

PARTE II
COMMENTO
ALLA NUOVA LEGGE FALLIMENTARE

Copyright © Esselibri S.p.A.

Copyright © Esselibri S.p.A.

R.D. 16 marzo 1942, n. 267. — Disciplina del fallimento, del concordato preventivo [, dell'amministrazione controllata] (1) e della liquidazione coatta amministrativa

(1) Tutti i riferimenti all'amministrazione controllata contenuti nel R.D. 16-3-1942, n. 267 sono soppressi ex art. 147, comma 2, D.Lgs. 9-1-2006, n. 5 (*Riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali*).

TITOLO I
Disposizioni generali

ART. 1

Imprese soggette al fallimento e al concordato preventivo

Sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano una attività commerciale, esclusi gli enti pubblici.

Non sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori di cui al primo comma, i quali dimostrino il possesso congiunto dei seguenti requisiti:

a) aver avuto, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito della 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.

I limiti di cui alle lettere a), b) e c) del secondo comma possono essere aggiornati ogni tre anni con decreto del Ministro della Giustizia, sulla base della media delle variazioni degli indici ISTAT dei prezzi al consumo per le famiglie di operai ed impiegati intervenute nel periodo di riferimento.

Modifiche apportate con l'art. 1, D.Lgs. 12-9-2007, n. 169

Il primo articolo della legge fallimentare viene profondamente rivisto, sia con l'aggiunta di una nuova condizione necessaria per l'esonero dal fallimento e

dal concordato preventivo, sia con una formulazione diversa del testo al fine di meglio specificarne il contenuto, motivo di numerose difficoltà interpretative e contrastanti orientamenti in dottrina e giurisprudenza; l'articolo è stato pertanto sostituito.

Le variazioni più importanti possono essere così evidenziate:

- 1) al primo comma viene confermato che sono sempre gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale i soggetti destinatari delle norme sul fallimento e sul concordato preventivo;
- 2) al secondo comma (con la solita espressione in negativo) si stabilisce la *non assoggettabilità* al fallimento ed al concordato preventivo degli imprenditori che esercitano una attività commerciale, esclusi gli enti pubblici, che dimostrino il possesso congiunto dei seguenti tre 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.

Possiamo rilevare, in primo luogo, che viene ribadito il concetto del fallimento del solo imprenditore commerciale con l'esclusione, quindi, dell'imprenditore agricolo e, in secondo luogo, che non viene fatta più la distinzione tra attività esercitata in forma individuale o collettiva: una qualificazione del tutto influente ai fini dei parametri dimensionali e dell'individuazione dei soggetti fallibili.

Il legislatore ha voluto eliminare inoltre il termine di «piccolo imprenditore», causa di interpretazioni disparate e divergenti, ma ha confermato la sua volontà di esentare dal fallimento l'imprenditore di piccole dimensioni, la cui esclusione dalla normativa fallimentare viene d'ora in poi subordinata al possesso «congiunto» — nel periodo di osservazione — dei tre requisiti sopra elencati, con prova della loro sussistenza posta a carico dell'imprenditore medesimo.

L'utilizzo del termine «congiunto» costituisce una prima differenziazione rispetto alla vecchia disciplina che condizionava, invece, la dichiarazione di fallimento, all'esistenza «alternativamente» dei requisiti sopra indicati alle lett. a) e b), espressi ora in maniera diversa allo scopo di uniformare l'interpretazione e la loro applicazione. L'aver onerato il debitore fallendo della prova di non aver supe-

rato i parametri-soglia implica una sua condotta attiva al riguardo nella fase dell'istruttoria prefallimentare; la scelta, invece, di non difendersi sul punto non potrà che avere riflessi nella dichiarazione di fallimento.

Per quanto concerne il capitale investito nell'azienda viene meglio precisato che, per non essere soggetto alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, l'imprenditore non deve 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. Mentre l'importo-soglia è rimasto invariato, il legislatore ha ritenuto opportuno fornire una corretta interpretazione della norma, precisando che ciò che era stato indicato come «capitale» investito nell'azienda altro non era che l'ammontare complessivo dell'«attivo patrimoniale». Il riferimento temporale è quello dei «tre esercizi» che precedono la data dell'istanza di fallimento oppure dell'inizio dell'attività, volendosi con ciò armonizzare il parametro all'altro costituito dai ricavi lordi.

In riferimento al requisito dei «ricavi», non è più la media dei ricavi lordi degli ultimi tre anni o dall'inizio dell'attività, che deve essere presa in considerazione per il superamento del limite massimo di euro duecentomila, ma è l'ammontare complessivo annuo dei ricavi lordi conseguiti negli *esercizi* considerati, che non deve superare tale limite.

