



DOTTORI
COMMERCIALISTI
DI BRESCIA

Convegno

IL NUOVO DIRITTO FALLIMENTARE: OPERATORI A CONFRONTO

17 Febbraio 2006

PALAZZO DEI CONGRESSI DI SIRMIONE (BS)

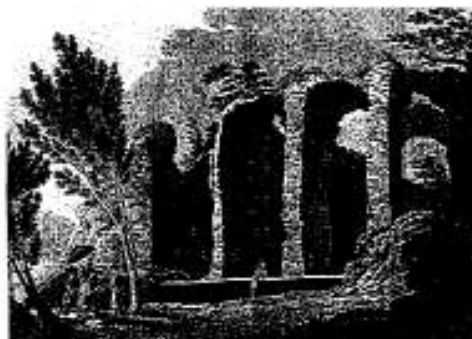


Immagine "Le Terme di Cassella" - Torino del 1874

in collaborazione con



La nuova revocatoria fallimentare

Appunti per una relazione - Giuseppe Rebecca

Studio Rebecca & Associati di Vicenza – Partner Synergia Consulting Group

Convegno “IL NUOVO DIRITTO FALLIMENTARE: OPERATORI A CONFRONTO”

17 febbraio 2006
Palazzo dei Congressi di Sirmione (BS)

Appunti per una relazione - Dr Giuseppe Rebecca, Dottore Commercialista in Vicenza

“La nuova Revocatoria Fallimentare”

Revocatoria delle rimesse bancarie a portata ridotta

**Le nuove norme hanno ridimensionato l’ambito di applicazione dell’istituto
Problematiche operative di prima applicazione**

I nuovi articoli 67 e 70 della Legge Fallimentare entrati in vigore esattamente 11 mesi fa (decreto legge 35/05, convertito nella legge 80/05) tra le altre cose, hanno, indubbiamente ridotto in modo drastico l’ambito di applicazione della revocatoria di rimesse bancarie.

Dopo aver dimezzato (da un anno a sei mesi prima del fallimento) il periodo sospetto (articolo 67 comma 2), la nuova norma dichiara non soggette all’azione revocatoria *“le rimesse effettuate su un conto corrente bancario, purchè non abbiano ridotto in maniera consistente e durevole l’esposizione debitoria del fallito nei confronti della banca”* (articolo 67, comma 3, lettera b).

E’ sempre richiesta la conoscenza dello stato di insolvenza, da provare da parte del curatore fallimentare.

La decadenza dell’esercizio dell’azione è rimasta invariata in 5 anni dalla data di fallimento. Con la riforma della legge fallimentare, che entrerà in vigore il 16 luglio 2006, salvo eventuali proroghe, questi termini sono variati. L’art. 69 bis infatti così ora prevede: *“Le azioni revocatorie disciplinate nella presente sezione non possono essere promosse decorsi tre anni dalla dichiarazione di fallimento e comunque decorsi cinque anni dal compimento dell’atto”*.

Tale disposizione, però, non si applicherà a fallimenti in corso al 16 luglio 2006, per i quali varranno i termini precedenti.

In questo senso si è espresso l’art. 150 del D. Lgs 5/2006. Sul punto, così si è espressa la relazione al decreto: *“la norma tende ad evitare che un concorso di discipline diverse susseguentisi nel tempo nell’ambito della stessa procedura possa determinare difficoltà e nuocere al corretto svolgimento della procedura stessa, alle ragioni dei creditori e alle esigenze di conservazione e recupero delle componenti attive dell’impresa”*.

Varie sono le problematiche aperte. Le analizziamo senza alcuna pretesa di risolvere quello che, forse, non è nemmeno risolvibile, ad oggi. Del resto, la precedente legge fallimentare ha comportato un impegno di circa 40 anni per arrivare dapprima ad un concetto di conto scoperto, affinato nei successivi 20 anni sulla base del saldo disponibile. Ci sono quindi, voluti oltre sessanta anni di dottrina e di giurisprudenza, per arrivare ad una soluzione pressoché pacifica, ancorché in generale non soddisfacente.

