

CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO

Studio n. 6114/I

La nuova azione revocatoria fallimentare: profili generali – le ipotesi di esenzione relative a piani di risanamento ed a procedure alternative al fallimento

(Art. 67, primo e secondo comma; terzo comma, lett. d), e), g))

Approvato dal Gruppo di studio sulla Riforma del diritto fallimentare il 14 dicembre 2005

Introduzione

Il d. l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito in legge 14 maggio 2005, n. 80, modifica la disciplina dell'azione revocatoria fallimentare ⁽¹⁾, rispettandone tuttavia l'impianto tradizionale.

Non risultano apportati elementi in grado di contribuire al dibattito sulla natura dell'azione revocatoria, che contrappone diverse teorie: la tesi dell'invalidità, quella dell'illecito (ormai superate), e soprattutto la teoria indennitaria e quella distributiva (e la correlata questione se il danno nella revocatoria possa considerarsi oggetto di una presunzione *iuris tantum* oppure *iuris et de iure*).

Il problema origina dalla circostanza fatto che l'art. 67 l. fall. non richiede espressamente, contrariamente all'art. 2901 c.c. in tema di revocatoria ordinaria, la prova del pregiudizio.

Recentemente, la Cassazione civile ha rimesso la questione concernente la natura dell'azione alle Sezioni Unite, con ordinanza del 5 gennaio 2005, n. 193.

Parimenti, non è stata chiarita l'identità o l'autonomia dell'azione revocatoria fallimentare rispetto a quella ordinaria, né la natura dichiarativa o costitutiva dell'azione stessa.

Resta confermata la differenza tra gli atti di cui al primo e quelli di cui al secondo comma, e cioè tra gli atti anormali, sicuramente lesivi della *par condicio creditorum*, e quelli normali, mantenendone dunque il diverso regime probatorio quan-

to alla *ignorantia* o alla *scientia decotiois*, che nel primo caso incombe sulla controparte, mentre nel secondo caso sul curatore fallimentare.

Conformemente a quanto auspicato da tempo ⁽²⁾, si attenua il rigore della disciplina: da un lato riducendo (per l'esattezza, dimezzando) i c.d. "periodi sospetti", ossia il lasso temporale, che trova il proprio termine *ad quem* nella dichiarazione di fallimento, entro il quale devono essere stati compiuti gli atti da sottoporre a revocatoria ⁽³⁾; dall'altro, introducendo una serie di fattispecie escluse dalla soggezione all'esercizio dell'azione revocatoria.

Per quanto riguarda le ipotesi di esenzione, si osserva che l'ultimo comma dell'art. 67 l. fall. fa salve le leggi speciali; non è stato attuato, dunque, il riordino organico delle diverse ipotesi di esenzione dalla revocatoria previste da diversi provvedimenti, che attengono soprattutto operazioni legate all'esercizio dell'attività creditizia, nonché pagamenti di natura tributaria e previdenziale ⁽⁴⁾.

Le novità nel primo comma

Il primo comma, al n. 1), viene modificato, con l'introduzione di un criterio più preciso per verificare la sproporzione tra le prestazioni (o le obbligazioni) eseguite (o assunte) dal fallito negli atti a titolo oneroso compiuti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento: l'ambigua espressione "sopraffanno notevolmente" viene infatti sostituita con "sopraffanno di oltre un quarto".

La scelta di prevedere un criterio matematico per attribuire carattere anormale alla prestazione, e dunque ritenerla in grado di rivelare lo stato d'insolvenza, trova precedenti nel codice civile, segnatamente agli artt. 1448 e 763.

Già la giurisprudenza, in diverse pronunce, aveva indicato nel venticinque per cento la misura minima per attribuire rilievo alla sproporzione tra il valore delle prestazioni, ai fini dell'applicazione della norma in esame ⁽⁵⁾.

Il valore di riferimento deve essere ritenuto quello di mercato, al momento del perfezionamento del contratto, e non della proposizione dell'azione; alla stessa data dovrà aversi riguardo per valutare la sussistenza della sproporzione ⁽⁶⁾.

La predeterminazione della soglia oltre la quale la sproporzione tra il valore delle prestazioni sia idonea a consentire la proposizione dell'azione revocatoria comporta la delicata questione di valutare la rilevanza di minimi discostamenti dal valore di soglia stesso ⁽⁷⁾. In ogni caso, l'innovazione attenua la discrezionalità del giudice ⁽⁸⁾.

Nella prassi, la valutazione del valore del bene viene normalmente stabilita mediante una consulenza tecnica d'ufficio; in ogni caso, la scelta del metodo di stima deve ritenersi rimessa al libero apprezzamento del giudice.

In caso di alienazione di immobili, la giurisprudenza ⁽⁹⁾ propende per ritenere il momento della stipula del contratto definitivo, e non del preliminare, rilevante ai fini della determinazione del valore del bene.

