

L'azione. L'applicazione dopo le riforme degli ultimi anni

Cessione del credito: sì alla revocatoria in caso di fallimento

Anomalo trasferire somme su debiti scaduti

Giuseppe Rebecca
Giuseppe Sperotti

La cessione del credito effettuata con funzione solutoria (finalizzata, cioè, a estinguere un debito pecuniario scaduto ed esigibile) è anomala rispetto al pagamento effettuato in danaro o con titoli di credito equivalenti. Pertanto, se non è stata prevista come mezzo di estinzione contestuale al sorgere del debito, è soggetta a revocatoria fallimentare. A ribadirlo la sentenza n. 9388/11 della Cassazione. La pronuncia si riferisce alla vecchia revocatoria, anche se il concetto del pagamento con mezzi anormali è restato pressoché identico anche nella nuova revocatoria. Con quest'ultima espressione si intende l'istituto modificato dai diversi interventi legislativi intervenuti negli ultimi cinque anni (si veda il box sotto).

A tal proposito, va sottolineato che la nuova revocatoria fallimentare è sempre applicabile (in presenza dei presupposti) ai per fallimenti dichiarati dal 17 marzo 2005. Il periodo di riferimento è dimezzato ma è un'opzione tutt'altro che impraticabile. L'attenzione giurisprudenziale si è accesa anche sulla nuova revocatoria con la sentenza 5749/11 (si veda nel dettaglio l'articolo a lato). Tuttavia, nel complesso, le sentenze finora non sono state copiose. Da una parte, ha inciso il dimezzamento del periodo di riferimento che ha ridotto gli atti interessati da revocatoria, dall'altra può dipendere da un comportamento un po' remissivo da parte di molti curatori fallimentari.

Gli interventi legislativi

Con le modifiche intervenute dal 2005, non sono variati l'articolo 64 (atti a titolo gratuito), l'articolo 65 (pagamenti), l'articolo 66 (azioni revocatorie ordinarie) e l'articolo 68 (pagamento di cambiali scadute) della legge fal-

limentare (Rd 267/1942). Mentre tutti gli altri articoli della sezione III o sono nuovi o sono stati modificati. Le principali modifiche riguardano il periodo sospetto, la misura della sproporzione, le garanzie contestuali create per debiti di terzi e infine, ma solo perché sono poste alla fine dell'articolo 67 della legge fallimentare e le esenzioni.

Le nuove norme si applicano alle procedure dichiarate dopo il 17 marzo 2005, come prevede la norma (in realtà si applicano a procedure dichiarate da quella data). L'impostazione della nuova norma consente di evitare una disparità di trattamento tra procedure iniziate ante riforma e procedure iniziate post riforma. Comunque, sono state diverse le richieste di rinvio alla Corte costituzionale per presunta incostituzionalità; la Cassazione più volte ha però negato l'esistenza dei presupposti.

A complicare la questione è poi intervenuto l'ultimo "correttivo" (Dlgs 169/2007), che ha modificato ulteriormente alcuni articoli e la cui applicabilità è stata limitata alle procedure dichiarate dal 1° gennaio 2008.

Le esenzioni

La prima questione riguarda appunto le esenzioni. L'azione revocatoria è sostanzialmente devitalizzata da una serie di esenzioni: sono ben sette. Secondo la relazione alla norma, le ragioni alle esenzioni vanno lette nell'ottica di «evitare che situazioni che appaiono meritevoli di tutela siano invece travolte dall'esercizio, sovente strumentale, delle azioni giudiziarie conseguenti all'accertata insolvenza del destinatario dei pagamenti».

La dottrina fin da subito ha evidenziato due opposte tendenze: da una parte ritenendo che le esenzioni riguardano solo le revocatorie ex articolo 67 della legge fallimentare (e quin-

di non quelle di cui agli altri articoli), dall'altra sostenendo che invece si applicano a tutte le azioni revocatorie.

