

**Le azioni del Curatore:
Il sistema delle revocatorie a
tutela recuperatoria e della
*par condicio creditorum***

**Intervento AIGA Catanzaro 14 giugno 2013
Master Diritto fallimentare**

Santo Viotti

- Il curatore, con l'autorizzazione del comitato dei creditori (art. 35 - 104 ter l.f.), è chiamato valutare se nel periodo cd. sospetto che ha preceduto la dichiarazione di fallimento il fallito abbia posto in essere atti in frode alla par condicio tra i creditori*, e cioè atti di disposizione del suo patrimonio idonei a ridurre la consistenza attiva o comunque a modificare la situazione relativa tra creditori.
 - (*salve le cause legittime di prelazione)
- non può essere escluso che i creditori singolarmente assumano un comportamento antieconomico per massimizzare il proprio interesse individuale: c.d. FREE RIDERS. Anche il debitore, astrattamente neutrale, può avere una serie di ragioni per favorire alcuni creditori a spese di altri.

**Aspetto economico di tutela:
Non corretta circolazione beni-capitali**

- Alla data del fall., tutti i creditori concorrono per ottenere una soddisfazione in moneta fall.re, salvo le cause legittime di prelazione. **Pertanto, può essere obiettivo di taluni creditori ottenere subito il pagamento;** ottenere a fronte di una prestazione di un certo valore una controprestazione di valore di molto superiore; ottenere una garanzia.
- **Può essere obiettivo dell'imprenditore favorire alcuni creditori** o fare apparire come creditore chi non lo è per salvare qualcosa dal soddisfacimento dei creditori effettivi. L'imprenditore può dunque procedere a pagamenti non dovuti o comunque preferenziali o assegnare porzioni di patrimonio gratuitamente; concedere garanzie sul proprio patrimonio non giustificate; assumere obbligazioni sproporzionate.

Aspetto giuridico: tutela recuperatoria e garanzia creditori salve le prelazioni

Legislatore 1942

Reazione agli atti pregiudizievoli per i creditori concorsuali compiuti nel periodo sospetto
(2740-2741 c.c.)

Legislatore 2005-2007

Limitazione in più fasi all'operatività dell'art. 67 l.f. ed introduzione delle esenzioni al 3° comma

Legislatore 2012

In linea con il *favor* per le soluzioni concordate di superamento della crisi, esenzioni degli atti compiuti in esecuzione di dette soluzioni

Evoluzione normativa

- **Il problema del tempus regit:** La nuova disciplina applicata alle procedure aperte dal **17 marzo 2005** (a seguito riforme da d.l. 35/2005 conv. L. 80/2005); **da 1.1.2008** (D. lgs. 5/2006; D. 169/2007); L. 7.8.2012 su soluzioni concordate, da **11.9.2012**.
- **Delimitazione intervento a disciplina vigente.**

- **64. Atti a titolo gratuito.**“ Sono privi di effetto rispetto ai creditori, se compiuti dal fallito nei due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento, **gli atti a titolo gratuito**, esclusi i regali d'uso e gli atti compiuti in adempimento di un dovere morale o a scopo di pubblica utilità, in quanto la liberalità sia proporzionata al patrimonio del donante”.
- **65. Pagamenti anticipati.**“ Sono privi di effetto rispetto ai creditori **i pagamenti di crediti** che scadono nel giorno della dichiarazione di fallimento o posteriormente, se tali pagamenti sono stati eseguiti dal fallito nei due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento”.
- A latere pagamenti eseguiti e ricevuti post fallimento rientranti nell'art. 44 l.f. inefficaci *ex lege*

Atti pregiudizievoli (revocabili *ex lege* (automaticamente))

Si tratta di atti pienamente **validi** che divengono inefficaci se l'imprenditore fallisce entro due anni.

L'inefficacia è **relativa** perché funzionale solo a ripristinare la *par condicio creditorum*.

Effetti restitutori (art.70 l.f.):

Obbligazione valuta (dalle S.Un. 15.6.2000, n. 437 e ss.) con interessi o frutti dalla domanda o sentenza (art. 1282 c.c.)

Salva insinuazione nei limiti del restituito

SANZIONE ED EFFETTI INEFFICACIA

Come funziona l'inefficacia ex artt. 64 – 65 l.f.

