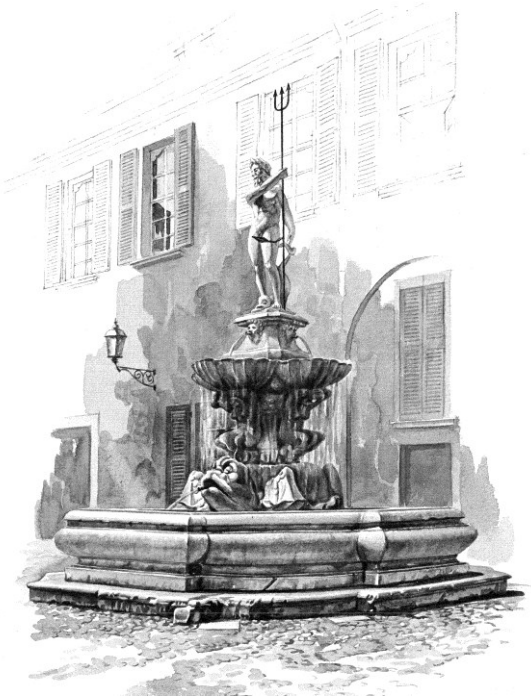
ORDINE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI
BRESCIA

# LEGGE FALLIMENTARE ART. 67, 3° comma, lettere A) e B):

# BREVI CONSIDERAZIONI
# E ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI
## con particolare riferimento ai *termini d'uso*
## e alla revocatoria delle *rimesse bancarie*




Commissione Consultiva
Procedure Concorsuali: il fallimento

Coordinatore: Midolo Stefano - Delegato del Consiglio: Galeri Aldo
Billone Rosa, Di Giorgio Oliviero, Felappi Davide, Galeri Valerio, Ghidini Francesca, Gregorini Marco, Lancelotti Stefano, Lonati Alessandro, Mattioli Valeria, Mazzoldi Cristina, Mazzoletti Francesco, Morandini Pietro, Nunziante Cesàro Guido, Rada Flavio, Roncato Maria, Rossi Giorgio.

# Sommario

PREMESSA ..... 3

1. Art. 67, 3°c, Lettera a)
"I pagamenti di beni e servizi effettuati nell'esercizio dell'attività d'impresa nei *termini d'uso*" ..... 3
   - Anno 2012 ..... 4
   - Anno 2013 ..... 4
   - Anno 2014 ..... 5
   - Anno 2015 ..... 5

2. Art. 67, 3°c, Lettera 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" ..... 6

2.1 - LE RIMESSE ..... 6

*2.1.a - Il riferimento al fido* ..... 6

*2.1.b - Saldo da considerare e ordine delle operazioni* ..... 7

2.2 - IL PRESUPPOSTO DELLA CONSISTENZA ..... 8

2.3 - IL PRESUPPOSTO DELLA DUREVOLEZZA ..... 9

2.4 - LA CONVIVENZA TRA ART. 67 E ART. 70 L.F. ..... 9

## PREMESSA

Come ampiamente noto, la riforma della legge fallimentare[1] ha ampliato il numero delle fattispecie nelle quali si esclude l'applicabilità della disciplina delle azioni revocatorie fallimentari.

Il presente elaborato si rivolge al curatore che, nell'affrontare un'azione revocatoria, si trova a dover interpretare, in particolare modo, quanto prescritto dall'art. 67, III comma, della Legge Fallimentare.

Si forniscono alcune brevi considerazioni di approfondimento, nella fattispecie, con riferimento alla "lettera a)" e alla "lettera b)" del III comma menzionato.

Per semplicità di lettura, si propone di seguito la Legge Fallimentare, Art. 67 L.F. , comma III, lett. a) e b):

*"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"*

## 1. BREVI CONSIDERAZIONI E ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI, Art. 67, 3°c, Lettera a) "I pagamenti di beni e servizi effettuati nell'esercizio dell'attività d'impresa nei *termini d'uso*"

Con riferimento a questa specifica ipotesi di esenzione, è bene evidenziare come il legislatore abbia posto l'attenzione sui pagamenti effettuati dal debitore a titolo di corrispettivo di prestazioni utili alla continuazione del normale esercizio e gestione dell'impresa, fornendo così all'interprete un primo ed inequivocabile segno del ripensamento a cui è stata sottoposta l'intera materia revocatoria (volta ora a valorizzare anche l'interesse economico alla prosecuzione dell'impresa e non solo il criterio direttivo del rispetto della par condicio tra i creditori); in altri termini, il legislatore ha voluto evitare che l'imprenditore in difficoltà venga "isolato" da parte dei suoi fornitori a causa del timore di questi ultimi di vedersi revocare i pagamenti effettuati dall'imprenditore in "odore di fallimento".