L'arco temporale

Altro aspetto rilevante della nuova revocatoria è il dimezzamento del periodo di riferimento; in particolare aver ridotto il periodo a sei mesi ha necessariamente comportato una drastica riduzione dei casi di possibili revocatorie. Tenuto conto dei tempi necessari per la dichiarazione di fallimento, nel periodo di 6 mesi ante procedura c'è il rischio concreto che pochi saranno gli atti e i fatti revocabili.

Altri paesi hanno preso invece come riferimento la data di presentazione della domanda di fallimento, in proprio o da parte di terzi. Un aspetto importante potrebbe però conseguire dall'applicazione del principio della cosiddetta «consecuzione» delle procedure. Se il fallimento è preceduto da un concordato preventivo, ecco che gli effetti temporali potrebbero riferirsi alla prima procedura: tesi in un primo tempo incerta, ma ora fatta proprio dalla giurisprudenza e anche da parte della dottrina.

D'altro canto, per la revocatoria fallimentare delle rimesse ante riforma ci sono voluti oltre 60 anni per arrivare a una soluzione non certamente definitiva, e nemmeno esaustiva, ma per lo più condivisa.

Anche per questo, uno dei possibili sviluppi potrebbe essere che la riduzione dell'efficacia della revocatoria fallimentare possa portare a un maggior utilizzo della revocatoria ordinaria, che resta pur sempre applicabile in via generale e può rappresentare un valido strumento per rimediare agli atti finalizzati al depauperamento del patrimonio del soggetto poi fallito.

© RIPRODUZIONE RISERVATA

I paletti

Le esenzioni e i termini di decadenza relativi alla revocatoria fallimentare

1 LE SETTE ESENZIONI DALLA REVOCATORIA

PAGAMENTI DI BENI E SERVIZI



I pagamenti di beni e servizi effettuati nell'esercizio dell'attività d'impresa nei termini d'uso

RIMESSE SU CONTO CORRENTE BANCARIO



Le rimesse effettuate su un conto corrente bancario, purché non abbiano ridotto in maniera consistente e durevole l'esposizione debitoria del fallito nei confronti della banca

VENDITE E PRELIMINARI



Le vendite e i preliminari di vendita trascritti ai sensi dell'articolo 2645-bis del Codice civile i cui effetti non siano cessati ai sensi del comma 3 della disposizione, conclusi a giusto prezzo e aventi ad oggetto immobili a uso abitativo, destinati a costituire l'abitazione principale dell'acquirente: di suoi parenti e affini entro il terzo grado

GARANZIE SU BENI DEL DEBITORE



Gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse su beni del debitore purché posti in essere in esecuzione di un piano che appaia idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria e la cui ragionevolezza sia attestata da un professionista iscritto nel registro dei revisori contabili e che abbia i requisiti previsti dall'articolo 28, lettere a) e b), ai sensi dell'articolo 2501-bis, comma 4, del codice civile

GARANZIE SUL CONCORDATO



Gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata, nonché dell'accordo omologato ai sensi dell'articolo 182-bis

LE PRESTAZIONI DI LAVORO



I pagamenti dei corrispettivi per prestazioni di lavoro effettuate da dipendenti e altri collaboratori, anche non subordinati, del fallito

PAGAMENTI ALLA SCADENZA



I pagamenti di debiti liquidi ed esigibili eseguiti alla scadenza per ottenere la prestazione di servizi strumentali all'accesso alle procedure concorsuali di amministrazione controllata e di concordato preventivo

2 I TERMINI DI DECADENZA PER L'AZIONE

| TIPOLOGIA ATTI | VECCHIO TERMINE (procedure dichiarate fino al 16 marzo 2005) | NUOVO TERMINE (procedure dichiarate dal 17 marzo 2005) |
|--|---|---|
| Atti a titolo oneroso che presentino anomalità (ad esempio contratti con prestazioni sproporzionate) | 2 anni | 1 anno |
| Pagamenti di debiti pecuniari scaduti ed esigibili effettuati con mezzi anormali | 2 anni | 1 anno |
| Pegni, anticresi, ipoteche volontarie per debiti preesistenti non scaduti | 2 anni | 1 anno |
| Pegni, anticresi, ipoteche volontarie per debiti preesistenti scaduti | 1 anno | 6 mesi |
| Atti a titolo oneroso, pagamenti di debiti liquidi ed esigibili, garanzie di debiti anche di terzi, che non presentino anomalità | 1 anno | 6 mesi |
| Atti a titolo gratuito, pagamenti anticipati (vale a dire gli atti di anomalità assoluta) | 2 anni | 2 anni |

