

Corte d'Appello di Firenze, sez. I, 8 novembre 2005, n. 320 - Pres. Massetani - Rel. Occhipinti - Fallimento Discoblù di Marino Giuseppe & C. s.n.c. c. Universal Music Italia s.r.l.

Art. 67 l. fall. - Concordato preventivo seguito da dichiarazione di fallimento - Computo del biennio ai fini del periodo sospetto - Termine di decorrenza - Dalla data di presentazione dell'istanza di concordato preventivo

Nell'ipotesi in cui alla procedura di concordato preventivo faccia seguito la dichiarazione di fallimento, ai fini del computo del periodo sospetto ex art. 67 l. fall., il termine decorre dalla data di presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo.

Omissis

Con atto di citazione notificato il 24 gennaio 2002 il Fallimento Discoblù di Marino Giuseppe & C. s.n.c., in persona del curatore rag. A.B., conveniva in giudizio, davanti al Tribunale di Firenze, la Universal Music Italia s.r.l. (quale società incorporante la Polygram Dischi s.p.a.) al fine di sentire dichiarare inefficaci ex art. 67, comma 1, n. 2 l. fall. i negozi di restituzione di cui alle note di credito emesse nel periodo compreso fra il 13 febbraio 1995 e il 13 febbraio 1997 e chiedendo quindi la condanna della stessa alla restituzione dei beni oggetto delle suddette note di credito o, in via subordinata - per l'ipotesi in cui tale restituzione fosse per qualsiasi motivo impossibile - alla restituzione dell'equivalente pecuniario, oltre, in entrambi i casi, il maggior danno ex art. 1224, comma 2, c.c. (anche per il maggior costo del denaro sostenuto), nonché interessi legali ed accessori dal dì del dovuto al saldo.

Assunse parte attrice che il 31 febbraio 1997 la Discoblù di Marino Giuseppe & C. s.n.c. aveva presentato domanda di ammissione al concordato preventivo, respinta con decreto del 3 ottobre 1997 dal Tribunale di Firenze, che con sentenza in pari data dichiarava il fallimento della società; che nel periodo «sospetto», da individuarsi nell'arco temporale compreso fra il 13 febbraio 1995 e il 13 febbraio 1997, la società Discoblù di Marino Giuseppe & C. - poi fallita - aveva restituito alla fornitrice Polygram Dischi s.p.a. un quantitativo di merce (compact discs e musicassette) pari al valore di lire 46.889.008 oltre Iva; che fronte di tali restituzioni la Polygram Dischi s.p.a. aveva emesso note di credito per gli importi corrispondenti; che le suddette restituzioni erano state effettuate allo scopo di estinguere pregresse posizioni debito-

rie della società poi fallita nei confronti della società creditrice quindi, per tale motivo, dovevano essere qualificate come ipotesi di *datio in solutum*, mezzo anormale di pagamento revocabile ai sensi e per gli effetti dell'art. 67, comma 1, n. 2, l. fall.; che il carattere anormale di tali restituzioni risultava dal fatto, provato per documenti, che la percentuale di merce restituita si era assestata, nel periodo «sospetto», su livelli del 7% per il periodo dal 1° gennaio 1995 al 31 dicembre 1995 e del 12% per il periodo dal 1° gennaio 1996 al 30 aprile 1996, a fronte del 3%-5% usuale nella prassi commerciale del settore.

Si costituiva in giudizio la società convenuta, chiedendo il rigetto della domanda siccome infondata, eccependo in via preliminare che, nell'ipotesi di fallimento susseguente a concordato preventivo, i termini di cui all'art. 67 l. fall. decorrono dalla data del decreto di ammissione e non invece dalla data di presentazione della relativa domanda, con la conseguenza che, avendo il Tribunale di Firenze dichiarato l'inammissibilità della proposta di concordato preventivo e dichiarato il fallimento della società Discoblù, i termini per la proposizione dell'azione revocatoria fallimentare decorrevano dalla data della sentenza dichiarativa di fallimento.

Quindi, all'esito di istruttoria meramente documentale, con sentenza del 7 - 10 febbraio 2003 il Tribunale di Firenze rigettava la domanda attrice, compensando integralmente fra le parti le spese del giudizio.

Il primo giudice riteneva in primo luogo che, nell'ipotesi di fallimento dichiarato nel corso della procedura di concordato preventivo decorrendo il termine per la proposizione dell'azione revocatoria fallimentare dalla data del decreto di ammissione alla procedura di concordato, posto che nella specie la Discoblù non era stata ammessa alla procedura di concordato preventivo, rilevava esclusivamente la data in cui era stata pronunciata la sentenza di fallimento, considerando pertanto quale possibile oggetto di revocatoria «esclusivamente le restituzioni di cui alle bolle di accompagnamento del 23 ottobre 1995 (...) per la quale fu emessa la nota di credito dell'8 novembre 1995 di lire 957.244 (...), e del 12 febbraio 1996 (...) per la quale fu emessa la nota di credito del 23 febbraio 1996 di lire 7.562.916 (...)».

Tanto premesso in linea teorica, con riguardo a tali restituzioni la domanda non era ritenuta fondata per la ragione che dagli atti di causa risultava che le restituzioni di merce costituivano un elemento ordinario nello svolgimento del rapporto tra la Discoblù e la Polygram (così come accadeva del resto tra i rivenditori e i produttori del settore), tant'è che le modalità venivano appositamente disciplinate con la previsione di diversi periodi di reso, autorizzato dalla Polygram in base ad una percentuale (5%) sul fatturato maturato, per cui

l'importo del reso sarebbe stato accreditato e scalato sugli acquisti successivi e, qualora la parte avesse restituito merce oltre i limiti dell'autorizzazione, il relativo importo sarebbe stato accreditato per un valore simbolico; di modo che nel rapporto instaurato fra le parti il reso non costituiva mezzo anormale di pagamento del debito relativo alle precedenti forniture, bensì un beneficio in favore del rivenditore in proporzione della quantità di merce in precedenza acquistata, da utilizzare per gli acquisti successivi con accredito del relativo importo da scalare sul prezzo.

