

L'articolo 1 della Legge fallimentare: il concetto di piccolo imprenditore e l'onere della prova dei presupposti soggettivi di fallibilità - il decreto correttivo

Autore: Vergottini Sergio

In: Diritto civile e commerciale

Per sapere tutto su questo argomento e per i più recenti aggiornamenti sulla Legge Fallimentare leggi anche "Il nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza" di Studio Verna Società Professionale

Ti può interessare anche questo più recente articolo del 2018: "Riforma Fallimentare: in cosa consiste?"

Linee essenziali della riforma

Con la modifica della legge fallimentare si sono conferiti maggiori poteri al Curatore e al comitato dei creditori, sottraendoli a quelli appartenuti al Giudice Delegato e al Tribunale: la procedura perde parte del proprio carattere pubblico per accrescere quello privatistico sul presupposto che l'insolvenza sia una questione afferente i rapporti tra i soggetti privati operanti nel mercato.

Il legislatore ha inoltre voluto ridurre l'ambito dei soggetti teoricamente sottoponibili alle procedure concorsuali, riservate ora ai soli imprenditori aventi dimensioni medie o medio grandi.

Evidentemente per quelli piccoli, la procedura fallimentare è stata considerata inutilmente gravosa, impegnando notevoli risorse giudiziali, senza apportare alcun reale beneficio al ceto creditorio, soprattutto a quello chirografario.

Pur non essendo questa la sede per valutare la bontà di tale scelte di politica legislativa, non ci si può esimere dall'osservare che, in tal modo, si è creata una sorta di zona franca per una categoria di soggetti di fatto immune da qualsiasi sanzione civile anche qualora abbia generato una notevole massa di debiti.

Così, al creditore, non resta altro che agire con le armi "spuntate" della procedura esecutiva mobiliare / immobiliare, con tutti i limiti di essa.

I soggetti privilegiati per ruolo (in primis le Banche) costituendosi delle cause legittime di prelazioni si cautelano sufficientemente per il caso dell'insolvenza del debitore, mentre gli altri sono lasciati senza concreta tutela.

Non è detto, poi, che la sottrazione di alcune imprese al fallimento possa sempre giovare alle stesse.

Si pensi, ad esempio, all'impossibilità di esdebitamento o alla diffidente cautela che gli operatori economici e finanziari potrebbe riservare loro, appunto sapendo che esse non rischiano il fallimento.

Probabilmente, sarebbe stato preferibile varare per i cosiddetti piccoli imprenditori una (nuova) procedura, comunque di tipo concorsuale.

Il legislatore ha mantenuto inalterato il requisito oggettivo di fallibilità, ossia l'insolvenza dell'impresa, intesa quale incapacità dell'imprenditore di fare fronte con mezzi normali ai propri debiti, per impotenza strutturale, non soltanto transitoria.

Irrilevante è così l'indagine sull'imputabilità o meno allo stesso delle cause del dissesto ovvero sulla loro riferibilità a rapporti estranei all'impresa così come sull'effettiva esistenza ed entità dei crediti fatti valere nei suoi confronti (in questo senso, Cassazione civile, sez. I, 04 marzo 2005, n. 4789, in Dir. e prat. soc. 2005, 18 91).

Sono, invece, stati significativamente modificati i presupposti soggettivi.

L'articolo 1 della legge 267/1942

L'articolo primo della legge 267/1942, nella versione precedente alla novella, prevedeva l'assoggettività al fallimento degli imprenditori commerciali, individuali o collettivi, che appunto versavano in stato di insolvenza, purché non piccoli.

Tali venivano considerati quelli "riconosciuti, in sede di accertamento ai fini dell'imposta di ricchezza mobile, titolari di un reddito inferiore al minimo imponibile. Quando è mancato l'accertamento ai fini

dell'imposta di ricchezza mobile sono considerati piccoli imprenditori gli imprenditori esercenti un'attività commerciale nella cui azienda risulta essere stato investito un capitale non superiore a lire trentamila”.

Il legislatore aveva quindi indicato dei parametri quantitativi ai quali potersi riferire per determinare se l'imprenditore fosse o meno “piccolo”.