Alla luce di quanto precede, si può affermare, in termini generali, che non saranno revocabili i pagamenti normali effettuati dal fallito ai propri fornitori purché effettuati "nell'esercizio dell'attività d'impresa" e "nei termini d'uso".

Questa "tranquillità normativa", garantita dal legislatore ai fornitori di beni e servizi dell'impresa in difficoltà, si dovrebbe tradurre in ultima analisi in un beneficio per la stessa impresa in difficoltà.

Quanto al concetto di "termini d'uso" non esiste certezza sull'effettivo significato da attribuire a tale formula, fermo restando che occorrerà una valutazione caso per caso su quali siano i termini comunemente usati ed accettati dal mercato.

[1] Decreto Legge 14 marzo 2005 n. 35, convertito con Legge 14 maggio 2005 n. 80, e con il successivo D.Lgs. n. 5 del 9 gennaio 2006

Ancora, non è chiaro se il richiamo ai "termini d'uso" possa essere riferito anche ai soli termini comunemente adottati dal debitore nei confronti dei propri fornitori (a prescindere cioè dalla loro effettiva diffusione nell'ambito del settore in cui opera il debitore); a tale riguardo, tuttavia, sembra si possa ritenere che anche i suddetti termini possono rientrare tra i c.d. "termini d'uso" laddove siano leciti, giustificati dall'attività delle parti e pattuiti tra le medesime parti in periodi precedenti a quello "sospetto" previsto dall'art. 67 L.F.. Si dovrebbe così poter continuare a fare affidamento sulla fornitura di quei beni e servizi che ne assicurano la normale sopravvivenza.

Con l'auspicio di poter essere d'aiuto ad identificare i principali orientamenti giurisprudenziali, senza l'ambizione a farne una rassegna completa, si riportano i principali cenni di giurisprudenza degli ultimi anni relativa alle esenzioni di revocatoria ex art. 67, comma 3, lett. a), L.F. "pagamenti di beni e servizi effettuati nell'esercizio dell'attività d'impresa nei termini d'uso":

## ➢ Anno 2012

*Tribunale di Bergamo, Sez. II, 14 novembre 2012*

"Sono esenti dall'azione revocatoria solo i pagamenti relativi a forniture di beni e servizi attinenti alla vita ordinaria e corrente dell'impresa, a condizione che siano eseguiti nei termini d'uso; ne restano, quindi, esclusi quelli afferenti ad operazioni straordinarie e/o estranee all'oggetto tipico dell'attività d'impresa ed all'ordinario esercizio d'azienda, ancorché gli stessi siano avvenuti nei termini d'uso"

*Tribunale di Monza, 24 aprile 2012*

"Il concetto dei termini d'uso fa riferimento alle condizioni di tempo e di modo dei pagamenti normalmente in uso tra i contraenti e in concreto pattuiti tra le parti, a condizione che siano mezzi fisiologici e usuali di pagamento. Dal punto di vista cronologico possono, pertanto, considerarsi usuali i termini di pagamento in concreto adottati tra le parti nel regolamento negoziale da esse stipulato, piuttosto che quelli normalmente adottati da operatori del settore, mentre non possono definirsi tali prassi patologiche e forme anomale di pagamento non concordate sin dall'inizio del rapporto negoziale"

## ➢ Anno 2013

*Tribunale di Salerno, 18 giugno 2013*

"I pagamenti nei termini d'uso di cui alla lettera a del terzo comma dell'art. 67 L.F. sono quelli eseguiti con mezzo fisiologico ed ordinario ed altresì effettuati non necessariamente nei tempi previsti dal regolamento negoziale accettato dalle parti ma nei tempi in concreto utilizzati dalle parti nel corso dell'intero rapporto."