Contro tale sentenza propone appello la Curatela del Fallimento Discoblù chiedendone la riforma nei sensi riportati in epigrafe sulla base dei seguenti motivi.

1) Il periodo c.d. «sospetto» ai sensi e per gli effetti dell'art. 67 l. fall. deve essere nella specie correttamente individuato nel biennio anteriore alla presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo, cioè nel periodo dal 13 febbraio 1995 al 13 febbraio 1997, posto che in data 13 febbraio 1997, esternando e pubblicizzando il proprio dissesto, la società Discoblù proponeva ai propri creditori un concordato con la cessione totale dei propri beni: la dichiarazione di fallimento nella specie, come in altri casi analoghi, è seguita quale atto assolutamente necessitato alla declaratoria d'inammissibilità della proposta di concordato preventivo atteso che l'esistenza dello stato di insolvenza risultava provata *in re ipsa* per la stessa domanda da parte dell'imprenditore, anche a prescindere dal voler attribuire o meno alla domanda di concordato quella natura confessoria dell'insolvenza che pure le è stata di sovente riconosciuta da alcuni giudici di merito.

In ogni caso, anche nella denegata ipotesi che la Corte ritenga corretto far decorrere il computo a ritroso dal momento della dichiarazione di fallimento, dovranno in ogni caso essere prese in esame le restituzioni effettuate nei due anni anteriori al deposito della sentenza dichiarativa di fallimento avvenuto il 3 ottobre 1997, vale a dire, le note di credito emesse tra il 3 ottobre 1995 e il 2 ottobre 1996 per complessive lire 13.744.270 oltre Iva.

2) La sentenza di primo grado non può essere assolutamente condivisa nella parte in cui afferma che le restituzioni non avrebbero costituito un mezzo anormale di pagamento quanto piuttosto un elemento ordinario nello svolgimento del rapporto *inter partes* sulla base di modalità appositamente disciplinate e finalizzate ad un'agevolazione concessa in favore del rivenditore.

Tale affermazione - secondo parte appellante - non soltanto non trova riscontro alcuno negli atti di causa, ma contrasta con la documentazione prodotta da parte attrice a sostegno della propria domanda, dalla quale emerge, al contrario, che la Discoblù, in debito verso la Universal di una consistente somma, non potendo soddisfare il proprio debito per le insorte difficoltà economiche, lo ha estinto restituendo svariate partite di merce; il che ha consentito alla Universal di vedere soddisfatto il proprio

credito mediante la restituzione di merce per un valore di quasi 50 milioni delle vecchie lire. Si tratta, quindi, di un tipico caso di pagamento con mezzi anormali, come ripetutamente affermato dalla consolidata giurisprudenza della Cassazione per la quale in tema di revocatoria fallimentare, l'estinzione di una precedente passività come scopo ulteriore rispetto alla causa tipica dei singoli negozi a tal fine utilizzati (secondo lo schema del cosiddetto «collegamento funzionale») conferisce all'operazione complessivamente realizzata un carattere «anormale», in tali termini qualificandosi anche l'atto terminale (di per sé neutro) di estinzione del debito (Cass. 2 settembre 1998, n. 8703).

Si è costituita l'appellata Universal Music Italia, resistendo all'impugnazione.

Quindi, alla prima udienza del 28 giugno 2005, concessi alle parti i termini *ex art.* 190 c.p.c. per ulteriori memorie, la Corte ha trattenuto la causa in decisione sulle conclusioni trascritte in epigrafe, deliberando alla successiva udienza camerale dell'8 novembre 2005.

L'appello è infondato.

Non rileva che, in ordine al periodo c.d. «sospetto» ai sensi e per gli effetti dell'art. 67 l. fall., si possa convenire - in linea teorica - con l'assunto e le argomentazioni sviluppate nel primo motivo di gravame, in quanto è assorbente e decisivo il rilievo che - contrariamente a quanto dedotto col secondo motivo - correttamente il Tribunale ha ritenuto non costituire nella specie le restituzioni della merce - quanto meno per la pattuita percentuale del 5% del fatturato precedente - un mezzo anormale di pagamento, ma un ordinario elemento di svolgimento del rapporto.

Per quel che possa rilevare, ritiene la Corte non essere applicabile al caso di specie il principio consolidato della giurisprudenza di legittimità e di merito secondo cui «nell'ipotesi di fallimento dichiarato a seguito del concordato preventivo, in caso di consecuzione fra le procedure, il termine di decorrenza per la proposizione delle azioni revocatorie va computato a ritroso dalla data di ammissione dell'imprenditore al concordato preventivo, e non dal fallimento o dalla data di presentazione della domanda» (v. per tutte Cass., sez. I, 7 maggio 1991, n. 5025; Cass. n. 11216/1995).