Interveniva tuttavia la Corte Costituzionale, con la nota sentenza n. 570 del 22 dicembre 1989, che affermò l'incostituzionalità, per violazione dell'art. 3 Cost., dell'accennato comma dell'art. 1 L.F.

A seguito di tale pronuncia e dell'abolizione dell'imposta di ricchezza mobile, in assenza di un intervento del legislatore finalizzato a ridefinire i parametri, il non facile compito di individuare l'imprenditore fallibile passava così alla giurisprudenza.

La Cassazione ripeteva, in proposito, che gli unici criteri per escludere la fallibilità di un soggetto, poiché piccolo imprenditore, erano unicamente quelli dell'art. 2083 c.c.

Inutile verificare se l'impresa avesse, o meno, i requisiti per essere iscritta nell'albo delle imprese artigiane previsto dalla legge n. 443 del 1985, giacché i criteri dettati da quest'ultima rilevavano a tutt'altro fine, cioè all'ammissione della stessa alla fruizione delle provvidenze previste dalle leggi regionali (da ultimo, si osservi Cassazione civile, sez. I, 15 giugno 2005, n. 12847 in Giust. civ. Mass. 2005, 6).

Da ciò, ai fini della distinzione tra piccolo, medio e grande imprenditore occorreva quindi tenere conto dell'attività svolta, dell'organizzazione dei mezzi impiegati, dell'entità dell'impresa e delle ripercussioni nell'economia generale dell'avvenuto dissesto.

In tale contesto, l'artigiano diventa un normale imprenditore commerciale, assoggettabile al fallimento, solo quando organizza la sua attività in modo da costituire una base di intermediazione speculativa, così che il guadagno, normalmente modesto, assume i caratteri del profitto, realizzando così una vera e propria organizzazione industriale, avente autonoma capacità produttiva, in cui l'opera del titolare non è più essenziale, né principale (in tale senso si veda Cassazione civile, sez. I, 22 dicembre 1994, n. 11039, in Giust. civ. Mass. 1994, fasc. 12).

Volume consigliato

I criteri per determinare la “grandezza dell’imprenditore”

Vari i criteri adottati da ciascun Tribunale per determinare la “grandezza dell’imprenditore” con conseguenti e non rare diversità di trattamento dell’imprenditore tra un Foro e l’altro.

Nel quadro normativo e giurisprudenziale brevemente riassunto si è inserita la novella legislativa che così ha riscritto la norma: “sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale, esclusi gli enti pubblici ed i piccoli imprenditori. Ai fini del primo comma, non sono 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. I limiti di cui alle lettere a) e b) 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 e impiegati intervenute nel periodo di riferimento.”.

Il legislatore, appunto per circoscrivere l'ambito dei fallibili e per uniformare la giurisprudenza sul punto, ha cercato, tornando per così dire alle origini, di (re)introdurre dei limiti quantitativi (di reddito e di investimento) al di sotto dei quali l'imprenditore è considerato piccolo e quindi escluso dalle procedure concorsuali.

Al contempo, si è pure tentato di evitare il verificarsi di quelle incongruenze che la precedente norma aveva fatto sorgere: ad esempio l'immunità al fallimento dell'imprenditore artigiano, anche di medie dimensioni, mentre vi doveva sottostare la società anche con un modesto volume d'affari.

Si osservi, in senso contrario, ossia per l'esenzione alla procedura concorsuale anche delle “piccole” società, una recente sentenza della Suprema Corte che ha affermato che “per stabilire quali siano i piccoli imprenditori da esonerare dal fallimento occorre utilizzare la nozione generale dell'art. 2083 c.c. con la conseguenza che non rileva la disciplina speciale in materia di artigianato e che possono essere quindi considerati piccoli imprenditori anche le società commerciali” (Cassazione civile, sez. I, 21 dicembre 2002, n. 18235, in Foro it. 2003, I, 764).

La soluzione adottata dalla riforma non sembra però meditata od esente da interrogativi.

A cosa si riferisce quando fa accenno agli investimenti e ai ricavi medi o quale rilievo ha l'art. 2083 c.c.?

A chi spetta l'onere di dimostrare l'assenza (o la presenza) dei requisiti dimensionali che fanno ritenere "piccolo" l'imprenditore ai fini della procedura fallimentare?