Salva spontanea restituzione occorre:

- **azione giudiziale** – T. Monocratico (ex art. 5° bis II° co. c.p.c.); - **onere della prova** della sola gratuità od anteriorità del pag.to;

- **prova periodo sospetto**: biennio da fall.to; consecuzione di procedure (da apertura procedura di concordato anche post riforma T. Monza 5.1.11) dubbia correttezza crisi-insolvenza (Alessi-Bonfatti). Ora art. 69 bis l.f. da pubblicazione domanda di concordato preventivo

- **Se l'atto fosse oneroso in via simulata** sarebbe soggetto al 67 l.f. con il suo regime probatorio.

- **Azione soggetta come tutte le revocatorie alla decadenza di tre anni dal fallimento e cinque anni dall'atto** (69 bis l.f.), prima della riforma si riteneva imprescrittibile da automaticità (Cass. 16 gennaio 1970, n. 93)

Cass. 1/04/2005, n. 6918

*«L'**inefficacia** prevista dall'art. 64 l.fall. ha carattere necessario ed oggettivo, ed opera automaticamente ove sussista il presupposto dell'esistenza dell'atto e della sua gratuità; come tale essa va dichiarata con sentenza avente natura ricognitiva della situazione giuridica, indipendentemente dai presupposti soggettivi ed oggettivi che vengono in considerazione ai fini dell'azione revocatoria quale prevista invece nell'art. 67 l.fall.»*

Trib. Napoli 8/01/2004

« Deve considerarsi pagamento di debito non scaduto, soggetto, come tale, alla sanzione di inefficacia prevista dall'art. 65 l.fall., il rimborso dei versamenti eseguiti dai soci in conto finanziamento, a tempo indeterminato, operato da una società nel biennio anteriore alla sua dichiarazione di fallimento »

**Giurisprudenza sommaria artt. 64
e 65 l. f.**

Art. 66: il curatore ha la possibilità di proporre l'azione revocatoria ordinaria, ai sensi dell'art. 2901 c.c. (a protezione del 2740 c.c.).

Onere prova più gravoso per il Curatore (presupposti oggettivo e soggettivo: *Eventus damni*, *Consilium fraudis*, eventuale *scientia fraudis*).

Presupposti azione ordinaria: *eventus damni*: diminuzione quantitativa o anche solo qualitativa del patrimonio (per tutte Cass. 20 ottobre 2008, n. 25490); indirizzo minoritario: *eventus* coinciderebbe con aggravamento insolvenza (Cass. 11 novembre 2003, n. 16915). **Prova dell'*eventus damni*:** Prova della diminuzione patrimoniale (Cass. 12 settembre 1998, n. 9092) ed anche della complicazione satisfattiva (ad es. mediante conferimento in società Cass. 18 febbraio 2000, n. 1804)

Revocatoria ordinaria

Segue Art. 66:

Presupposto soggettivo: *scientia damni*, consapevolezza del fallito di ledere la garanzia creditoria ossia della diminuzione patrimoniale (Cass. 10 dicembre 1987, n. 9122); di fatto *in re ipsa*; *Consilium fraudis* (se atto oneroso): *consapevolezza del terzo della lesività dell'atto* (Cass. 10 dicembre 1987, n. 9122); per l'atto gratuito è irrilevante la posizione del terzo.

La natura dell'atto è oggetto di qualificazione (Cass. 23 marzo 2012, n. 2272) (ad es. in caso di trust il T. Alessandria con sentenza 24 aprile 2009 ha affermato natura onerosa in quanto la costituzione frutto di un'obbligazione del disponente).

Non è richiesta la prova dell'*animus nocendi* del fallito né di una sorta di collusione (Cass. 19 dicembre 2008, n. 29869);

Insorgenza del credito: non sembra rilevare in ambito fallimentare ai fini della dolosa preordinazione (Cass. 3 maggio 1978, n. 2055); salvo a non voler far riferimento per data di insorgenza all'ammissione dei crediti nel passivo.

Elementi probatori: ricorso alle presunzioni (2727 ss. c.c.)

(Cass. 15 febbraio 2011, n. 3676) gravi precisi e concordanti:

Ad es. presunzione su *scientia damni*: la sproporzione del prezzo; vendita contestuale di beni, modalità di pagamento del prezzo (Cass. 11 febbraio 2005, n. 2748; Cass. 27 marzo 2007, n. 7507);

Segue Art. 66:

Aspetti processuali: Legittimazione al Curatore salva riassunzione su azione del terzo creditore che perde legittimazione (argomento indiretto: Cass. 25 luglio 2002, n. 10921) salvo a non affermare il diritto ad intervenire con intervento adesivo dipendente (Cass. 18 febbraio 2009, n. 3906); Prescrizione (5 anni dal compimento dell'atto ex art. 2903 c.c. richiamato da 66 l.f.); Competenza Tribunale fallimentare (art. 66 l.f.).