Nella fattispecie, in cui la domanda di concordato è stata dichiarata inammissibile, appare più appropriata l'applicazione del principio secondo cui «la dichiarazione di fallimento d'ufficio segue come atto assolutamente necessitato alla declaratoria d'inammissibilità della proposta di concordato preventivo: l'esistenza dei presupposti, in particolare dello stato di insolvenza, è provata *in re ipsa*, per la stessa domanda da parte dell'imprenditore» (Trib. Torino 9 dicembre 1987, in *Giur. it.*, 1988, I, 2, 410). Anche, infatti, a non voler seguire quell'indirizzo giurisprudenziale di merito secondo cui il concordato preventivo non costituisce una procedura autonoma e distinta del fallimento, ma una fase che può condurre alla di-

chiarazione di fallimento ed è lo stesso imprenditore a confessare, con la sua domanda di ammissione al concordato agli organi giurisdizionali di trovarsi in stato di insolvenza (v. in tal senso App. L'Aquila 11 novembre 1983, in *Dir. fall.*, 1984, II, 137), deve ritenersi che il termine per l'esercizio dell'azione revocatoria, nel fallimento successivo alla procedura di concordato preventivo decorre dalla data di presentazione della proposta di concordato. Da tale momento, difatti, il legislatore con l'attribuire precisi effetti alla presentazione della domanda, ha mostrato di volere tutelare la *par condicio creditorum* per il caso che la proposta di concordato non dovesse poi essere ritenuta ammissibile o venisse comunque dichiarato, successivamente, il fallimento (cfr. Trib. Bergamo 11 febbraio 1984; cfr. App. Brescia 31 ottobre 1985).

È stato al riguardo precisato che «nel caso di consecuzione di procedure concorsuali, culminate nel fallimento del debitore, il termine di cui all'art. 67, comma 1, l. fall. non può farsi decorrere automaticamente dalla ammissione del debitore al precedente procedimento, ma deve operarsi una distinzione in funzione del tipo di procedura cui è conseguito il fallimento. Infatti, potendo essere diversi i relativi presupposti, diversi potranno essere gli effetti a ciò ricollegabili. E così qualora il fallimento sia conseguito ad una procedura di amministrazione controllata che si fonda non già sull'accertamento giudiziale dell'insolvenza del debitore, ma bensì sul diverso presupposto di una sua «temporanea difficoltà di adempiere», il termine di cui all'art. 67, comma 1, l. fall. dovrà farsi decorrere dalla data di dichiarazione del fallimento; viceversa, qualora il fallimento sia conseguito ad una procedura di concordato preventivo, che si fonda sul medesimo presupposto dell'insolvenza del debitore, il termine di cui all'art. 67, comma 1, l. fall. dovrà farsi decorrere dalla data della domanda di ammissione alla procedura concordataria» (Trib. Milano 13 aprile 1989, in *Dir. fall.*, 1990, II, 214, nota).

Ne consegue che nella specie il periodo sospetto, ai fini della revocabilità dei negozi di restituzione, deve essere correttamente individuato nel biennio anteriore alla presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo e, quindi nel periodo che va dal 13 febbraio 1995 al 13 febbraio 1997. Infatti, in data 13 febbraio 1997, esternando e pubblicizzando il proprio dissesto, la società Discoblù proponeva ai propri creditori un concordato con la cessione totale dei propri beni (v. doc. 2 fasc. di primo grado di parte appellante), mentre con la sentenza 3 ottobre 1997, n. 279, in atti il Tribunale di Firenze dichiarava inammissibile la proposta di concordato e dichiarava il fallimento, evidenziando come la condizione d'insolvenza della società emergesse «chiaramente dalle dichiarazioni contenute nella domanda di concordato e dalla documentazione prodotta dalla stessa società ricorrente (bilanci donde emerge la situazione di dissesto per le notevoli emergenze passive) e

dalla conclamata insufficienza dei beni sociali a soddisfare le pretese del ceto creditorio».

La dichiarazione di fallimento nella specie, come in altri casi analoghi, è seguita quale atto assolutamente necessario alla declaratoria d'inammissibilità della proposta di concordato preventivo atteso che l'esistenza dello stato di insolvenza risultava provata *in re ipsa* per la stessa domanda da parte dell'imprenditore (cfr. Trib. Torino 9 dicembre 1987 cit.), anche a prescindere dal voler attribuire o meno alla domanda di concordato quella natura confessoria dell'insolvenza che le è stata riconosciuta da qualche giudice di merito (v. App. L'Aquila 11 novembre 1983 cit.).

Nella specie, quindi, con la presentazione della proposta di concordato la Discoblù ha pubblicizzato e resa manifesta, non solo agli organi giurisdizionali ma anche e soprattutto ai propri creditori, la propria incapacità di fare fronte alle proprie obbligazioni.

È evidente che da quel momento i creditori sono venuti a conoscenza (conoscenza reale e non presunta) del fatto che la Discoblù non fosse più in grado di adempiere alle proprie obbligazioni.

L'intero sistema dell'azione revocatoria fallimentare è basato, in altri termini, sulla mera presunzione d'insolvenza più che sull'insolvenza accertata giudizialmente, per cui anticipare il periodo sospetto significa semplicemente rispettare il dettato normativo che ha fissato presuntivamente un termine di due anni dal momento in cui si addiviene ad un'insolvenza conclamata.

Basti a tal fine considerare che varie disposizioni della legge fallimentare fanno decorrere importanti effetti dalla data della presentazione della domanda di concordato, come avviene con le disposizioni di cui agli artt. 167 e 168 l. fall., ove si fa riferimento alla domanda di ammissione alla procedura quale termine dal quale si bloccano le azioni esecutive, si sospendono le prescrizioni e non si verificano decadenze, è precluso l'acquisto di diritti di prelazione; ovvero con la disposizione dell'art. 169 l. fall., che ritiene applicabili alla procedura di concordato preventivo, appunto con decorrenza dalla data della domanda, gli artt. 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, l. fall.

