

SLACC

Studio Legale
Arnaldi Caimmi
& Associati

FOCUS ON

www.slacc.it

CLAW BACK ACTION: FALLIMENTO E REVOCATORIA NELL'ORDINAMENTO CINESE

Analisi dell'istituto della revocatoria fallimentare nel diritto cinese a partire da un caso pratico.

A cura dell'avv. Andrea Davide Arnaldi

CLAW BACK ACTION: FALLIMENTO E REVOCATORIA NELL'ORDINAMENTO CINESE

1. Introduzione

La crescita degli scambi commerciali tra Paesi occidentali e Repubblica Popolare Cinese ha comportato negli ultimi decenni un sensibile aumento della presenza di società cinesi operanti nei mercati europei, o direttamente o tramite branch locali, oppure ancora mediante il controllo di altre società.

Tutto ciò, unitamente alla recente crisi economica, rende necessaria per l'operatore una maggiore conoscenza dell'ordinamento giuridico cinese e dei suoi principali istituti, al fine sia di una migliore gestione del rischio commerciale (soprattutto nella fase di affidamento di nuova clientela), sia di una più attenta redazione dei contratti, sia infine di una migliore strategia nell'eventuale fase di recupero del credito verso soggetti di diritto cinese.

In particolare, nell'attuale epoca segnata da frequenti tensioni economico-finanziarie, risulta importante avere una maggiore consapevolezza dei presupposti e delle conseguenze del fallimento di un proprio cliente soggetto alle leggi della Repubblica Popolare Cinese, soprattutto quando si tratti di decidere se e a che condizioni fornire (o continuare a fornire) una società cinese, che si sospetti essere in una situazione di crisi.

Un esempio pratico aiuterà il lettore nella comprensione.

2. Il caso pratico

La società italiana Alfa si trova nella condizione di concludere un contratto di vendita con la Società cinese Beta, costituita secondo il diritto della Repubblica Popolare Cinese.

La società Beta a sua volta è interamente posseduta dalla società italiana Gamma (costituita secondo il diritto italiano), la quale recentemente si è trovata in una situazione di forte crisi, tanto da aver presentato domanda di concordato preventivo.

Pur a fronte della precaria situazione finanziaria di Gamma (che detiene il 100% delle quote di Beta), Alfa decide ugualmente di fornire Beta. Tuttavia, per prudenza, pretende ed ottiene dal cliente che la merce venga pagata alla consegna.

Alfa e Beta dunque stipulano un formale contratto di vendita, a seguito del quale vendite, consegne e pagamenti si svolgono senza alcun intoppo.

Qualche mese più tardi, tuttavia, la società italiana Gamma fallisce; a seguito di tale avvenimento, anche Beta inizia a subire tensioni e a soffrire dal punto di vista finanziario.

Il fornitore Alfa, pertanto, deve prendere in considerazione la possibilità che anche la società Beta possa essere dichiarata fallita secondo il diritto cinese. Oltre al problema delle nuove forniture (tipico problema di valutazione del rischio commerciale e di conseguente adozione di idonei correttivi contrattuali), infatti, si pone la necessità di individuare con precisione sorte e rischi dei pagamenti già ricevuti da Alfa, in caso di successivo fallimento di Beta.

Giova quindi delineare presupposti e caratteristiche del fallimento e della revocatoria fallimentare secondo il diritto della Repubblica Popolare Cinese¹.

3. Il fallimento nel diritto cinese

In base all'Articolo 2 della Legge Fallimentare delle Imprese della Repubblica Popolare Cinese² e all'Articolo 1 delle disposizioni della Corte Suprema del Popolo su alcuni aspetti relativi all'applicazione della Legge Fallimentare delle Imprese della RPC (I) (*“Prima motivazione giuridica”*)³, nel caso un debitore non riesca a rimborsare un debito scaduto e ricada in una delle seguenti circostanze, il debito del debitore può esser liquidato all'interno

¹ La Legge fallimentare attualmente vigente in Cina è entrata in vigore il 1° Giugno 2007. Nel presente scritto non verranno prese in considerazione le leggi in vigore a Hong Kong, Macao e Taiwan, in quanto non sottostanti all'ordinamento cinese.

² Art. 2, comma 1, della legge fallimentare, «*Quando le società con status di persona giuridica non riescono a liquidare i debiti scaduti e/o il loro patrimonio non è sufficiente a liquidare tutti i debiti (anche non scaduti) oppure è evidente che manchi la capacità di liquidazione, in questi casi si applica la presente legge per mettere ordine nei pagamenti*». La situazione di crisi delineata da questa norma è nella sostanza assimilabile allo stato di insolvenza cui fa riferimento la legge fallimentare italiana.

