

APPROFONDIMENTI

Sistema Società — Numero OnLine

15.6.2018

Presupposto di fallibilità la durata annuale degli esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento

*di Avv. Cristiano Augusto Tofani***Corte di Cassazione, Prima Sezione Civile, sentenza del 24 maggio 2018 n. 12963**

Com'è noto, ai sensi dell'art. 1 L.F., non sono soggetti a fallimento quegli imprenditori che negli ultimi tre anni abbiano avuto un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore ad euro trecentomila ed abbiano realizzato ricavi lordi per un ammontare complessivo annuo non superiore ad euro duecentomila.

In altri termini, il legislatore ha voluto individuare un periodo di riferimento entro il quale verificare la sussistenza dei presupposti di fallibilità, vale a dire il triennio precedente l'istanza di fallimento. Tale periodo decorre dalla presentazione del ricorso per la dichiarazione di fallimento e va riferito agli anni commerciali della gestione economica e non agli anni solari. In tale ambito, si inserisce la recente pronuncia della Suprema Corte n. 12963 del 24/5/2018 nella quale si fa riferimento, in particolare, al caso in cui l'esercizio venga chiuso anticipatamente rispetto alla scadenza dell'anno commerciale. La sentenza in esame, nel ribadire in parte orientamenti già espressi, offre alcuni ulteriori chiarimenti e interessanti spunti di riflessione.

IL CONTESTO NORMATIVO

La riforma organica delle procedure concorsuali (D.Lgs. n. 5/06) ed il c.d. “correttivo” (D.Lgs. n. 169/07) hanno innovato i requisiti soggettivi di fallibilità ed hanno introdotto specifiche regole di giudizio per il relativo accertamento.

Ai sensi del novellato art. 1, comma 2, L.F., infatti, non sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano un’attività commerciale (ad eccezione degli enti pubblici), i quali dimostrino il possesso congiunto dei seguenti requisiti: a) aver avuto, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore ad euro trecentomila; b) aver realizzato, in qualunque modo risulti, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, ricavi lordi per un ammontare complessivo annuo non superiore ad euro duecentomila; c) avere un ammontare di debiti, anche non scaduti, non superiore ad euro cinquecentomila.

Dalla lettura delle relazioni illustrative allo schema di decreto legislativo recante la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali ed al cd. “correttivo”, appare evidente che il legislatore ha inteso rispondere alla finalità di aggiornare la nozione di “piccolo imprenditore” con spirito deflattivo rispetto al proliferare delle dichiarazioni di fallimento e, al contempo, superare le incertezze interpretative causate dal riferimento all'art. 2083 c.c..

Dopo la riforma, in giurisprudenza, è subito stato chiaro che la nozione civilistica di “piccolo imprenditore” era stata completamente soppiantata, ai fini della legge fallimentare, dai criteri quantitativi e qualitativi dell'art. 1, comma 2, L.F. (cfr. Trib. Firenze 20 maggio 2008, in Foro Tosc., 2009, 110 e App. Torino 22 giugno 2007, in www.leggiditalia.it, secondo cui, ai fini dell'individuazione dell'imprenditore soggetto a procedura concorsuale, deve farsi esclusivo riferimento ai criteri dimensionali prescritti dal novellato art. 1, comma 2, L.F., senza necessità di indagare ulteriormente se costui sia da considerare “piccolo imprenditore” alla stregua dei criteri previsti dall'art. 2083 c.c.).

La Cassazione, con sentenza 28 maggio 2010 n. 13086, ha puntualmente osservato

che il regime concorsuale riformato ha tratteggiato la figura dell'"imprenditore fallibile" con riferimento esclusivo a parametri soggettivi di tipo quantitativo, i quali prescindono del tutto da quello, canonizzato nel regime civilistico, della prevalenza del lavoro personale rispetto all'organizzazione aziendale fondata sul capitale e sull'altrui lavoro. Fermo quanto precede, vi è che l'indicazione degli ultimi tre esercizi anteriori alla presentazione del ricorso consente di delimitare, con certezza, il campo di indagine, evitando difformità di prassi applicative, in coerenza sistematica con la disposizione dell'articolo 14 L.F., il quale prevede l'obbligo del debitore che chiede il proprio fallimento di depositare presso la cancelleria "le scritture contabili e fiscali obbligatorie concernenti i tre esercizi precedenti".

