



& Diritto Avanzato

Comitato scientifico:

Simone **ALECCI** (Magistrato) - Elisabetta **BERTACCHINI** (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Mauro **BOVE** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giuseppe **BUFFONE** (Magistrato addetto alla direzione generale della giustizia civile presso il Ministero della Giustizia) - Tiziana **CARADONIO** (Magistrato) - Costanzo Mario **CEA** (Magistrato, già Presidente di sezione) - Paolo **CENDON** (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco **CESARI** (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Caterina **CHIARAVALLOTTI** (Presidente di Tribunale) - Bona **CIACCIA** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo **CIRCELLI** (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Vittorio **CORASANITI** (Magistrato, ufficio studi del C.S.M.) - Mirella **DELIA** (Magistrato) - Lorenzo **DELLI PRISCOLI** (Consigliere Suprema Corte di Cassazione) - Paolo **DI MARZIO** (Consigliere Suprema Corte di Cassazione) - Francesco **ELEFANTE** (Magistrato T.A.R.) - Annamaria **FASANO** (Consigliere presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo **FERRI** (Magistrato, già Sottosegretario di Stato alla Giustizia) - Francesco **FIMMANO'** (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Eugenio **FORGILLO** (Presidente di Tribunale) - Andrea **GIORDANO** (Magistrato della Corte dei Conti) - Mariacarla **GIORGETTI** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi **IANNI** (Magistrato) - Francesco **LUPIA** (Magistrato) - Giuseppe **MARSEGLIA** (Magistrato) - Roberto **MARTINO** (Professore ordinario di diritto processuale civile, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Francesca **PROIETTI** (Magistrato) - Serafino **RUSCICA** (Consigliere parlamentare presso il Senato della Repubblica) - Piero **SANDULLI** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano **SCHIRO'** (Presidente del Tribunale Superiore delle Acque pubbliche) - Bruno **SPAGNA MUSSO** (già Consigliere di Cassazione ed assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo **SPAZIANI** (Magistrato dell'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione) - Antonella **STILO** (Magistrato, Presidente di sezione) - Antonio **URICCHIO** (Professore ordinario di diritto tributario, già Magnifico Rettore, Presidente Anvur) - Antonio **VALITUTTI** (Presidente di Sezione presso la Suprema Corte di Cassazione) - Alessio **ZACCARIA** (Professore ordinario di diritto privato, già componente laico C.S.M.).

Concordato preventivo, la violazione del principio per cui i creditori non possono acquistare diritti di prelazione non può essere fatta valere dal debitore

Le norme di cui agli artt. 167 e 168 R.D. n. 267 del 1942, dettati per la procedura di concordato preventivo, nel porre il principio per cui i creditori, per tutta la durata della procedura e a decorrere dalla data di presentazione del relativo ricorso, non possono acquistare diritti di prelazione con efficacia rispetto ai creditori concorrenti, operano esclusivamente nei rapporti fra i creditori, al fine di garantirne la "par condicio", nell'eventualità che a detta procedura consegua quella di fallimento, e, pertanto, la loro violazione non può essere fatta valere dal debitore ne' nel proprio interesse, versando egli nella posizione di terzo estraneo ai menzionati rapporti, ne' nell'interesse dei creditori pregiudicati, ostandovi il divieto della sostituzione processuale sancito dall'art. 81 cod. proc. civ.

NDR: in tal senso Cass. 8739/2001 e 12286/2004.

Tribunale di Milano, sentenza del 30.6.2020

...omissis...

La domanda di adempimento contrattuale proposta da ZZZ.

La domanda contrattuale proposta da ZZZ, avente ad oggetto la condanna di EM al pagamento del saldo di liquidazione relativo all'esecuzione del contratto di distribuzione nel periodo 2014-2016 (credito ZZZ post concordato) è fondata nei termini che seguono.

In base al contratto inter partes del 16.7.2012 (doc. 7 fasc. ZZZ) il corrispettivo spettante al distributore ZZZ era pari allo sconto concesso da EM sul prezzo di copertina per ciascuna copia venduta (art. 9).

Al distributore spettavano poi ulteriori compensi per l'espletamento di eventuali attività accessorie.

