

SENT. FALL. N° 92/2010
CONE REV. N° 3/10
RICORSO N° 366/10
CRON. N° 6902/10
REP. N° 1769/10



TRIBUNALE DI SALERNO
3ª SEZIONE CIVILE -FALLIMENTARE

5 *in Camera di Consiglio, quale collegio fallimentare, nelle persone dei Magistrati:*

Dott.	Salvatore Russo	Presidente
Dott	Giorgio Jachia	Giudice Est.
Dott.ssa Maria Elena Del Forno		Giudice

10

all'esito della camera di consiglio pronuncia il seguente:

**DECRETO DI RIGETTO DI PROPOSTA
DI CONCORDATO PREVENTIVO**

15

E

SENTENZA DICHIARATIVA DI FALLIMENTO

DI

- 1) Trasporti e Spedizioni SARA - S.r.l., con sede legale in Salerno, alla via dei Carrari, n.35/A, P.IVA 04440400655, R.E.A di Salerno n. 367545, capitale sociale € 102.634,00, in persona del Presidente del CDA e Legale Rappresentante P.T., sig. ~~ANTONIO~~ [nato a Fisciano (Sa) il 16/12/1947, residente in Mercato San Severino (Sa) alla Via Contrada Licinella, C.F. : ~~XXXXXXXXXX~~ autorizzato in virtù di delibere di C. di A. in data 21/10/2010 e 22/11/2010, elettivamente domiciliata in Salerno al C.so Garibaldi n. 131 presso lo studio dell'Avv. Giuseppe Andreotta che la rappresenta e difende

25

- RICORRENTE -

1. RICORSI PREFALLIMENTARI, DOMANDA DI CONCORDATO PREVENTIVO, INTEGRAZIONE DEL PIANO ED UDIENZA EX ARTT. 162, COMMA II, E 15 L. FALLIMENTARE.

30 Va premesso che inequivocabilmente:

- a) in data 24 novembre 2010 erano già pendenti plurimi ricorsi di fallimento;
- b) in data 24 novembre 2010 è stata depositata la proposta di concordato preventivo;
- 35 c) in data 30 novembre 2010 è stato - ai sensi degli artt. 162, comma secondo, e 15 l. fall. - depositato il decreto di convocazione in camera di consiglio per l'udienza del 14.12.10 ore 12 del debitore e dei creditori per essere intesi tanto in ordine all'inammissibilità della proposta di concordato preventivo quanto in merito ai ricorsi prefallimentari;
- 40 d) che nel decreto di convocazione dep. il 30.11.10 il Collegio aveva osservato che il ricorso, allo stato, non poteva essere accolto: "- perchè

manca l'elenco dei creditori privilegiati con indicazione del loro grado; - perchè la relazione dell'imprenditore è generica nell'individuazione dei creditori privilegiati; - perchè nella relazione attestativa della veridicità delle scritture contabili non si descrivono le operazioni compiute e non si individuano i creditori privilegiati; - perchè nella relazione attestativa della fattibilità del concordato non si descrive alcun accertamento compiuto in ordine alla cedibilità dell'immobile che è l'oggetto sociale della newco creata come strumento di soddisfazione dei creditori; - perchè i creditori non vengono soddisfatti mediante l'attribuzione di una quota di partecipazione ad una società attiva con un proprio progetto imprenditoriale ma vengono trasformati in quotisti di una società di capitali avente - abusivamente - come scopo sociale soltanto la liquidazione dei beni al fine di soddisfare i creditori; - perchè così operando vi è violazione dell'ordine dei privilegi atteso che l'effettiva soddisfazione dei creditori non avverrà seguendo tale ordine ma paritariamente ipotecari, privilegiati e chirografari; - perchè la liberazione del debitore avverrà all'atto della cessione dei beni alla newco senza che vi sia una l'effettiva loro soddisfazione; - perchè lo statuto del creditore privilegiato capiente non consente la trasformazione a maggioranza del diritto di credito in un diritto di partecipazione tant'è che non è disciplinato il diritto di voto del creditore capiente se non nel caso in cui egli accetti di votare e rinunci - per sua scelta e non a seguito di decisione della maggioranza dei creditori privilegiati capienti - in tutto od in parte al privilegio."

e) è stato ordinato di avvisare il P.M.;

f) è stata depositata prima dell'udienza una "modifica ed integrazione di istanza di ammissione a concordato preventivo";

g) è stata celebrata l'udienza in data 14.12.10 ove avanti al collegio il debitore ha insistito per l'ammissione della proposta di concordato preventivo ed i creditori, tra cui i dipendenti privilegiati capienti, per l'accoglimento dei ricorsi prefallimentari

2. DELLA SUSSISTENZA DELLO STATO DI INSOLVENZA

Va anzitutto precisato che plurimi sono gli indici indicativi dello stato di insolvenza della Trasporti e Spedizioni SARA - S.r.l., società attiva e non in stato di liquidazione.