Ai fini dell'individuazione del periodo di riferimento per la sussistenza dei presupposti di fallibilità deve verificarsi il superamento dei limiti dimensionali indicati dall'art. 1 L.F. nel triennio precedente l'istanza di fallimento e detto periodo va riferito agli anni commerciali della gestione economica e non agli anni solari (1). Il concetto di "capitale investito", pertanto, dovrà essere inteso non facendo riferimento al totale ammontare delle somme impiegate nel corso degli anni dall'imprenditore bensì solo all'attivo degli ultimi tre esercizi e sarà rilevante il superamento del limite anche per un solo esercizio (2).

Si è ancora sottolineato che la locuzione "tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento" che all'art. 1 L.F. ha sostituito l'espressione "ultimi tre anni" in forza del decreto correttivo n. 169/2007, deve essere interpretata nel senso considerare i tre esercizi precedenti già conclusi prima dell'anno di presentazione dell'istanza di fallimento. Questa impostazione impone di prendere in esame esercizi chiusi ed evita di porre in essere una complessa attività istruttoria, in conformità con la volontà del legislatore di semplificare l'accertamento dei presupposti per la dichiarazione di fallimento (3).

Nello stesso senso si è ribadito che i tre esercizi precedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento, di cui all'articolo 1 L.F., sono quelli "chiusi", cioè "conclusi" a detta data (4).

A tale conclusione si perviene – secondo la citata giurisprudenza – sempre per ragioni di coerenza sistematica con quanto disposto dal già richiamato articolo 14 L.F., il quale prescrive il deposito delle scritture contabili e fiscali obbligatorie per i

tre esercizi chiusi precedentemente.

Sul punto, la Corte di Cassazione, con la sentenza n. 10952/2015 ha, infatti, precisato che il calcolo a ritroso di cui vi è menzione nelle richiamate disposizioni deve prendere data dal momento in cui è stata depositata l'istanza di fallimento, specificando che tale calcolo non può che fare riferimento ad esercizi già chiusi e completati alla data di deposito dell'istanza di fallimento, così come può ricavarsi sia dalla intervenuta modifica dell'articolo 1 L.F. attuata per effetto del passaggio dalla sua formulazione introdotta dal D.Lgs. n. 5/2006 (che menzionava gli ultimi tre anni anziché i tre esercizi precedenti) a quella corretta a seguito del D.Lgs. n. 169/2007, sia dall'analisi di altre disposizioni della stessa legge fallimentare disciplinanti il procedimento per la dichiarazione di fallimento (cfr. l'art. 15, comma 4 ultimo periodo, L.F., ove si prescrive in sede prefallimentare l'obbligo per il debitore di depositare "i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi, nonché una situazione patrimoniale aggiornata").

Il tutto, senza dimenticare che, "ai fini della prova, da parte dell'imprenditore, della sussistenza dei requisiti di non fallibilità di cui all'articolo 1, secondo comma, l.fall., i bilanci degli ultimi tre esercizi costituiscono la base documentale imprescindibile, ma non anche una prova legale, sicché, ove ritenuti motivatamente inattendibili dal giudice, l'imprenditore rimane onerato della prova circa la ricorrenza dei requisiti della non fallibilità" (cfr. Cass. sent. n. 14790/2014; Cass. sent. n. 11007/2012; App. Torino 12 aprile 2012, e App. Torino 4 marzo 2011). Prova in ordine alla quale la Corte di Cassazione, con sentenza n. 11007/2012, ha evidenziato alcuni indici sintomatici, vale a dire i rilievi del curatore nella relazione ex art. 33 L.F., l'approvazione di plurimi bilanci nella stessa assemblea, il difetto del "quorum" pur essendovi solo due soci e la mancata contabilizzazione di un consistente debito verso terzi.