Ora, siccome la determinazione del numero di copie effettivamente vendute al pubblico poteva essere effettuata ad almeno 90 giorni di distanza dalla consegna delle copie al distributore, ZZZ era tenuta (art. 10) a versare all'editore EM un acconto, pari all'80% del presunto venduto nel mese di riferimento (cfr., da ultimo, scrittura privata del 3.3.2014 sub dc. 18 cit.), mentre una volta ottenute le "dichiarazioni di resa" dai distributori locali e una volta giustificato il numero delle copie "rese", ossia rimaste invendute, "dal distributore all'editore solo in via documentale (c.d. macero presso i DL)" (art. 8), il distributore ZZZ era tenuto a redigere il saldo di liquidazione (art. 11), che era pari al valore -scontato- di ciascuna copia moltiplicato per il numero delle copie effettivamente vendute (ossia quelle fornite da EM a ZZZ ogni mese, meno quelle "rese" ai sensi dell'art. 8), detratto l'acconto pagato da ZZZ.

Ciò detto, a sostegno del credito vantato, pari a € 1.197.060,19, ZZZ ha prodotto gli estratti conto sub docc. 5 e 6 fasc. monitorio, i saldi di liquidazione sub docc. 7, 8, 9 e 10 e il prospetto excel sub doc. 14 contenente il numero delle copie di ciascuna testata di volta in volta fornite a ZZZ, il prezzo di copertina e il prezzo pattuito per il distributore.

Ora, a fronte di detta documentazione EM ha contestato, specificamente ai sensi e per gli effetti dell'art. 115 c.p.c., soltanto una parte del credito azionato da ZZZ; in particolare, essa ha eccepito: che l'importo di € 267.365,28 sarebbe frutto di una "mera stima sul venduto dei prodotti fatturati alla rete di vendita successivamente a marzo 2016, i cui dati definitivi, peraltro, non sono mai stati resi noti da ZZZ, la quale - pertanto- in relazione a tale periodo non ha neppure provveduto a liquidare con certezza le somme di sua asserita spettanza"; che sarebbe incluso nell'importo azionato anche una parte del credito ante concordato, per € 69.493,24.

Per il resto EM si è limitata ad eccepire l'insufficienza dei documenti versati in atti a fornire prova degli elementi che costituiscono la base di calcolo del preteso credito (ovvero: testate distribuite, prezzo di copertina, numero di resi, prestazioni accessorie svolte).

Ora, poiché il contratto inter partes prevedeva espressamente che il corrispettivo spettante a ZZZ venisse determinato mediante i saldi di liquidazione da redigersi da parte del distributore "a 90 (novanta) giorni fine mese dalla data di fatturazione alla Re. di vendita, con possibilità di ultima resa a 210 (duecentodieci) giorni" sulla scorta del numero delle copie rese "come risultanti dalle dichiarazioni di resa dei Distributori locali" (art. 11 cit. ed allegato D); poiché, inoltre, ZZZ con la comparsa di costituzione nella causa ha prodotto sia i saldi di liquidazione relativi al periodo cui si riferisce il credito azionato (saldi di liquidazione peraltro esattamente corrispondenti a quelli prodotti dalla stessa EM sub doc. 26) con situazione delle copie rese sino al 2.12.2016 e, dunque, non in stima ma a consuntivo, sia un prospetto (doc. 14 cit.) contenente tutti gli ulteriori elementi di calcolo del rapporto dare/avere (numero copie consegnate a ZZZ per ciascuna testata, prezzo di copertina e prezzo praticato al distributore); ne consegue che EM, per contrastare efficacemente la documentazione prodotta e il

credito vantato da ZZZ ai sensi dell'art. 115 c.p.c., avrebbe dovuto eccepire, specificamente, che i dati in suo possesso circa i prezzi di copertina e le copie consegnate erano differenti da quelli indicati nel doc. 14 cit. e che i consuntivi delle copie rese non corrispondevano alle distinte di resa dei distributori locali ovvero, in alternativa, che ZZZ non aveva inviato all'editore le distinte di resa.

Per contro, EM si è limitata, come detto, ad una contestazione del tutto generica che, come tale, non potrà essere tenuta in considerazione ex art. 115 c.p.c.

Quanto invece alle contestazioni specifiche mosse da EM, si osserva quanto segue: il doc. 10 cit. contiene il saldo di liquidazione a consuntivo, con situazione delle rese aggiornata al 2.12.2016 e, dunque, non risulta conforme a verità l'affermazione per cui l'importo di € 267.365,28 sarebbe frutto di una "mera stima sul venduto dei prodotti fatturati alla rete di vendita successivamente a marzo 2016, i cui dati definitivi... non sono mai stati resi noti da ZZZ"; in relazione all'ulteriore eccezione - la non debenza dell'importo di € 69.493,24 maturato ante concordato- EM, come sarà meglio illustrato nel paragrafo che segue, non dispone della legittimazione attiva.