Infatti emerge dalle scritture contabili un passivo di oltre € 2.800.000,00 a fronte di un attivo ingente ma non immediatamente liquidabile costituito da immobili e crediti.

Infatti, in ordine al requisito oggettivo, in generale, va ricordato che il riscontro della sussistenza dello stato di insolvenza si concreta in un giudizio di probabilità avente per oggetto la capacità finanziaria del debitore a soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni in relazione al quale il Giudice deve descrivere, nella motivazione, gli elementi esaminati; va poi rammentato anche che in dottrina ed in giurisprudenza è comune la constatazione che l'insolvenza manifesta all'esterno una situazione strutturale che, appunto, è interna all'azienda.

In oltre, sempre in generale, va ricordato che **l'incapacità a soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni si manifesta di regola attraverso uno o più inadempimenti o attraverso alcune situazione descritte come sintomatiche dell'insolvenza**, come rivelatrici dell'impotenza dell'imprenditore a soddisfare le proprie obbligazioni tra le quali vi sono anche: - la cessazione dell'attività produttiva; - il licenziamento dei dipendenti; - l'abbandono della sede sociale; - l'irreperibilità e la latitanza dell'imprenditore; - la pluralità degli

inadempimenti; - l'entità degli inadempimenti; - il perdurare nel tempo degli inadempimenti; - l'intervenuta levata nell'ultimo anno di protesti per importi significativi; - l'effettuazione di pagamenti anomali vale a dire non attraverso la tempestiva consegna di somme di denaro e/o di titoli di credito regolarmente datati ma, ad esempio, attraverso la sistematica emissione di titoli di credito post-datati, la cessione come corrispettivo di altri beni; - la contrazione di ulteriori debiti ad elevato tasso di interesse; - la cessione dei beni strumentali; - l'avvenuto espletamento con esito negativo di una procedura esecutiva individuale; - l'eccedenza del passivo sull'attivo patrimoniale; - la diminuzione fraudolenta dell'attivo.

In questo caso concreto l'insolvenza dell'impresa debitrice è manifestato in primo luogo dagli inadempimenti nei confronti dell'erario di ingente importo, poi dagli inadempimenti nei confronti dei plurimi creditori ricorrenti per un importo complessivo di oltre 450.000,00 nonché dal protrarsi nel tempo di tali inadempimenti, dalla quasi cessazione dell'attività economica.

Infine emergono come segno della decozione da un lato i plurimi verbali di pignoramento mobiliare con esiti negativi anche in relazione ai crediti da lavoro dipendente rimasti inadempiti e dall'altro i primi protesti attestati dalla visura allegata al ricorso 368/2010

3. RIGETTO DELLA PROPOSTA DI CONCORDATO PREVENTIVO

La presente proposta di concordato preventivo non può essere ammessa ritenendo il Tribunale che la stessa non corrisponda ai requisiti tipici previsti dal nuovo concordato - come disciplinato dai novellati artt. 160 l. fall. e seguenti - atteso che A) il piano proposto dal ricorrente prevede il pagamento "in natura" di creditori privilegiati capienti; B) non è stata prodotta la relazione giurata ai sensi dell'art. 160 comma due di un professionista (in possesso dei requisiti di cui al terzo comma, lett. d., dell'art. 67 l. fall.) attestativa del fatto che il creditore munito di privilegio venga soddisfatto in misura non inferiore a quella realizzabile nel fallimento; C) perché non si indica un termine entro il quale il concordato deve essere adempiuto; D) perché con il meccanismo societario proposto si prevede di fatto l'attribuzione di una quota pari al 10 % degli utili della newco a favore dei soci della società, in violazione dei principi di postergazione.

Inoltre la proposta non può essere ammessa perché si ipotizza la costituzione di una newco avente uno statuto illecito ed impossibile per le particolari regole di ripartizione degli utili - asseritamente favorevoli i creditori privilegiati - in corso di attività della società, come di seguito meglio evidenziato.

Infine alcuni dei creditori privilegiati capienti hanno già manifestato di non aderire alla proposta di concordato preventivo ed hanno nel corso dell'udienza ex artt. 15 e 162 l. richiesto il fallimento.

4. CRITERI DI AMMISSIONE

4.1

135 Siffatta esplicita enunciazione di apertura corrisponde ad una rigorosa applicazione dei principi e delle regole che governano il nuovo concordato preventivo ed in particolare dei criteri di ammissione da ultimo scolpiti dalla Suprema Corte (cfr., Cass. civ. Sez. I, Sent., 25-10-2010, n. 21860)

Principi che vanno ricostruiti tenendo conto, come appena ricordato dalla
140 Suprema Corte, il "... *legislatore (ha) inteso dare una netta prevalenza alla natura contrattuale, privatistica del concordato, che da decisivo rilievo al consenso dei creditori ...*" ed al contempo ricordando che

4.2

145 Nella recentissima decisione della Suprema Corte (cfr., Cass. civ. Sez. I, Sent., 25-10-2010, n. 21860) si compie una attenta ricostruzione del quadro normativo in cui si colloca il potere di verifica del Tribunale in sede di ammissione alla procedura di concordato preventivo ribadendo che è preclusa una diretta disamina della veridicità dei dati aziendali, della fattibilità del piano
150 e della convenienza della proposta.