Per prima cosa, è incontrovertito che per ritenersi non soggetti a fallimento occorre non avere oltrepassato entrambi i parametri di cui all'art. 1 L.F. (sui requisiti di assoggettabilità ad esso si vedano le "Istruzioni comportamentali per i richiedenti il fallimento" redatte dal Tribunale di Milano, in http://www.fallimentitribunalemilano.net/index.php?option=com_content&task=view&id=257&Itemid=98).

Nella relazione di accompagnamento alla riforma delle procedure concorsuali si legge che i predetti criteri risulterebbero complementari fra di loro giacché il capitale investito meglio si attaglierebbe alle aziende di nuova formazione mentre l'ammontare medio dei ricavi è più consono a quelle già da tempo avviate.

Gli "investimenti effettuati" potrebbero corrispondere al totale dell'attivo risultante dallo stato patrimoniale di cui all'art. 2424 c.c., e quindi alle immobilizzazioni, all'attivo circolante (anche se sul punto si registrano voci dissenzianti), i ratei ed i risconti, senza limitarsi invece al solo patrimonio netto (in questo senso, Matteo Caratozzolo, La nozione di "investimenti nell'azienda" e di "ricavi lordi" nell'art. 1 della nuova legge fallimentare, in *Il Fallimento*, 1, 2007, il quale significativamente evidenzia che due società, a parità di patrimonio netto potrebbero avere dimensioni dell'attivo notevolmente diverse).

Vengono quindi considerati sia i beni acquistati con risorse proprie dell'impresa che quelli ottenuti tramite prestiti o in altra maniera.

Nella vigenza del precedente art. 1 L.F. la Cassazione aveva affermato che "al fine dell'assoggettabilità a fallimento di un imprenditore commerciale, per capitale investito nell'azienda deve intendersi ogni investimento, anche se frutto del cosiddetto "autofinanziamento", effettuato dall'imprenditore per l'acquisto di macchinari e di merci, per l'allestimento di negozi e di impianti, ed in definitiva la quantità di ricchezza immessa nell'attività commerciale, con riferimento al tempo del suo impiego e non solo in quella parte residua esistente al tempo della palese insolvenza, anteriore alla dichiarazione di fallimento" (Cassazione civile, sez. I, 12 luglio 1983, n. 4733 in *Giust. civ. Mass.* 1983, fasc. 7).

Secondo taluni, l'importo da prendere in considerazione per gli investimenti è quello che risulta dalla lettura del bilancio al momento della presentazione dell'istanza di fallimento, per altri sono la media di quelli registrati nella contabilità negli ultimi tre anni, sempre a partire dalla predetta istanza.

Altri ancora sostengono che si debba fare riferimento alla somma degli investimenti in qualunque momento conferiti nell'azienda, e quindi dalla costituzione dell'impresa sino alla istanza di fallimento.

Riteniamo soluzione preferibile l'accertamento dell'ammontare dell'attivo nel momento in cui viene svolta l'istruttoria prefallimentare, e ciò per due motivi: 1) se il legislatore avesse voluto riferirsi ad un altro

periodo (come per i ricavi) lo avrebbe indicato chiaramente nella norma; 2) non avrebbe utilità alcuna la dichiarazione di fallimento di un'impresa che nel passato aveva un attivo cospicuo ma che al momento della dichiarazione ha esaurito le immobilizzazioni e l'attivo circolante.

Non sembra corretto fare riferimento pure agli investimenti effettuati nel cosiddetto periodo sospetto, anche per l'indeterminatezza stessa del concetto, che taluni vorrebbe fare coincidere con il lasso di tempo rilevante ai fini della revocatoria.

La maggior parte della dottrina sostiene inoltre che si debbano considerare tutti gli investimenti riversati nell'impresa, anche quelli che non hanno avuto per oggetto l'attività caratteristica.

I valori delle immobilizzazioni sono quelli risultanti dal bilancio, anche se diversi da quelli che potrebbero risultare dall'andamento del mercato (che sono comunque opinabili), mentre è discusso se devono essere considerati, in negativo, i fondi di ammortamento.