Subacquirenti: Può essere spiegata azione revocatoria ordinaria (art. 66 2° co. l.f.) dietro prova della consapevolezza del pregiudizio anche del subacquirente (ossia malafede). In tal caso si ha una duplice inefficacia dei due atti succeduti e rientro del bene nel fallimento (Cass. 3 settembre 1999, n. 9271).

Se il subacquirente è in buona fede il bene non è recuperabile e resta il diritto del Fallimento di richiedere al primo acquirente che ne ha disposto il risarcimento del danno pari al valore del bene (T. Piacenza 9 settembre 2010).

Casi di esclusione da revocatoria ordinaria: in generale sono esclusi da revocatoria ordinaria gli atti esclusi da rev. fallimentare; ad es. gli atti dovuti ed eseguiti con mezzi normali (adempimento di un debito scaduto ex art. 2901 n.3 c.c.; al contrario adempimento con *datio in solutum* o novazione è invece revocabile in quanto atto anormale Cass. 21 dicembre 1990, n. 12123).

Altri esempi di atti dovuti: atti in esecuzione di preliminare (Cass. 20 agosto 2009, n. 18528); atti di vendita di bene sottoposto ad esecuzione per ricavare denaro (Cass. 27 marzo 1984, n. 2030)

Art. 67 PRIMO COMMA (atti Anomali)

Sono revocati, salvo che l'altra parte provi che non conosceva lo stato d'insolvenza del debitore: 1) gli atti a titolo oneroso (**sproporzionati**) compiuti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento, in cui le prestazioni eseguite o le obbligazioni assunte dal fallito sorpassano di oltre un quarto ciò che a lui è stato dato o promesso; 2) gli atti estintivi di debiti pecuniari scaduti ed esigibili non effettuati con danaro o con altri mezzi normali di pagamento, se compiuti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento; 3) i pegni, le anticresi e le ipoteche volontarie costituiti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento per debiti preesistenti non scaduti; 4) i pegni, le anticresi e le ipoteche giudiziali o volontarie costituiti entro sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento per debiti scaduti.

**Revocatoria fallimentare, art. 67
co. 1 l. f. (atti anomali)**

ART. 67, COMMA 2, L. FALL. (Atti Normali)

Atti a titolo oneroso, pagamenti, garanzie NORMALEMENTE compiuti nell'esercizio dell'attività di impresa. (...) «Sono altresì revocati, se il curatore prova che l'altra parte conosceva lo stato d'insolvenza del debitore, i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili, gli atti a titolo oneroso e quelli costitutivi di un diritto di prelazione per debiti, anche di terzi, contestualmente creati, se compiuti entro sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento»

**Revocatoria fallimentare, art. 67
co. 2 l. f. (atti normali)**

ART. 67, COMMA 3, L. FALL. NON sono soggetti all'azione revocatoria:

- a) **i pagamenti di beni e servizi effettuati nell'esercizio dell'attività d'impresa nei termini d'uso;**
- b) **le rimesse effettuate su un conto bancario, purché non abbiano ridotto in maniera consistente e durevole l'esposizione debitoria del fallito;**
- c) **le vendite ed i preliminari di vendita** trascritti ai sensi dell'articolo 2645-bis del codice civile... conclusi **a giusto prezzo** ed aventi ad oggetto immobili ad uso abitativo, **destinati a costituire l'abitazione principale dell'acquirente** o di suoi parenti e affini entro il terzo grado; ovvero immobili ad uso non abitativo destinati ... **a sede principale dell'attività d'impresa dell'acquirente**, ... purché [l'attività] sia effettivamente esercitata o siano stati compiuti investimenti per darvi inizio;
- 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 la cui ragionevolezza sia attestata da un professionista indipendente avente i requisiti richiesti dalla l. fall. (v. nuova formulazione art. 67, co. 3, lett. d) (**c.d. piano di risanamento attestato**).
- e) **gli atti, i pagamenti e le garanzie poste in esecuzione del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione omologato ex art. 182 bis**, nonché gli atti i pagamenti e le garanzie prestate dopo il deposito della domanda di concordato preventivo;
- f) I pagamenti dei corrispettivi **per prestazioni di lavoro** effettuate da dipendenti ed altri collaboratori anche non subordinati del fallito;
- g) I pagamenti di debiti liquidi ed esigibili eseguiti alla scadenza per ottenere la prestazione di servizi strumentali all'accesso alle procedure concorsuali (v. nuova formulazione art. 67, co. 3, lett. d).