È stata inoltre aggiunta una terza condizione, allo scopo di evitare che possano sfuggire al fallimento imprese «piccole» ma «indebitate», la quale fa riferimento all'ammontare dei debiti, anche non scaduti, che comunque deve essere superiore alla soglia di euro cinquecentomila.

Il terzo comma, relativo alla possibilità di aggiornamento triennale dei limiti-dimensionali sopra indicati, è rimasto invariato.

COMMENTO

Il precedente primo comma dell'art. 1 disponeva l'assoggettabilità al fallimento ed al concordato preventivo degli imprenditori esercenti un'attività commerciale, esclusi gli enti pubblici ed i piccoli imprenditori.

La nozione di piccolo imprenditore veniva definita «in negativo» dal secondo comma con l'affermazione che, ai fini del primo comma, non sono considerati piccoli imprenditori gli esercenti un'attività commerciale in forma individuale o collettiva che, anche alternativamente:

- a) hanno effettuato investimenti nell'azienda per un capitale di valore superiore a euro trecentomila;

- b) hanno realizzato, in qualunque modo risulti, ricavi lordi calcolati sulla media degli ultimi tre anni o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, per un ammontare complessivo annuo superiore a euro duecentomila.

Dopo un lungo periodo di incertezza conseguente ad alcune decisioni della Corte Costituzionale ed al mutamento della legge fiscale e con l'assoggettamento a fallimento rimesso, praticamente, alla discrezione del giudice, si era addivenuti finalmente a indicare il limite di fallibilità facendo riferimento alla «dimensione aziendale», senza porre alcuna distinzione sotto il profilo qualitativo e senza stabilire alcuna differenziazione fra esercenti attività commerciale in forma individuale oppure in forma collettiva.

Tuttavia, il testo introdotto con il D.Lgs. 5/2006 è stato oggetto di contrastanti decisioni giurisprudenziali. I diversi comportamenti dei tribunali derivavano, in primo luogo, dall'individuazione della figura del piccolo imprenditore e specificamente se lo stesso fosse da ravvisarsi esclusivamente nella presenza (in negativo) delle due fattispecie alternative indicate dalla legge, oppure si rendesse anche necessario accertare la sussistenza dei requisiti dettati dall'art. 2083 c.c., che individuano il piccolo imprenditore nei coltivatori diretti del fondo, negli artigiani, nei piccoli commercianti ed in coloro che esercitano un'attività professionale organizzata prevalentemente con il lavoro proprio e dei componenti della famiglia.

In particolare il Tribunale di Firenze, con decisione del 15 marzo 2007, aveva sostenuto che «allorché il primo comma dell'art. 1 l.f. esclude dall'area dei soggetti fallibili il piccolo imprenditore, non può che fare riferimento all'art. 2083 c.c. ed al criterio qualitativo che esso individua». Pertanto, a detta del Tribunale toscano, spetta al debitore «offrire una duplice prova per essere sottratto alla procedura fallimentare: essere qualitativamente piccolo (secondo i criteri di cui all'art. 2083 c.c.), ma essere anche quantitativamente piccolo (per mancato superamento dei limiti dimensionali di cui al secondo comma dell'art. 1 l.f.)».

Il Tribunale di Torino, con sentenza del 27 dicembre 2006, stabiliva, invece, che «le procedure fallimentari siano aperte solo laddove la dimensione dell'impresa assicuri un'effettiva economicità del procedimento» e che, per incompatibilità della struttura capitalistica con i minimi dimensionali, le società di capitali erano da considerare senz'altro fallibili.

Poi era prevalsa, anche in dottrina, la tesi che la fallibilità, individuale o collettiva, dovesse essere desunta esclusivamente ed in senso esaustivo dalla

disciplina contenuta nell'art. 1 senza dover effettuare alcun riferimento all'art. 2083 c.c. (così il comunicato del Tribunale di Milano del 30 marzo 2007).

Come è stato detto, i requisiti che sono ora richiesti per non essere fallibile sono tre, di cui i primi due, in un certo senso, analoghi rispetto a quelli precedenti.

Il limite di euro trecentomila viene ora in modo specifico riferito ai «tre esercizi antecedenti la data di deposito della istanza di fallimento od all'inizio dell'attività se di durata inferiore» ed attribuito non più al «capitale», ma all'«attivo patrimoniale» di ogni singolo esercizio.

La vecchia formulazione aveva dato adito a diversi contrasti tenuto conto che non era stato allora stabilito alcun riferimento temporale. Ci si chiedeva infatti se il valore del capitale investito dovesse riguardare l'intera vita dell'azienda, il bilancio dell'ultimo esercizio oppure la media degli ultimi tre esercizi. Ora il richiamo è ben preciso: la soglia quantitativa non deve essere superata nei tre esercizi che precedono la data di deposito dell'istanza o della richiesta di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore.

