

Il commercialista telematico

IL PRESUPPOSTO SOGGETTIVO DEL FALLIMENTO

L'articolo 1 L.F. novellato

- a cura Andrea Festa -

Sin dal principio la riforma fallimentare sancita col d.lgs n. 5 del 2006 aveva suscitato perplessità in vaste aree della dottrina e della giurisprudenza, ponendo seri problemi procedurali. Ora, con l'ulteriore modifica sancita dal Consiglio dei ministri del 7 settembre 2007, si sono chiariti molti dubbi ma molte perplessità restano.

Sebbene ogni riforma porti con sé luci ed ombre, è palese la sensazione che si è perduta, almeno per molti anni, la possibilità di rimettere in carreggiata il sistema-Paese sotto il profilo della disciplina fallimentare. Troppe ancora sono le differenze tra le procedure applicabili tra imprese in decozione, a seconda della loro dimensione (piccola, media o grande). Inoltre, si è persa l'occasione di snellire davvero il sistema, muovendosi sempre all'interno di quello d'ante seconda guerra mondiale. Si è provveduto nuovamente a novellare il decreto regio che è tuttora il caposaldo della materia, non comprendendo come il passo che si è fatto in avanti sia ancora troppo piccolo. E probabilmente si verificherà di nuovo quanto registrato sino a questo momento relativamente ai primissimi mesi di vita del decreto n° 5 del 2006. Indirizzi differenti adottati dai giudici, tempi che si dilatano anziché restringersi, contrapposizioni giuridiche essenziali, e tutto sommato una performance ben al disotto delle aspettative.

Anche se la riforma contiene delle novità tutt'altro che secondarie, come la diminuzione del ruolo del comitato dei creditori, la possibilità di ricorrere alla transazione fiscale in caso di accordi di ristrutturazione di debiti, le restrizioni alla possibilità di sostituire il curatore sulla base della volontà della maggioranza dei membri del comitato dei creditori, nuove frontiere di applicabilità del concordato preventivo, la realtà è che tale riforma è un'occasione mancata.

Tuttavia, ora che sappiamo che la legge fallimentare difficilmente cambierà tanto presto, e che dovremo imparare a convivere con essa, possiamo davvero

Il commercialista telematico

analizzarla in tutti i suoi aspetti, impegnandoci in un'attività di forecasting, prevedendo cioè, l'impatto che essa avrà sul sistema imprenditoriale italiano.

Innanzitutto pare utile mostrare alcune evidenze empiriche circa il trend fallimentare post riforma, prendendo a riferimento i dati del tribunale fallimentare di Milano, ma precisando che il discorso può essere esteso anche ad altre realtà, come i maggiori giornali economici nazionali hanno già dimostrato.

Periodo	Istanze presentate	Istanze presentate	Fallimenti dichiarati	Fallimenti dichiarati
2006/2007	Anno 2006	Anno 2007	Anno 2006	Anno 2007
Gennaio	194	104	69	55
Febbraio	236	196	69	46
24 marzo	211	75	38	35
2 aprile	51	41	0	9
11 aprile	64	43	17	16
31 maggio	361	194	106	59
Giugno	252	121	66	32
Totali al 30 giugno	1.369	737	402	252

Fonte. Tribunale di Milano, Sez. Fallimentare, Luglio 2007

Dalla tabella emerge chiaramente il crollo verticale dei fallimenti dichiarati nella sezione milanese, che fanno il paio con il medesimo trend nazionale. Siccome ci riesce difficile l'idea che da un anno all'altro la situazione del tessuto imprenditoriale del Paese possa cambiare così sensibilmente, propendiamo più per una serie di storture della legge che hanno impedito di sentenziare situazioni di insolvenza, piuttosto che credere che lo stato di salute delle imprese italiane sia migliorato nel giro di così poco tempo.