³ A seguito dell'adozione nel 2007 della nuova ed attualmente vigente Legge Fallimentare, il numero di fallimenti effettivamente aperti è stato relativamente modesto, in parte anche a causa dell'incertezza nell'applicazione pratica della legge in casi particolari. Per questo motivo, negli anni successivi, la Corte Popolare Suprema ha emanato due provvedimenti con cui fornisce delle interpretazioni sicure per guidare il lavoro dei Giudici dei Tribunali Popolari.

della procedura fallimentare e nella sede giudiziaria (Tribunale Popolare) dove risiede il debitore:

- a) qualora il suo patrimonio non sia sufficiente a rimborsare tutti i debiti; e
- b) qualora sia evidente la mancanza di solvibilità.

In relazione a quanto sopra, il Tribunale stabilisce che il debitore non è in grado di rimborsare il debito scaduto se intervengono congiuntamente i seguenti presupposti:

- c) il rapporto commerciale tra debitore-creditore era stato stabilito in maniera legittima;
- d) il termine di pagamento del debito è scaduto; e
- e) Il debitore non ha rimborsato il debito,

(in base all'Articolo 2 della *Prima motivazione giuridica*).

Se il bilancio, il rapporto di audit, o la relazione di valutazione patrimoniale del debitore dimostra che il suo patrimonio sia insufficiente a rimborsare il debito scaduto, la Corte delibera che l'attivo del debitore è insufficiente a rimborsare il debito scaduto, salvo il caso in cui sia provato che il patrimonio del debitore possa ripagare interamente i debiti (in base all'Articolo 3 della *Prima motivazione giuridica*).

Anche nel caso in cui l'attivo del debitore sia superiore alle passività dello stato patrimoniale, la Corte delibera che vi sia una palese mancanza di solvibilità nel caso in cui il debitore:

- f) non sia in grado di rimborsare i propri debiti a causa di mancanza di risorse finanziarie o impossibilità di realizzare un incasso dal patrimonio immobiliare;
- g) non sia in grado di rimborsare i propri debiti a causa dell'irreperibilità del rappresentante legale e l'assenza di un delegato alla gestione del patrimonio immobiliare;
- h) non sia in grado di rimborsare i propri debiti a seguito di una decisione della Corte;
- i) non sia in grado di rimborsare i propri debiti a causa di una perdurante situazione di perdite ed assenza di profitti; e
- j) manifesti una qualsiasi altra circostanza che ne determini l'insolvibilità;

(In base all'Articolo 4 della *Prima motivazione giuridica*).

Infine, nel caso in cui un'istanza di fallimento venga accettata dalla Corte e la procedura fallimentare venga aperta, la Corte designa un Curatore nello stesso momento in cui giudica sull'ammissibilità dell'istanza di fallimento.

4. La revocatoria fallimentare nel diritto cinese: la “*claw back action*”.

Nel contesto del diritto fallimentare della Repubblica Popolare Cinese, la *claw back action* indica l'azione legale che il Curatore ha diritto di proporre a nome del debitore fallito, al fine di chiedere la restituzione del patrimonio del debitore che è stato ottenuto da terzi, al verificarsi delle ipotesi previste dalla legge fallimentare cinese.

In particolare, vi sono tre ipotesi nelle quali il Curatore può promuovere la *claw back action*, così come viene riportato nella tabella seguente:

VOCE	IPOTESI	TERMINI	DEROGHE	RIFERIMENTI DI LEGGE
A	Il debitore si trova in qualsiasi delle circostanze nel quadro del sopra citato paragrafo 3, lett. a) e b) ma è ancora in grado di rimborsare i debiti ad alcuni particolari creditori	Entro i sei mesi precedenti all'approvazione dell'istanza di fallimento del debitore da parte della Corte	1) I debiti che il debitore ha rimborsato sono garantiti dai beni propri del debitore, sempre che il valore dei beni posti a garanzia non siano inferiori rispetto al credito garantito; 2) I debiti sono rimborsati in funzione di un contenzioso, mediazione o un procedimento di esecuzione, sempre che il debitore non abbia collaborato con determinati creditori in mala fede, compromettendo l'interesse di altri creditori; o 3) Rimborsare i debiti a determinati creditori sia a	Art. 32 della Legge Fallimentare; Art.9; e Art. 14/16 delle Disposizioni della Corte Suprema del Popolo su alcuni aspetti relativi all'applicazione della Legge Fallimentare delle imprese della RPC (“Seconda motivazione giuridica”).