Inoltre non risultava comprensibile a quale tipologia il legislatore intendesse fare richiamo allorché aveva usato, senza alcuna qualificazione, il termine «capitale». Nel linguaggio economico-aziendale la parola «capitale» genericamente espressa avrebbe potuto riferirsi infatti al capitale sociale, al capitale netto, al capitale proprio, al capitale attivo o, in senso più ristretto, al capitale immobilizzato. Anche tale argomento ha dato luogo a molte discussioni.

Ora l'uso del termine «attivo patrimoniale» non può più generare dubbi interpretativi: esso è costituito sia dal capitale immobilizzato che dal capitale circolante e corrisponde, cioè, al complesso delle attività aziendali indicate dall'art. 2424 c.c., rappresentato dalla somma dei valori di cui alle lettere *a*, *b*, *c*, *d*) dell'attivo dello stato patrimoniale e quantificate secondo i criteri previsti per la redazione del bilancio di esercizio (artt. 2423 e segg. c.c.).

Il secondo parametro è costituito dai ricavi lordi realizzati nei tre esercizi precedenti, i quali non devono superare l'ammontare complessivo di euro duecentomila in ciascun anno. Ciò sta a significare che detto limite di fallibilità è riferito ad ogni anno dei tre considerati e non alla loro media, com'era stabilito dalla vecchia normativa, e neppure alla somma dei ricavi conseguiti nei tre anni.

Il termine *ricavi lordi* è lo stesso usato precedentemente ed era stato anch'esso oggetto di varie dispute interpretative, che si possono considerare ormai superate, ritenendosi il richiamo allo schema di conto economico previsto dall'art. 2425 c.c. idoneo allo scopo e di generale accettazione. Non tutte le voci del conto economico sono da considerare, rilevando soltanto quelle che rappresentano componenti positivi ad esclusione delle rettifiche di costi e di valori dell'attivo non trattandosi di ricavi realizzati. Più precisamente andranno prese in considerazione le seguenti voci:

A/1 – ricavi delle vendite e delle prestazioni;

A/5 – altri ricavi e proventi;

C/15 – proventi da partecipazioni;

C/16 a), b), c), d) – altri proventi finanziari;

C/17bis – utili su cambi;

E/20 – proventi straordinari.

Per quanto concerne poi la loro quantificazione, si è ritenuta applicabile la disciplina di cui all'art. 2425bis c.c. e quindi i ricavi debbono essere rilevati al lordo dei costi di diretta imputazione, ma al netto dei resi, degli sconti, degli abbuoni e dei premi, nonché delle imposte direttamente connesse con la vendita dei prodotti e la prestazione dei servizi, come ad esempio l'I.V.A.

Riguardo al triennio da prendere in considerazione per individuare sia l'attivo patrimoniale che i ricavi lordi, si è già detto che la legge stabilisce il *dies a quo* nella data di deposito dell'istanza di fallimento oppure dall'inizio dell'attività, se di durata inferiore. Conseguentemente dovranno essere presi in esame i tre esercizi che precedono la data del ricorso. Non assume, pertanto, rilevanza alcuna l'esercizio in corso al momento del deposito dell'istanza.

Qualora per la data fissata *ex art. 15* per il deposito di documenti, compresi i bilanci, il bilancio dell'esercizio immediatamente precedente al deposito dell'istanza di fallimento non sia ancora disponibile, sarà bene farne menzione nelle memorie dell'imprenditore, che comunque sarà tenuto a redigerlo, se del caso ancor prima dei termini statuari, essendo suo l'onere e l'interesse a dimostrare la ricorrenza dei requisiti di esonero dal fallimento.

Un problema potrebbe presentarsi qualora l'impresa abbia cessato l'attività o sia in stato di liquidazione. Potrebbe accadere, nel primo caso, che qualcuno dei tre esercizi precedenti non presenti ricavi perché, appunto, non è stata esplicata alcuna attività imprenditoriale. Nel secondo caso, l'impresa potrebbe avere ricavi, però non quelli di una impresa in normale attività.

L'indicazione fornita da alcuni tribunali è stata quella di retrodatare il triennio a partire dall'anno in cui l'impresa abbia normalmente operato, in modo da far coincidere lo stesso con gli ultimi tre anni di effettiva attività. Nel caso di liquidazione dell'impresa, in particolare, alcuni giudici si sono espressi per considerare il periodo di effettivo e normale esercizio essendo impossibile tenere conto del successivo periodo in cui la società è stata posta in liquidazione in considerazione della diversa natura di tale fase di esistenza dell'impresa, il che non permette di fornire un valore indicativo delle sue reali dimensioni (Trib. Mantova, 8 maggio 2007; Trib. Taranto, 19 marzo 2007).

