ANDREA FIORETTI
MASSIMO MANNOCCHI

MARCELLO ARBASINO
LUCIA BALDONI
MARIO BARDANZELLU
MARTA BARONI
ELISABETTA BASSETTI
RICCARDO R. CIAMPA
ANDREA d'AMBROSIO
DORA LA MOTTA
VITTORIA PAOLINI
FRANCESCA TUCCERI
ALESSANDRA TUZZI

RAFFAELLA D'AMBROSIO
ANDREA DE REGIS
ANTONIO LOMBARDI
PATRIZIA PEDALINO
ALESSANDRA PEDE
MARTA SANTARELLI

Primi orientamenti sull'applicazione della riforma fallimentare

“Art. 150 d. lgs. 5/2006: *Disciplina transitoria*”

I ricorsi per dichiarazione di fallimento e le domande di concordato fallimentare depositate prima dell'entrata in vigore del presente decreto, nonché le procedure di fallimento e di concordato fallimentare pendenti alla stessa data, sono definiti secondo la legge anteriore.”

- A quali fallimenti si applica la nuova disciplina?

Il Tribunale di Milano, con comunicazione ufficiale del 12 luglio 2006, ha dichiarato che il proprio orientamento (in quanto “preferibile”) è quello di ritenere applicabile la nuova disciplina solo ai fallimenti dichiarati in seguito ad istanza depositata dopo il 16 luglio 2006.

Lo stesso orientamento è stato espresso dal tribunale di Roma (la prima volta con la sent. 19.07.2006); per accertare il rito applicabile non ci si dovrà quindi limitare a verificare la data della sentenza dichiarativa del fallimento, ma andrà accertata la data del deposito dell'istanza di fallimento.

La Corte di Appello di Venezia (sent. 28.09.2006) aderisce all'orientamento dei Tribunali di Roma e Milano (nel caso di specie ha dichiarato inammissibile l'appello proposto contro una sentenza dichiarativa di fallimento del 18.07.2006) ritenendo applicabile la vecchia disciplina ai fallimenti aperti in seguito ad istanza depositata prima del 16.07.2006.

Anche il Tribunale di Salerno con sentenza del 10.10.2006 (sia pure con una motivazione opposta a quelle degli altri Tribunali sul tema) aderisce alla tesi secondo la quale si applica la nuova normativa solo ai fallimenti aperti in seguito ad istanza depositata dopo il 16.07.2006.

Dello stesso orientamento anche i Tribunali di Ravenna (sent. 24.07.2006), Termini Imerese (sent. 16.08.2006), Terni (sent. 29.09.2006), Alba e Mantova.

Vi sono invece altri Tribunali (tra i primi Trib. Mondovì, sent. 20.07.2006; Trib. Pistoia, sent. 20.07.2006) che ritengono applicabile la nuova disciplina a tutti fallimenti dichiarati dopo il 16 luglio 2006, anche se in seguito ad istanza precedente a tale data.

Ritengono applicabile la nuova normativa a tutti i fallimenti dichiarati dal 16.07.2006 in poi anche i tribunali di Pescara (sent. 18.10.2006), Genova, Napoli, Torino e Trieste. Il Tribunale di Piacenza con provvedimento del 22.01.2007 ha specificato che in caso di istanza di fallimento depositata prima del 16.07.2006 e dichiarazione di fallimento successiva a tale data si dovrà applicare la vecchia disciplina solo per la fase prefallimentare e la nuova per la fase fallimentare (così anche il Tribunale di Pescara).

Dello stesso avviso anche la Corte di Appello di Lecce (sent. 25.01.2007 che conferma la sent. 24.10.2006 del Tribunale di Lecce) secondo la quale, in caso di istanza di fallimento precedente al 16.07.2006 e sentenza dichiarativa di fallimento successiva, si deve applicare la vecchia normativa per la fase prefallimentare e la nuova per la fase prettamente fallimentare (quella che si instaura dopo la dichiarazione di fallimento). Ulteriore corollario di tale ragionamento è che avverso tale sentenza dichiarativa di fallimento dovrà proporsi l'opposizione dinanzi al Tribunale ex (vecchio) art. 18 l. fall. e non l'appello, in quanto le regole anteriori vanno applicate al procedimento per la dichiarazione di fallimento anche nelle sue fasi di gravame, poiché la "definizione del ricorso" si ha soltanto al termine delle impugnazioni.