*Tribunale di Milano, 1 marzo 2013*

"I termini d'uso di cui alla lettera a del terzo comma dell'art. 67 L.F. attengono sia alle modalità di pagamento, sia ai termini di pagamento che in concreto e ordinariamente le parti hanno previsto e attuato durante lo svolgimento del rapporto. La prova di tali elementi va ricavata dalle modalità contrattuali con cui sono stati regolati i pagamenti in precedenti rapporti negoziali, ovvero dalle modalità con cui sono stati regolati i pagamenti nel contratto in oggetto ovvero, in mancanza di specifica pattuizione o regolamentazione, dalla prassi praticata nel settore e sul territorio. Non può invece prendersi a parametro di riferimento la modalità di estrinsecazione del rapporto tra le parti, ove la stessa sia difforme da quanto contrattualmente previsto".

## ➢ Anno 2014

*- Tribunale di Roma, 7 gennaio 2014*

"Per pagamenti nei termini d'uso, ai fini della esenzione della revocatoria fallimentare di cui all'art. 67, comma 3, lettera a, si debbono intendere gli atti solutori eseguiti, seppur con ritardo anche notevole rispetto alla scadenza delle fatture, secondo una tempistica sostanzialmente conforme e omogenea a quella invalsa tra le parti sulla base di una sedimentata consuetudine al pagamento tardivo".

## ➢ Anno 2015

*- Tribunale di Salerno, 3 febbraio 2015*

"Il rispetto dei termini contrattuali e l'uso dei mezzi ordinari di pagamento consentono l'operatività della causa di esenzione dalla revocatoria [...] In presenza di termini pattizi, una prassi posticipatoria dei pagamenti non può essere considerata uso contrattuale o deroga pattizia al termine di adempimento, rimanendo confinata nella sfera di mera tolleranza dei creditori, e quindi non consente di avvalersi della causa di esenzione da revocatoria per pagamenti nei termini d'uso. Non può configurarsi il regolamento in termini d'uso in caso di pagamento con mezzi anormali, non ordinari e non fisiologici rispetto a quelli di consueto adoperati".

## 2. BREVI CONSIDERAZIONI E ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI, Art. 67, 3°c, Lettera 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"

A quasi dieci anni dall'inizio del percorso legislativo di riforma della Legge Fallimentare[2], che ha inciso in maniera significativa sull'istituto dell'azione revocatoria, si è pensato di trarre spunto da alcune sentenze, nel frattempo emesse da vari Tribunali e dalla Cassazione, allo scopo di offrire spunti di riflessione su di un argomento, quello della revocatoria delle rimesse bancarie in conto corrente, che, dai grandi sfarzi ante riforma, è divenuto, poco a poco, di scarsa attualità.

In forza della citata riforma, l'azione revocatoria delle rimesse bancarie in conto corrente oggi si caratterizza per i seguenti punti:

a) sei mesi di durata del "periodo sospetto", nell'ambito del quale il curatore deve provare che l'altra parte, ovvero l'istituto di credito, conosceva lo stato di insolvenza del fallito (art. 67 II comma, L.F.);

b) esenzione da revocatoria per quelle rimesse che non abbiano ridotto "in maniera consistente e durevole" l'esposizione debitoria del fallito nei confronti della banca (art. 67 III comma lettera b) L.F.);

c) previsione di un tetto massimo dell'importo revocabile (inteso come sommatoria delle rimesse) determinato dal c.d. rientro, ovvero la differenza tra il credito massimo erogato dalla banca, nel periodo per il quale è provata la conoscenza dello stato di insolvenza, e il credito residuo alla data del fallimento (art. 70 III comma L.F.).

Di seguito si offre una sintetica trattazione dei principali argomenti che ineriscono l'istituto della revocatoria delle rimesse bancarie in conto corrente alla luce della giurisprudenza ad oggi formatasi.

### 2.1 - LE RIMESSE

#### 2.1.a - Il riferimento al fido

Per quanto il panorama giurisprudenziale finora disponibile possa definirsi scarno, è, tuttavia possibile affermare che sul punto in questione si sia delineato un orientamento prevalente. Infatti, con riferimento al "nuovo" termine specificamente indicato nell'articolo 67 – III comma lettera b) L.F., ossia rimesse, pare ormai consolidata la tesi dell'irrilevanza dell'esistenza di un affidamento, a favore del fallito, quale elemento discriminatorio per l'individuazione delle rimesse aventi natura solutoria e, perciò, revocabili.