Altri, più osservanti del tenore letterale e rispettosi dei principi riformatori del legislatore costituiti dalla volontà di allargare l'ambito dei soggetti esonerati, ritengono che il riferimento ai tre anni (periodo immediatamente precedente alla richiesta di fallimento) debba valere per tutti ed, in secondo luogo, perché si andrebbe a dichiarare il fallimento di realtà economiche marginali, se non addirittura economicamente inesistenti, contraddicendo così la volontà del legislatore (Trib. Roma, 12 dicembre 2006; App. Torino, 16 maggio 2007).

In particolare il Tribunale di Piacenza (22 gennaio 2007) reputa che nulla autorizzi a distinguere l'attività, sul piano formale, in fase di attività, fase di inattività e fase di liquidazione e, quindi, ad individuare solo nella conclusione del primo o del secondo periodo il *dies a quo* dal quale calcolare a ritroso il triennio ed i ricavi medi in esso conseguiti. Così che risulterebbe non congrua e non razionale una interpretazione della norma in forza della quale si ritenga che con essa si sia voluto, da un lato consentire l'esonero dal fallimento dell'impresa ancora attiva che nell'ultimo triennio abbia avuto ricavi al di sotto del limite previsto, ma dall'altro sottoporre alla procedura concorsuale altra impresa che negli anni antecedenti all'istanza di fallimento sia stata del tutto assente dal mercato solo perché in passato, prima di cessare di fatto l'attività o di entrare in liquidazione, abbia avuto un fatturato superiore alla soglia di legge.

Non può che meritare accoglimento tale ultima tesi tenendo anche conto che, tanto nell'art. 14 — in tema di obblighi dell'imprenditore che chiede il proprio fallimento — quanto nell'art. 15 — in caso di richiesta di fallimento, le scritture contabili ed i bilanci da depositare si riferiscono ai tre «esercizi precedenti» oppure agli «ultimi tre esercizi».

Il termine «esercizio» va inteso in senso civilistico e non fiscale, poiché, come noto, ai sensi di quest'ultima normativa l'anno nel corso del

quale viene deliberata la messa in liquidazione dell'impresa viene suddiviso in due esercizi, mentre ai fini civilistici l'esercizio comprende l'intero anno ed è quest'ultimo bilancio che rileva ai sensi della legge fallimentare.

Per quanto riguarda l'onere della prova del mancato superamento dei limiti dimensionali previsti, esso deve essere fornito esclusivamente dal debitore il quale deve dimostrare il possesso congiunto dei requisiti di non fallibilità. Così il Tribunale di Palmi, con decisione del 2 ottobre 2006, stabiliva che, mentre il ricorrente ha l'onere di provare che il credito vantato grava su un soggetto che svolge attività commerciale, il debitore ha l'onere di provare di non superare i parametri stabiliti dalla norma. Ciò perché il creditore incontrerebbe notevoli difficoltà se dovesse dimostrare che il debitore non riveste la qualità di piccolo imprenditore, rientrando nella sfera di quest'ultimo gli elementi di fatto riguardanti il capitale investito nell'azienda o i ricavi lordi ottenuti nell'esercizio dell'attività d'impresa.

Qualora il debitore sia una società di capitali o di persone oppure una ditta individuale in contabilità ordinaria, la documentazione da produrre a tal fine sarà costituita dai bilanci redatti ai sensi degli artt. 2423 e segg. c.c., composti dallo stato patrimoniale, conto economico e nota integrativa, dal libro inventari e dal libro dei cespiti ammortizzabili riguardanti gli esercizi interessati.

Per le imprese in contabilità semplificata, le quali, ai fini fiscali, sono esentate dalla redazione del bilancio di esercizio e della tenuta del libro inventari e del libro giornale, la documentazione da esibire può essere costituita da situazioni patrimoniali ed economiche redatte extracontabilmente, dai registri I.V.A. degli acquisti, delle vendite e dei corrispettivi, dal registro dei cespiti ammortizzabili, dalle visure ipocatastali e dalle dichiarazioni fiscali.

La prova inversa (superamento dei limiti dimensionali) potrebbe essere fornita anche dal creditore o, come dice la legge, «in qualunque modo risulti» e quindi anche attraverso accertamenti d'ufficio, potendo il giudice avvalersi (come menzionato dalla nota illustrativa) della Guardia di Finanza (*contra* Trib. Torino, 11 gennaio 2007).

Potrebbe anche accadere che l'istanza per la dichiarazione di fallimento sia riferita ad una impresa debitrice che non abbia adempiuto agli obblighi fiscali, non abbia tenuto una corretta contabilità, non abbia depositato i propri bilanci. In questo caso potrebbe essere utilizzato ogni indizio per la determinazione del superamento dei parametri, come verbali conseguenti