicurativa a favore dei creditori da escutere in caso di fallimento.

In definitiva, pur condividendo le scelte del legislatore della riforma, basate su valutazioni di convenienza economica e sociale, è difficile ipotizzare che l'attenuazione del carattere punitivo del fallimento possa, di per sé, favorire l'applicazione di tale istituto senza evitare il rischio di disgregazione paventato.

Avv. Andrea Gulli

¹⁴ Evidente è l'incostituzionalità degli artt. 142 L.F. e ss. nella parte in cui non prevedono l'applicazione dell'istituto anche alle società. Del resto, il nuovo art. 1 L.F. parifica, agli effetti del fallimento, l'imprenditore collettivo a quello individuale.

¹⁵ Del resto l'esenzione dall'azione revocatoria delle rimesse su conto corrente che "non abbiano ridotto in maniera consistente e durevole l'esposizione debitoria del fallito nei confronti della banca" (art. 67, 3° comma, lettera b L.F.) al di là dei problemi interpretativi, sembra giovare realmente solo alle grandi aziende a cui le banche continueranno ad erogare credito, incentivate dalla riduzione dell'area dei pagamenti soggetti a revocatoria fallimentare.