Si evidenzia che l'imprenditore è tenuto a: I) compiere tutte le allegazioni prescritte; II) a redigere una relazione aggiornata sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa; III) esporre dati veridici; IV) a proporre un piano fattibile.

155 Conseguentemente si afferma che il professionista attestatore: I) deve verificare la veridicità delle relazioni e dei dati contabili nonché della fattibilità del piano; II) deve redigere una motivata relazione "attestativa" della veridicità delle relazioni e dei dati contabili nonché della fattibilità del piano.

In questo contesto di esplicite assunzioni di responsabilità si indica che il
160 tribunale è tenuto a verificare che il professionista attestatore abbia descritto le verifiche effettuate, abbia indicato i criteri seguiti per pervenire ai giudizi resi ed infine abbia compiuto effettive attestazioni della veridicità dei dati aziendali e della fattibilità del piano.

In quest'ottica il tribunale nel procedere al giudizio di ammissibilità deve
165 verificare se ricorrono i presupposti di cui agli artt. 160, commi 1 e 2, ed art. 161: a) senza esaminare direttamente la veridicità dei dati aziendali, la fattibilità del piano, la convenienza della proposta; b) senza verificare la serietà delle garanzie offerte dal debitore; c) senza verificare la sufficienza dei beni ceduti per la realizzazione del piano.

170 Sempre in quest'ottica dopo l'ammissione il commissario giudiziale sarà chiamato a verificare che i dati sottoposti alla valutazione dei creditori siano completi, attendibili e veritieri, sicché in caso di riscontro positivo dovrà mettere i creditori in condizione di decidere con cognizione di causa, sulla base di elementi che corrispondono alla realtà, la convenienza della proposta. Per
175 contro il Commissario Giudiziale qualora riscontri la non veridicità dei dati aziendali esaminati o la non fattibilità della proposta dovrà informare ai sensi dell'art. 173 l. fall. il Tribunale, che d'ufficio, instaurato il contraddittorio ex art.



15 l. fall., procederà alla revoca dell'ammissione dell'impresa alla procedura di concordato preventivo.

180 Infine la Corte, esaminato tutto il dettato normativo della procedura preventiva, ricorda che il tribunale in sede di omologa può sindacare la convenienza solo su istanza del creditore dissenziente appartenente a classe dissenziente.

4.3

185 Il collegio, condivide questi principi ma ne compie attenta applicazione in un caso molto differente rispetto a quello classico esaminato dalla Suprema Corte perché non si trattasi di un piano puro di cessione dei beni ai creditori ma di un piano complesso depositato nel corso di una udienza prefallimentare con suddivisione dei creditori in classi e soprattutto con degradazione dei creditori
190 privilegiati capienti in creditori concorsuali titolari di un diritto di voto.

4.4

In generale si può affermare che nei concordati preventivi con classi e con degradazione dei creditori privilegiati che il Tribunale è chiamato a svolgere – come si osserva in dottrina – *una funzione di completamento della tutela*
195 *contrattuale* perché deve verificare – come previsto dall'art. 160 legge fallimentare – i criteri di formazione delle classi, il rispetto dell'ordine dei privilegi, la corretta riduzione del credito fiscale e contributivo, la sussistenza dei requisiti per accordare la prededucibilità della nuova finanza, l'incapienza dei creditori privilegiati.

200 Non va dimenticato anche nei concordati preventivi caratterizzati dall'erogazione di taluni dei finanziamenti descritti dall'art. 182 quater il decreto di ammissione ha l'effetto costitutivo di conferire loro il rango di crediti prededucibili nel concordato preventivo e nell'eventuale fallimento conseguente, il che altera definitivamente le regole del concorso (forse anche
205 nei confronti dei creditori ipotecari non essendo regolato dalla legge il conflitto tra ipotecari e prededucibili ex art. 182 quater l. fall.).

4.5

Va tenuto conto di quanto osservato su un caso più complesso in altra significativa decisione della Suprema Corte, sempre della I sezione (Sez. 1,
210 *Sentenza n. 19214 del 04/09/2009 (Rv. 609766)* la cui massima ufficiale è la seguente: *In tema di procedimento per la dichiarazione di fallimento, non sussiste un diritto del debitore, convocato avanti al giudice, ad ottenere il differimento della trattazione per consentire il ricorso a procedure concorsuali alternative (nella specie, il concordato preventivo o l'accordo di ristrutturazione dei debiti), nè il relativo*
215 *diniego da parte del giudice configura una violazione del diritto di difesa, in quanto tali iniziative (nella specie, nemmeno promosse con il deposito dei relativi atti) sono riconducibili all'autonomia privata, il cui esercizio dev'essere oggetto di bilanciamento, ad opera del giudice, con le esigenze di tutela degli interessi pubblicistici al cui soddisfacimento la procedura fallimentare è tuttora finalizzata.*

220 4.6

Tanto significa in prima battuta che si deve operare con nozioni di insiemistica tenendo conto del fatto che il debitore non ha depositato il ricorso

di concordato preventivo prima del deposito dei ricorsi di fallimento, ma dopo sicchè siamo in un sottoinsieme caratterizzato dalla pendenza di entrambe le
 225 procedure non avendo il deposito della proposta di concordato preventivo immediati effetti sospensivi sui ricorsi prefallimentari.