Per la prima volta la norma parla esplicitamente di revocatoria delle rimesse bancarie, ancorché in negativo, nel senso che ne parla solo per esentarle da revocatoria, a certe condizioni. La regola base è invece riferita ai pagamenti di debiti liquidi ed esigibili, come necessario presupposto.

Le esenzioni

Le esenzioni che possono riguardare la revocatoria delle rimesse bancarie sono la vera novità delle nuove disposizioni.

In sintesi sono queste:

- pagamento eseguito per effetto di piano attestato (art. 67 LF c. 3 lettera d);
- pagamento eseguito per effetto dell'esecuzione di un:
 - concordato preventivo
 - amministrazione controllata
 - piano di ristrutturazione ex art. 182-bis L.F.

Il comma 2 dell'art. 67 parla sempre di pagamenti di debiti liquidi ed esigibili, esattamente come prima della riforma.

Le disposizioni sono tutte inserite nell'art. 67, comma 3, e sono tre. Precisamente:

1) lett. b) "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";

2) lett. d) "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 ai sensi dell'articolo 2501-bis, quarto comma, del codice civile";

3) lett. e) "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".

Esaminiamo ora le ultime due previsioni; quanto indicato alla lettera b) è trattato in altre parti della presente relazione.

Piano di risanamento (piano attestato) (art. 67, comma 3 lettera d)

Si deve trattare di pagamenti effettuati in esecuzione di un piano di risanamento.

Sinteticamente, si tratta di un piano che appare idoneo a:

- consentire il risanamento della esposizione debitoria dall'impresa;
- assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria;

- la cui ragionevolezza sia attestata, ai sensi dell'articolo 2501-bis, quarto comma, del codice civile.

Come si vede, quindi, tre requisiti.

Si tratta in ogni caso di un piano che non richiede molto, oltre all'attestazione dell'esperto. I creditori non sono coinvolti, né il piano deve essere comunicato a chicchessia, anche se i presupposti, e quindi i pagamenti, per poter essere effettuati in base al piano debbono essere stati necessariamente precedentemente comunicati.

Il fatto che non sia possibile accertarne la condivisione, da parte dei creditori, e che sia del tutto assente ogni vaglio giustifica, come è stato sollevato, un "alto rischio di possibili utilizzi strumentali o collusivi e di distrazione preferenziale a favore di alcuni creditori e a danno di altri"¹.

Accordi di ristrutturazione (art. 67, comma 3, lettera e)

I pagamenti eseguiti per effetto di un accordo omologato ex art. 182 bis non sono revocabili, come è precisato dalla lettera e) del comma 3 dell'art. 67 L.F. così come variato dal DL 35/2005.

Tale accordo è istituito autonomo rispetto al concordato preventivo, e dovrebbe riguardare soggetti anche non insolventi.²

I creditori devono aver dato il loro assenso per almeno il 60% (del valore dei crediti, si ritiene). Questo assenso, sempre secondo la prima giurisprudenza (2), deve essere dato con sottoscrizioni autenticate e certificate.

Tenuto conto che l'accordo ha efficacia dalla pubblicazione nel Registro delle Imprese, ne consegue che i pagamenti esentati da revocatoria sono quelli effettuati in base a tale piano, a decorrere da quella data.

Altre procedure (sempre art. 67, comma 3, lettera e)

Sono esentati da revocatoria i pagamenti effettuati in esecuzione di concordato preventivo, o di amministrazione controllata, in generale.

Così era peraltro già dai più ritenuto, anche precedentemente.

Una curiosità relativa alle esenzioni. Questa norma pare avere in se stessa il rischio dell'incostituzionalità, come è stato rilevato³.

Del resto, lo stesso legislatore, nella Relazione al disegno di legge delega, così si è espresso:

"il sistema di esenzioni si presta al rischio di censure di incostituzionalità, ma la scelta del legislatore è stata quella di privilegiare situazioni nelle quali di volta in volta vi siano comunque evidenti vantaggi per la massa o al contrario evidenti iniquità per la parte in bonis".

¹ Minutoli, Dir. Fall.re 2005, I, 814, p. 816.

² Tribunale di Bari, 21/11/2005, decreto, in Ipsoa.it – Il fallimento on line

³ G. Lo Cascio, *La nuova legge fallimentare: dal progetto di legge delega alla miniriforma per decreto legge*, in *Il fallim.*, 2004, 361.

