

L'azione revocatoria per dolo nel diritto svizzero

In base alla Legge federale svizzera sulla esecuzione e sul fallimento (LEF) certi atti compiuti da una società prima del fallimento sono revocabili. Lo scopo è di assoggettare al fallimento beni che sono stati sottratti alla società senza una contropartita equa. Sono revocabili (1) le donazioni, le disposizioni a titolo gratuito e le prestazioni, per le quali la società ha accettato un corrispettivo non proporzionato, nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento; (2) la prestazione di garanzie per obblighi già esistenti, ma per i quali la società poi fallita all'origine non si era obbligata a prestare garanzia, il pagamento di debiti pecuniari non con denaro e il pagamento di debiti non scaduti, da parte di una società in stato di insolvenza nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento, sempre che chi ha profittato dell'atto non provi di non essere stato a conoscenza né di aver dovuto conoscere l'insolvenza della società poi fallita; e (3) tutti gli atti che la società fallita ha compiuto nei cinque anni precedenti la dichiarazione di fallimento con l'intenzione, riconoscibile dall'altra parte, di recare pregiudizio ai suoi creditori o di favorirne alcuni a detrimento di altri.

Si noterà come l'ultima delle tre azioni revocatorie, quella per dolo, inquadri un lasso di tempo molto più lungo rispetto alle altre due, dove non vi è dolo. L'attore deve però dimostrare (1) che i creditori della società fallita hanno effettivamente subito un danno, causa il depauperamento della società; (2) il dolo intenzionale da parte della società poi fallita, ovvero dei suoi organi; e (3) che la controparte favorita abbia potuto o avrebbe dovuto riconoscere il dolo intenzionale.

Nel corso della procedura di liquidazione del gruppo Swissair (di seguito "SAir"), il liquidatore nel 2005 presentò al Tribunale Commerciale del Cantone di Zurigo un'azione revocatoria per dolo contro un'importante banca svizzera (di seguito la "Banca"), chiedendo la restituzione di circa CHF 80 milioni alla SAir.

La Banca, che era in rapporti commerciali con la SAir già da molti anni, in agosto 1999 le dette un credito con un limite di CHF 100 milioni, poi prolungato diverse volte. Il 2 aprile 2001 la SAir dovette annunciare pubblicamente una perdita di circa CHF 2,8 miliardi per il 2000, dopodiché il 2 luglio 2001 la Banca e la SAir stipularono che la SAir doveva immediatamente informare la Banca quando altre banche creditrici avrebbero ridotto o annullato i loro crediti e che la Banca poteva chiedere alla SAir l'immediato pagamento dell'intero credito se la SAir non la informava come concordato o se altre banche creditrici avrebbero ridotto o annullato i loro crediti. In base a tale accordo, la SAir rimborsò alla Banca in agosto e settembre 2001 una parte del credito, ovvero un totale di CHF 80 milioni oltre agli interessi maturati. Il 2 ottobre 2001 seguì il cosiddetto *grounding* della SAir.

Dopo che il Tribunale Commerciale del Cantone di Zurigo con sentenza del 10 gennaio 2007 aveva rigettato la sua domanda, il liquidatore della SAir fece ricorso al Tribunale Federale Svizzero, che il 29 maggio 2008 ha approvato l'azione revocatoria per dolo. In merito alle tre condizioni dell'azione revocatoria per dolo summenzionate, la sentenza evidenzia quanto segue:

1. Il quasi totale rimborso del credito, che la Banca aveva dato alla SAir senza chiedere garanzie, poco prima del *grounding* favorisce la Banca e danneggia in modo evidente gli altri

creditori della SAir. Il rimborso anticipato da parte della SAir non può essere visto come controprestazione equa alla previa proroga del credito da parte della Banca.

2. Non è necessario che il debitore commetta l'atto in favore di un creditore con lo scopo di danneggiare gli altri creditori, ma è sufficiente che il debitore si renda conto di danneggiarli e lo prenda in conto. La SAir al momento dei tre pagamenti alla Banca in agosto e settembre 2001 sapeva di essere fortemente indebitata e di non avere liquidità propria e quindi prese in conto di danneggiare altri creditori.
3. Grazie alle pubbliche informazioni, la situazione negativa della SAir nel 2001 era riconoscibile per tutti, quindi anche per la Banca. Prima di accettare l'anticipato rimborso del credito, la Banca avrebbe dovuto assicurarsi che ciò non danneggi altri creditori della SAir, chiedendo informazioni a quest'ultima, cosa che non fece.
4. Le condizioni 2 e 3 non sono date se il credito è stato concesso o prolungato con lo scopo preciso di sanare la società. La Banca nel 2001, però, prolungava il credito come l'aveva già fatto varie volte prima, quindi non con lo scopo di sanare la situazione. L'accordo di luglio 2001, infatti, provverebbe che la Banca voleva soltanto un trattamento alla pari di altri istituti bancari.

Alcuni argomenti del Tribunale Federale hanno suscitato critiche. Si vedrà se il Tribunale in futuro confermerà i suoi argomenti.

calderan@altenburger.ch