Alcuni Tribunali (ad es. Trib. Modica 06.09.2006) hanno affermato di ritenere applicabile la vecchia disciplina processuale alle istanze presentate prima del 16 luglio 2006 ma con udienza prefallimentare (ed eventuale dichiarazione di fallimento) successiva, ma la nuova disciplina sostanziale sui presupposti soggettivi (piccolo imprenditore) ed oggettivi (debiti inferiori a 25.000 euro) del fallimento.

Il Tribunale di Catania (28.11.2006) ha applicato la normativa sul limite del piccolo imprenditore ex art. 1 l. fall. ad un'istanza di fallimento depositata in data 11.05.2006 (quindi ante riforma) sulla base del rilievo che, avendo la dichiarazione di fallimento anche una rilevanza penale (essendo il presupposto oggettivo di tutti i delitti di bancarotta), vada applicata la legge più favorevole tra quelle succedutesi nel tempo (ex art. 2, comma 3°, c.p.). Nel caso in esame è stata quindi rigettata l'istanza di fallimento perché nemmeno in seguito agli accertamenti disposti dal Tribunale, tramite la Guardia di Finanza, erano emersi elementi dai quali dedurre che l'impresa avesse superato i parametri dimensionali di cui al nuovo art. 1 l. fall.

“Art. 1 l. fall.: (*Imprese soggette al fallimento e al concordato preventivo*). - 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.”

- A chi spetta l'onere della prova sulla qualità di piccolo (o non) imprenditore?

Il Tribunale di Palmi (sent. 02.10.2006) ha ritenuto, citando un Sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione (sent. 30.10.2001, n. 13533) in tema generale di onere della prova, che il creditore istante debba solo dimostrare la qualità di imprenditore commerciale del debitore, mentre l'ulteriore qualità (ed esimente) di piccolo imprenditore va semmai dimostrata dal debitore in sede di istruttoria prefallimentare.

Peraltro nel caso di specie, non essendosi difeso il debitore, una volta accertati i presupposti dell'insolvenza e della qualità di imprenditore commerciale, è stato "automaticamente" dichiarato il fallimento.

Il Tribunale di Torino con sentenza del 11.01.2007 ha chiarito che la prova del mancato raggiungimento dei limiti dimensionali di cui all'art. 1 l. fall. incombe sul debitore in via d'eccezione.

In particolare il Tribunale ha specificato che per le società commerciali la qualità di imprenditore non piccolo debba presumersi (trattasi di presunzione relativa) in quanto connotazione normale della tipologia societaria.

Spetterà quindi al debitore dimostrare la sua qualità di piccolo imprenditore, sia per il criterio della regola ed eccezione (la normalità è difatti l'imprenditore non piccolo), che per il criterio della "vicinanza" delle parti rispetto al fatto da provare (è evidente che nessuno meglio del debitore possa avere elementi per provare le sue dimensioni imprenditoriali).

Il Tribunale di Piacenza (decr. 22.01.2007), in merito all'onere della prova della qualità di imprenditore piccolo (o non), ha affermato che esso non spetta direttamente al creditore istante, potendo comunque il Tribunale utilizzare i propri poteri istruttori; in ogni caso non può neanche attribuirsi valore confessorio alla mancata comparizione del debitore.

Il Tribunale di Roma (sent. 10.05.2007), in una fattispecie in cui il debitore (una società in nome collettivo) non si era difeso, non depositando quindi i propri bilanci nonostante l'espreso invito in tal senso rivolto dal Tribunale ex art. 15 l. fall., e né il creditore istante né lo stesso Tribunale avevano reperito i bilanci della società debitrice presso la Camera di Commercio in quanto non risultavano depositati, ha ritenuto che, in virtù degli obblighi di correttezza e trasparenza a carico delle imprese, le stesse debbano presentare i bilanci.