Non a caso, inoltre, la legge prevede la dichiarazione d'ufficio del fallimento quale conseguenza del rigetto del ricorso soltanto con riferimento all'ipotesi che la proposta del debitore abbia ad oggetto il concordato preventivo, nulla disponendo, per contro, nel caso di amministrazione controllata: da un semplice raffronto fra i due istituti emerge inoltre che l'art. 188 l. fall., nel caso di ammissione alla procedura di amministrazione controllata, prevede espressamente che gli effetti stabiliti dagli artt. 167 e 168 si producono dal momento del decreto di ammissione e non dalla domanda come, viceversa, è previsto nel caso di concordato preventivo.

Per quest'ordine di ragioni da parte di taluni giudici di merito si è affermato il condivisibile principio secondo

cui «(...) qualora il fallimento sia conseguito ad una procedura di concordato preventivo, che si fonda sul medesimo presupposto dell'insolvenza del debitore, il termine di cui all'art. 67, comma 1, l. fall., dovrà farsi decorrere dalla data della domanda di ammissione alla procedura concordataria».

Ma, pur non condividendo la sentenza impugnata sul punto, questa Corte non può che confermare la stessa sotto il profilo dell'elemento oggettivo, cioè del carattere normale delle restituzioni di merce di cui trattasi, nonché dell'inesistenza del danno per la massa dei creditori. Restando assorbita ogni altra questione, sul carattere «anormale» e di *datio in solutum* delle restituzioni ex art. 67, comma 1, n. 2 l. fall., dedotto col secondo motivo di gravame, non può condividersi l'assunto che, a seguito della fornitura di prodotti discografici dalla Universal alla Discoblù, sarebbe nato a carico della seconda un debito pecuniario a favore della prima per un credito di pari importo, da soddisfare mediante un ordinario pagamento che invece è stato estinto mediante la consegna di prodotti discografici.

Parte appellante ritiene di aver fornito la prova documentale (...) idonea a dimostrare che tali restituzioni sono state effettuate nella misura del 7% del fatturato annuo per il periodo dal 1° gennaio 1995 al 31 dicembre 1995 e del 12% per il periodo dal 1° gennaio 1996 al 31 dicembre 1996, rimarcando che la stessa Universal ha in primo grado ammesso nella memoria ex art. 184 c.p.c. che la percentuale dei rapporti di restituzione *inter partes* si orientava - secondo la prassi usuale del settore discografico - su livelli del 15-20% circa del fatturato annuale. Il giudice di prime cure ha rilevato, con riferimento al doc. 26 fasc. cit., che la percentuale di reso normalmente autorizzata dalla Polygram era del 5%.

Correttamente pertanto il Tribunale ha ritenuto che le restituzioni di merce costituivano un elemento ordinario nello svolgimento del rapporto tra la Discoblù e la Polygram ... tant'è che le modalità venivano appositamente disciplinate. Erano quindi previsti diversi periodi di reso e - come risulta dalla lettera «Condizioni di reso anno 1995» inviata «A tutti i Signori Clienti Dettaglianti» - nel rapporto instaurato fra le parti il reso non costituiva un meccanismo anormale di pagamento del debito relativo a precedenti forniture, bensì un beneficio di cui usufruiva il rivenditore: costui veniva di volta in volta autorizzato a rendere una parte (il 5%) della merce fatturata in un determinato periodo precedente e il relativo importo sarebbe stato scalato sugli acquisti successivi. L'importo del reso sarebbe stato accreditato e scalato sugli acquisti successivi e, qualora il rivenditore avesse restituito merce oltre i limiti dell'autorizzazione, il relativo importo sarebbe stato accreditato al valore simbolico di lit. 10.

Orbene, posto che è pacifico in causa che i compact discs e le musicassette di musica leggera sono una merce caratterizzata da brevissimi tempi di obsolescenza e dopo pochi mesi vanno fuori mercato finendo sulle ban-

carelle, ne consegue che, riducendosi il loro valore commerciale a valori prossimi allo zero, la prassi commerciale dei resi costituisce un beneficio per il rivenditore ed un onere per il produttore-venditore.

Ne consegue ancora che, pur in assenza di un vero e proprio contratto estimatorio fra le parti, risulta *per tabulas* dalla stessa documentazione prodotta dalla curatela l'accordo del reso - a favore della rivenditrice Discoblù - nella misura del 5%.

Alla luce di tale rilievo assorbente e decisivo rimangono irrilevanti le deduzioni di parte appellante sulla *datio in solutum* quale tipico mezzo anormale di pagamento in linea generale e sulla distinzione fra i concetti di adempimento e di mezzo di pagamento ponentisi su piani diversi.

È irrilevante, in particolare, il richiamo alla giurisprudenza della Cassazione secondo cui «la restituzione al venditore di merci acquistate e non ancora pagate, eseguita dal compratore al fine di estinguere ogni pregresso rapporto, costituisce *datio in solutum* qualificabile come mezzo anormale di pagamento ai sensi dell'art. 67, comma 1, n. 2, l. fall. e quindi revocabile nell'interesse della massa allo scopo di ristabilire la *par condicio creditorum*, con la conseguenza che incombe al convenuto l'onere di provare, per sottrarsi alla revoca, che non conosceva lo stato d'insolvenza del fallito» (Cass. 8 gennaio 2001, n. 193; Cass. 24 luglio 2000, n. 9690; Cass. 13 luglio 1999, n. 7406).

