

## **I nuovi criteri di individuazione delle imprese assoggettabili al fallimento ed onere della prova (04/04/2013)**

A distanza di poco più di un anno dall'entrata in vigore della Riforma (1), che aveva profondamente rinnovato il vecchio Regio Decreto del '42, il legislatore è tornato a mettere mano all'impianto normativo fallimentare.

Il 1 gennaio 2008, infatti, sono entrate in vigore la maggior parte delle disposizioni "integrative e correttive" alla legge fallimentare contenute nel D.Lgs. 12 settembre 2007, n. 169, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale in data 16 ottobre 2007.

Il recente intervento si è reso necessario per cercare di superare le inevitabili difficoltà e le lacune conseguenti alla scelta operata con il decreto di riforma di evitare la completa riscrittura della precedente disciplina (2).

L'ambito, che in questa sede ci interessa approfondire, riguarda le radicali modifiche apportate dal decreto correttivo all'art. 1 L.F.

Com'è noto, l'impostazione della Riforma aveva inteso limitare l'area della fallibilità, ritenendo antieconomica l'applicazione di una procedura costosa e complessa al piccolo imprenditore. Per conseguire tale obiettivo il legislatore aveva introdotto due criteri quantitativi: gli *investimenti* ed *ricavi* volti ad individuare, in via alternativa, l'impresa "non piccola" passibile di fallimento.

Lo sforzo di ridefinire, seppur per esclusione, il concetto di piccolo imprenditore ai fini fallimentari aveva prodotto un risultato apprezzabile, considerata la genericità della definizione contenuta nell'art. 2083 c.c. che aveva imposto agli operatori del diritto il ricorso a complesse ed opinabili ricostruzioni sistematiche. Il ritorno ad una definizione quantitativa del piccolo imprenditore, così come formulata dalla novella del 2006, aveva però, nello stesso tempo, sollevato forti critiche per le numerose problematiche che emergevano nell'applicazione dei nuovi requisiti. Non solo, come già precisato, la misura stessa dei parametri e la loro alternatività avrebbero finito per creare "*numerose scatole vuote esonerate dal fallimento*" (3) con conseguente danno per i creditori insoddisfatti e per l'economia in generale, considerata la probabile tendenza alla sottocapitalizzazione delle aziende. Così, al fine di meglio delimitare l'ambito dei soggetti esonerati dal fallimento, è stato abolito il concetto di piccolo imprenditore o meglio la sua nozione in ambito fallimentare (4). Oggi, infatti, vengono semplicemente indicati dei requisiti dimensionali che tutti gli imprenditori (individuali o collettivi) devono congiuntamente possedere per non essere passibili di fallimento. L'aggiunta di un ulteriore requisito rispetto a quelli della Riforma del 2006 evidenzia, infine, l'intento del legislatore di arginare l'eccessiva dilatazione dell'area di esenzione.

Per non essere assoggettati a fallimento occorre, dunque, non superare congiuntamente tre parametri quantitativi.

In primis, non bisogna aver avuto nei tre esercizi precedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento (o dall'inizio dell'attività se questa ha avuto una minor durata) un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore ad euro 300.000. Come si può notare il legislatore ha sostituito l'incerta definizione di "*investimenti*" (5) con quella dell'"*attivo patrimoniale*", parametro di facile applicazione, poiché chiaramente definito dall'art. 2424 c.c. (6). Al di là di questa doverosa precisazione, la novità più rilevante riguarda, però, l'introduzione del triennio quale periodo rilevante per l'accertamento del suddetto requisito. Il legislatore ha finalmente realizzato l'armonizzazione di tale parte della norma con la disposizione contenuta nell'art. 14 L.F. che impone al debitore che chiede il proprio fallimento di depositare i documenti contabili relativi, appunto, al triennio precedente il deposito dell'istanza. Occorre precisare che il superamento del suddetto parametro in uno solo dei tre esercizi di riferimento fa scattare l'applicazione dell'istituto del fallimento.

In secondo luogo, la nuova normativa ha completamente ridefinito il momento temporale a cui far riferimento per applicare il criterio dei ricavi. Questi non andranno più calcolati sulla "*media ponderata degli ultimi tre anni*", ma si dovrà, invece, far riferimento ai "*tre esercizi precedenti*" ed "*all'ammontare complessivo annuo*". Ciò comporta che l'imprenditore che, anche in uno dei tre esercizi precedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento, abbia conseguito ricavi lordi superiori ad euro 200.000, in qualunque modo accertati, non potrà sottrarsi al fallimento.