Qualità normativa e problematiche

Analizziamo le problematiche poste dall'art. 67 e dall'art. 70.

Prima problematica – Rimesse consistenti

Come fare a individuare in modo preciso le rimesse consistenti, ovvero quale ordine di grandezza adottare? Una prima risposta è che il concetto di consistenza varierà da caso a caso, seguendo un criterio proporzionale rispetto alle cifre movimentate nel conto corrente. Si è quindi ben lontani dal determinare una cifra di riferimento certa, oggettiva e soprattutto univoca.

Seconda problematica – Rimesse durevoli

Quale sarà la definizione di durevolezza della riduzione dell'esposizione debitoria? Potrà essere un mese, una settimana o semplicemente il fatto che non si tratti di operazione bilanciata? Oppure ci si deve riferire piuttosto al saldo finale? Anche per questo aspetto si dovranno trovare parametri ben definiti, che oggi non si conoscono.

Le norme mancavano in ogni caso di coordinamento: il caso più eclatante è la doppia disposizione nel nuovo art. 70 e il vecchio art. 71 (revocazione), ora abrogato dal D. Lgsi.

Quanto alla revocatoria in generale, la norma fa salve le disposizioni delle leggi speciali. Il riordino che tutti auspicavano non è quindi avvenuto, anche se la decretazione d'urgenza non era forse la sede più opportuna. Ma ciò non è stato inserito nemmeno nei principi della legge delega!

La seconda parte della novità normativa (articolo 70, comma 3) ha stabilito un tetto massimo all'ammontare di quanto revocabile. Si può revocare la "differenza tra l'ammontare massimo raggiunto dalle sue pretese" (del creditore) "e l'ammontare residuo delle stesse" alla data del fallimento. In pratica, torna in auge il concetto del rientro, identificandolo con il recupero effettivo del proprio credito realizzato dalla banca, e conseguentemente revocabile come gli altri pagamenti di debiti liquidi ed esigibili.

Altro aspetto controverso riguarda la coesistenza delle due norme, articolo 67 e articolo 70, poiché non è chiaro se l'articolo 70 sia applicabile solo come tetto massimo, dopo che si siano verificati i presupposti di revocabilità previsti dall'articolo 67, e se sia quindi da rispettare l'eventuale cifra inferiore delle rimesse revocabili, individuate sempre in base all'articolo 67, oppure se invece prevalga l'articolo 70. Sono sostenibili tre tesi, e precisamente:

- 1) sono applicabili tutti e due gli articoli (art. 67 e art. 70).
In questo caso la revocatoria ha il limite del rientro, ma solo se i vari rientri sono consistenti e durevoli.
Qualora il rientro ci fosse stato, ma molto graduale, nel tempo, non sarebbe allora revocabile;
- 2) è sempre applicabile l'art. 70, che prevale.
In questo caso si revoca sempre ed in ogni caso il rientro. Ma allora si dimostrerebbe del tutto inutile l'art. 67;
- 3) è sempre applicabile l'art. 67, che prevale.
Ed allora l'art. 70 sarebbe inutile, quantomeno nella fattispecie.

Dottrina e giurisprudenza dovranno trovare quel coordinamento, oggi pressoché impossibile, tra l'art. 67 e l'art. 70. Peraltro, come già detto, ci sono voluti circa 60 anni di giurisprudenza per trovare una soluzione uniforme, ancorché non condivisa.

Osservazioni in generale

Consecuzione delle procedure

Relativamente all'aspetto consecuzione delle procedure, tre sono le tesi avanzate, e cioè che:

- 1) - tutto è come prima;
- 2) - le cose sono variate, relativamente al requisito dell'insolvenza;
- 3) - consecuzione inapplicabile

Secondo la prima tesi, si farà riferimento all'inizio della prima procedura; al momento, anche noi siamo di questo avviso.

Altri hanno interpretato per un possibile cambiamento, essendo state dettate norme diverse, e comunque essendo il piano di risanamento o di ristrutturazione non più necessariamente legati alla insolvenza.