Nel caso in cui non lo facciano, o la documentazione contabile sia comunque lacunosa, il Tribunale potrebbe disporre degli approfondimenti istruttori, all'esito

dei quali, se permane l'incertezza sulle dimensioni dell'impresa, può esser corretto supporre che la stessa rientri nella normalità dei casi di impresa non piccola, e non nell'ipotesi eccezionale di piccolo imprenditore (il Tribunale cita, sull'argomento, la sentenza della Cassazione n. 5249/2003, sia pure emanata nel vigore della vecchia normativa).

A favore della tesi vi sarebbe inoltre il principio della riferibilità, vicinanza o disponibilità del mezzo di prova (così Cass. SS. UU. 141/2006), in virtù del quale risulta molto facile per il debitore dimostrare la sua natura e dimensione ed altrettanto difficile (se non impossibile) per il creditore dimostrare la stessa cosa.

D'altronde, l'obbligo della regolare tenuta delle scritture contabili è prescritto dall'ordinamento proprio a tutela di coloro che vengono a contatto con l'impresa, primi tra tutti i creditori della stessa.

Sulla base di queste considerazioni il Tribunale di Roma ha quindi dichiarato il fallimento della società debitrice che non si era difesa in sede prefallimentare e della quale non risultava in alcun modo la qualità di piccolo imprenditore.

Il Tribunale di Napoli (decr. 06.11.2006) sembra ritenere invece sia un onere del creditore (ma nel caso di specie ha rigettato l'istanza di fallimento perché mancava comunque l'ulteriore requisito della prova dell'esistenza di debiti superiori ad € 25.000).

Lo stesso Tribunale di Napoli, con una pronuncia del 06.12.2006, in una fattispecie nella quale una società costituita sotto forma di S.r.l. aveva presentato ricorso per richiedere la dichiarazione del proprio fallimento, ha rilevato come la società ricorrente non avesse in alcun modo dimostrato di essere imprenditore non piccolo, contravvenendo così anche al dettato dell'art. 14 l. fall.

Sul punto il Tribunale ha specificato che, avendo la riforma fallimentare sottratto al tribunale il potere di avviare d'ufficio il procedimento volto alla verifica della sussistenza dei presupposti per la dichiarazione di fallimento, lo stesso Tribunale non può mai integrare d'ufficio le lacune probatorie dei creditori istanti o dello stesso debitore o ancora del PM.

Su questi presupposti il Tribunale ha quindi rigettato l'istanza di fallimento in proprio dell'imprenditore.

Anche secondo alcuni Giudici Delegati del Tribunale di Roma sarebbe onere del creditore istante dimostrare la qualità di imprenditore non piccolo del fallendo.

Il Tribunale di Milano, con la circolare del 21.12.2006, ha comunque stabilito l'onere, per il creditore istante, di allegare al ricorso i bilanci del debitore.

Il Tribunale di Varese (decr. 15.12.2006) prospetta un'altra soluzione: nel caso in esame il creditore non aveva dimostrato la qualità di imprenditore non piccolo, e il debitore non si era proprio difeso.

Il Tribunale ha quindi utilizzato i propri poteri istruttori per richiedere informazioni all'Agenzia delle Entrate ed all'Esatri (l'esattoria competente), ma senza ottenere nessuna informazione utile.

Allora, nel domandarsi a chi spettasse questo onere probatorio, ha concluso che non può spettare al creditore istante perché non è previsto, né può dedursi dall'art. 2697 che sarebbe invece applicabile solo ai giudizi ordinari.

D'altro canto non spetta neanche al debitore perché altrimenti si finirebbe per attribuire un carattere confessorio alla sua mancata comparizione in sede prefallimentare.

Il Tribunale ha quindi dedotto che tale onere spetti al Tribunale stesso, che può far uso dei suoi poteri istruttori per disporre acquisizioni documentali.