Dovrà pure essere considerato il valore corrente dei beni in leasing, o se minore, il valore attuale dei pagamenti minimi dovuti, a condizione che per quei cespiti sia prevista una clausola di riscatto, sicché nella sostanza si tratta di un acquisto di beni strumentali finanziato dal locatore (in tal senso Randazzo, I parametri di individuazione della dimensione dell'insolvenza rilevante ai fini dell'art. 1 della nuova legge, in http://www.fallimentitribunalemilano.net/index.php?option=com_wrapper&Itemid=147).

Il concetto di "ricavi lordi" di cui all'art. 1 L.F. sembra essere di più facile interpretazione, tale da coincidere nel bilancio ordinario con la somma dei valori indicati alla voce A1 e, e sia pure con qualche dubbio, quelli indicati alla A5, del conto economico (art. 2425 c.c.) e quindi comprendere senz'altro i ricavi di gestione, ma forse pure quelli di origine finanziaria (C15 - C16) e gli straordinari (E20), anche perché il legislatore non ha posto alcuna limitazione alle sole entrate derivanti dall'attività tipica dell'impresa.

I ricavi, per espressa previsione legislativa, sono da prendere in considerazione al lordo, dunque non devono essere detratti i costi (di materia prima, manodopera) che sono occorsi per generare quelle componenti positive di reddito; semmai deve essere dedotto il valore dei beni resi, gli sconti commerciali (non quelli finanziari) e gli abbuoni.

I ricavi possono essere desunti dalla lettura dei libri contabili ma anche aliunde e quindi, ad esempio, a seguito di accertamenti svolti dalla Guardia di Finanza, soprattutto nel caso in cui siano dimostrate delle irregolarità contabili (in questo senso Fondazione Luca Pacioli, la riforma del diritto fallimentare. Il fallimento: i presupposti ed il procedimento).

Si deve poi procedere al calcolo della media dei ricavi degli ultimi tre anni, da intendersi come gli ultimi tre esercizi antecedenti alla dichiarazione di fallimento, anche se da tempo l'impresa avesse cessato la propria attività.

Il legislatore, infatti, non ha introdotto alcun correttivo del criterio di determinazione della media dei ricavi nel caso di imprenditori inattivi, probabilmente perché per essi la dichiarazione di fallimento risulterebbe inutile (in questo senso Alessandro Silvestrini, I presupposti soggettivi del fallimento a seguito della legge di riforma, in *Il Fallimento*, 2007, 2, 230).

La dottrina si interroga poi sul rapporto che intercorre tra la definizione di piccolo imprenditore contenuta nel novellato art. 1 L.F. e quella di cui all'art. 2083 c.c. .

Ci si chiede se per individuare il piccolo imprenditore sia ancora necessario fare riferimento a quanto disposto nel codice civile, sicché l'interprete non dovrebbe limitarsi ad individuare i ricavi e gli investimenti ma, come nel passato, dovrebbe svolgere un'indagine più approfondita sul fallendo.

Riteniamo, per parte nostra, che, proprio per quanto attiene all'assoggettabilità alle procedure concorsuali, il legislatore ha voluto introdurre una disciplina ad hoc del piccolo imprenditore, senza dovere più richiarmarsi al codice di merito o a leggi speciali.

Da questo consegue che qualora sia dimostrato il superamento dei limiti dimensionali di cui all'art. 1 L. F. vi è una presunzione assoluta, che in quanto tale non può essere vinta da prova contraria, che l'imprenditore non sia piccolo.

Terza ed ultima questione che si pone all'interprete leggendo l'art. 1 L.F. riguarda l'onere della prova e quindi quale siano le conseguenze nel caso in cui l'espletata istruttoria prefallimentare non avesse consentito di acquisire ai fini di cui all'art. 1, comma secondo, L.F., la sussistenza dei requisiti dimensionali in capo all'impresa fallenda, né per il tramite delle produzioni documentali di parte né attraverso le richieste, rivolte d'ufficio, all'Agenzia delle Entrate o ad altri soggetti qualificati.

Non si tratta di un'ipotesi remota, anche perché l'impiego della contabilità semplificata, l'assenza di libri contabili o la loro irregolare tenuta, nella pratica possono rendere molto ardua la ricostruzione degli investimenti e dei ricavi medi.