Il negozio revocando, quindi, viene ritenuto quello in virtù del quale si è realizzato il trasferimento della proprietà, in quanto unico atto dismissivo di un diritto a condizioni economiche inique; nessun rilievo viene attribuito ai precedenti accordi preliminari.

Un'indicazione diversa proviene dall'art. 10 del d. lgs. 122/2005 - in tema di tutela degli acquirenti di immobili da costruire - laddove, nel dettare le condizioni per ritenere esente da revocatoria l'acquisto di immobili ad uso abitativo effettuati "al giusto prezzo", si inserisce la precisazione secondo la quale il momento in cui deve essere effettuata la valutazione di congruità è quello della data di stipula del contratto preliminare.

In ambito immobiliare, infatti, non sono inconsueti repentini mutamenti nel mercato, rendendo tutt'altro che remota la possibilità che il prezzo convenuto al momento della stipula del preliminare si riveli "sproporzionato" nel momento in cui si perfeziona il definitivo.

È pertanto possibile ed auspicabile che il criterio di cui all'art. 10 possa essere adottato, in sede interpretativa, anche ai fini dell'applicazione dell'art. 67 l. fall., terzo comma, lett. c)..

In ogni caso occorrerà, peraltro, che al contratto preliminare sia assicurata la data certa ⁽¹⁰⁾.

In caso di simulazione relativa del prezzo di vendita, la prova del maggior prezzo versato deve consistere in una controdiagnosi scritta, munita di data certa anteriore al fallimento ⁽¹¹⁾. Per quanto concerne il pagamento mediante titoli di credito, la semplice allegazione di cambiali o di assegni bancari consegnati dall'acquirente al fallito non è reputata un mezzo di prova idoneo, in ragione dell'astrattezza dei titoli, che non consentono di riferire il pagamento alla specifica operazione oggetto di revocatoria; è necessario, pertanto, fornire la prova dell'attinenza cronologica e causale con il negozio in esame ⁽¹²⁾.

Le novità nel secondo comma

Al secondo comma, oltre a dimezzare il periodo sospetto, l'unica innovazione è costituita dall'aggiunta dell'inciso "anche di terzi", che consente l'applicazione dell'art. 67 anche alle costituzioni di garanzia per debiti di terzi, come già sostenuto in giurisprudenza ⁽¹³⁾.

Le novità nel terzo comma, lettere d), e), g)

Le tre ipotesi di esenzione previste dal terzo comma dell'art. 67, alle lettere d), e), g) sono ispirate dalla medesima *ratio*, quella di favorire procedure di soluzione della crisi d'impresa alternative rispetto al fallimento.

Ai sensi della lettera e), risultano non soggetti a revocatoria gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere nell'ambito del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e del nuovo accordo di ristrutturazione dei debiti, di cui all'art. 182-*bis* l. fall.

L'innovazione, che ad alcuni pare di natura "interpretativa"⁽¹⁴⁾, in quanto conforme anche alla prassi seguita dai sostenitori della teoria della "retrodatazione del periodo sospetto", in caso di fallimento preceduto da amministrazione controllata o concordato preventivo, viene da altri⁽¹⁵⁾ analizzata in senso critico, in quanto l'esenzione è accordata in maniera generalizzata, a prescindere dalla verifica del rispetto del principio di parità di trattamento nell'effettuazione dei pagamenti.

La lettera d) esenta dalla revocatoria gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere sulla base di un piano di risanamento, volto non solo ad eliminare l'insolvenza, ma ad assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria.

Il legislatore intende quindi promuovere composizioni stragiudiziali della crisi di impresa, in modo da evitare ingiuste penalizzazioni dei tentativi di risanamento⁽¹⁶⁾; al fine di godere del beneficio disposto dalla norma in commento è necessario, però, che la ragionevolezza del piano sia attestata da un esperto, ai sensi dell'art. 2501-*bis*, quarto comma, c.c..

Secondo alcuni⁽¹⁷⁾ tale istituto peccherebbe di "unilateralismo", in quanto esso consiste in una proposta di soluzione della crisi predisposta dal solo imprenditore, senza che in alcun modo sia possibile accertarne la condivisione da parte dei creditori né ottenerne un vaglio giudiziario⁽¹⁸⁾. Il fatto, poi, che l'idoneità del piano di risanamento a fungere da esclusione alla revocatoria sia attestato ex art. 2501-*bis* conferirebbe all'istituto un modesto requisito di attendibilità e di serietà, che comporta "un alto rischio di possibili utilizzi strumentali o collusivi e di distrazione preferenziale a favore di alcuni creditori e a danno degli altri"⁽¹⁹⁾.

Corollario di tali disposizioni è l'esenzione di cui alla lettera g), che esonera da revocatoria i pagamenti effettuati a fronte di prestazioni professionali, strumentali all'accesso alle procedure concorsuali di amministrazione controllata e di concordato preventivo.

(1) 67. Atti a titolo oneroso, pagamenti, garanzie.