Se poi, come avvenuto nel caso di specie, neanche tali acquisizioni documentali disposte dal Tribunale forniscono la prova della qualità di imprenditore non piccolo, il fallimento non può esser dichiarato e l'istanza deve essere rigettata.

- Cosa si intende per capitale investito nell'azienda?

Il Tribunale di Mantova (19.09.2006) ha ritenuto che anche un mutuo bancario concesso per l'inizio dell'attività dell'impresa possa esser considerato per il calcolo del capitale investito nell'azienda, dando così rilievo anche al capitale immesso da terzi (sulla scia di una risalente pronuncia della Cassazione, sent. n. 1471 del 18.05.1971).

Lo stesso Tribunale ha considerato, ai fini del calcolo del capitale investito, anche i crediti verso terzi.

Si tratta per ora di una pronuncia isolata.

Il Tribunale di Milano invece ha reso noto che ritiene, come la prevalente dottrina, che i debiti dell'impresa non possano esser considerati capitale e non incidano quindi sul limite dimensionale di cui all'art. 1 lett. a) l. fall.

Il Tribunale di Piacenza (decr. 22.01.2007) ha chiarito che per "capitale investito" dovrà intendersi il totale dell'attivo dello stato patrimoniale; non potranno invece calcolarsi i debiti, mentre i mutui potranno venire in rilievo solo se le relative somme siano state investite nell'attività dell'impresa. Non potranno inoltre esser considerate le spese che non si concretano in un investimento, come quelle per il personale o i servizi. In ogni caso i valori dovranno esser ricavati dal riferimento ai dati di bilancio (secondo i criteri di funzionamento) e non dal valore secondo i criteri di liquidazione.

La Corte di Appello di Brescia con sentenza del 16.02.2007 ha confermato la sentenza del Tribunale di Mantova del 23.11.2006 precisando che per "capitale investito" debba intendersi ogni investimento effettuato, con riferimento al tempo del suo impiego e non solo a quella parte residua esistente al momento della conclamata insolvenza.

Secondo parte della dottrina per investimenti nell'azienda devono intendersi tutte le attività patrimoniali dell'impresa (il c.d. "attivo lordo"), esistenti alla data di riferimento ed iscritti (od iscrivibili) nel bilancio ordinario d'esercizio.

Si tratta quindi dell'attivo dello stato patrimoniale ai sensi dell'art. 2424 c.c.

- In quale lasso di tempo vanno calcolati gli investimenti nell'azienda per 300.000 euro?

Il Tribunale di Roma (decr. 12.12.2006), in una fattispecie nella quale una S.r.l. in liquidazione aveva richiesto il proprio fallimento, depositando gli ultimi 2 bilanci (al 31.12.2004 e al 31.12.2005) dai quali non risultava il superamento dei limiti dimensionali di cui all'art. 1 l. fall., ha rigettato l'istanza di fallimento.

Nel caso di specie la stessa società aveva dichiarato di essere di fatto inattiva dal 2001; non risultava quindi sicuramente superata la soglia di cui all'art. 1 lett. b) dei ricavi lordi (per €200.000 annui) negli ultimi 3 anni (i quali vanno calcolati a far data dal deposito dell'istanza di fallimento).

Occorrendo pertanto verificare se fosse stato superato almeno il limite di cui all'art. 1 lett. a) degli investimenti nell'azienda superiori a € 300.000, il Tribunale si è domandato in quale lasso di tempo dovessero esser stati investiti (e risultare) questi € 300.000: nel corso dell'intera vita dell'impresa? Nell'ultimo bilancio? Nell'ultimo triennio in analogia con il requisito di cui alla lett. b) dell'art. 1?

Il Tribunale ha ritenuto tale ultima interpretazione quella corretta; gli investimenti per almeno € 300.000 vanno quindi verificati con riferimento all'ultimo triennio antecedente il deposito dell'istanza di fallimento. Fortemente critico verso questo ragionamento si è però mostrato, in dottrina, Fabiani, secondo il quale "sarebbe davvero singolare applicare il ricorso all'analogia nell'ambito del medesimo comma di uno stesso articolo".