4.7

Ma nella motivazione della citata decisione della Suprema Corte si dice qualche cosa di più: *Per altro verso è poi utile considerare che la recente riforma
 230 della legge fallimentare, per quanto abbia accentuato i profili negoziali e privatistici della procedura, non ha eliminato gli aspetti pubblicistici che le sono propri, e pertanto da ciò consegue la legittimità di un bilanciamento ad opera del giudice fra le iniziative riconducibili alle espressioni di autonomia negoziale delle parti e le esigenze di tutela degli interessi al cui soddisfacimento è finalizzata la procedura
 235 fallimentare. Per di più la Corte territoriale ha puntualmente e correttamente motivato sul punto, avendo escluso, come considerazione di carattere generale e di principio, che il debitore possa unilateralmente e potestativamente disporre dei tempi del procedimento fallimentare - ed avendo negato il sollecitato rinvio per il tempo trascorso dal momento in cui era insorto lo stato di decozione (circa nove mesi), per
 240 l'assenza di iniziative adottate dalla data in cui si era avuto conoscenza dell'insolvenza della società, per la "necessità" di evitare il pericolo della dispersione dei beni costituenti la garanzia generica e specifica fornita dalla Meagest s.a.s., società che, come si è detto, aveva prestato fideiussione per le obbligazioni della A.D.L. s.r.l."*

245 4.8

Invece nel caso che ci occupa questo tribunale non solo, ritenendo di bilanciare le opposte esigenze, ha concesso più rinvii per consentire al debitore di predisporre la proposta ma ha poi concesso un secondo spazio ex art. 162
 250 legge fallimentare per consentire di integrare il piano superando gli aspetti di palese illiceità

5. DEL RISCONTRO DELLA CORRETTA FORMULAZIONE DELLE CLASSI

5.1

Più in particolare il collegio in caso di deposito di una proposta di
 255 concordato preventivo con classi e con attribuzione ad una parte dei creditori privilegiati - come in questo caso - un pagamento in natura è tenuto a verificare che il piano di concordato sia legittimo il che si può affermare soltanto a condizione che

A) il soddisfacimento previsto nel piano per i privilegiati sia non inferiore a
 260 quello realizzabile sul ricavato in caso di liquidazione (ovvero di fallimento), tenendo conto della collocazione preferenziale del credito;

B) il valore di mercato attribuibile al cespite oggetto di prelazione (o per i privilegiati generali sull'intero patrimonio) sia indicato in una relazione giurata di un professionista in possesso dei requisiti ex art. 67 L.F.;

265 C) non sia alterato l'ordine delle cause legittime di prelazione.

6. DIRITTO DI VOTO

6.1

Inoltre non è chi non veda che in questo caso giudiziario si propone il pagamento integrale ma non in denaro.

270 Pare il caso di precisare che il debitore può prevedere più tipi di classi in relazione ai quali in taluni casi ci si deve chiedere se il creditore abbia diritto al voto e se la classe sia conteggiabile;

275 a) classi di creditori privilegiati con previsione di pagamento integrale, immediato ed in denaro; non dovrebbero essere conteggiate come classi votanti; i creditori non sono ammessi al voto;

280 b) classi di creditori privilegiati con previsione di pagamento integrale, ma e/o non immediato e/o in natura con corresponsione degli interessi; prevale la tesi che non essendovi sacrificio non dovrebbero essere conteggiate come classi votanti ed i creditori non dovrebbero essere ammessi al voto;

285 c) classi di creditori privilegiati che abbiano rinunciato integralmente o parzialmente al privilegio: sono conteggiati ai fini del numero delle classi; i creditori sono ammessi al voto;

d) classi di creditori privilegiati "incapienti" con previsione di pagamento pari o superiore al valore che otterrebbero in caso di liquidazione concorsuale: sono conteggiati ai fini del numero delle classi; i creditori sono ammessi al voto;

290 e) classi di creditori chirografari con previsione di soddisfazione integrale, immediata ed in denaro: si discute se siano conteggiate ai fini del numero delle classi e se i creditori siano ammessi al voto;

295 f) classi di creditori chirografari con previsione di soddisfazione parziale: sono conteggiate ai fini del numero delle classi ed i creditori sono ammessi al voto.

6.2

Ritiene il collegio che il pagamento in natura dei privilegiati sia possibile anche in caso di capienza, come ad esempio nel caso del creditore ipotecario pagato mediante attribuzione dell'immobile.