Come già anticipato, si è poi discusso su quale debba essere il periodo da prendere in considerazione, concludendosi in favore della necessità di riferirsi agli ultimi tre esercizi e non agli anni solari (cfr. Cass., sent. n. 24630/2010 e Trib. Sulmona, 20 maggio 2010, in www.ilcaso.it). Una fattispecie particolare, poi, è quella della società in liquidazione e della computabilità del periodo di liquidazione per la determinazione del triennio. Difatti, un caso frequente nella pratica è quello relativo alla società in liquidazione volontaria, la quale, proprio in considerazione della fase

in cui si trova, spesso non integra i presupposti di fallibilità; ci si è pertanto domandati se il triennio debba decorrere a ritroso dalla presentazione del ricorso di fallimento o dalla messa in liquidazione della società.

Secondo una parte della giurisprudenza (5), non devono considerarsi come esercizi di riferimento quelli antecedenti al deposito dell'istanza di fallimento bensì i tre esercizi antecedenti alla messa in liquidazione della società. Nello stesso senso si è precisato come, al fine di stabilire se una società in liquidazione sia assoggettabile al fallimento, il requisito dimensionale relativo ai ricavi lordi conseguiti negli ultimi tre anni vada riferito al periodo di attività e non a quello di inattività conseguente allo stato di liquidazione, poiché, diversamente, si arriverebbe ad escludere dal fallimento anche imprenditori di rilevanti dimensioni (6).

Si è precisato in proposito che, ove l'attività imprenditoriale abbia avuto durata inferiore al triennio, al fine di stabilire se siano stati superati i parametri stabiliti dall'art. 1 L.F., si deve avere riguardo ai ricavi lordi realizzati dall'inizio dell'attività e cioè a quelli maturati dall'impresa nel corso del suo effettivo e normale esercizio, stante il collegamento posto dalla norma fra la durata e l'attività, mentre non si potrà tener conto del successivo periodo in cui la società è stata posta in liquidazione, attesa la diversa natura di tale fase di esistenza dell'impresa, cui non può attribuirsi valore indicativo delle sue reali dimensioni (7).

Secondo una diversa lettura (8), peraltro ispirata a pregnanti esigenze di rispetto della ratio della norma, il periodo triennale ai fini della valutazione della fallibilità andrebbe riferito, anche nel caso delle imprese in liquidazione, ai tre esercizi anteriori alla data dell'istanza di fallimento e non al precedente momento della cessazione - anche di fatto - dell'attività imprenditoriale. Nello stesso senso si colloca pure quella giurisprudenza secondo cui non può essere dichiarato il fallimento di una società in liquidazione la quale, nell'ultimo triennio, non abbia emesso alcuna fattura e non abbia svolto alcuna attività, posto che il superamento della soglia dei ricavi lordi e degli investimenti dev'essere guardato con riferimento agli ultimi tre esercizi antecedenti all'istanza di fallimento e senza riferimento all'attività precedente la fase di liquidazione (9).

La norma positiva, dal canto suo, individua espressamente il momento dal quale far decorrere a ritroso i tre anni di esercizio, nella data di deposito dell'istanza di

fallimento. Si è quindi precisato che, a seguito dell'intervento correttivo del 2007, la norma non opera alcun distinguo e, quindi, i tre anni di esercizio dovranno essere computati a ritroso dalla data di presentazione dell'istanza di fallimento anche con riferimento alle società che abbiano cessato l'attività o siano state poste in liquidazione e non dal precedente momento di conclusione di fatto dell'attività.