E' vero che l'imprenditore fallendo è tenuto a depositare nella fase dell'istruttoria prefallimentare una aggiornata relazione contabile e che il Tribunale può disporre gli "accertamenti necessari" per ricostruire la consistenza della fallenda, ma non è detto che ciò sia sufficiente e comunque non si deve riporre fiducia nella collaborazione dell'imprenditore.

Qualora si ritenesse che la fallibilità dell'imprenditore commerciale è la "regola" mentre la non fallibilità del piccolo imprenditore è un' "eccezione" al principio, spetterebbe al soggetto fallendo la prova dell'inesistenza di entrambi i parametri di cui all'art. 1 della legge fallimentare.

Tale soluzione potrebbe essere ulteriormente avallata dal fatto che è il soggetto fallendo a possedere quelle informazioni utili per dimostrare la sussistenza o meno di quei requisiti (presupposti).

Se fosse il creditore a dovere dimostrare che l'imprenditore debitore non è piccolo, potrebbe trovarsi a dovere fornire una prova diabolica.

L'orientamento in esame facendo, inoltre, coincidere la parte gravata dell'onere probatorio, con quella che si trova in posizione di sostanziale prossimità alle fonti di prova, soddisfa anche un'esigenza di equità.

E' stato tuttavia messo in dubbio che il proposto quesito possa essere semplicisticamente risolto in termini di "onere della prova".

In un recente provvedimento emesso dal Tribunale di Varese in data 15.12.2006 (in http://www.tribunale.varese.it/UserFiles/File/documenti/Decreto_15_12_06.DOC) si legge che la questione non può essere risolta in forza del disposto di cui all'art. 2697 c.c. poiché, considerato i poteri di indagine che spettano al Tribunale in forza dell'art. 15 L.F., "non si è, infatti, in presenza di un giudizio contenzioso ordinario instaurato tra parti private ma di un procedimento che, se pur oggi necessita di una iniziativa di parte (che significativamente, a sottolineare la specialità del procedimento, può anche essere pubblica), non ha, per ciò solo, perso le sue peculiari connotazioni pubblicistiche".

Pertanto "non può allora ritenersi, in via generale, che l'onere della prova in ordine ai requisiti di fallibilità incomba sul creditore istante, potendo tali requisiti essere accertati, nella normalità dei casi, attraverso le acquisizioni documentali disposte d'ufficio dal tribunale; non appare peraltro neppure sostenibile che vi sia a carico del fallendo un onere probatorio relativamente alla qualità di piccolo imprenditore, quale causa impeditiva dell'accoglimento della domanda proposta dal creditore istante".

Occorre dunque la prova positiva dell'effettiva ricorrenza dei presupposti dimensionali.

Tale ricostruzione, che assimila il procedimento fallimentare a quello volto all'accertamento dello status di interdetto - inabilitato avrebbe il pregio di evitare che alla mancata costituzione in giudizio del fallendo si attribuisca l'automatica conseguenza del suo fallimento e, soprattutto, avrebbe il merito di salvaguardare la finalità perseguita dal legislatore con la riforma dell'art. 1 L. F., ossia la riduzione del numero dei fallimenti.

Il Tribunale di Milano, nelle già richiamate "Istruzioni" afferma che l'istruttoria fallimentare "non ha natura nettamente "inquisitoria" (in quanto l'acquisizione della prova della esistenza dei requisiti di fallibilità del debitore, non è affidata esclusivamente al giudice) e neppure nettamente "dispositiva" (come nel processo civile, nel quale l'onere della prova è quasi esclusivamente a carico dell'attore, con un limitato intervento d'ufficio del giudice) ma ha natura "acquisitiva" (come nell'attuale processo tributario) in quanto spetta: 1) al ricorrente, riferire i fatti (ad es. dimensioni dell'impresa, numero dei dipendenti, ecc...) ed allegare i documenti (ad es. bilanci, dichiarazioni confessionarie, ecc...) idonei a provare che il debitore: a) è imprenditore commerciale "non piccolo", avendo superato anche uno dei limiti fissati dall'art. 1 L.F.; b) versa in stato di insolvenza. 2) al debitore riferire i fatti e depositare i documenti idonei ad "inficiare" la portata probatorio di quanto assunto o provato dal ricorrente".