Le modifiche legislative

| NORME | EFFETTI PER PROCEDURE DICHIARATE DAL |
|------------------------------|--|
| Decreto legge 35/2005 | 17 marzo 2005 |
| Decreto legislativo 5/2006 | 16 luglio 2006 |
| Decreto legislativo 169/2007 | 1° gennaio 2008 (e per i procedimenti pendenti per la dichiarazione di fallimento alla stessa data) |



Revocatoria

• La revocatoria fallimentare è l'azione mediante la quale il curatore, con dichiarazione del tribunale, può rendere inefficaci determinati atti compiuti dal fallito prima della dichiarazione del suo stato di insolvenza. In questo modo, il curatore può acquisire alla massa fallimentare i beni e le somme relativi alle operazioni eseguite prima del default

Le norme per gli immobili

Sull'abitazione l'esenzione copre il preliminare

Sergio Russo

La pronuncia 5749/11 della Cassazione ha ribadito che la disciplina del Dlgs 122/05 (disposizioni per la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire) è riferibile solo agli immobili per i quali sia già stato richiesto il permesso di costruzione. La sentenza, però, ha posto l'accento su un *vulnus* del provvedimento normativo che non consente di tutelare l'acquirente in uno dei casi più classici, come il preliminare di permuta del terreno con parte della realizzanda costruzione. In tali casi infatti il costruttore, in quanto non legittimato, non è in grado per presupposto di munirsi del permesso di costruzione.

Le distinzioni

La decisione offre lo spunto per una rivisitazione dell'intera materia. Per affrontare l'argomento è necessario operare prima di tutto una serie di distinzioni. Da un lato ci sono gli immobili «ordinari» (vale a dire diversi da quelli a «uso abitativo» ai sensi dell'articolo 67, comma 2, lettera c della legge fallimentare e dell'articolo 10 del Dlgs 122/05) e immobili invece destinati a uso abitativo. All'interno di questi ultimi, immobili costruiti e immobili in corso di costruzione.

Per immobile in costruzione si intende quello per il quale sia stato richiesto il permesso di costruzione (Cassazione 5749/11) ma non sia ancora giunta l'agibilità.

Per gli immobili a uso abitativo l'esenzione è stata estesa (dal decreto correttivo) anche ai contratti preliminari, purché trascritti e non cessati nei loro effetti.

Nel caso degli immobili in costruzione l'esenzione non concerne l'intangibilità del preliminare, dato che l'articolo 72-bis della legge fallimentare abilita comunque il curatore a svincolarsi da quest'ul-

timo, quanto semmai la facoltà del promittente acquirente di anticiparlo richiedendo l'escussione della fideiussione prevista all'articolo 2 del Dlgs 122/05.

Due questioni risultano sicuramente centrali:

- ❑ cosa debba intendersi per «giusto prezzo»;
- ❑ con riferimento a quale parametro debba calcolarsi la sproporzione del 25 per cento.

In riferimento al primo punto si potrebbero trarre utili indicazioni dalle stime ricavabili dall'Osservatorio del mercato immobiliare curato dall'agenzia del Territorio, individuando il giusto prezzo nel minor valore tra i due abitualmente indicati (minimo-massimo).

Nel secondo caso, premesso che prezzo «non giusto» non significa sproporzionato, non parrebbe corretto fissare la forbice del 25% con riferimento al parametro minimo quanto semmai a quello intermedio tra i due e in ogni caso, secondo l'orientamento consolidato della giurisprudenza, temperandolo alla luce della effettiva appetibilità del bene specifico.

Nel caso di definitivi preceduti da preliminare si deve ritenere, anche in virtù dell'espressa previsione dell'articolo 10 del Dlgs 122/05, che la valutazione debba essere fatta con riferimento alle condizioni di mercato al momento non del definitivo ma della promessa di acquisto, purché trascritta o con data certa anteriore al momento del fallimento (al riguardo dovendosi però ricordare l'orientamento esattamente opposto della giurisprudenza maturata, sotto il precedente regime, in materia di sproporzione tra le prestazioni).