Occorre precisare, inoltre, che, relativamente al requisito dell'ammontare dei debiti di cui alla lettera c) dell'attuale art. 1 L.F., il Legislatore non ha previsto una limitazione a ritroso del periodo di indagine, essendo l'indebitamento un dato che prescinde da qualsivoglia dato temporale. In tale ottica, si è sottolineato come appaia necessario adeguare i criteri indicati dalla legge alla nuova finalità della struttura aziendale, vista non più in prospettiva di continuazione bensì in termini liquidatori; da ciò consegue che l'ammontare dell'attività patrimoniale andrà valutato in base ai valori di bilancio di liquidazione o, in mancanza di bilanci, a valori di mercato.

Osserva infatti la giurisprudenza che, quando la società è in liquidazione, la valutazione del Giudice, ai fini dell'applicazione dell'art. 5 L.F., deve essere diretta unicamente ad accertare se gli elementi attivi del patrimonio sociale consentano di assicurare l'eguale ed integrale soddisfacimento dei creditori sociali, poiché – non proponendosi l'impresa in liquidazione di restare sul mercato ma avendo come esclusivo obiettivo quello di provvedere al soddisfacimento dei creditori previa realizzazione delle attività sociali ed alla distribuzione dell'eventuale residuo tra i soci – non è più richiesto che essa disponga, come invece la società in piena attività, di credito e di risorse, e quindi di liquidità, necessari per soddisfare le obbligazioni contratte.

Altra ipotesi suggestiva e che richiede una ancor più complessa soluzione è quella che si verifica allorquando venga richiesto il fallimento di una società fusa con un'altra per incorporazione o mediante costituzione di una nuova società. Sul presupposto che, secondo il più recente orientamento giurisprudenziale, anche alle società che si estinguono per effetto della fusione è applicabile la regola generale, sancita dall'art. 10 L.F., della fallibilità nell'anno successivo alla cessazione dell'impresa, sembra ragionevole ritenere che, ove l'istanza di fallimento venga presentata nell'esercizio successivo a quello in cui si è concluso il procedimento di fusione, si possa e si debba fare riferimento, oltre che ai dati del bilancio relativo

all'esercizio antecedente a quello del perfezionamento della fusione, alle risultanze del c.d. bilancio di chiusura della società incorporata o fusa, ancorché questo non sia ritenuto obbligatorio dalla prevalente dottrina.

Nella diversa ipotesi in cui il procedimento di fusione, iniziato in un esercizio, si sia completato in quello successivo in cui viene presentata l'istanza di fallimento, occorrerà fare, invece, riferimento alle risultanze dei bilanci annuali della società fusa o incorporata (vale a dire ai bilanci dei due esercizi precedenti rispetto quello in cui la fusione si è perfezionata). Analoghi principi dovrebbero valere, mutatis mutandis, anche per il fallimento della società scissa in caso di scissione totale e conseguente estinzione della stessa. Nell'ipotesi di scissione parziale, è ai bilanci d'esercizio della sola società scissa che, alla luce del dato positivo, sembrerebbe consentito fare riferimento, ancorché l'operazione sia stata ideata e realizzata al solo intento di non superare le soglie di fallibilità, il che non può non indurre a qualche perplessità sulla coerenza dei parametri fissati dalla legge di riforma.

LA PRONUNCIA DELLA CASSAZIONE

Con la pronuncia in esame viene ancora una volta in risalto il dibattito circa i presupposti per l'assoggettamento alle procedure concorsuali. Difatti, se è oramai unanimemente accolto, dopo il decreto correttivo, il principio per cui l'onere della prova dei limiti dimensionali incombe sul debitore, non sono affatto venute meno le divergenze interpretative in ordine all'individuazione dell'ambito cronologico cui occorre riferirsi per la rilevanza dell'attivo patrimoniale e dei ricavi lordi (come specificato nel paragrafo che precede).