Dello stesso parere sono il Tribunale di Piacenza (decr. 22.01.2007), secondo il quale l'ambito temporale da prendere in considerazione per il calcolo del capitale investito dovrà essere quello dell'ultimo triennio, ed il Tribunale di Palmi (sent. 29.05.2007) per il quale è sufficiente che l'impresa abbia superato anche per una sola annualità dell'ultimo triennio la soglia dei 300.000 euro di capitale investito.

Il Tribunale di Milano con la circolare del 21.12.2006 ha prima precisato che, in ordine al lasso di tempo nel quale devono esser stati investiti almeno € 300.000 nell'azienda, pur potendosi ritenere valide altre correnti di pensiero (quali quello dell'intera vita dell'impresa o dell'ultimo triennio), occorre far riferimento alla situazione patrimoniale aggiornata al momento dell'istruttoria prefallimentare ed all'ultimo bilancio.

Successivamente lo stesso Tribunale, con sentenza del 15.03.2007, ha specificato che per il capitale investito, in assenza di un chiaro dettato normativo, si debbano considerare (come per i ricavi) gli ultimi tre anni di vita dell'impresa (gli ultimi tre esercizi per le società di capitali).

Il Tribunale di Milano nella citata sentenza però va oltre: nel caso di specie l'ultimo bilancio regolarmente depositato risale difatti al 31.12.2003. I giudici hanno quindi rilevato come, con riferimento agli investimenti, i valori espressi nelle componenti attive dello stato patrimoniale tendano a rimanere immobilizzati nell'azienda, potendosi così operare una presunzione relativa di permanente esistenza nell'azienda degli investimenti risultanti dall'ultimo bilancio depositato, anche se anteriore all'ultimo triennio, purché non troppo risalente nel tempo (ad es. degli ultimi 5 anni).

Se quindi nel bilancio degli ultimi 5 anni risultavano investimenti superiori a 300.000 euro è legittimo supporre, salvo prova contraria (ad es. per dismissione, distruzione, svalutazione ecc.), a carico del fallendo, che questi investimenti sussistano ancora nel patrimonio dell'impresa.

Secondo parte della dottrina invece tale requisito dovrebbe sussistere unicamente alla data di deposito dell'istanza di fallimento.

Tuttavia la stessa dottrina si mostra alquanto divisa sul concetto di "capitale investito": vi è chi lo riferisce agli investimenti effettuati in tutta la vita dell'impresa, chi all'ultimo triennio, chi al momento dell'istanza di fallimento incrementando l'attivo presente con i cespiti dimessi nel periodo sospetto o nell'anno anteriore al fallimento o infine chi ritiene la soglia superata per sempre se lo è stata almeno una volta (c.d. teoria del massimo investimento).

- Da quando va calcolato l'ultimo triennio per i ricavi lordi medi superiori a 200.000 euro?

Il Tribunale di Taranto (sent. 19.03.2007), in una fattispecie di società in liquidazione ed inattiva dal 2004 che però nel precedente triennio 2001-2003 aveva realizzato ricavi medi superiori a 200.000 euro, ha specificato che per le società in liquidazione il requisito dei ricavi lordi medi conseguiti nell'ultimo triennio va riferito agli ultimi tre anni di attività e non certo al periodo di inattività conseguente allo stato di liquidazione (ritenuto assolutamente non sintomatico delle reali dimensioni dell'impresa).

- Qual è la corretta nozione di "piccolo imprenditore" ai fini fallimentari?

Il Tribunale di Firenze, con sentenza assolutamente innovativa (31.01.2007, n. 20), ha precisato che il mancato raggiungimento dei limiti quantitativi di cui all'art. 1 l. fall. non determina ipso iure l'automatico riconoscimento della qualità di piccolo imprenditore.

Tale connotazione dovrebbe, difatti, essere individuata anche sotto l'aspetto qualitativo, in base ai principi generali sanciti dall'art. 2083 c.c. (prevalenza del lavoro proprio).