© RIPUBBLICAZIONE R. SE. VATA

www.ilsole24ore.com/norme/documenti
Le sentenze 9388/11 e 5749/11

Le differenze

IMMOBILI A USO ABITATIVO

IMMOBILI A USO NON ABITATIVO

1 TRASFERIMENTO A GIUSTO PREZZO

- Non revocabili in assoluto
- Se compiuti non a giusto prezzo, nei sei mesi anteriori al fallimento, revocabili laddove il curatore dimostri la consapevolezza dello stato di insolvenza da parte dell'acquirente

- Se compiuti, anche a giusto prezzo, nei sei mesi anteriori al fallimento, revocabili laddove il curatore dimostri la consapevolezza dello stato di insolvenza da parte dell'acquirente

2 TRASFERIMENTO A PREZZO SPROPORZIONATO

Se compiuti nella misura del 25 per cento, nell'anno anteriore al fallimento, sono revocabili purché l'acquirente non dimostri la sua inconsapevolezza dello stato di insolvenza

Gli strumenti finanziari. La possibilità resta preclusa quando la procedura concorsuale riguarda la banca

La nuova disciplina si estende ai derivati non sciolti con la dichiarazione di default

Matteo De Poli

■ Anche i contratti in strumenti finanziari derivati possono essere colpiti, laddove ne ricorrano le condizioni previste dalla legge fallimentare, da revocatoria fallimentare. Quindi il curatore dell'investitore fallito, individuata l'esistenza di addebiti in conto corrente ricollegati a tale tipo di operatività, potrà e dovrà interrogarsi sulla possibilità di agire contro la controparte contrattuale, generalmente una banca, con azione di revocatoria fallimentare. Il curatore non dovrà però tener conto dei contratti ancora in corso di esecuzione alla data di apertura del fallimento. A questi ultimi, infatti, in virtù dell'articolo 203 del Tuf, si applica l'articolo 76 della legge fallimentare, secondo cui i contratti che scadono successivamente alla dichiarazione di fallimento si sciogliono alla data di apertura della procedura. Lo scioglimento del contratto porterà all'esi-

genza di regolare il valore dello strumento, che potrà essere a credito o a debito per la procedura. Se a debito, la controparte del soggetto fallito dovrà insinuarsi al passivo del fallimento. Se a credito, questa dovrà versare al curatore la somma corrispondente. Sarà pari alla differenza tra il "prezzo contrattuale" e il valore alla data di scioglimento o, in caso di derivati Otc (Over the counter), al valore del market, generalmente determinato unilateralmente dall'intermediario e riconosciuto come vincolante anche per l'investitore in forza di una previsione contrattuale la cui validità è stata contestata.

Le condizioni

La revocabilità dei contratti in strumenti finanziari derivati riguarda, quindi, solamente i contratti che siano stati stipulati ed eseguiti anteriormente al fallimento e che, pertanto, la soprav-

venuta dichiarazione non abbia sciolto. La possibilità concreta di revocare quei contratti trova però molte condizioni. È esclusa, anzitutto, quando a essere sottoposta a una procedura concorsuale è la banca: l'articolo 57 del Tuf in tema di liquidazione coatta amministrativa degli intermediari richiama espressamente la disciplina prevista dal Tub, che, nel rinviare a propria volta a disposizioni contenute nella legge fallimentare, non presta alcun rinvio alla disciplina della revocatoria fallimentare, la cui applicazione si ritiene esclusa. La revocabilità in base all'articolo 67 della legge fallimentare, è configurabile, dunque, solamente nell'ipotesi in cui sottoposto a procedura concorsuale sia un soggetto non intermediario.