			beneficio del patrimonio del debitore; ad esempio, pagando le utenze come l'acqua, l'elettricità al fine di mantenere la produzione o pagare la manodopera ed eventuali risarcimenti per danni alle persone	
B	<p>Il debitore svolge le seguenti azioni in merito al suo patrimonio:</p> <p>1) Attribuzione di beni a titolo gratuito;</p> <p>2) attribuzione di beni in maniera evidentemente ed esageratamente al ribasso;</p> <p>3) Fornire garanzie relative per debiti che in origine non avevano forme di garanzia;</p> <p>4) Rimborsare debiti preventivamente;</p> <p>o</p> <p>5) Rinuncia al credito.</p>	Entro l'anno precedente all'approvazione dell'istanza di fallimento del debitore da parte della Corte	I debiti non ancora scaduti che erano stati rimborsati dal debitore entro l'anno precedente all'approvazione dell'istanza di fallimento, successivamente arrivano a scadenza prima dell'approvazione dell'istanza di fallimento. (da notare che il Curatore ha ancora diritto a depositare l'"azione revocatoria" se tali casi eccezionali rientrano nell'ipotesi A)	Art. 31 della Legge Fallimentare, Art. 9; e Art. 11-13 della Seconda Motivazione Giuridica.
C	Il debitore svolge	In qualsiasi	Nessuna	Art. 33 della

	le seguenti azioni in merito al suo patrimonio, che non devono esser rese valide: 1) Nascondere o trasferire i beni per sottrarsi al rimborso dei debiti; o 2) Inventare ad arte dei debiti o riconoscere debiti fittizi	momento		Legge Fallimentare, Art. 17 della Seconda Motivazione Giuridica.
--	--	---------	--	---

Nel caso in cui il debitore svolga una delle azioni descritte nelle suindicate ipotesi A, B, e C nei relativi periodi sospetti (indicati nella tabella come “termini” (e non ricada nelle eccezioni) il Curatore ha diritto a promuovere l’azione revocatoria presso la Corte competente, per rendere inefficaci tali atti del debitore e recuperare i beni trasferiti, nascosti o rinunciati.

5. Soluzione del caso pratico

Riprendendo il caso ipotizzato al paragrafo 2, pare opportuno analizzare le conseguenze di un eventuale deterioramento della situazione finanziaria della società Beta, che infine la porti al fallimento secondo le norme della legge fallimentare cinese.

Le somme che Alfa ha ricevuto da Beta nell’ambito del Contratto di Vendita possono essere revocate se il pagamento delle medesime da parte di Beta ricada nelle ipotesi A, B, o C di cui alla tabella sub § 4.

Nell’ambito dell’esempio proposto, si parte dal presupposto che lo scambio commerciale tra Alfa e Beta nell’ambito del Contratto di Vendita sia reale e valido ed in conformità ai prezzi di mercato, non sia strutturato per eludere i debiti di Beta e che, di conseguenza, la somma possa esser revocata più verosimilmente o nell’ipotesi A o in quella B – 4).

Il pagamento del prezzo nell'ambito della vendita tra Alfa e Beta può ricadere nell'ipotesi A e quindi essere "revocato" legittimamente solo a condizione che i seguenti presupposti vengano tutti rispettati, in base alla descrizione riportata nel paragrafo 4:

- I. Tali pagamenti nell'ambito del Contratto di Vendita avvengano entro i 6 mesi precedenti all'accoglimento dell'istanza di fallimento da parte della Corte;
- II. Al momento del rimborso nell'ambito del Contratto di Vendita, Beta sia già in una delle condizioni definite nel paragrafo 4 (i.e. Beta sia incapace di rimborsare il debito ed i suoi beni non siano sufficienti a rimborsare tutti i propri debiti, oppure che Beta sia incapace di rimborsare un debito in scadenza e sia evidente il suo stato d'insolvenza, come spiegato in dettaglio nel paragrafo 4); e
- III. Tale pagamento del debito nell'ambito del Contratto di Vendita non ricada in una delle tre eccezioni previste nell'ipotesi A come descritto nella tabella del paragrafo 4.

Il pagamento della somma nell'ambito del Contratto di Vendita da parte di Beta a Alfa può ricadere nell'ipotesi B - 4) e di conseguenza rischiare di essere "revocata", solo a condizione che i seguenti presupposti vengano tutti rispettati in base alla descrizione riportata nel paragrafo 4:

- I. Tale pagamento del debito nell'ambito del Contratto di Vendita avvenga entro l'anno precedente all'accoglimento dell'istanza di fallimento da parte del Tribunale;
- II. Il debito nell'ambito del Contratto di Vendita non è scaduto quando Beta effettua il pagamento; e
- III. Il debito è ancora non scaduto quando il Tribunale delibera in merito all'ammissibilità dell'istanza di fallimento di Beta.

In sintesi, dunque, la *claw back action* può essere promossa quando un debitore oggetto di una procedura fallimentare ha svolto una delle azioni descritte nell'ipotesi A, B, o C, come descritto in dettaglio nel paragrafo 4.

In conclusione, in caso di fallimento della società cinese Beta, è probabile che la somma che la società italiana Alfa ha riscosso da Beta nell'ambito del Contratto di Vendita entro l'anno o i sei mesi precedenti alla dichiarazione di ammissibilità dell'istanza di fallimento da parte del Tribunale possa esser oggetto di "revocatoria", e conseguentemente essere

oggetto di una richiesta di restituzione da parte del curatore, secondo le condizioni descritte nel presente paragrafo.

Avv. Andrea Davide Arnaldi