Secondo il ragionamento dei giudici fiorentini innanzitutto bisognerebbe verificare se il debitore rientra nella categoria di piccolo imprenditore ex art. 2083 c.c. (come richiesto dal primo comma dell'art. 1 l. fall.).

Se non risulta essere piccolo imprenditore ai sensi dell'art. 2083 c.c., allora potrà sicuramente fallire; se invece rientra nel parametro qualitativo dell'art. 2083 c.c. allora bisogna ulteriormente verificare se abbia superato le soglie quantitative di cui al secondo comma, lett. a) e lett. b), dell'art. 1 l. fall..

Potrebbe quindi esistere un piccolo imprenditore ex art. 2083 c.c. che però può ugualmente fallire in quanto superi i limiti di cui alle lett. a) e b) del secondo comma dell'art. 1 l. fall.

In pratica il primo comma detta la regola (non può fallire il piccolo imprenditore, inteso ai sensi dell'art. 2083 c.c.); il secondo comma definisce le due eccezioni a questa regola (può però fallire il piccolo imprenditore che abbia superato i parametri dimensionali di cui alle lett. a) o b)).

Il paradossale risultato di questo ragionamento è che si finirebbe con l'allargare l'area dei soggetti fallibili, in aperto contrasto con la ratio della riforma fallimentare.

In ogni caso il Tribunale di Firenze chiarisce che l'invocare la qualità di piccolo imprenditore (ex art. 2083 c.c.) al fine di sottrarsi al fallimento rappresenta un'eccezione ad esclusivo carico del debitore; il creditore istante invece, solo nel caso in cui l'imprenditore non sia "piccolo" ex art. 2083 c.c., dovrà provare il superamento delle soglie quantitative di cui alle lett. a) e b) del fallendo.

Lo stesso Tribunale di Firenze, con sentenza del 15.03.2007, conferma il proprio orientamento, spiegandolo più analiticamente.

Per sottrarsi al fallimento, l'imprenditore quindi deve essere non solo qualitativamente (ai sensi dell'art. 2083 c.c.), ma anche quantitativamente, piccolo (non superando almeno uno dei due parametri di cui al secondo comma dell'art. 1 l. fall.).

Il relativo onere probatorio spetta al debitore fallendo (per il principio della vicinanza della prova); anche se sul punto la sentenza apre all'ipotesi che, più propriamente, il debitore debba provare di esser piccolo ex art. 2083 c.c., mentre il creditore eventualmente dovrebbe provare (anche con l'ausilio dei poteri di indagine del Tribunale) che lo stesso imprenditore non è però piccolo ai sensi del secondo comma dell'art. 1 l. fall.

Peraltro, nella sentenza in oggetto, il Tribunale ha dichiarato il fallimento di un'impresa che non aveva raggiunto le maggioranze previste per il concordato preventivo, ritenendo così ancora esercitabili i poteri d'ufficio del Tribunale all'esito (negativo) della prima fase della procedura di concordato preventivo.

Esclude invece ogni riferimento alla nozione di piccolo imprenditore ex art. 2083 c.c. il Tribunale di Mantova, con provvedimento del 01.02.2007, così come il Tribunale di Milano che con la sentenza del 15.03.2007 dichiara espressamente di rifiutare la teoria dell'applicazione dell'art. 2083 c.c.

In dottrina si è osservato come i requisiti dimensionali introdotti dal nuovo art. 1 l. fall. si pongano in contrasto con il Regolamento CE 1346/2000, disciplinante i rapporti tra le procedure di insolvenza negli Stati UE, entrato in vigore (e direttamente applicabile) il 31.05.2002.

A norma di tale regolamento è necessario dissuadere le parti dal trasferire i beni o i procedimenti giudiziari da uno Stato all'altro per ottenere un miglior trattamento giuridico (c.d. forum shopping).

Le normative nazionali hanno, da questo punto di vista, un'autonomia limitata nel poter definire criteri per l'assoggettabilità o meno di un soggetto a procedure concorsuali, potendo stabilire limiti di natura esclusivamente qualitativa, giustificati dall'esistenza di differenti realtà economiche.