Sono revocati, salvo che l'altra parte provi che non conosceva lo stato d'insolvenza del debitore:

- 1) gli atti a titolo oneroso 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.

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.

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 corrente bancario, purché non abbiano ridotto in maniera consistente e durevole l'esposizione debitoria del fallito nei confronti della banca;
- c) le vendite a giusto prezzo d'immobili ad uso abitativo, destinati a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti e affini entro il terzo grado;
- 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;
- 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;
- 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 di amministrazione controllata e di concordato preventivo.

Le disposizioni di questo articolo non si applicano all'istituto di emissione, alle operazioni di credito su pegno e di credito fondiario; sono salve le disposizioni delle leggi speciali.

- (2)** Al riguardo v. le riflessioni di TERRANOVA, *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, Tomo III – Parte speciale, in *Commentario Scialoja – Branca – Legge Fallimentare*, a cura di GALLIGANO, Bologna – Roma, 2002, 2, nota n. 2.
- (3)** Conformemente all'evoluzione concorsuale di diversi Paesi europei.
- (4)** Per una rassegna, v. TARZIA, *Le esenzioni dall'azione revocatoria fallimentare nel d.l. 35/05*, relazione al congresso *La riforma del diritto fallimentare*, Ipsoa, Firenze, 6 luglio 2005.
- (5)** Trib. Roma, 18 ottobre 1986, in *Fall.*, 1987, 349; Trib. Milano, 7 febbraio 1985, in *Fall.*, 1985, 571; Trib. Torino, 17 maggio 1984, in *Fall.*, 1984, 1299; Cass. 1986, n. 6501, in *Fall.*, 1987, 803.
- (6)** Cass. 1995, n. 4408, in *Giur. It.*, 1996, I, 648.
- (7)** Critico anche MINUTOLI, *In difesa dell'istituto revocatorio (brevi riflessioni sulle nuove revocatorie fallimentari ex d.l. 14 marzo 2005, n. 35)*, in *Dir. Fall.*, 2005, I, 814, il quale sottolinea come in al-

cuni settori, quale quello azionario, anche sproporzioni di lieve entità possono essere rilevanti. SCHIANO DI PEPE (*La nuova revocatoria fallimentare*, in *Dir. Fall.*, 2005, 798) sottolinea che tale scelta suggerisce soluzioni "furbe", con leggeri scostamenti dal quarto.

- (8) PANZANI, *Il decreto legge, la legge 14 maggio 2005, n. 80 e la riforma della legge fallimentare*, in *fallimento.ipsoa.it*
- (9) Trib. Napoli, 6 luglio 1970, in *Dir. Fall.*, 1970, II, 937; Trib. Milano, 25 giugno 1989, in *Giust. Civ.*, 1990, I, 2711; Cass. 4 novembre 1991, n. 11708, in *Giust. Civ.*, 1992, I, 686; Trib. Bologna, 2 marzo 2001, in *Foro pad.* 2002, I, 263.
- (10) Per l'orientamento che ritiene insufficiente la mera data certa del preliminare, ai fini dell'opponibilità al fallimento, ma necessaria la trascrizione, ex art. 45 l. fall., v. PETRELLI, *Gli acquisiti di immobili da costruire*, Milano, 2005, 349-350, ove ulteriori riferimenti. Tale opinione, però, è espressa con riferimento alla questione dell'opponibilità al fallimento del preliminare, mentre, in questa sede, si intende semplicemente sostenere la possibilità di attribuire rilevanza al momento effettivo in cui si è formata la volontà negoziale – poi recepita in un definitivo, altrimenti non verrebbe in questione l'esercizio dell'azione revocatoria -, qualora sia possibile identificare tale momento con certezza.
- (11) Cass. 1993, n. 5792, in *Foro it.*, 1995, I, 653; Cass. 1992, n. 2097, in *Dir. Fall.*, 1992, II, 949; Cass. 1986, n. 3695, in *Fall.*, 1986, 1336..
- (12) Cass. 1992, n. 2097, *cit.*; Cass. 1986, n. 3695, *cit.*.
- (13) Cass. 1996, n. 7997, in *Dir. Fall.*, 1997, 696.
- (14) TARZIA, *op. cit.*
- (15) PANZANI, *op. cit.*
- (16) POSCA, *Prime riflessioni sulle novità in materia fallimentare introdotte dal d.l. 35/05 e dal d.d.l. approvati dal Governo in data 11 marzo 2005*, dattiloscritto.
- (17) MINUTOLI, *op. cit.*, 815.
- (18) Sottolineano questi profili anche SCHIANO DI PEPE, *op. cit.*, 804 e TARZIA, *Le esenzioni (vecchie e nuove) dall'azione revocatoria fallimentare nella recente riforma*, in *Fallimento*, 2005, 842.
- (19) MINUTOLI, *op. cit.*, 816.

(Riproduzione riservata)