In sostanza, a differenza di quanto la giurisprudenza aveva sostenuto in passato circa la necessità di distinguere fra rimesse effettuate su un conto scoperto (cioè, non assistito da affidamento o a debito oltre il limite di fido), che avevano lo scopo di ridurre l'esposizione verso la banca, quindi revocabili in quanto pagamenti, e rimesse effettuate su un conto passivo, il cui unico scopo

[2] Decreto Legge 14 marzo 2005 n. 35, convertito con Legge 14 maggio 2005 n. 80, e con il successivo D.Lgs. n. 5 del 9 gennaio 2006

consisteva nel ripristino della provvista concessa dall'istituto di credito, quindi, non revocabili, le sentenze esaminate pongono l'accento sul fatto che il testo post riforma richiama espressamente ed esclusivamente le "rimesse bancarie". Avendo altresì stabilito specifici requisiti necessari perché siano ritenute revocabili (consistenza e durevolezza), la norma in esame avrebbe di fatto escluso la scopertura del conto dai presupposti in questione, rendendo inutile ogni indagine sull'esistenza o meno di un affidamento. (In tal senso, Tribunale di Monza - 03.9.2009; Tribunale di Milano – 25.05.2009; Tribunale di Udine – 24.02.2011; Tribunale di Bologna – 04.08.2011; Tribunale di Ferrara – 14.05.2012).

Viene, comunque, evidenziata una corrente di senso contrario, peraltro risalente alle prime decisioni, secondo la quale persiste, tra gli altri, il requisito della natura solutoria della rimessa, al fine della successiva revocabilità (Tribunale di Milano – 27.3.2008 e 21.7.2009).

### 2.1.b - Saldo da considerare e ordine delle operazioni

Altri e maggiori problemi sono poi legati alla scelta della tipologia di *saldo* rispetto al quale verificare l'entità dell'esposizione debitoria, nonché all'*ordine* delle operazioni in caso di presenza di una pluralità di operazioni con segno opposto effettuate nell'ambito della stessa giornata. Se quest'ultimo aspetto è stato finora piuttosto trascurato dalla giurisprudenza, il metodo di calcolo del saldo è stato al centro delle successive pronunce della Cassazione, e si è modificato nel corso degli anni.

Infatti, una sentenza del 1982 identificava quale saldo giornaliero cui far riferimento il *saldo contabile*, ovvero il saldo risultante dalla annotazione cronologica delle operazioni sull'estratto conto bancario. La scelta di tale tipologia di saldo è stata molto criticata in quanto non rispecchia in alcun modo l'effettiva disponibilità delle somme movimentate sul conto. Purtuttavia resta sempre l'unico saldo certo, inconfutabile e di pronta dimostrazione, e pone tutti gli istituti di credito in posizione paritetica, prescindendosi dalla capacità contrattuale del cliente.

Successivamente, la Suprema Corte[3] ha proposto di utilizzare il *saldo per valuta*, ovvero quello risultante dal riordino delle operazioni bancarie in base alla data della valuta attribuita dalla stessa banca al fine del calcolo degli interessi. Anche questo metodo è stato però criticato, in quanto la convenzione contabile utilizzata per il calcolo degli interessi (la valuta questo esprime, in effetti) è ancora più lontana dai movimenti effettivi del conto e non riflette comunque l'effettiva disponibilità del correntista. Il calcolo del saldo per valuta porterebbe inoltre a peggiorare sistematicamente lo scoperto di conto, visto che di regola "anticipa" gli addebiti e "ritarda" gli accrediti, con risultati ancor più criticabili a danno degli istituti di credito.