La felice formulazione di questa parte della norma pare aver ovviato ai numerosi problemi sorti in vigenza della precedente disciplina per la complessità derivante dalla valutazione di frazioni di anno e per il limite del dato testuale di bilancio. La chiara individuazione del momento da cui far decorrere il triennio e la possibilità di ricorrere a qualunque strumento di indagine (come gli accertamenti tributari non definitivi, i dati extracontabili o addirittura le informazioni rese alla Guardia di Finanza a cui possono essere delegate indagini in sede di istruttoria pre-fallimentare) sembrano conferire maggior operatività al parametro in questione (7).

In terzo ed ultimo luogo, il legislatore ha previsto che anche l'*indebitamento* non superiore ad euro 500.000 sia condizione per l'esclusione dal fallimento. Per essere esonerati è necessario che l'ammontare dei debiti (scaduti e non), non sia, alla data di deposito dell'istanza, superiore a tale soglia. Oltre ai due requisiti concernenti le dimensioni dell'azienda è necessario, dunque, un requisito riguardante l'insolvenza. Si ricordi, però, che l'ambito di operatività di tale parametro non è assoluto poiché l'art. 1 L.F. deve essere coordinato con la disposizione contenuta nell'art. 15 L.F., anch'essa modificata dal decreto correttivo: se l'ammontare dei debiti scaduti e non pagati è inferiore ad euro 30.000 il fallimento non può essere dichiarato.

Dall'introduzione dei nuovi parametri si evince la chiara intenzione del legislatore di voler rimediare al rischio, tanto paventato, che gli imprenditori cerchino di contenere le

dimensioni delle proprie aziende per sfuggire, in caso di dissesto, al fallimento e soprattutto alle conseguenti sanzioni penali. In effetti, nel primo anno successivo all'entrata in vigore della riforma è emersa la drastica riduzione dell'area della fallibilità per effetto della riformulazione dell'art. 1 L.F. operata dalla Riforma del 2006. Le indagini condotte presso i Tribunali di Roma e Milano (8) hanno evidenziato una riduzione dei fallimenti di circa il 40-45% a causa dell'innalzamento dei limiti dimensionali per la soggezione alla procedura. L'obiettivo di attenuare l'eccessiva riduzione dell'area della fallibilità è stato perseguito, in primis attraverso l'introduzione del requisito dell'indebitamento complessivo e soprattutto con l'applicazione del principio dell'inversione dell'onere della prova. Il creditore precedente non dovrà dimostrare il superamento dei parametri, spettando, invece, al debitore di provare di essere esonerato dalla procedura. Il decreto correttivo ha, così, posto fine definitivamente alla querelle circa la prova della qualità di imprenditore commerciale non piccolo (9). Più precisamente, la qualifica di imprenditore commerciale e l'insolvenza vengono oggi considerati elementi costitutivi del ricorso per la dichiarazione di fallimento e come tali dovranno essere provati dal creditore, mentre il debitore fallendo dovrà dimostrare l'eventuale mancato superamento dei parametri quantitativi, quale fatto impeditivo alla dichiarazione di fallimento. Il legislatore ha, dunque, adottato il criterio costituzionale della *regola ed eccezione* per cui, in via d'azione, occorre provare gli elementi che integrano la situazione dedotta (Cass. 5159/04) ed il criterio sussidiario della *vicinanza* secondo il quale è onerato della prova il soggetto per cui questa è più facile (Cass. 3651/06). Non v'è dubbio che, in certi casi, per il creditore sia difficile, se non addirittura impossibile provare il superamento dei limiti dimensionali dell'azienda del debitore. Il generico potere istruttorio conferito al Tribunale dall'art. 15 L.F. in sede pre-fallimentare sembra, però, venir incontro al creditore, impedendo che detto onere, ove non assolto dal debitore, costituisca un ostacolo alla dichiarazione di fallimento. Si pensi al frequente fenomeno dell'omesso deposito dei bilanci o della mancata presentazione della dichiarazione dei redditi: in tale caso il creditore non riuscirebbe in alcun modo a desumere la soggezione al fallimento del debitore. Così la chiara affermazione del principio dell'inversione dell'onere della prova elimina, in teoria, il rischio che il Tribunale, nonostante il potere istruttorio, non riesca ad accertare la consistenza dei parametri per la fallibilità, evitando che gli imprenditori contumaci o negligenti nell'obbligo di deposito dei documenti contabili possano facilmente sfuggire al fallimento, con danno per i creditori e la collettività.