Pertanto, posto che il saldo di liquidazione definitivo contenuto nel doc. 10 cit. porta un credito di M- Dis di € 1.190.611,69, in parziale accoglimento della domanda di adempimento contrattuale svolta da ZZZ e previa revoca del decreto ingiuntivo opposto, portante una somma diversa e superiore, EM dovrà essere condannata a versare in favore di ZZZ la somma di € 1.190.611,69, oltre interessi di mora al tasso commerciale dalla domanda al saldo effettivo (gli interessi pattuiti nelle scritture del 1.3.2013 -doc. 8 fasc. EM- 3.3.2014 e 1.8.2014 -doc. 18 fasc. EM- non sono applicabili al caso di specie, poiché riguardano crediti maturati da ZZZ sino al 2014).

La domanda restitutoria formulata da Edizioni ---.

La domanda di EM, volta ad ottenere la restituzione della somma di € 2.919.337 - pari a quanto ZZZ, mediante il meccanismo compensativo pattuito al punto 2) della scrittura privata del 3.3.2014 (doc. 18 fasc. EM depositato con l'atto di opposizione al decreto ingiuntivo), avrebbe illegittimamente ricevuto a titolo di integrale pagamento dei crediti maturati in esecuzione del contratto di distribuzione inter partes nel periodo ante concordato (ovvero prima del 20 dicembre 2013)- non può essere accolta, difettando EM di legittimazione attiva.

Premesso che è pacifico e documentato in causa (cfr. doc. 18 cit.) che i pagamenti integrali (mediante compensazione) del credito maturato da ZZZ prima del 20.12.2013 sono stati effettuati in esecuzione di una transazione stipulata da ZZZ ed EM durante la procedura di concordato (ovvero in esecuzione delle scritture private del 3 marzo 2014 e del 1.8.2014, successive al deposito del ricorso per l'ammissione al concordato preventivo, avvenuto il 20.12.2013), si osserva che, secondo la condivisibile giurisprudenza della Corte di Cassazione, "le norme di cui agli artt. 167 e 168 R.D. n. 267 del 1942, dettati per la procedura di concordato preventivo, nel porre il principio per cui i creditori, per tutta la durata della procedura e a decorrere dalla data di presentazione del relativo ricorso, non possono acquistare diritti di prelazione con efficacia rispetto ai creditori concorrenti, operano esclusivamente nei rapporti fra i creditori, al fine di garantirne la "par condicio", nell'eventualità che a detta procedura consegua quella di fallimento, e, pertanto, la loro violazione non può essere fatta valere dal debitore ne' nel proprio interesse, versando egli nella posizione di terzo estraneo ai menzionati rapporti, ne' nell'interesse dei creditori pregiudicati, ostandovi il divieto della sostituzione processuale sancito dall'art. 81 cod. proc. civ. (Cass. n. 8739/2001; v., negli stessi termini, Cass. n. 12286/2004).

Dovendosi dichiarare la carenza di legittimazione attiva di EM in relazione alla domanda restitutoria, rimane assorbita la domanda, svolta da ZZZ il 23.10.2019, di accertamento dell'intervenuta cessazione della materia del contendere sul punto.

La domanda risarcitoria proposta da ZZZ.

ZZZ ha chiesto la condanna di EM al risarcimento dei danni (quantificati in complessivi € 1.852.1748 a valori nominali) che essa avrebbe patito per effetto della risoluzione

del contratto di distribuzione stipulato il 16.7.2012, illegittimamente comunicata da EM il 20 aprile 2016.

La domanda non può essere accolta.

Innanzitutto l'istruttoria documentale ed orale espletata non ha dato evidenza di quanto affermato da ZZZ, ovvero che le parti, contrariamente a quanto dedotto da EM nella lettera di "risoluzione per grave inadempimento" del 20.4.2016, concordarono gli acconti pagati da ZZZ per il mese di aprile 2016: mentre i testi indicati da ZZZ (*omissis*) hanno affermato che le parti concordarono gli acconti di aprile durante la telefonata intercorsa l'11.4.2016 tra *omissis*, il teste indicato da *omissis* - che ha dichiarato di essere stato presente alla telefonata in parola, trovandosi nella stanza in cui si trovava il *omissis* durante la conversazione- ha per contro negato che le parti trovarono un accordo sul punto; inoltre il doc. 22 fasc. EM sembra supportare la tesi sostenuta da EM, ovvero che ZZZ, in violazione dell'art. 11. della scrittura integrativa del 1.3.2013, determinò unilateralmente, nonostante il dissenso di EM, gli acconti relativi al mese di aprile 2016: cfr. in particolare l'e-mail *omissis*.