Invero, il meccanismo - fisiologico nel rapporto - dell'«accredito», contrariamente all'assunto di parte appellante, ridondava per le ragioni esposte a favore del rivenditore, tenuto altresì conto della circostanza che il reso era autorizzato dalla Polygram, la quale esclude, per come erano regolati i rapporti delle parti e del settore discografico in genere, l'esistenza nella specie di una *datio in solutum*.

Nella specie i resi trovavano giustificazione nel rapido «invecchiamento» dei dischi, essendo fisiologico nel settore discografico, soggetto a rapide obsolescenze, il reso dei dischi invenduti che quindi non possono più essere collocati sul mercato perché superati da nuove opere: in tale settore le vendite sono condizionate dal repentino susseguirsi di tendenze musicali, per cui è normale una percentuale di restituzione di merce che può andare dal 5% al 15%-20% circa del fatturato annuale.

Appare pertanto applicabile alla fattispecie il principio secondo cui «la restituzione della merce, qualora rientri nella prassi commerciale del venditore con la propria clientela, non costituisce pagamento con mezzi anomali» (Trib. Milano 6 marzo 2004, in *Fallimento*, 2004, 1055).

Invero, la restituzione della merce ricevuta e non ancora pagata da parte del debitore, a seguito di risoluzione del rapporto negoziale che aveva dato luogo alla prestazione in suo favore, non integra gli estremi della *datio in solutum* (ricollegabile invece alla estinzione di un credito attraverso la consegna di un bene qualsiasi diverso dal

denaro) e pertanto non può essere oggetto di azione revocatoria fallimentare ai sensi dell'art. 67, comma 1, n. 2 l. fall. (v. Trib. Roma, 3 aprile 1979, in *Fallimento*, 1980, 179).

Ai fini della revocatoria fallimentare, la restituzione al venditore di merci acquistate e non ancora pagate costituisce *datio in solutum* qualificabile come mezzo anormale di pagamento ai sensi dell'art. 67, comma 1, n. 2, l. fall. soltanto ove sia eseguita dal compratore al fine di estinguere ogni pregresso rapporto (Cass., sez. I, 24 luglio 2000 n. 9690; Cass., sez. I 2 giugno 1999 n. 5356): e non anche quando - come per l'appunto nel caso di specie - il reso della merce costituiva una modalità concordemente pattuita del rapporto fra le parti che non si poneva come fatto estintivo del rapporto stesso ma come agevolazione del rivenditore nell'ottica della prosecuzione del rapporto.

Per quanto concerne poi la parte di merce resa in eccedenza a detta percentuale preventivamente autorizzata si è invece in presenza di una risoluzione del contratto di vendita per mutuo consenso; contratto che, astrattamente oggetto di revocatoria perché avvenuta al menzionato valore simbolico, non lo è in concreto per la mancanza dell'elemento oggettivo del danno.

L'eventuale accoglimento della revocatoria comporterebbe, infatti, che la Universal sarebbe, da un lato, obbligata a restituire la merce resa oltre la percentuale del 5% ovvero il valore - pressoché nullo - della stessa al momento della resa e, dall'altro, potrebbe inserirsi al passivo del fallimento al cospicuo prezzo maggior prezzo originario di vendita di tale merce, con conseguente danno per la massa fallimentare.

L'appello va pertanto respinto. (...*Omissis*...).

Osservazioni sul computo a ritroso del c.d. «periodo sospetto» ex art. 67 l. fall. (1)

di Antonio Pezzano e Elena Pasquini

La sentenza che qui si annota, pur rigettando nel merito la domanda revocatoria azionata dalla curatela, ha incidentalmente riconosciuto la bontà della tesi attorea in punto di decorrenza del periodo sospetto ex art. 67 l. fall. a ritroso dalla data della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo anche nel caso di rigetto della domanda con contestuale dichiarazione di fallimento.

La vicenda processuale trae origine dalla domanda della curatela attrice tesa a sentir dichiarare la inefficacia di una serie di negozi di restituzione di prodotti discografici intervenuti fra la società fallita e la società fornitrice, qualificati come ipotesi di *datio in solutum*, mezzo anormale di pagamento revocabile in quanto lesivo della *par condicio creditorum*.

Il c.d. «periodo sospetto» ai sensi e per gli effetti dell'art. 67, comma 1, n. 2 l. fall., veniva a tal fine individuato nel biennio anteriore alla presentazione della domanda di ammissione alla procedura di cordato preventivo (2).

Il Tribunale di Firenze aveva rigettato la domanda attrice precisando che, potendosi computare il c.d. «periodo sospetto» a ritroso dalla data del decreto di ammissione alla relativa procedura di concordato preventivo e posto, nella specie, che la società fallita non era stata ammessa alla detta procedura, doveva considerarsi rilevante esclusivamente la data in cui era stata pronunciata la sentenza di fallimento (3).

La Corte d'Appello di Firenze, chiamata a pronunciarsi contro detta statuizione, ha, con la decisione che qui si commenta, confermato nel merito la sentenza di primo grado nella parte in cui ha ritenuto non costituire nella specie la restituzione della merce un mezzo anormale di pagamento, ma un ordinario elemento di svolgimento del rapporto.

La sentenza della Corte d'Appello appare comunque degna di commento nella parte in cui afferma il principio secondo il quale «il periodo sospetto, ai fini della revocabilità dei negozi di restituzione, deve essere correttamente individuato nel biennio anteriore

alla presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo».

Viene in tal modo fornita un'interpretazione dell'art. 67 l. fall. che, in linea con la giurisprudenza più recente (4), va oltre il dato letterale per cogliere la *ratio* della norma (5).