300 Controverso è come conteggiare il suo consenso, se tale creditore costituisca una classe a se conteggiabile nel novero delle classi.

6.3

305 Controversa, come vedremo, nel caso che ci occupa è l'attribuzione del diritto di voto ai privilegiati capienti destinatari di un pagamento mediante attribuzione di una quota di una newco.

Infatti ai sensi dell'art. 177 l. fall. il privilegiato capiente non ha diritto di voto

Soprattutto l'esercizio del diritto di voto da parte del privilegiato capiente comporta la riduzione del suo credito al rango di chirografario.

310 In questa vicenda, in caso di ammissione il tribunale dovrebbe integrare tale tessuto normativo affermando, il che non è nei suoi poteri, che il privilegiato capiente destinatario di un pagamento mediante attribuzione di una quota di

una società ancorchè abbia votato favorevolmente non perde il suo rango di privilegiato.

315 **7. IL PIANO ORIGINARIO**

7.1

- I. La Trasporti e Spedizioni SARA – S.r.l. propone, per il ripianamento delle passività di cui si è detto, di procedere con due distinte “sistemazioni” **entrambe atte a soddisfare il 100%, sia dei crediti privilegiati che dei crediti chirografari, oltre che le spese di procedura.**
320
- II. **In primo luogo**, al fine di soddisfare i crediti erariali (167.887,50), la società provvederà, previa proposta di rateizzazione in mesi 36, che sarà formalizzata all’esito della certificazione già richiesta della debitoria pendente, a pagare il dovuto, grazie alla riscossione dei crediti analizzati nel precedente paragrafo “2)”, nonché liquidando i residui beni mobili al loro reale valore di mercato.
325
- III. Con le stesse risorse la società provvederà anche a sopportare le spese di procedura (che non dovrebbero superare € 80/100.000,00- per le ragioni appresso evidenziate -).
330
- IV. **Per il pagamento, invece, della restante debitoria**, sia privilegiata che chirografaria, e cioè € 2.368.918,52 la società propone di **estinguere mediante operazione istantanea** la debitoria stessa, trasferendo ai creditori, in proporzione delle loro rispettive ragioni di credito, il 90% delle quote di una newco, costituenda in forma di s.r.l., che sarà conferitaria dei crediti in questione e che con tali crediti acquisterà, a valore catastale, e mediante compensazione, il 90% della proprietà immobiliare della Sara s.r.l., nel mentre il residui 10% sarà conferito dalla stessa Sara, allo scopo di mantenere una partecipazione proporzionale sul valore del cespite, come detto stimato € 2.800.000,00.
335
340
- V. La newco provvederà con proprie risoluzioni alla cessione del bene in questione, e conseguentemente a rimborsare i conferimenti ricevuti dai soci creditori.
345
- VI. Per i costi di esercizio, la costituenda società si avvarrà della riscossione dei canoni di locazione (contratto Wind Telecomunicazioni e contratto ~~XXXXXXXXXXXX~~ per un totale di € 28.400,000 annui), nel mentre dovrà consentire alla Sara srl di continuare ad utilizzare gli uffici gratuitamente fino alla cessione a terzi del bene, e di riscuotere, altresì, il ticket per il parcheggio degli autocarri, non appena, come prevedibile, il piazzale sarà reso libero dal sequestro preventivo comminato.
350
- VII. La governace sarà affidata ai creditori, salvo il diritto della Sara srl di nominare un proprio rappresentante in ciascuno degli organi sociali.
355
- VIII. Il costo degli oneri di trasferimento del bene risulta coperto dal saldo rinveniente dalla differenza tra il totale dei debiti (€ 2.368.918,52), con la quota spettante alla Sara srl (– al massimo il 10% -), e sarà immediatamente disponibile grazie alla riscossione del credito vantato nei confronti del Comune di Salerno per l’esproprio di cui si è detto.

Fino alla liquidazione della newco la Trasporti e Spedizioni Sara srl
 405 resterà obbligata nei confronti dei creditori cessionari e avrà l'obbligo di integrare, nel termine da un quinquennio dalla vendita dell'immobile da parte della newco, l'eventuale differenza dovuta per il pagamento del 100% di tutti i creditori sociali.

I creditori muniti di privilegio non perderanno tale diritto, né per il capitale,
 410 né per gli interessi, sul prezzo che sarà ricavato dalla vendita del bene, sicchè, per patto espresso ex art. 2468 II° e III° co. c.c. essi non parteciperanno alla liquidazione in misura proporzionale alle loro quote, bensì in base all'ordine dei privilegi ex lege previsti.

Per i costi di esercizio, la costituenda società si avvarrà della riscossione
 415 dei canoni di locazione (contratto Wind Telecomunicazioni e contratto ~~XXXXXXXXXX~~ per un totale di € 28.400,000 annui), nel mentre dovrà consentire alla Sara srl di continuare ad utilizzare gli uffici gratuitamente fino alla cessione a terzi del bene, e di riscuotere, altresì, il ticket per il parcheggio degli autocarri, non appena, come prevedibile, il piazzale sarà reso libero dal
 420 sequestro preventivo comminato.