Successivamente si è andato consolidando un nuovo criterio, proposto e ribadito dalla Suprema Corte a partire dal 1994[4], che consiste nell'individuare l'effettivo *saldo disponibile*. Il criterio suggerito dalla Cassazione è basato sulla effettiva disponibilità delle somme riportate nell'estratto conto, disponibilità che va ricostruita utilizzando, a seconda dell'operazione considerata, la data contabile o la data valuta. In estrema sintesi, le movimentazioni bancarie devono essere riordinate in

[3] Cass. 29/5/90 n.5023 in Il Fallimento 1990 pag.1199
[4] Cass. 22/3/94 n. 2744 in Il Fallimento 1994 pag.727; Cass. 15/11/94 n.9591, in Dir. fall. 1995 II pag.39; e da ultimo Cass. 10/9/2002 n.13143, in Il Fallimento 6/2003 pag.623

base alla data contabile o alla data valuta sulla scorta della loro effettiva disponibilità. Ad esempio, un versamento di contanti risulterebbe immediatamente disponibile (data della disponibilità corrispondente alla data contabile), mentre per una rimessa di un titolo di terzi potrebbe presumersi la coincidenza della disponibilità con la data valuta. Generalizzando, gli accrediti vengono in parte posticipati rispetto agli addebiti.

Dal punto di vista operativo, in ogni caso, questo criterio non è sempre di facile applicazione, e non ha comunque risolto tutti i problemi connessi alla revocatoria bancaria.

Si ricorda anche la questione del *saldo infragiornaliero*, ovvero l'ordine delle operazioni aventi la stessa data disponibile. La Cassazione ha da tempo stabilito il principio, favorevole in ogni caso alle banche, dell'anteposizione degli accrediti rispetto agli addebiti, e pressoché tutti si sono adeguati, eccetto talora la giurisprudenza del Tribunale di Milano[5] che in qualche sentenza ha sostenuto come sia corretto seguire sempre e soltanto l'ordine delle operazioni così come registrate in estratto conto.

## 2.2 - IL PRESUPPOSTO DELLA CONSISTENZA

La "nuova" normativa (art. 67 III comma lettera b) L.F.) non precisa i parametri in base ai quali debba essere verificato il presupposto della consistenza: se parametri assoluti, oppure relativi, e, in questo caso, riferiti a quali valori.

La giurisprudenza di merito, finora disponibile, ha generalmente accolto l'opzione della relatività e, nell'ambito di questa, ha individuato i seguenti parametri di riferimento:

- consistenza valutata con riferimento all'entità dello scoperto al momento della rimessa, all'entità delle movimentazioni su tutto il conto corrente, all'andamento generale dello stesso e, da ultimo, all'entità della riduzione finale del debito (Tribunale di Pescara - 8.2.2008);

- consistenza determinata in una percentuale, stimata ragionevole nel 10% dell'importo massimo revocabile previsto dall'art. 70, III comma L.F. (Tribunale di Milano - 27.03.2008 e 21.07.2009 e Tribunale Venezia 01.02.2013);

- consistenza valutata con riferimento alle singole rimesse, e non al loro insieme; determinazione della "incidenza media delle rimesse" intesa quale rapporto fra importo medio delle rimesse e saldo medio all'esito delle stesse; revocabilità delle sole rimesse che, di volta in volta, hanno avuto una incidenza percentuale sul saldo di conto superiore a quella media (cioè hanno ridotto il saldo di una percentuale superiore a quella media) (Tribunale Milano – 25.05.2009)

- consistenza valutata, al contrario, quale riduzione consistente del debito per effetto di più rimesse, non delle singole operazioni a sé stanti, dovendosi necessariamente fare riferimento all'effetto complessivo delle rimesse (Tribunale Venezia 01.02.2013)

- consistenza come termine utilizzato dal legislatore che non può essere disgiunto dal termine durevole e tale requisito esplicitato dalla norma va considerato piuttosto sotto il profilo qualitativo come mero rafforzativo del termine durevole, nel senso che la formula consistente non esprime un

[5] Sentenza del Tribunale di Milano n. 6946 del 25.5.2009

diverso concetto rispetto al termine durevole, ma rappresenta una endiadi che vale a rinforzare quest'ultimo aspetto che è quello realmente rilevante (Tribunale Udine 24 ottobre 2012).

## 2.3 - IL PRESUPPOSTO DELLA DUREVOLEZZA

Anche della "riduzione durevole" la norma (art. 67 III comma lettera b) L.F.) non offre alcuna specificazione e, anche in questo caso, la giurisprudenza ha per lo più adottato un criterio relativo della durevolezza, definita come apprezzabile stabilità nel tempo dell'effetto riduttivo della singola rimessa, in relazione alla frequenza delle movimentazioni del conto.