Se a essere dichiarato fallito è l'investitore, occorre distinguere le due ipotesi di revocabilità previste dall'articolo 67 della legge fallimentare:

■ quella del comma 1, che consente di chiedere la revoca degli atti a titolo oneroso compiuti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento, in cui sussista uno squilibrio di oltre un quarto nelle prestazioni eseguite o nelle obbligazioni assunte a svantaggio del soggetto fallito, salvo che l'altra parte provi di aver ignorato lo stato di insolvenza del soggetto stesso;

■ e quella del comma 2, che mira a colpire pagamenti ed atti a titolo oneroso compiuti nei sei mesi precedenti alla dichiarazione di fallimento - a prescindere dall'esistenza di una situazione di squilibrio economico tra le rispettive prestazioni - con onere della prova della *scientia decocionis* in capo al curatore.

Le ragioni di fondo

La ratio sottesa all'ipotesi del comma 1 dell'articolo 67 legge fallimentare (non lo squilibrio dell'atto in sé nella relazione tra

Le situazioni a confronto

La revocabilità in ambito finanziario

Contratti in corso alla data di apertura della procedura

Scioglimento automatico con l'apertura della procedura (ai sensi degli articoli 203 del Tuf e 76 della legge fallimentare)

Banca assoggettata alla procedura concorsuale

Esclusa la revocabilità ai sensi degli articoli 57 del Tuf e 83 del Tub

Investitore assoggettato alla procedura concorsuale

Esclusa la revocabilità ai sensi dell'articolo 67, comma 1, della legge fallimentare
Eccezione: il contratto è strutturato in modo tale che è certa fin dall'inizio la sussistenza di uno squilibrio di oltre il quarto (*up front* o commissioni implicite)

La revocabilità ai sensi dell'articolo 67, comma 2, della legge fallimentare è ammessa se il curatore prova la conoscenza dello stato di insolvenza (*scientia decoct onis*)
Eccezione: dimostrazione da parte della banca che il contratto era di copertura e che esso può essere ricondotto alle ipotesi di pagamenti nei termini d'uso

le parti ma l'idoneità dello stesso a ledere la par condicio creditorum) induce a ritenere che la natura aleatoria di un contratto in strumenti finanziari derivati ne escluda l'applicazione: il potenziale squilibrio tra le reciproche prestazioni costituisce, infatti, una caratteristica intrinseca del contratto, non una sua patologia. Un'ipotesi di revocabilità potrebbe, astrattamente, individuarsi nel caso in cui sia alterata la stessa aleatorietà del contratto, in modo tale da rendere non più solo possibile bensì perfino certo che la prestazione a carico del soggetto fallito supererà di un quarto quella della sua controparte. Potrebbe verificarsi nel caso dei derivati *Otc* con un *up front* iniziale, per i quali i parametri per la determinazione dei flussi di pagamento in capo al fallito siano stati modificati in funzione del rientro di quella posizione; o di quelli in cui, pur non essendo previsto un *up front*, i costi impliciti siano particolarmente alti e comunque non siano giustificati dalla componente di remunerazione della banca.

Non sembra preclusa, invece, l'azione revocatoria, in base all'articolo 67, comma 2, per i contratti in derivati stipulati (ed

esauriti) entro i sei mesi precedenti la dichiarazione di fallimento, e per i pagamenti eseguiti nei sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento di contratti scaduti in precedenza (o contestualmente) alla stessa, nei limiti di quanto pagato in eccedenza all'intervenuta compensazione tra i reciproci importi liquidati. In entrambi i casi spetterà al curatore la prova della conoscenza, da parte dell'intermediario, dello stato di insolvenza dell'investitore.

Le contromosse

Chiamata in giudizio, la banca potrebbe difendersi cercando di dimostrare che i pagamenti effettuati dall'investitore in forza di un derivato stipulato per effettive finalità di copertura (sul punto, generalmente oggetto di disputa, rilevano le indicazioni fornite dalla Consob con la comunicazione 99013791 del 26 febbraio 1999) non sono revocabili ai sensi dell'articolo 67, comma 2, della legge fallimentare, in quanto pagamenti compiuti «nell'esercizio dell'attività d'impresa nei termini d'uso» in base all'articolo 67, comma 3, lettera a), e dunque esclusi dalla revocabilità.

© R. P. U. I. N. E. R. S. E. R. V. A. T. A.