In tal senso i limiti quantitativi e non qualitativi introdotti dall'art. 1 l. fall. sarebbero quindi in contrasto con la normativa Comunitaria.

All'entrata in vigore della riforma della legge fallimentare è stato stimato che i requisiti dimensionale di cui all'art. 1 l. fall. avrebbero prodotto una diminuzione di oltre il 70% delle dichiarazioni di fallimento.

Infine vi è anche chi evidenzia come queste esenzioni per il piccolo imprenditore potrebbero finire con l'essere penalizzanti per lo stesso, precludendogli l'accesso al concordato preventivo o ad altre forme di definizione concordata dell'insolvenza, nonché al nuovo istituto dell'esdebitazione.

“Art. 15 (Istruttoria prefallimentare). – (...)

Non si fa luogo alla dichiarazione di fallimento se l'ammontare dei debiti scaduti e non pagati risultanti dagli atti dell'istruttoria prefallimentare e' complessivamente inferiore a euro venticinquemila. Tale importo e' periodicamente aggiornato con le modalità di cui al terzo comma dell'articolo 1.”

- Da dove deve risultare l'esistenza di debiti superiori a € 25.000?

Il Tribunale di Mantova (decr. 16.11.2006) ha rigettato un'istanza di fallimento per € 15.000 perché il creditore aveva sostenuto, ma senza dimostrarla, l'esistenza di ulteriori protesti a carico dell'impresa debitrice, ed il Tribunale ha ritenuto che non essendo più consentita l'iniziativa d'ufficio per la dichiarazione di fallimento non potesse dar luogo agli accertamenti previsti ex art. 15 l. fall..

In pratica se il creditore non allega prove (o indizi) circa l'esistenza di debiti superiori a € 25.000 il Tribunale non può attivarsi per reperire tali prove e l'istanza di fallimento va rigettata anche senza la (e prima della) convocazione del debitore.

Secondo il Tribunale di Pescara (decr. 19.12.2006) se dagli atti non risultano debiti scaduti e non pagati per un importo superiore a €25.000 e se il creditore non fornisce elementi di prova sull'esistenza di tali debiti (né richiede indagini al Tribunale in tal senso) l'istanza di fallimento va rigettata.

- Prospettive di riforma

Da segnalare che lo “schema di decreto legislativo” contenente disposizioni di modifica alla legge di riforma del diritto fallimentare, approvato dal Consiglio dei Ministri il 15 giugno 2007 ed attualmente all'esame delle Camere per il parere di legge, chiarisce esplicitamente (“Interpretazione autentica dell'art. 150 d. lgs. 5/2006”) che la nuova disciplina si applica ai fallimenti dichiarati a partire dal 16 luglio 2006 (indipendentemente quindi dalla data di deposito dell'istanza di fallimento).

Lo stesso schema ridetermina inoltre i requisiti di fallibilità e la nozione di piccolo imprenditore, al fine di compensare “l'eccessiva riduzione dell'area di fallibilità creatasi con la novella del 2006”. A tal fine viene abbandonata la nozione di piccolo imprenditore sottratto al fallimento per far riferimento anche ad un nuovo criterio

fondato sull'indebitamento. Secondo lo schema di riforma non fallirà più quindi l'imprenditore che abbia contemporaneamente questi 3 requisiti:

- 1) un attivo patrimoniale (e non più "investimenti") annuo, negli ultimi 3 esercizi, inferiore a 300.000 euro;
- 2) in nessuno dei 3 esercizi (e non più nella media degli ultimi 3 anni) precedenti all'istanza di fallimento abbia realizzato ricavi lordi superiori a 200.000 euro;
- 3) (nuovo requisito) debiti complessivi, scaduti e non, inferiori a 500.000 euro.

Viene inoltre precisato che, in ogni caso, l'onere della prova per sottrarsi al fallimento sarà esclusivamente a carico del debitore.

L'ammontare minimo dei debiti per la dichiarazione di fallimento viene portato da 25.000 a 30.000 euro.

Roma, 24 luglio 2007

Avv. Andrea d'Ambrosio