Già da questi dati è chiaro come mai il nostro legislatore abbia sentito la necessità di mettere mano alla legge fallimentare pochi mesi prima novellata, portando un ventata di novità di rilievo. Qui focalizzeremo l'attenzione sulla norma

Il commercialista telematico

chiave di tutta l'impalcatura legislativa, l'art. 1 L.F., che individua il presupposto soggettivo della dichiarazione di fallimento.

Per mettere in mostra e capire le differenze tra il prima e il dopo, sarà utile confrontare le due disposizioni.

Art. 1 ante riforma (D.lgs 9 gennaio 2006 n. 5)	Art. 1 riformato
<p><i>Imprese soggette al fallimento.</i> 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.</p> <p>Ai fini del primo comma, non sono piccoli imprenditori gli esercenti un'attività commerciale in forma individuale o collettiva che, anche alternativamente:</p> <ul style="list-style-type: none">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. <p>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 di consumo per le famiglie di operai e impiegati intervenute nel periodo di riferimento.</p>	<p><i>Imprese soggette al fallimento.</i> Sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale, esclusi gli enti pubblici.</p> <p>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:</p> <ul style="list-style-type: none">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 antecedenti⁹ 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. <p>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</p>

Il commercialista telematico

	base della media delle variazioni degli indici ISTAT dei prezzi di consumo per le famiglie di operai e impiegati intervenute nel periodo di riferimento.
Requisito soggettivo ante riforma	Requisito soggettivo post riforma

Possiamo adesso vedere la portata delle innovazioni prodotte relative al presupposto soggettivo.

Innanzitutto l'articolo è riprodotto al negativo, nel senso che mentre prima si erano forniti due parametri di fallibilità delle imprese commerciali, adesso i parametri sono aumentati a tre e soprattutto è demandata all'imprenditore l'onere di "dimostrare" non aver superato i requisiti prescritti. È una novità di grande rilievo perché si conferisce all'imprenditore l'onere della prova, mutuando il principio dal codice civile, in materia di obbligazioni.

D'altra parte, sembra apprezzabile il tentativo di specificare bene l'ampiezza temporale del periodo di riferimento ai fini della fallibilità dell'impresa e, soprattutto, aver provveduto a cambiare il termine "capitale", con quello contabilmente più definito di "attivo patrimoniale".

Lo spirito della norma, d'altronde, è quello di coinvolgere nel fallimento quelle imprese di rilevanti dimensioni che prima non venivano dichiarate fallite poiché, a seguito della riforma dello scorso anno, si era verificata una drastica riduzione dell'area di fallibilità consistente appunto nell'impossibilità di perseguire, anche penalmente, imprenditori a capo di imprese di grandi dimensioni con preoccupanti livelli di indebitamento, danneggiando indirettamente la massa dei creditori insoddisfatti. È questa la ragione dell'introduzione di un terzo criterio di fallibilità, ovvero il punto c) del nuovo art. 1 L.F. Inoltre, è da considerare anche l'eliminazione della nozione di piccolo imprenditore, sostituita con una serie di parametri dimensionali massimi che gli imprenditori commerciale devono rispettare per non essere assoggettati alla legge fallimentare (sono sempre tenuti fuori gli imprenditori agricoli, a prescindere dalle loro dimensioni e, espressamente, gli enti pubblici).

Il commercialista telematico

Attraverso questi nuovi criteri si sono superate le dispute teoriche sulla qualificazione dimensionale di imprenditore. Sono superati anche i calcoli precedentemente stabiliti al secondo comma punto b) dell'art. 1 L.F.