La governace sarà affidata ai creditori, salvo il diritto della Sara srl di nominare un proprio rappresentante in ciascuno degli organi sociali.

Per quant'altro [" il costo degli oneri di trasferimento del bene risulta coperto dal saldo rinveniente dalla differenza tra il totale dei debiti (€
 425 2.368.918,52), con la quota spettante alla Sara srl (- al massimo il 10% -), e sarà immediatamente disponibile grazie alla riscossione del credito vantato nei confronti del Comune di Salerno per l'esproprio di cui si è detto"] resta confermata la già formulata prospettazione.

9. LE ILLECITE ATTRIBUZIONI AL DEBITORE

430 9.1

Nel ricorso si legge: Per il pagamento, invece, della restante debitoria, sia privilegiata che chirografaria, e cioè € 2.368.918,52 la società propone di estinguere mediante operazione istantanea la debitoria stessa, trasferendo ai creditori, in proporzione delle loro rispettive ragioni di credito, il 90% delle quote di una newco,
 435 costituenda in forma di s.r.l., che sarà conferataria dei crediti in questione e che con tali crediti acquisterà, a valore catastale, e mediante compensazione, il 90% della proprietà immobiliare della Sara s.r.l., nel mentre il residui 10% sarà conferito dalla stessa Sara, allo scopo di mantenere una partecipazione proporzionale sul valore del cespite, come detto stimato € 2.800.000,00.

440 9.2

Si legge ancora: Per i costi di esercizio, la costituenda società si avvarrà della
 riscossione dei canoni di locazione (contratto Wind Telecomunicazioni e contratto ~~XXXXXXXXXX~~
 445 ~~XXXXXXXXXX~~ per un totale di € 28.400,000 annui), nel mentre dovrà consentire alla Sara srl di continuare ad utilizzare gli uffici gratuitamente fino alla cessione a terzi del bene, e di riscuotere, altresì, il ticket per il parcheggio degli autocarri, non appena, come prevedibile, il piazzale sarà reso libero dal sequestro preventivo comminato.

La governace sarà affidata ai creditori, salvo il diritto della Sara srl di nominare un proprio rappresentante in ciascuno degli organi sociali.

450 9.3

Quindi durante la prima fase – sulla cui durata non si spende parola – della vita della newco, vale a dire fino alla cessione a terzi dei beni, al debitore sarà attribuito un 10% degli utili, l'utilizzo gratuito degli uffici ed il diritto di riscuotere il ticket per il parcheggio degli autocarri.

455 Inoltre avrà il diritto di contribuire alla *governance* mediante un proprio rappresentante in ogni organo.

9.4

460 Di ogni evidenza che così operando il debitore è collocato durante la gestione della newco su un piano pari ordinato ai creditori non solo chirografari ma anche privilegiati.

9.5

465 Di ogni evidenza invece che “*deve escludersi che i soci finanziatori possano essere inseriti nel piano di cui facciano parte anche altri creditori chirografari non solo per la loro diversa posizione nei confronti della società rispetto ai terzi ma soprattutto per la previsione di cui all'art. 2467 c.c., comma 1, che ha introdotto il principio della postergazione delle loro ragioni creditorie rispetto a quelle degli altri creditori, con l'obbligo, oltre tutto, di restituzione se il pagamento in loro favore sia avvenuto nell'anno precedente alla dichiarazione di fallimento*” (cfr. Sez. 1, Sentenza n.2706 del 2009).

470 9.6

Si ipotizzi – poi - che i soci della Sara aggiungano al proprio 10% un ulteriore 41 % venduto loro da creditori insoddisfatti dell'investimento coatto ed accadrà che il debitore avrà il controllo della newco.

10. MANCANZA DEL TERMINE DI ADEMPIMENTO

475 10.1

Peraltro non è stato fissato un termine preciso entro il quale il diritto di credito trasformato in partecipazione sociale sarà attuato, entro il quale il creditore potrà chiedere la risoluzione per inadempimento del concordato.

480 Si compiono generici riferimenti a tempi di attuazione di dodici/sessanta mesi senza precisare cosa accadrà in caso di mancato vendita entro tale termine

10.2

Tale ulteriore alea rende, anche sotto questo profilo, il piano assolutamente indeterminato.

485 11. L'ILEGITTIMA SUDDIVISIONE IN CLASSI

11.1

Nel nuovo ricorso si afferma che il ricorrente intende suddividere i creditori nelle seguenti classi

490 La proposta prevede la suddivisione dei creditori nelle seguenti classi :

- Fornitori chirografari
- Banche chirografarie
- Crediti diversi chirografari
- Soci fornitori

495 - Fornitori per crediti contestati
- Privilegiati votanti

Si iscrivono nella classe dei "fornitori chirografari" quelli sub "8)" del dettaglio (doc.12 all. alla domanda di concordato depositata il 24/11/2010).