Da tali premesse, il Tribunale di Milano afferma che “su richiesta delle parti o d’ufficio, può (non deve) esercitare ulteriore attività istruttoria solo in via “integrativa” e giammai “suppletiva” dell’onere di allegazione e di prova che - si ribadisce - grava, in via generale e di principio, sulle parti, secondo la distribuzione fissata dall’art. 2697 c.c. (e cioè spetta al creditore provare il fatto costitutivo del proprio diritto ed al debitore invece fornire la prova delle “eccezioni”, cioè del fatto impedito modificativo od estintivo del diritto del creditore)”.

Quei giudici concludono con l’affermare che “spetta al Tribunale decidere quando ed in quali limiti esercitare tale potere istruttorio, tenuto conto della particolarità del caso concreto quale è dato desumere dalla documentazione prodotta e dalle dichiarazioni rese dalla parti”.

In sintesi, a dire del Tribunale di Milano deve essere il creditore a dimostrare l’avvenuto superamento dei parametri relativi ai ricavi o agli investimenti giacché, visto l’art. 2697 c.c., si tratta di elementi costitutivi su cui si fonda l’istanza volta alla dichiarazione di fallimento del debitore.

Il Giudice può esercitare i propri poteri di indagine solo ad integrazione di quanto allegato e dimostrato dalle parti, e non in loro supplenza.

In dottrina, c’è anche chi escludendo l’applicazione automatica dell’art. 2697 c.c., richiamandosi al concetto di piccolo imprenditore di cui all’art. 2083 c.c., assume che se a seguito dell’istruttoria fallimentare non è stato possibile accertare l’avvenuto superamento delle soglie di cui all’art. 1 L.F., occorre procedere come prima della riforma (in questo senso Alessandro Silvestrini, I presupposti soggettivi del fallimento a seguito della legge di riforma, in *Il Fallimento*, 2007, 2, 230).

Il Giudice dovrà quindi valutare se l’impresa fallita rientra o meno nel concetto di piccolo imprenditore di cui al richiamato precetto del codice civile.

Appunto volendo esaminare come prima della modifica legislativa la problematica in parola fosse risolta, si riporta uno dei pochi arresti della Cassazione: “in tema di giudizio di opposizione alla sentenza di fallimento, l’eccezione di non assoggettabilità a fallimento dell’impresa in ragione della sua natura artigiana non è suscettibile di essere rilevata d’ufficio. Infatti, un tale giudizio, se presenta un certo grado di officiosità e attribuisce al giudice il potere - dovere di riscontrare, anche d’ufficio, la sussistenza dello stato d’insolvenza e di ogni altro presupposto del fallimento, avvalendosi di tutti gli elementi comunque acquisiti, in atti e nel fascicolo fallimentare, ivi inclusi quelli relativi alla fase processuale conclusasi con la dichiarazione di fallimento, riveste un carattere officioso relativo perché opera pur sempre nell’ambito del principio generale dell’onere delle parti di fornire la prova delle rispettive allegazioni e rimane circoscritto alle domande ed alle eccezioni sollevate dalle parti” (Cassazione civile, sez. I, 20 agosto 2004, n. 16356, in *Giust. civ. Mass.* 2004, 7 - 8).

In conclusione, si concorda nell’opportunità di escludere la rigida applicazione delle regole in tema di onere della prova, poiché se esse hanno rilevanza in un giudizio avente per oggetto diritti disponibili,

possono non trovare adeguata giustificazione in quello fallimentare, dove sussistono pure interessi pubblicistici da salvaguardare.

Ciononostante, occorre determinare preventivamente a chi, tra il creditore e il fallendo, spetti dimostrare l'avvenuto superamento delle soglie di cui all'art. 1 L.F. appunto per sapere se l'istanza, in assenza di prova sul punto, debba essere accolta o respinta.

La prova, per parte nostra, deve essere data dal debitore.