Il decreto correttivo, per quanto riparatore di numerose problematiche, lascia persistere alcune incertezze interpretative intorno all'applicazione del nuovo articolo 1 L.F. In particolare, mentre il concetto di investimenti è stato opportunamente sostituito (10), quello dei ricavi è rimasto inalterato, lasciando aperte alcune vecchie dispute circa la sua quantificazione pratica. Ci si chiede, cioè, se esso dovrà, secondo l'interpretazione dominante, ritenersi comprensivo, oltre che dei ricavi dalle vendite di prodotti e servizi,

anche di tutti gli altri ricavi provenienti dall'attività di azienda come quelli straordinari, i dividendi e gli interessi attivi (11). Non è chiaro, poi, se nel concetto di indebitamento complessivo possano rientrare i crediti contestati: a nostro avviso, spetterà al Giudice verificare in concreto, seppur sommariamente, la fondatezza della pretesa per ricomprenderli o meno nel computo dei debiti. L'introduzione di questo parametro sembrerebbe contrastare con la tendenza del legislatore ad evitare l'apertura di procedure inutili per mancanza di attivo, pur essendo possibile giungere alla rapida chiusura della procedura per insufficiente realizzo ai sensi dell'art. 118. n. 4 L.F. Infine, l'accento lievemente sanzionatorio, posto dall'introduzione del principio dell'inversione dell'onere della prova, che comporterebbe il fallimento per l'imprenditore anche piccolo che ometta di depositare i documenti o ancora peggio resti contumace, sembra contrastare con l'obiettivo di evitare la soggezione al fallimento nei casi in cui ciò appaia economicamente svantaggioso (12). Non è difficile ipotizzare che tale disposizione incentivi l'inerzia di difesa in sede fallimentare per beneficiare dell'istituto del concordato fallimentare ed eventualmente dell'esdebitazione (13). In conclusione, ci pare di poter affermare che l'obiettivo del legislatore di ridurre l'area di esenzione dal fallimento sia stato ampiamente raggiunto, con vantaggio dei lavoratori esclusi, in caso di esenzione dal fallimento, dal beneficio del recupero del TFR e delle ultime retribuzioni. In concreto, però, la soglie di fallibilità paiono ancora troppo elevate in rapporto alle dimensioni della maggior parte delle imprese italiane, che resteranno, comunque, escluse dal fallimento e dal beneficio del concordato preventivo, oggi ancor più accessibile per la possibilità di pagare in percentuale anche i creditori privilegiati. Ancora una volta, dunque, emerge l'inadeguatezza di ogni intervento "riparatorio" sulla normativa fallimentare che, invece, necessiterebbe di una riformulazione organica che tenga maggior conto della necessità di introdurre nuove soluzioni alla crisi d'impresa, alternative al fallimento che, sempre più, appare come un istituto privo di utilità pratica sia per il debitore che per i creditori. Permane, da ultimo, l'ingiusta disparità di trattamento fra le imprese agricole ancora escluse dal fallimento anche quando, in concreto, esercitino attività che qualitativamente risultano commerciali a tutti gli effetti (14). La decadenza del concetto di piccolo imprenditore, che ha già svuotato di contenuto le dispute sulla fallibilità dell'imprenditore artigiano, egualmente dovrebbe suggerire il principio dell'irrilevanza della natura dell'attività esercitata, per cui il fallimento dovrebbe essere esteso a tutti gli imprenditori che, semplicemente, superino le soglie dimensionali di legge in vigore (15).

Avv. Andrea Gulli

-----

1) Dopo la riforma settoriale del 2005, attuata tramite il d.l. 35/2005, che ha rinnovato esclusivamente la disciplina dell'azione revocatoria e del concordato preventivo, con il D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 è stata approvata la Riforma del diritto fallimentare.

2) La struttura del vecchio Regio Decreto è rimasta inalterata anche se ci si aspettava un ribaltamento della prospettiva in cui la parte relativa alla procedura liquidatoria divenisse marginale a vantaggio del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione.

3) V. precedente articolo *“Il fallimento del piccolo imprenditore”*, La Paziienza, luglio 2007.

4) M. SCIUTO *“La correzione della legge fallimentare: profili sostanziali del D. Lgs. 12 settembre 2007, n. 16”*, Macerata, 16 novembre 2007, pag. 2, sottolinea come di fatto fra i soggetti esonerati resta comunque il piccolo imprenditore: quindi, senza escluderlo dall'area di non fallibilità, si è conseguito l'estensione dei soggetti esonerati, tanto auspicata dalla legge delega.