Altri⁴ sostengono che in ogni caso non tutti gli effetti della dichiarazione di fallimento potrebbero retroagire, e tra questi indicano l'azione revocatoria, per la quale, quindi, non avrebbero effetto eventuali situazioni di insolvenza precedenti (concordato preventivo).

Conto scoperto?

L'elaborazione giurisprudenziale aveva faticosamente raggiunto una impostazione abbastanza condivisa, anche se a nostro avviso forse non ancora definitiva, prevedendo una netta distinzione tra conto scoperto e conto passivo, considerando le rimesse solutorie o ripristinatorie, revocabili nel primo caso e non revocabili nel secondo caso.

Soluzione oramai pressoché univoca, ma non soddisfacente; recentemente è intervenuta la "irridente" sentenza della Corte di Appello di Firenze (28/1/2004 in *Foro.it*, 2004, I, 1714), assolutamente fuori dal coro, che se non altro ha avuto l'effetto di creare un po' di scompiglio.

La giurisprudenza era stata forse portata a proporre questa tesi prevalentemente per calmierare, seppure solo in parte, le richieste dei curatori.

Le nuove disposizioni ora cambiano tutto. Manca il concetto di debito liquido ed esigibile; ora si parla di "**esposizione debitoria**" (art. 67, c. 3, lettera b)) e di "**pretese**".

La prevalente dottrina è per considerare superata la tesi precedente, e anche noi conveniamo. Ora non si parla più di conto scoperto, ma di conto a debito.

A questa tesi si arriva in base a diverse analisi; se il concetto di debito è sempre lo stesso, allorché si parla di rimesse (per esentarle), si parla di esposizione debitoria e non di scoperto di conto, come pure all'art. 70 si parla solo di pretese.

Le distinzioni non sono così nette, in ogni caso. C'è però un aspetto che fa decisamente propendere per la tesi del superamento del concetto di conto scoperto e di conto a debito, ed è la relazione accompagnatoria del provvedimento che, tra le finalità delle nuove disposizioni, indica l'intenzione di pervenire ad una semplificazione delle disposizioni.

All'estensore della norma era necessariamente nota la situazione, e semplificazione non può che voler dire quello che è stato detto nella legge stessa.

Quindi, per lo più, si deve ritenere superato il criterio di conto scoperto.

Non si farà quindi più riferimento al fido, ai fini della revocatoria delle rimesse di conto corrente bancario. Del resto, se si parla di rientro, anche con la normativa precedente lo stesso concetto di rientro superava l'aspetto fido, nel senso che nel caso di rientro si intendeva revocato, se non altro di fatto, il fido.

Un altro punto controverso è se i conteggi vadano effettuati in base al saldo contabile o al saldo disponibile, riferimento ormai pacifico nella vecchia revocatoria. Tenuto conto che il saldo disponibile è solitamente più scoperto del saldo contabile, poiché gli accreditati vengono

⁴ Sido Bonfatti, "La riforma della disciplina dell'azione revocatoria fallimentare, del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione" Cedam, 2006, p. 10

in parte posticipati rispetto agli addebiti, il rientro quantificato in questo modo risulterebbe più rilevante. Non si vede ragione alcuna per cambiare tutta l'impostazione che, anch'essa molto faticosamente, era stata raggiunta in questi anni.

Incostituzionalità?

Infine, resta sul tappeto la questione della possibile eccezione di incostituzionalità della norma, che prevede trattamenti diversi per fattispecie identiche (versamenti su conto corrente nello stesso giorno) relative a due fallimenti dichiarati uno prima e uno il 17 marzo 2005 o successivamente.

Le nuove disposizioni non sono applicabili per azioni revocatorie iniziate successivamente alla data di entrata in vigore della disposizione, il che avrebbe anche potuto giustificare il ricorso alla decretazione di urgenza, ma per azioni relative a fallimenti dichiarati dopo l'entrata in vigore del DL (e quindi dal 17/3/2005).

E' quantomeno curioso che si sia fatto ricorso ad un DL per una fattispecie di questo tipo.

E proprio il riferimento ai fallimenti dichiarati dal 17 marzo 2005, e non alle azioni revocatorie iniziate dal 17 marzo 2005, ha fatto avanzare da più parti la tesi della incostituzionalità.