Tra le varie interpretazioni proposte, la meno convincente appare quella che individua il termine triennale facendo riferimento all'esercizio in corso alla data della presentazione del ricorso per dichiarazione di fallimento, stabilendo pertanto che, per quello in corso, dovrebbe essere considerato il bilancio infrannuale mentre, per gli altri, andrebbero considerati i due esercizi annuali precedenti.

Tale interpretazione non appare condivisibile perché - a prescindere dall'incongruenza di considerare un esercizio del tutto incompleto (e in taluni casi, teoricamente, anche molto breve) - si presta ad una valutazione di significato dubbio, se non inesistente, soprattutto nel caso delle imprese contraddistinte da

attività stagionali, relativamente alle quali l'individuazione dei limiti dei ricavi mediante estrapolazione dei dati sulla base di periodi infrannuali ingenera evidenti complicazioni ed arbitrarietà di ricostruzione. Pertanto, deve concludersi nel senso che i valori patrimoniali ed economici edittali devono necessariamente riguardare i tre esercizi antecedenti la presentazione della domanda di fallimento e risultare da un bilancio di chiusura debitamente approvato.

Del resto, il bilancio fotografa i dati di un periodo la cui durata coincide con quella di un esercizio e, quindi, poiché uno degli elementi di prova è costituito dai ricavi lordi non superiori a euro 200.000,00, ovvero un dato che assume rilevanza solo se posto in connessione con il periodo di tempo in cui esso viene rilevato, ne deriva che la durata dell'esercizio di riferimento dei suddetti ricavi deve essere di dodici mesi in applicazione delle norme che impongono la redazione dell'inventario ogni anno (art. 2217, secondo comma c.c.), la convocazione dell'assemblea per l'approvazione del bilancio una volta l'anno (art. 2364, ultimo comma c.c.) nonché delle ulteriori disposizioni in materia tributaria (artt. 76, secondo comma, e 100, quinto comma D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917).

Non a caso, la Suprema Corte con la pronuncia in esame ha affermato il seguente principio: "il disposto della L. Fall., art. 1, comma 2, lett. a) e b), predetermina soglie calibrate su una prospettiva temporale annua di valutazione che non possono essere vanificate da una scelta di abbreviazione dell'esercizio compiuta dall'imprenditore; i tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento da apprezzare ai fini della verifica dei presupposti di fallibilità devono pertanto intendersi come esercizi aventi ciascuno durata annuale, a meno che non sia trascorso un lasso di tempo inferiore dall'inizio dell'attività dell'impresa".

Nella specie, il Tribunale, in accoglimento dell'istanza presentata dal creditore, dichiarava il fallimento di una società in liquidazione, ritenendo che la stessa avesse superato la soglia di fallibilità prevista dalla L.F., art. 1, rispetto all'attivo nell'esercizio chiuso al 30 giugno 2012, non assumendo rilievo la delibera di anticipazione della chiusura dell'esercizio al 28 febbraio 2015 assunta in sede assembleare il 13 febbraio 2015 e il bilancio conseguentemente chiuso a quella data, atteso che gli esercizi rilevanti ai fini della dichiarazione di fallimento non potevano che essere di durata coincidente ed equivalente all'anno solare, ovvero un periodo di dodici mesi.

Successivamente, la Corte d'Appello revocava la declaratoria di fallimento pronunciata in primo grado osservando che l'art. 1, comma 2, L.F. fa esclusivo riferimento alla nozione di esercizio, liberamente determinabile dall'assemblea societaria in assenza di un'espressa previsione che imponga una sua durata in misura pari all'anno solare.