500 Si iscrivono nella classe delle "banche chirografarie" quelle sub "9)" del dettaglio (doc.12).

Si iscrivono nella classe dei "crediti diversi chirografari" quelli sub "6" e "10)" del dettaglio (doc.12).

Si iscrivono nella classe dei "soci fornitori" quelli sub "11)" del dettaglio (doc.12).

505 Si iscrivono nella classe dei "fornitori per crediti contestati" quelli sub "12)" del dettaglio (doc.12),

- i "privilegiati votanti" si iscrivono tra quelli che voteranno tra i creditori compresi negli elenchi sub 1, 2,3, 4, 5 e 7 del dettaglio (doc.12).

11.2

510 La suddivisione è illegittima perché a tutti i creditori è prevista la stessa percentuale di soddisfazione, asseritamente pari al 100% sicché non si comprende la ragione per la quale vi sia suddivisione dei creditori in classi.

11.3

515 Palese, come già ricordato nel provvedimento interlocutorio, è la violazione dell'ordine dei privilegi perché non è dato di comprendere attraverso quale meccanismo giuridico il creditore ipotecario trasformato in socio possa mantenere il diritto ipotecario sul bene ed abbia diritto ad un soddisfazione anticipata rispetto ad altri soci.

12. INDETERMINATEZZA DEL PIANO

520 12.1

Va ribadito che è onere del proponente depositare lo specifico statuto della newco per consentire al Tribunale di comprendere attraverso quali strumenti giuridici dovrebbe essere attuata la promessa.

In assenza il piano è indeterminato in un punto essenziale.

525 12.2

Sul punto il debitore si limita a scrivere:

ii) *con la formulata proposta non si intendeva affatto stravolgere l'ordine dei privilegi, giacché circa il risultato della liquidazione, a lume dell'attuale disposizione di cui all'art. 2468 II° e III° co. c.c., è consentito che lo statuto sociale attribuisca a talun socio diritti particolari non proporzionati alla partecipazione in società, sicché la liquidazione - come appresso meglio si provvederà a precisare - sarà pattuita in statuto così da rispettare l'ordine dei privilegi;*

iii) *circa la liberazione del debitore, pure essendo la stessa coerente (e*

535 confermativa) con la formula gestoria di cui al superiore capo "i) : qui si provvede a modificare la proposta di concordato, rinunciando a tale condizione :

540 iii) la proposta non prevede, come già precisato, la rinuncia o la perdita di privilegi da parte di creditori e dunque non altera i loro diritti, né di quelli muniti di privilegio immobiliare, né di quelli muniti di privilegio mobiliare, giacché per quest'ultimi, non è prevedibile alcuna capienza in ordine ai residui beni mobili che vengono finalizzati alla soddisfazione separata dei crediti erariali.

13. ASSENZA DELLA RELAZIONE ATTESTATIVA SULL'INCAPIENZA DEI PRIVILEGIATI.

13.1

Nel piano si legge:

545 la proposta non altera i diritti di quelli muniti di privilegio mobiliare, giacché per quest'ultimi, non è prevedibile alcuna capienza in ordine ai residui beni mobili che vengono finalizzati alla soddisfazione separata dei crediti erariali.

13.2

550 Di ogni evidenza che per degradare i diritti dei creditori privilegiati generali occorre, ai sensi del secondo comma dell'art. 160, allegare la relazione giurata di un professionista (in possesso dei requisiti di cui al terzo comma, lett. d., dell'art. 67 l. fall.) attestativa del fatto che il creditore munito di privilegio venga soddisfatto in misura non inferiore a quella realizzabile nel fallimento.

In questo caso la relazione non è stata allegata.

555 13.3

Più in generale.

Il debitore ritiene che i creditori privilegiati capienti possano essere destinatari dell'attribuzione di quote di società.

560 Comunque in quest'ottica - qui non condivisa dal collegio - i privilegiati capienti destinatari del pagamento mediante attribuzione di una quota di una newco hanno diritto al deposito - ai sensi del secondo comma dell'art. 160 l. fall. - di una relazione giurata di un professionista (in possesso dei requisiti di cui al terzo comma, lett. d., dell'art. 67 l. fall.) attestativa del fatto che il creditore munito di privilegio venga soddisfatto in misura non inferiore a
565 quella realizzabile nel fallimento.

14. PRIVILEGIATI CAPIENTI

14.1

570 A prescindere dal fatto che, in assenza della predetta relazione attestativa del risultato utile in capo ai privilegiati derivante dal concordato preventivo, manca in radice la possibilità di intaccare la sfera dei privilegiati, il collegio ribadisce il proprio orientamento secondo il quale non è ammissibile una proposta di concordato preventivo che attribuisca ai creditori privilegiati capienti il ruolo di soci di una newco.