Secondo i giudici di appello fiorentini, infatti, la dichiarazione di

Note:

(1) La formulazione dell'art. 67, comma 1, n. 2), l. fall. anteriore al D.L. 14 marzo 2005, n. 35, conv. con modif. in L. 14 maggio 2005, n. 80, prevedeva la revocabilità degli atti estintivi di debiti pecuniari scaduti ed esigibili non effettuati con denaro o con altri mezzi anormali di pagamento, se compiuti nei due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento.

(2) La società aveva presentato, in data 13 febbraio 1997, domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo respinta con decreto del 3 ottobre 1997 dal Tribunale di Firenze che con sentenza in pari data aveva dichiarato il fallimento della società. La domanda aveva pertanto ad oggetto la revoca dei negozi di restituzione di cui alle note di credito emesse nel periodo ricompreso fra il 13 febbraio 1995 e il 13 febbraio 1997.

(3) Vedi in tal senso, e quindi in senso contrario alla sentenza che qui si annota, Cass., sez. I, 30 maggio 1994, n. 5285, in *Fallimento* 1995, 31; Cass., sez. I, 22 novembre 1991, n. 12573, *ivi*, 1992, 379.

(4) La giurisprudenza è oramai sostanzialmente concorde nel ritenere che in tema di azione revocatoria fallimentare, nella ipotesi di successione di procedure concorsuali a carico del medesimo imprenditore commerciale, il computo a ritroso del c.d. «periodo sospetto» ex art. 67 l. fall. inizia a decorrere dal decreto di ammissione alla prima procedura (cfr. Trib. Milano 15 settembre 2005, in *Giustizia a Milano*, 2005, 63; Cass., sez. I, 14 dicembre 1998, n. 12536, in *Giust. Civ. Mass.*, 1998, 2575; Trib. Ascoli Piceno 21 novembre 1997, in *Giur. merito*, 1998, 416; Cass., sez. I, 23 gennaio 1997, n. 699, in *Fallimento*, 1997, 825; Cass., sez. I, 2 maggio 1994, n. 4240, *ivi*, 1994, 1147). Sulla differenza, a tal fine, fra la procedura di concordato preventivo e di amministrazione controllata, vedi Trib. Milano 13 aprile 1989, in *Dir. fall.*, 1990, II, 214.

(5) Sulle ripercussioni della riforma del concordato preventivo sui rapporti fra detta procedura e il fallimento, vedi *infra*.

fallimento è seguita nella specie «quale atto assolutamente necessitato alla declaratoria di inammissibilità della proposta di concordato preventivo atteso che l'esistenza dello stato di insolvenza risultava provata *in re ipsa* per la stessa domanda da parte dell'imprenditore» (6) per cui con la presentazione della proposta di concordato la società poi fallita ha «pubblicizzato e resa manifesta, non solo agli organi giurisdizionali ma anche e soprattutto ai propri creditori, la propria incapacità di fare fronte alle proprie obbligazioni», per cui «è evidente che da quel momento i creditori sono venuti a conoscenza (conoscenza reale e non presunta) del fatto che la Discoblu non fosse più in grado di adempiere alle proprie obbligazioni» (7).

Da quest'affermazione la sentenza che si commenta trae lo spunto per estendere le proprie considerazioni all'intero sistema dell'azione revocatoria fallimentare in quanto basato «sulla mera presunzione di insolvenza più che sull'insolvenza accertata giudizialmente, per cui anticipare il periodo sospetto significa semplicemente rispettare il dettato normativo che ha fissato presuntivamente un termine di due anni dal momento in cui si addiende ad un'insolvenza conclamata».

Sulla base di dette considerazioni, oltre che attraverso un'analisi di altre disposizioni della legge fallimentare (8), nonché di un raffronto fra la procedura di concordato preventivo e l'amministrazione controllata (9), la Corte medicea ha il merito di affermare con chiarezza l'importante ed innovativo principio secondo il quale «(...) qualora il fallimento sia conseguito ad una procedura di concordato preventivo, che si fonda sul medesimo presupposto dell'insolvenza del debitore, il termine di cui all'art. 67, comma 1, l. fall., dovrà farsi decorrere dalla data della domanda di ammissione alla procedura concordataria» anche nel caso in cui, come nella specie, la domanda sia stata dichiarata inammissibile. Principio che, a parere di chi scrive, emerge quale lettura necessitata della *ratio* sottesa al sistema di retrodatazione legale di natura presuntiva posto *ex lege* (10).

Le considerazioni sin qui svolte dovranno necessariamente confrontarsi con la nuova disciplina del concordato preventivo introdotta con la D.L. 14 marzo 2005, n. 35, conv. con modif. in L. 14 maggio 2005, n. 80.

Le novità introdotte in tema di presupposti per la presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo non possono, infatti, non incidere sulla tematica della *consecutio* delle procedure qui trattata e in genere sulla tematica dei rapporti fra concordato preventivo e fallimento.

È sufficiente a tal fine considerare che, con la scomparsa nell'art. 160 l. fall. del riferimento allo stato di insolvenza e con l'ingresso del diverso concetto di «stato di crisi» (11), ci si è mossi verso una «soluzione insistentemente *acausale* della difficoltà di impresa» (12).

Come noto, infatti, la vecchia formulazione dell'art. 160 l. fall. si riferiva espressamente allo stato di insolvenza e poneva il concordato come unica alternativa possibile per il debitore (ormai definitivamente) insolvente rispetto al fallimento, per cui il presupposto oggettivo dello stato di insolvenza non si differenziava nella procedura di concordato preventivo ed in quella di fallimento; in sostanza, l'insolvenza era la stessa (13).