Di volta in volta la giurisprudenza si è così espressa:

- durevolezza intesa quale costante tendenza al rientro, esaminando solo successivamente la durata dei singoli accrediti (Tribunale di Pescara – 8.2.2008);

- durevolezza intesa come trascorrere di un tempo di 10 giorni prima della movimentazione successiva (Tribunale di Milano – 27.03.2008);

- durevolezza valutata mediante ricorso ad un modello matematico, individuando la durata media delle rimesse consistenti (non di tutte le rimesse), in relazione ad un periodo di osservazione di 180 giorni e ritenendo "durevoli" le sole rimesse "consistenti" la cui giacenza non ha avuto utilizzi per almeno la durata media (nel caso: 8 giorni); anche per il requisito temporale, come per quello quantitativo, l'esame è stato condotto sulle singole rimesse, e non sul loro complesso (Tribunale di Milano – 25.05.2009);

- durevolezza intesa quale assenza di prelievi dopo la rimessa consistente, per un apprezzabile lasso di tempo, individuato in relazione alla intensità di movimentazione del singolo conto; la riduzione della esposizione è riferita alla esposizione complessiva del cliente, derivante da tutte le linee di credito esistenti in suo favore (Tribunale di Milano – 21.07.2009);

- durevolezza riferita alla esposizione complessiva del cliente a fronte di erogazioni finanziarie da parte della Banca ottenute con altri rapporti contrattuali, e non al solo saldo del conto corrente: cosicché è stata considerata "durevole" la riduzione della esposizione conseguente ad una consistente rimessa (nel caso, € 300.000,00) che era stata poco dopo riutilizzata (e, quindi, non era stata una "rimessa durevole" ) per la copertura in parte del saldo negativo del c/c, in parte per estinguere un diverso debito nei confronti della stessa banca a fronte di altre linee di finanziamento (finanziamenti import export) (Tribunale di Udine – 24.02.2011).

## 2.4 - LA CONVIVENZA TRA ART. 67 E ART. 70 L.F.

Un'ulteriore problematica della nuova revocatoria è data dalla difficile convivenza degli articoli 67 e 70 l.f..

In primis, in merito ai diversi riferimenti temporali. Infatti, l'art. 67, comma 2 l.f. prevede che per l'esercizio dell'azione revocatoria è richiesta la prova, da parte del curatore, della conoscenza dello stato di insolvenza da parte della banca: il periodo temporale massimo è di 6 mesi.

L’art. 70 l.f., invece, non pone alcun riferimento temporale e fa esplicito riferimento al “periodo per il quale è provata la conoscenza dello stato di insolvenza”.

Inoltre, non è chiaro se l’articolo 70 l.f. sia applicabile solo come tetto massimo, dopo che si siano verificati i presupposti di revocabilità previsti dall’articolo 67, oppure se prevalga in ogni caso l’articolo 70.

Sono state avanzate tre differenti tesi:

1) sono applicabili tutti e due gli articoli (art. 67 e art. 70 l.f.): in questo caso la revocatoria ha il limite del rientro, ma solo se consistente e durevole;
2) è sempre applicabile l’art. 70 l.f., che prevale: in questo caso si revoca sempre ed in ogni caso il rientro, senza alcun riferimento a riduzione di debiti consistenti e durevoli. Ma allora si dimostrerebbe del tutto inutile l’art. 67;
3) è sempre applicabile l’art. 67 l.f., che prevale: in questo caso l’art. 70 l.f. sarebbe inutile, quantomeno nella fattispecie.

La soluzione potrebbe essere la preventiva applicazione dell’art. 70 l.f., e poi dell’art. 67 l.f.. Operativamente, determinando prima il rientro, e poi individuando, nell’ambito dell’importo determinato, le singole rimesse. E’ ovvio che così facendo risulterà sempre, o quasi sempre, un importo di rimesse superiori al rientro stesso. In questo caso, l’art. 70 costituisce quindi una limitazione agli importi revocabili.

Secondo il Tribunale di Milano, con la sentenza del 27/03/2008 n. 3979, una volta verificati i presupposti di revocabilità ex art. 67 L.F., l’art. 70 L.F. viene applicato come tetto massimo. L’importo revocabile si calcola andando quindi ad individuare le rimesse consistenti e durevoli (ex art. 67), e limitando poi l’ammontare massimo al rientro (ex art.70), di norma inferiore.