Se, dunque, non vi è prova dell'accordo sugli acconti di aprile 2016 e vi è anzi in atti quanto meno un *fumus* dell'assenza di detto accordo, deve desumersene che EM decise plausibilmente di porre fine all'esecuzione del contratto inter partes (avente scadenza al 31.12.2016) a seguito di una condotta inadempiente posta in essere da ZZZ.

Tale condotta, peraltro, deve reputarsi di non scarsa importanza ai sensi dell'art. 1455 c.c., avuto riguardo al carteggio sub doc. 23 fasc. EM intercorso tra quest'ultima ed uno dei suoi fornitori, che evidenzia come l'ammontare degli acconti da versarsi mensilmente sulle testate consegnate a ZZZ per la vendita avesse un rilievo essenziale nella regolazione dei rapporti tra EM e i suoi fornitori.

In ogni caso, a prescindere dalla circostanza per cui dall'istruttoria espletata sembra trasparire la legittimità della condotta tenuta da EM, la domanda risarcitoria di ZZZ non può essere accolta perché ZZZ, sulla quale gravava il relativo onere, non ha fornito alcuna prova dei danni asseritamente patiti: a sostegno dei danni patrimoniali lamentati ZZZ si è invero limitata a produrre in atti una perizia di parte, priva di asseverazione e di qualsivoglia documento contabile allegato (doc. 15).

La perizia si fonda testualmente su di un conto economico unilateralmente predisposto da ZZZ appositamente per il presente contenzioso, senza che la veridicità dei dati contabili in esso contenuti possa essere in alcun modo verificata: lo stesso "Revisore indipendente" *omissis* S.r.l., nella relazione allegata alla perizia in parola non prende posizione sulla correttezza e veridicità dei dati (ricavi, costi e margini) indicati nel conto economico predisposto da ZZZ, ma si limita a dichiarare che "a nostro giudizio, il Prospetto di ZZZ S.p.A. è stato redatto, in tutti gli aspetti significativi, in conformità ai criteri illustrati nelle note esplicative allo stesso".

La domanda risarcitoria, in quanto del tutto sfornita di prova, va pertanto respinta.

Conclusioni.

In definitiva, previa revoca del decreto ingiuntivo opposto, EM deve essere condannata a versare in favore di ZZZ la somma di € 1.190.611,69, oltre interessi di mora dalla domanda al saldo effettivo.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo in base al *decisum*.

PQM

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, ogni diversa istanza ed eccezione disattesa o assorbita, così dispone: *omissis* revoca il decreto ingiuntivo *omissis*; condanna Edizioni --- S.p.a. a corrispondere *omissis*; accerta la carenza di legittimazione attiva di Edizioni --- s.p.a. in relazione alla domanda restitutoria proposta; respinge le ulteriori domande proposte dalle parti; condanna Edizioni --- s.p.a. a rimborsare a ZZZ le spese di lite, che si liquidano in € 31.118,00 per compenso professionale, oltre IVA se dovuta, CPA e rimborso spese generali al 15%.

COORDINATORE Redazionale: Giulio SPINA

Comitato REDAZIONALE INTERNAZIONALE:

Giovanni Alessi, **New York City** (United States of America)
Daria Filippelli, **London** (United Kingdom)
Wylia Parente, **Amsterdam** (Nederland)

Comitato REDAZIONALE NAZIONALE:

Jacopo Maria Abruzzo (**Cosenza**), Danilo Aloe (**Cosenza**), Arcangelo Giuseppe Annunziata (**Bari**), Valentino Aventaggiato (**Lecce**), Paolo Baiocchetti (**L'Aquila**), Elena Bassoli (**Genova**), Eleonora Benin (**Bolzano**), Miriana Bosco (**Bari**), Massimo Brunialti (**Bari**), Elena Bruno (**Napoli**), Triestina Bruno (**Cosenza**), Emma Cappuccio (**Napoli**), Flavio Cassandro (**Roma**), Alessandra Carafa (**L'Aquila**), Silvia Cardarelli (**Avezzano**), Carmen Carlucci (**Taranto**), Laura Carosio (**Genova**), Giovanni M. Casamento (**Roma**), Gianluca Cascella (**Napoli**), Giovanni Cicchitelli (**Cosenza**), Giulia Civiero (**Treviso**), Francesca Colelli (**Roma**), Valeria Conti (**Bergamo**), Cristina Contuzzi (**Matera**), Raffaella Corona (**Roma**), Mariantonietta Crocitto (**Bari**), Paolo F. Cuzzola (**Reggio Calabria**), Giovanni D'Ambrosio (**Napoli**), Ines De Caria (**Vibo Valentia**), Shana Del Latte (**Bari**), Francesco De Leo (**Lecce**), Maria De Pasquale (**Catanzaro**), Anna Del Giudice (**Roma**), Fabrizio Giuseppe Del Rosso (**Bari**), Domenico De Rito (**Roma**), Giovanni De Sanctis (**L'Aquila**), Silvia Di Iorio (**Pescara**), Ilaria Di Punzio (**Viterbo**), Anna Di Stefano (**Reggio Calabria**), Pietro Elia (**Lecce**), Eremita Anna Rosa (**Lecce**), Chiara Fabiani (**Milano**), Addy Ferro (**Roma**), Bruno Fiammella (**Reggio Calabria**), Anna Fittante (**Roma**), Silvia Foadelli (**Bergamo**), Michele Filippelli (**Cosenza**), Elisa Ghizzi (**Verona**), Tiziana Giudice (**Catania**), Valentina Guzzabocca (**Monza**), Maria Elena Iafolla (**Genova**), Daphne Iannelli (**Vibo Valentia**), Daniele Imbò (**Lecce**), Francesca Imposimato (**Bologna**), Corinne Isoni (**Olbia**), Domenica Leone (**Taranto**), Giuseppe Lisella (**Benevento**), Francesca Locatelli (**Bergamo**), Gianluca Ludovici (**Rieti**), Salvatore Magra (**Catania**), Chiara Medinelli (**Genova**), Paolo M. Storani (**Macerata**), Maximilian Mairov (**Milano**), Damiano Marinelli (**Perugia**), Giuseppe Marino (**Milano**), Rossella Marzullo (**Cosenza**), Stefano Mazzotta (**Roma**), Marco Mecacci (**Firenze**), Alessandra Mei (**Roma**), Giuseppe Donato Nuzzo (**Lecce**), Emanuela Palamà (**Lecce**), Andrea Panzera (**Lecce**), Michele Papalia (**Reggio Calabria**), Enrico Paratore (**Palmi**), Filippo Pistone (**Milano**), Giorgio G. Poli (**Bari**), Andrea Pontecorvo (**Roma**), Giovanni Porcelli (**Bologna**), Carmen Posillipo (**Caserta**), Manuela Rinaldi (**Avezzano**), Antonio Romano (**Matera**), Paolo Russo (**Firenze**), Elena Salemi (**Siracusa**), Diana Salonia (**Siracusa**), Rosangela Santosuosso (**Alessandria**), Jacopo Savi (**Milano**), Pierpaolo Schiattone (**Lecce**), Marco Scialdone (**Roma**), Camilla Serraiotto (**Trieste**), Valentina Siclari (**Reggio Calabria**), Annalisa Spedicato (**Lecce**), Rocchina Staiano (**Salerno**), Emanuele Taddeolini Marangoni (**Brescia**), Luca Tantalo (**Roma**), Marco Tavernese (**Roma**), Ida Tentorio (**Bergamo**), Fabrizio Testa (**Saluzzo**), Paola Todini (**Roma**), Fabrizio Tommasi (**Lecce**), Mauro Tosoni (**Lecco**), Salvatore Trigilia (**Roma**), Annunziata Maria Tropeano (**Vibo Valentia**), Elisabetta Vitone (**Campobasso**), Nicolò Vittoria (**Milano**), Luisa Maria Vivacqua (**Milano**), Alessandro Volpe (**Roma**), Luca Volpe (**Roma**), Giulio Zanardi (**Pavia**).

SEGRETERIA del Comitato Scientifico: Valeria VASAPOLLO



Distribuzione commerciale: **Edizioni DuePuntoZero**