Non si parla più, infatti, di *media degli ultimi tre anni* riferiti ai ricavi lordi, ma semplicemente che negli ultimi tre anni, e quindi negli ultimi tre bilanci (per coloro che sono obbligati al deposito dello stesso), i ricavi non devono superare la soglia di duecentomila euro. E, ritornando a prima, attribuire all'imprenditore l'onere della prova, rappresenta forse il passo più importante dell'intera disposizione, poiché impedisce a taluni imprenditori fallendi di evitare di difendersi in sede di istruttoria prefallimentare, non collaborando soprattutto mediante ad esempio il deposito delle situazioni contabili, con la speranza di impedire l'acquisizione di elementi probatori-contabili che li inchioderebbero, dacché, stante la noncuranza del fallendo e persistendo l'insufficienza di prove acquisite anche d'ufficio, la sentenza di fallimento sarà comunque pronunciata. Sarà, in altre parole, l'imprenditore fallendo che dovrà attivarsi per tempo a fornire elementi probatori che lo scagionino, altrimenti sarà comunque dichiarato fallito, a nulla varrà non difendersi, o denunciare smarrimenti o distruzioni di libri contabili causa incendi causati da improbabili guasti all'impianto elettrico dell'azienda. Nonostante un siffatto modo di procedere possa sollevare dubbi sotto il profilo della legittimità, sembra che questo espediente possa porre un argine a comportamenti ostruzionistici.

Con l'introduzione di parametri quantitativi ben definiti, inoltre, abbiamo detto che a nulla vale, sotto l'aspetto fallimentare, la nozione di piccolo imprenditore ex art. 2083 c.c. Questa è la seconda importante innovazione rispetto al testo del 1942. Infatti, affermare che *non sono piccoli imprenditori gli esercenti un'attività commerciale in forma individuale o collettiva* e abbinare tale proposizione con l'introduzione di tetti quantitativi che fungono da spartiacque tra imprenditore commerciale che supera tali soglie e quindi è soggetto al fallimento, e imprenditore commerciale che non supera tali soglie sottraendosi alla disciplina, non significa nient'altro che conferire la possibilità, anche alle società commerciali, di essere

Il commercialista telematico

sollevate dalla procedura fallimentare qualora non superino i tetti prima richiamati. È una novità di assoluto rilievo dato che il legislatore del 1942 prevedeva espressamente che *in nessun caso sono considerate piccoli imprenditori le società commerciali*. Ora non sarà più così, e potremo assistere a società commerciali che, siccome non superano contemporaneamente i tre requisiti di fallibilità, non sono soggette alla sentenza di fallimento.

Questa novità accresce ancora le garanzie dei soci di tali società (pensiamo ad esempio a quelle a responsabilità limitata) a discapito della tutela del creditore. Inoltre, stante il tenore letterale della norma, dobbiamo ritenere che essa si concentri sulle imprese di maggiori dimensioni, le uniche che possono superare i tre requisiti del nuovo art. 1 L.F., tenendo fuori, oltre naturalmente gli imprenditori agricoli e gli enti pubblici, anche imprenditori commerciali individuale e *società* di dimensioni inferiore. Ribadendo come il tessuto imprenditoriale italiano sia costituito per la maggior parte da piccole e medie imprese, e che molte di queste non superano i parametri a) e b) ma che ad ogni modo possono avere un'esposizione debitoria relativamente importante (piccole imprese non potranno avere presumibilmente debiti scaduti e di ammontare superiore a € 500.000, ma potranno altresì avere situazioni difficili anche con un indebitamento inferiore), l'opinione è che si è ristretta ulteriormente la fetta dei soggetti fallibili. Parificare nel senso sopra descritto le sorti dei piccoli imprenditori, sia essi in forma individuale sia collettiva, può apparire una sorta di equilibratura del sistema, evitando un trattamento più severo alle società rispetto agli imprenditori individuali come è sempre stato finora; ma, nell'accettare tale osservazione, non possiamo esimerci dal notare come tali garanzie mortifichino ancora di più le ragioni dei creditori, e soprattutto il Paese potrebbe essere costretto a convivere con una galassia di imprese e società di piccole dimensioni in crisi, impossibilitato per legge però di espellerle dal suo sistema economico.

Andrea Festa

19 Novembre 2007