Altri sostengono che invece si è trattato della cosa più corretta⁵.

"Considerata la notevole compressione dell'efficacia di tale azione derivante dalla L. 50/2005, che non si limita ad aggiungere qualche ipotesi di esenzione ma riduce drasticamente l'ambito di operatività dell'istituto".

"Un diverso regime transitorio che avesse utilizzato quale *discrimen* un criterio squisitamente **processuale**, quale ad esempio l'instaurazione del giudizio, pur nell'ambito della stessa procedura fallimentare ed indipendentemente dalla data di perfezionamento dell'atto impugnato, sarebbe stato **effettivamente iniquo ed irragionevole**.

La scelta legislativa, correttamente, esclude la possibilità di attribuire un trattamento differenziato ad atti compiuti nel medesimo contesto temporale e quadro normativo di riferimento, limitando la nuova disciplina alle sole procedure nuove, consentendo così a **tutti i contraenti** di tener conto della nuova disciplina nell'esercizio della propria **attività negoziale**⁶.

Sul punto, comunque, c'è una forte incertezza, al momento.

LA NUOVA REVOCATORIA IN SINTESI

Applicabilità	Procedure dichiarate dal 17 marzo 2005
Periodo sospetto	6 mesi
Presupposto	Conoscenza dello stato di insolvenza
Revocabilità	Rimesse che hanno ridotto il debito
Caratteristiche riduzione	Consistente e durevole
Importo revocabile max	Rientro
Esenzioni	- Pagamenti effettuati sulla base di un <u>piano attestato</u> ; - Pagamenti per effetto di amministrazione controllata, c. p. o accordo omologato ex art. 182 bis (piano di ristrutturazione)
Art. 67	Esposizione debitoria
Art. 70	Pretese

⁵ Guido Federico – Roberta Vivaldi, "La riforma del concordato e della revocatoria fallimentare", Maggioli Editore, 2005, p. 66.

⁶ Come evidenziato da Trib. Monza, 20 luglio 2001, in *Giur. Mil.*, 2002, p. 284, l'azione revocatoria fallimentare ha infatti anche una finalità preventiva, consistente nella capacità di incidere sui comportamenti dei soggetti che entrano in contatto con il debitore prima che il suo stato di decozione divenga conclamato e di incentivarli a rifiutare di protrarre le proprie relazioni economiche con l'imprenditore insolvente.

LE PROBLEMATICHE DELLA NUOVA REVOCATORIA

Riduzione consistente e durevole	Concetto da definire
Coesistenza artt. 67 e 70	Alla fattispecie sono applicabili i due articoli, i quali però presuppongono concetti diversi (la riduzione consistente e durevole è richiesta solo dall'art. 67 e non dall'art. 70). In questo caso sarebbe revocabile solo il rientro, se ed in quanto le riduzioni siano state consistenti.
Prevalenza dell'art. 67 o 70	Teorie diverse sono già state avanzate; non si sa, ad oggi, quale dei due articoli debba prevalere
Fido	Parrebbe ininfluenza, e quindi revocabile anche il conto non scoperto, ovvero il rientro, anche se effettuato nei limiti dell'affidamento
Saldo di riferimento	Non è detto come vada calcolato, se con la data contabile o la data disponibile; a nostro avviso, tenuto conto dei precedenti, data disponibile. Validità della costruzione raggiunta dalla prassi.
Consecuzione di procedure	La data di riferimento dovrebbe essere quella della prima procedura, ma non è certo, tenuto conto delle nuove disposizioni
Incostituzionalità	Possibile eccezione

DECADENZA DELL'AZIONE REVOCATORIA E APPLICABILITA' NORME VARIE - TABELLA

Fallimenti	DECADENZA dell'azione revocatoria
Fallimenti dichiarati ante 16/7/2006 - pendenti al 16/3/2005: vecchie regole per la revocatoria - dichiarati dal 17/3/2005: nuove regole per la revocatoria	5 anni dalla dichiarazione di fallimento
Fallimenti dichiarati dal 16/7/2006 : nuove regole per la revocatoria	3 anni dalla data di fallimento e comunque 5 anni dall'atto