La riforma introdotta dal legislatore, impone pertanto di indagare in ordine al significato del concetto di crisi, da intendersi, rifacendosi al disegno di legge formulato dalla commissione Trevisa-

nato ristretta, come «situazione patrimoniale, economica o finanziaria in cui si trova l'impresa, tale da determinare il rischio di insolvenza», vale a dire quella «situazione in cui l'imprenditore,

Note:

(6) Cfr. come precedenti in tal senso, Trib. Torino 9 dicembre 1987, in *Giur. it.* 1988, I, 2, 410; Trib. Venezia 17 luglio 1979, in *Fallimento*, 1980, 186.

(7) Sulla natura confessoria dell'insolvenza della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo, vedi Trib. Bari 15 luglio 2004, in *Giur. loc.* Bari, 2004; Trib. Milano 25 settembre 1995, in *Giur. it.*, 1996, I, 2, 348; App. L'Aquila 11 novembre 1983, in *Dir. fall.* 1984, II, 137.

(8) In particolare di quelle disposizioni della legge fallimentare che fanno decorrere importanti effetti dalla data della presentazione della domanda di concordato preventivo, come avviene con le disposizioni di cui agli artt. 167 e 168 l. fall. dove si fa riferimento alla domanda di ammissione alla procedura quale termine dal quale si bloccano le azioni esecutive, si sospendono le prescrizioni e non si verificano decadenze, è precluso l'acquisto di diritti di prelazione o con la disposizione dell'art. 169 l. fall. che ritiene applicabili alla procedura di concordato preventivo, appunto con decorrenza dalla data della domanda, gli artt. 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63 l. fall.

(9) La legge prevede la dichiarazione d'ufficio del fallimento quale conseguenza del rigetto del ricorso soltanto con riferimento all'ipotesi che la proposta del debitore abbia ad oggetto il concordato preventivo, nulla disponendo, per contro, nel caso di amministrazione controllata: da un semplice raffronto fra i due istituti emerge inoltre che l'art. 188 l. fall., nel caso di ammissione alla procedura di amministrazione controllata, prevede espressamente che gli effetti stabiliti dagli artt. 167 e 168 si producono dal momento del decreto di ammissione e non dalla domanda come, viceversa, è previsto nel caso di concordato preventivo.

(10) Così argomentando la Corte medicea ha dimostrato di voler porre rimedio alle conseguenze distorsive di una diversa interpretazione che, non tenendo conto del tempo fisiologico intercorrente fra il deposito della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo e la dichiarazione di fallimento, abbrevia di fatto il c.d. «periodo sospetto». Nel sistema revocatorio fallimentare, infatti, la legge non si limita (come nella revocatoria ordinaria) a prevedere che possono essere revocati gli atti compiuti quando il destinatario degli atti stessi era consapevole del pregiudizio arrecato agli altri creditori, ma crea e fonda un complesso sistema di presunzioni che, nella precisa esigenza di ristabilire le condizioni di legge (appunto, la *par condicio*) fino a quel momento oggettivamente (independentemente, quindi da ogni intento di frode) violate, ha la finalità di garantire una più incisiva indisponibilità del patrimonio anche nel periodo che precede il manifestarsi del dissesto.

(11) Così come integrato con l'inciso finale della norma introdotto dall'art. 36 D.L. 30 dicembre 2005, n. 273 conv. in L. 23 febbraio 2006, n. 51, secondo cui «*Ai fini di cui al primo comma per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza*», superando così il legislatore ogni dubbio che in proposito si era posto non solo tra i primi commentatori (vedi, tra i tanti, M. Bianca, *Il concetto di insolvenza nell'azione revocatoria*, in *Fallimento*, 2005, 10, 1203), ma anche da parte di alcune «rigoristiche» decisioni giurisprudenziali (cfr. Trib. Treviso 22 luglio 2005, decr., e Trib. Alessandria 9 giugno 2005, entrambe citate da G. Negri, *Concordato soltanto per le crisi*, in *Il Sole-24 Ore*, n. 311 del 16 novembre 2005, 31).

(12) Le parole sono di M. Ferro, *I nuovi strumenti di regolazione negoziale dell'insolvenza e la tutela giudiziaria delle intese fra debitore e creditori: storia italiana della timidezza competitiva*, in *Fallimento*, 2005, 5, 587.

(13) G. Bozza, *Le condizioni soggettive ed oggettive del nuovo concordato*, in *Fallimento*, 2005, 8, 952, secondo il quale ciò significa che «quando si parlava di insolvenza si faceva riferimento ad un concetto unitario ben preciso definito dal legislatore nell'art. 5 l. fall., costituito dalla esteriorizzazione dell'incapacità dell'imprenditore di far fronte regolarmente all'adempimento delle proprie obbligazioni».

pur facendo ancora fronte alle proprie obbligazioni, per cui non vi sono sintomi di insolvenza, sta tuttavia incontrando difficoltà, che possono essere ancora superabili attraverso un accordo con i creditori» (14).

Non è questa la sede per approfondire l'interessante tematica posta dalla nuova normativa che, consentendo il ricorso alla procedura di concordato anche all'imprenditore che si trova in mera difficoltà non concretizzante la conclamata insolvenza, fa venir meno quel necessario collegamento funzionale tra fallimento e concordato preventivo che invece in precedenza sussisteva. E non a caso sembra ormai pacifico che la declaratoria d'inammissibilità di concordato preventivo non possa automaticamente sfociare in fallimento, come in precedenza, richiedendo invece una nuova fase di pre-istruttoria fallimentare (15).