LE NUOVE ESENZIONI

Atti Anomali (1° co. art. 67): Sono atti per definizione **pregiudizievoli ed il loro compimento costituisce sintomo della conoscenza dello stato di insolvenza** (ad es. atto con prestazioni sproporzionate (Cass. 18 marzo 2013 n. 6734), pagamenti con mezzi anormali (*datio in solutum*, novazione, compensazione volontaria senza presupposti di certezza liquidità od esigibilità, garanzia per debiti preesistenti chirografari, modifiche soggettive (delegazione espromissione od accollo per estinguere pregresse obbligazioni (art. 1264 ss. c.c), mandati all'incasso in rem propriam). **Si deve trattare comunque di atti solutori.**

Il periodo sospetto (più lungo): un anno stante la natura anomala dell'atto; decorrenza dal fallimento salva consecuzione di procedure (da decreto di ammissione ed apertura della procedura). Se il contratto è stipulato ad es. in adempimento di un c. preliminare il termine si fa riferire al contratto definitivo (Cass. 1 settembre 2011 n. 17995). **Prova in via presuntiva dalla legge,** salva la prova contraria (*inscientia decotionis*).

Atti Normali (2° co. art. 67): Sono per definizione tutti gli atti i pagamenti e le costituzioni di garanzie **non Anomali** (ad esempio proporzionati nelle prestazioni, eseguiti con pagamenti a mezzo strumenti normali, *pactum de compensando*) compiuti prima del fallimento.

Il periodo sospetto: (più breve) per effetto della normalità dell'atto.

Prova (più gravosa) per effetto della normalità: Non ricorrono le presunzioni ma vi è onere del Curatore di provare la *scientia decotiois*

Elementi che indicano la conoscenza: **esistenza di numerosi protesti pubblicati** (Cass. 4 maggio 2009 n. 10209); **esistenza di procedure esecutive purché conosciute dal convenuto** (Cass. 28 maggio 1997, n. 4731); **esistenza di decreti ingiuntivi** (dubbio) (App. Milano 27 settembre 1999); **esistenza di istanza di fallimento** presentata dallo stesso terzo (Cass. 28 aprile 1998, n. 4318); **conoscenza di un piano di ristrutturazione** (App. Milano 4 settembre 1998); **notizie su insolvenza pubblicate su stampa** (Cass. 23 gennaio 1997, n. 699);

Tra gli atti c.d. normali di regola rientrano gli atti bancari:

Le revocatorie verso banca (rientrano di regola negli atti c.d. normali):

- **Operazioni bancarie:** conto correnti (fido, anticipo); prestiti; fondiari.
- **Il fallimento scioglie il rapporto di conto corrente** (art. 78).
- **Le rimesse su conto** (collegate alle esenzioni di cui all'art. 67 3° co.);

Distinzione: rimesse operative (neutrali); rimesse solutorie. **Caratteristica di revocabilità: riduzione durevole (non transitoria, non bilanciata in dare-avere anche se extra fido) e consistente** (rispetto al massimo importo revocabile si attesta al 10% (T. Milano 21 luglio 2009) o da valutare caso per caso (T. Udine 24 febbraio 2011). Persiste riferimento a saldi disponibili (Cass . 23 novembre 2005, n. 24588)

Importo massimo revocabile (art. 70 3° co. l.f.): La banca deve ripetere al massimo la differenza tra la massima esposizione nel periodo sospetto (**sei mesi** da fallimento in quanto atti normali) ed il saldo ultimo.

Prova scientia decotiois a carico Curatore (indizi qualificati verso la Banca): revoca affidamenti; piani di rientro; congelamento conto corrente (solo operazioni in entrata); revoca convenzione assegni; segnalazione CR a sofferenza; dati bilancio negativi; riduzione forza lavoro ecc.

- **Altre operazioni, tendenzialmente escluse da revocatoria (art. 67 3° co. ss.):** (credito su pegno, credito fondiario, agrario, factoring, piani di risanamento ecc.). **(Ex art. 39 TUB) sono escluse** le ipoteche consolidate da credito fondiario (10 giorni); i pagamenti eseguiti da mutuo fondiario.

CONCLUSIONI

- **Notevole ridimensionamento dei casi di revocatoria;**
- **Ratio: adeguamento alle logiche di mercato ed alle nuove operazioni e dilatazione del concetto di operazioni normali.**