Ciò non significa che il creditore possa rimanere inerte: egli dovrà assumere nel ricorso avanti al Tribunale che il fallendo non è un piccolo imprenditore (affermando che questi ha avuto investimenti che superano l'importo di Euro 300000,00 o ricavi medi pari o maggiori ad Euro 200000,00) e produrre la documentazione in suo possesso o che egli potrebbe agevolmente procurarsi (come i bilanci).

Il creditore quindi ha (quanto meno) un onere di allegazione.

La mancata costituzione del debitore non potrà essere di per sé elemento processuale sufficiente per escludere che egli sia un "piccolo" imprenditore.

Rileverà pure la condotta del fallendo poiché, pur ribadito che ha interesse a dimostrazione di essere un "piccolo imprenditore", l'omessa tenuta delle scritture contabili o il mancato deposito dei bilanci, potranno essere validi argomenti di prova per consentire al Giudice di affermarne la fallibilità.

Il legislatore, che già con la novella del 2006 avrebbe potuto affermare espressamente a chi spettasse l'onere della prova, è recentemente intervenuto sull'argomento con la modifica alla norma in parola suggerita nello schema di decreto legislativo recante "Disposizioni integrative e correttive del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, nonché al decreto legislativo n. 5 del 2006, in materia di disciplina del fallimento, del concordato preventivo e della liquidazione coatta amministrativa, ai sensi dell'articolo 1, commi, 5, 5-bis e 6 della legge n. 80 del 2005" (il testo è visionabile su www.giustizia.it).

Ivi, l'art. 1 L.F. viene così riscritto: "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 del prezzi al consumo per le famiglie di operai ed impiegati intervenute nel periodo di riferimento”.

Si notano già ad una prima lettura del predetto schema delle significative novità rispetto a quelli che sono attualmente i presupposti soggettivi di fallibilità:

- non vi è più alcun riferimento al piccolo imprenditore;
- al concetto di investimenti, considerato troppo generico, è stato preferito quello dell'attivo patrimoniale (art. 2424 c.c.) registrato nei tre esercizi precedenti la richiesta di fallimento anche in coerenza, come si legge nella relazione di accompagnamento al decreto, con la disposizione dell'articolo 14 L.F., che fa obbligo al debitore, che chiede il proprio fallimento, di depositare presso la cancelleria le scritture contabili e fiscali obbligatorie concernenti quegli esercizi;
- i ricavi vengono considerati nel loro valore assoluto e non più quale media degli ultimi tre anni, sicché per escludere il fallimento occorre in nessuno dei tre esercizi precedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento, l'imprenditore abbia realizzato ricavi lordi annui superiore alla soglia;
- si è aggiunto un terzo parametro, quello dell'ammontare dell'indebitamento, che non deve essere superato per rientrare nell'area di esenzione dal fallimento;
- spetta al fallendo l'onere delle prova di non avere ricavi - attivo patrimoniale - debiti oltre le soglie fissate dal legislatore. Nel caso in cui sussista incertezza sulla circostanza, l'imprenditore insolvente viene dichiarato fallito. Nella relazione di accompagnamento al decreto correttivo si legge appunto che “grava sul debitore l'onere di fornire la prova dei requisiti di non fallibilità, intesi come fatti impeditivi della dichiarazione di fallimento”. La contumacia dell'imprenditore nel fase pre fallimentare potrebbe quindi comportarne il fallimento.

Il legislatore, evidentemente accortosi che la novella del 2006 aveva iniquamente esentato alcuni soggetti dalle procedure concorsuale, malgrado questi avessero potuto avere generato un notevole indebitamento, ha cercato di ridurre le possibilità che l'imprenditore commerciale possa sfuggire al fallimento, aggiungendo un'ulteriore soglia (importo massimo dei debiti) a quelle due precedenti, comunque riscritte in maniera tale da rendere più agevole l'interpretazione.

Si è significativamente fatta chiarezza sull'onere della prova, attribuendolo al debitore.

La riforma (della riforma) dovrebbe entrare in vigore dal primo di settembre del 2007.

Volume consigliato

<https://www.diritto.it/l-articolo-1-della-legge-fallimentare-il-concetto-di-piccolo-imprenditore-e-l-onere-dell-a-prova-dei-presupposti-soggettivi-di-fallibilita-il-decreto-correttivo/>