D'altra parte questa prima fase di applicazione della nuova disciplina (16) non consente un'ideale disamina pratica delle conseguenze della riforma sull'istituto della *consecutio* delle procedure. Ciò che però emerge con immediatezza è che la differenziazione in sede di nuovi presupposti oggettivi fra concordato preventivo e fallimento non potrà non avere ripercussioni nel senso di interrompere quella (necessaria) continuità fra le due procedure che consentiva di poter parlare senz'altro di confessione dell'insolvenza da parte del debitore formulante una domanda di concordato preventivo ante novella espressa con tanta chiarezza dalla sentenza che qui si annota.

Diverrà, in altri termini, difficile sostenere che la continuità fra le procedure non si risolve in un mero dato temporale ma si configura come «fattispecie di consecuzione (più che di successione) tra esse, rappresentando il fallimento lo sviluppo della condizione di dissesto» all'origine della procedura minore (17), potendosi, a parere di chi scrive, ipotizzare, a causa del venir meno della sequenzialità funzionale tra le due procedure (18), un irrigidimento di quella giurisprudenza che, con un filone interpretativo opposto a quello adottato dalla Corte fiorentina, già riteneva che la domanda concordataria non potesse avere natura confessionaria (19).



Tribunale di Firenze, sez. III, 27 settembre 2006
- Pres. D'Amora - Rel. Riviello - Fallimento
Chiappi s.n.c. c. M.C.

Vendita con riserva di proprietà - Risoluzione - Credito per restituzione delle rate pagate - Sussiste

L'equo compenso da corrispondersi al venditore con riserva di proprietà in caso di risoluzione contrattuale, essendo correlato all'uso della cosa, si pone come impeditivo alla restituzione integrale delle rate pagate in quanto il debito per le rate versate può essere compensato con il credito scaturente dal diritto a tale indennità.

Compensabilità nel fallimento con il credito per l'equo compenso - Ammissibilità - Sussiste

La quantificazione dell'equo compenso deve confor-

Note:

(14) Giuseppe Bozza, *cit.*

(15) cfr. G. Bozza, *cit.*, il quale inoltre acutamente osserva che con la riforma del D.Lgs. n. 30/2005, non richiedendosi più necessariamente per l'ammissione al concordato lo stato di insolvenza, essendo sufficiente anche il mero rischio dell'insolvenza stessa, «la proposta di concordato non può in alcun modo essere considerata ammissiva del dissesto né l'ammissione allo stesso può presupporre una decisione accertativa di tale stato, sicché il giudizio sui requisiti del fallimento diventa molto più pregnante nel nuovo sistema facendo perdere alla conversione (n.d.r.: ex art. 173 l. fall.) quel carattere punitivo e sanzionatorio con funzione anche preventiva di deterrente per il debitore a compiere atti di frode o altro. Di modo che, se in passato era inimmaginabile, per il quasi automatismo della conversione cui la giurisprudenza era pervenuta, che il debitore che avesse compiuto uno degli atti indicati dall'art. 173 non fosse dichiarato fallito, in futuro potrà accadere che lo stesso imprenditore possa non essere dichiarato fallito ove non sia accertato che tali atti, o altri elementi, abbiano determinato lo stato d'insolvenza, con l'ulteriore conseguenza che quel debitore, non essendo più richieste le condizioni soggettive di ammissibilità, potrebbe ripresentare immediatamente una nuova proposta».

(16) Vedi, in materia di presupposto oggettivo di ammissibilità al nuovo concordato preventivo, Trib. Pescara 20 ottobre 2005, in *Fallimento*, 2006, 1, 57; Trib. Treviso 15 luglio 2005, *decr.*, *ivi*, 63, anche in punto di venir meno della automaticità tra rigetto della domanda di concordato e dichiarazione di fallimento.

(17) cfr. Cass., sez. I, 16 aprile 2003, n. 6019, in *Giust. Civ. Mass.*, 2003, 4; App. Reggio Calabria 20 maggio 2004, in *iure praesentia* 2004, 2, 27 (entrambe in materia di amministrazione controllata); Trib. Milano 17 febbraio 2003, in *Giur. milanese*, 2004, 67.

(18) Sul tema dei rapporti fra concordato preventivo e fallimento alla luce della nuova disciplina si richiamano le interessanti considerazioni di Giuseppe Bozza, *cit.*

(19) Cfr. Cass., sez. I, 11 aprile 1989, n. 1737, in *Dir. fall.*, 1990, II, 450: «Non ha natura confessionaria l'ammissione del proprio stato d'insolvenza contenuta nella proposta di concordato ed è liberamente valutabile quale presupposto per la dichiarazione di fallimento, come comportamento idoneo ad offrire elementi presuntivi, ai sensi dell'art. 116 comma 2 c.p.c.».

marsi a criteri che, tenendo conto della durata dell'uso e della natura del bene concesso, consentano il recupero dell'investimento effettuato per l'acquisto del bene e la sua attribuzione all'utilizzatore.

Determinazione della misura dell'equo compenso - Somma della remunerazione del godimento del bene e del deprezzamento - Ammissibilità - Sussiste

Il Tribunale ritiene che l'equo compenso comprenda la remunerazione del godimento del bene e il deprezzamento conseguente alla sua non commerciabilità come nuovo e al logoramento per l'uso.

Determinazione equitativa dell'equo compenso - Ammissibilità - Sussiste

Poiché l'uso comporta, nella maggior parte dei casi un deterioramento della cosa, sarà la diminuzione