5) La genericità dell'espressione utilizzata dal legislatore aveva fatto sorgere numerose perplessità interpretative incentrate sull'individuazione del concetto di investimento rilevante ai fini fallimentari. La dottrina maggioritaria e le poche pronunce di merito giunsero comunque ad identificare correttamente tale concetto con l'insieme dei fattori produttivi utilizzati per lo svolgimento delle attività (capitale lordo di funzionamento) con esclusione dei fondi di ammortamento, delle svalutazioni, delle spese di impianto ed ampliamento relative agli oneri di costituzione ed dei crediti verso i soci per i versamenti non ancora dovuti. R. TIZZANO *“I caratteri dell'impresa non piccola nella nuova legge fallimentare”*, Il Fallimento, 2007, 4, pag. 379, giunge alla conclusione che solo gli investimenti dell'impresa, cioè l'insieme dei valori produttivi acquisiti per lo svolgimento delle attività, integrano la categoria degli investimenti a cui si riferisce all'art. 1 L.F. Gli investimenti nell'impresa costituiti dal capitale netto di funzionamento (gli investimenti conferiti dal solo imprenditore) e dalle passività del capitale (investimenti effettuati dai creditori) devono essere esclusi: i primi perché forniscono solo indicazioni sul sacrificio supportato dall'investitore, il secondo perché fornisce solo la misura dell'insolvenza. sottolinea infine come la sottocategoria ibrida degli investimenti dei creditori sommati a quelli dell'imprenditore richiederebbe la definizione di un intervallo di tempo non previsto dalla legge ed imporrebbe una complessa ricostruzione contabile non in linea con le esigenze di speditezza della procedura fallimentare. Dello stesso avviso sono M. CARATOZZOLO *“La nozione di investimenti nell'azienda e ricavi lordi nell'art. 1 della nuova legge fallimentare”*, Il Fallimento, Ipsoa, 2007, 5/10, F. SANTAGELI, *Nuovo fallimento*, Milano, 2006 e G.M. PERIGINI E U. MASSEI *“La riforma della legge fallimentare”*, Napoli, 2006, pag. 26.

6) Detta norma definisce l'attivo patrimoniale come l'insieme dei crediti verso i soci per i versamenti ancora dovuti, le immobilizzazioni (immateriali, materiali e finanziarie), l'attivo circolante (rimanenze, crediti, attività finanziarie e disponibilità liquide), i ratei e risconti.

7) Permangono, comunque, le difficoltà di accertamento in caso di mancanza dei bilanci per le imprese non soggette all'obbligo di redazione e deposito, i cui dati dovranno essere desunti, come prima, dai registri IVA, dalla dichiarazione dei redditi e dal registro dei beni ammortizzabili.

8) Si tratta dei risultati dell'Osservatorio della Riforma della procedure concorsuali, un comitato scientifico promosso dall'ASSONIME (Associazione fra le società italiane per azioni) per monitorare le prassi seguite dai Tribunali nell'applicazione della Riforma fallimentare del 2005. In alcuni Corti, quali Perugia, Ravenna e Reggio Calabria, la percentuale di riduzione dei fallimenti è arrivata addirittura al 70%.

9) Alcuni Tribunali avevano addossato tale onere sul debitore, altri sul creditore, altri ancora sul debitore, nel caso di fallimento a seguito di concordato preventivo respinto e sul creditore se la procedura richiesta è di fallimento.

10) In verità, qualche problema, solo formale, resta per i beni in leasing il cui valore dovrà, comunque, essere sommato all'attivo dello stato patrimoniale, previa rivalutazione, desumendone la consistenza, per ogni anno di riferimento, dalla nota integrativa di bilancio ex art. 2427 c.c. n. 22, così come modificato dal D. Lgs. n. 310 del 2004.

11) In tal senso: M. GABALLO, *“Presupposto soggettivo della dichiarazione di fallimento. Le novità del D. Lgs. 19/2007”*, Bergamo, Gennaio 2008.

12) Se l'imprenditore inerte fallisce, si rischia di ampliare l'area di esenzione dall'istituto, applicandolo anche chi per legge ne sarebbe escluso, con evidente violazione del principio costituzionale di uguaglianza.

13) Tale rischio è, oggi, ancor più accentuato dal fatto che il decreto correttivo ha esteso retroattivamente l'applicazione di tale istituto ai fallimenti dichiarati prima del 16 luglio 2006. Se il fallimento è già chiuso la

domanda di ammissione al beneficio dovrà, però, essere presentata entro un anno dalla entrata in vigore del D. Lgs. 16/2007.

14) Così G. CAVALLI, *“La riforma della legge fallimentare”*, A.A.VV., Zanichelli, 2006, pag. 5, che sottolinea “la perdurante disparità di trattamento” per l’esonero dal fallimento dell’imprenditore agricolo, soprattutto dopo la riformulazione dell’art. 2135 c.c. Il concetto di attività connesse ha spezzato “il legame con il fattore naturale ritenuto tradizionalmente indispensabile a configurare l’esistenza di un’impresa agricola”: quindi le migliaia di imprese che svolgono attività di trasformazione, manipolazione, conservazione di prodotti agricoli dovrebbero essere passibili di fallimento, a dispetto dell’attuale scelta politica del legislatore che ne privilegia, ingiustamente, l’aspetto qualitativo.

15) in tal senso, M FABIANI, *“L’impresa fallibile”*, Il fallimento-, Ipsoa, 2007, pag. 327.