Avverso tale ultima sentenza, parte creditrice proponeva ricorso per cassazione denunciando la violazione e la falsa applicazione dell'art. 1 L.F., per avere la Corte d'Appello erroneamente escluso la fallibilità della società debitrice, ritenendo che la locuzione relativa ai tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento potesse riguardare esercizi infrannuali; viceversa, a dire del ricorrente, la disciplina introdotta dalle norme correttive previste dal D.Lgs. n. 169 del 2007 avrebbe individuato l'imprenditore fallibile sulla base di parametri soggettivi di tipo quantitativo, fissati dalla L. Fall., art. 1, comma 2, lett. a) e b), da ancorarsi a requisiti certi su base annua evincibili dai bilanci relativi agli ultimi tre esercizi della durata di dodici mesi antecedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento.

La Suprema Corte ha ritenuto fondato tale motivo di ricorso sul presupposto che (i) “i due parametri relativi a dati storici, costituiti ai sensi della L. Fall., art. 1, comma 2, lett. a) e b), dall'ammontare dell'attivo patrimoniale e dei ricavi lordi, sono stati espressamente stabiliti dal legislatore della riforma con riferimento non solo ai tre esercizi antecedenti, ma anche a uno specifico ammontare complessivo annuo individuato come soglia di rilevanza”;

(ii) “una simile operazione interpretativa, oltre a contrastare con il dato letterale del disposto normativo, ne inficia le scelte operate in termini di individuazione dei confini della fallibilità, poiché una riduzione della durata dell'esercizio toglie all'evidenza valore a una valutazione delle soglie di rilevanza effettuata dal legislatore rispetto ad un arco temporale di durata annuale”;

(iii) trattasi “di dato oggettivo che va visto alla luce della normale durata "annuale" di un esercizio e non può essere soggettivizzato, compromettendo la valutazione discrezionale compiuta dal legislatore nella fissazione dei limiti di rilevanza attraverso un ridimensionamento del periodo di riferimento”.

Del resto, come correttamente evidenziato dai Giudici di legittimità, se da una parte la società è libera di anticipare la chiusura del proprio esercizio, incidendo sulla

durata complessiva dello stesso, tale deliberazione, se adottata nell'imminenza del procedimento per la dichiarazione di fallimento, non rileva ai fini dell'apprezzamento dell'avvenuto superamento delle soglie di fallibilità, le quali debbono rimanere ancorate a riferimenti, eventualmente riclassificati, di portata annuale.

Il tutto, fermo rimanendo che, qualora l'impresa abbia dato inizio alla propria attività da minor tempo, possa comunque prendersi in considerazione un arco temporale di durata inferiore al triennio. In estrema sintesi, l'interpretazione offerta dagli Ermellini consente di scongiurare l'utilizzo da parte dell'impresa della chiusura infrannuale quale strumento elusivo delle soglie di fallibilità, con l'obiettivo di evitare, indebitamente, la dichiarazione di fallimento.

(1) Al riguardo, cfr. anche Cass. n. 24630/2010 in "il Fallimento", 2011, 955

(2) Sul punto, Cass. n. 4738/2012.

(3) Cfr. Trib. Sulmona 18 novembre 2010, in www.ilcaso.it; nonché Trib. Sulmona 20 maggio 2010, in *Il Fallimento.*, 2010, 997.

(4) Cfr. Trib. Novara 3 novembre 2012, in www.ilcaso.it.

(5) Cfr. Tribunale Reggio Calabria, 8 giugno 2010, in *Il Fallimento*, 2010, 1335 e in www.osservatorio-oci.org.

(6) Tribunale Taranto, 19 marzo 2007, in *Il Fallimento*, 2007, 591; in tal senso cfr. anche Appello Milano, 30 agosto, 2007, cit., secondo la quale, al fine di stabilire se un'impresa sia assoggettabile al fallimento, bisogna fare riferimento ai risultati degli ultimi tre esercizi antecedenti l'istanza di fallimento senza poter segmentare l'attività della società in fase di attività, inattività e liquidazione.

(7) Tribunale Mantova, 8 maggio 2007, in www.ilcaso.it

(8) Tribunale Piacenza, 22 gennaio 2007, cit.

(9) Tribunale Roma, 12 dicembre 2006, in *Dir Fall.*, 2007, 239