575 Infatti va ricordato che il concordato preventivo non è una procedura esecutiva generale come il fallimento: per questa ragione - a differenza del

concordato fallimentare – la proposta di concordato preventivo può essere avanzata solo dal debitore (se del caso adiuvato da un assistore).

Infatti solo dopo la dichiarazione di fallimento si apre il concorso, solo dopo si applicano le norme speciali fallimentari.

580 Prima della dichiarazione di fallimento si applicano sia per i creditori che per il debitore i principi dell'autonomia privata.

Con la dichiarazione di fallimento il debitore è spossessato, i creditori privati del diritto di soddisfarsi direttamente sui beni del debitore ma solo attraverso la procedura concorsuale.

585 Prima della dichiarazione di fallimento il diritto di credito del privilegiato capiente non può essere degradato se non in specifiche evenienze: es attribuzione dell'immobile (a certe condizioni) all'ipotecario.

14.2

In questo caso i privilegiati generali ex art. 2751 bis n. 1 sarebbero
590 soddisfatti nell'ipotetico fallimento con precedenza assoluta ed in tempi brevi vuoi attraverso l'incasso dei crediti, vuoi attraverso l'incasso dei canoni di locazione attiva.

In questo caso alcuni dei privilegiati capienti ex art. 2751 bis n. 1 hanno già dichiarato in udienza di non accettare la trasformazione del proprio credito in
595 quote sociali.

15. INAMMISSIBILITÀ DEL PIANO ALTERNATIVO

15.1

Si è già detto che il piano depositato deve essere unico e fattibile.

Non va confuso il diritto a modificare il piano originario - determinato e
600 fattibile - con il diritto a presentare più proposte alternative.

Il tribunale deve esaminare un piano, determinato e fattibile. Nel caso in cui lo stesso sia ritenuto ammissibile, potrà essere modificato.

15.2

Si è già detto che al debitore sono stati concessi più rinvii in sede
605 prefallimentare per formulare il piano di concordato preventivo.

15.3

Si chiede – invece ed ancora - da parte del debitore di essere ammessi alla procedura con un piano alternativo:

610 *“La Trasporti e Spedizioni SARA – S.r.l. propone, per il ripianamento delle passività di cui alla domanda depositata il 24/11/2010 nonché di ogni altra sopravvenuta, di procedere con due distinte “sistemazioni” entrambe atte a soddisfare il 100%, sia dei crediti privilegiati che dei crediti chirografari, oltre che le spese di procedura.*

615 *In tutti i casi, secondo quanto deliberato dal C. di A. il 22/11/2010, resta ferma la riserva, ove la prospettata soluzione non riscontrasse, anche informalmente, il favore dei creditori, di modificare la presente in proposta di adempimento con cessione di tutti i beni in favore di tutti i creditori, nel rispetto della loro collocazione.”*

15.4

Ebbene in questo caso è di ogni evidenza che in aula davanti al debitore i
620 creditori privilegiati capienti ex art. 2751 bis n. 1 hanno chiesto il fallimento
della società, hanno formalmente rifiutato siffatta proposta per loro lesiva dei
loro diritti.

In tale frangente il debitore avrebbe dovuto rinunciare formalmente alla
proposta base e chiedere di ammettere la società sulla proposta alternativa.

625 Oggi il Tribunale può solo non ammettere l'ipotesi base, non può concedere
un ulteriore rinvio per elaborare l'ipotesi alternativa perché prevale - a questo
punto - la tutela del credito.

Il debitore, alla luce dei criteri scolpiti nella decisione della Sez. 1,
Sentenza n. 19214 del 04/09/2009 non ha diritto ad ottenere ulteriori rinvii.

630 **16. MANCATA ATTESTAZIONE FATTIBILITÀ**

16.1

Va ricordato che il tribunale deve verificare:

- I. l'esistenza della relazione del professionista asseveratore;
- 635 II. l'esistenza dell'attestazione della veridicità dei dati contabili
(presupposto attestato);
- III. l'esistenza dell'attestazione dell'attendibilità del piano
(presupposto attestato) e della fattibilità del piano (presupposto
attestato);
- 640 IV. l'esistenza del giudizio del professionista asseveratore il quale
deve articolarsi in diverse fasi (ispettivo - ricognitiva, valutativa
della regolarità, comminatoria, con pubblica esplicitazione del
giudizio espresso) e deve consentire la ricostruzione dei
controlli effettuati; in sintesi il Giudice dovrà verificare che il
645 professionista: a) dia atto della documentazione esaminata; b)
indichi i controlli compiuti; c) ricostruisca l'iter logico posto a
base delle proprie valutazioni; d) attesti "la veridicità dei dati
aziendali e la fattibilità del piano";

16.2

In questo caso, invece, per quanto attiene l'attendibilità del piano nulla
650 scrive il professionista attestatore in merito allo strumento newco e quindi tale
passaggio risulta del tutto inesplorato dall'attestatore come del resto dal
proponente.

In questo caso newco è un concetto vuoto, che potrebbe essere riempito
liberamente in corso d'opera.

655 **16.3**

In questo caso, invece, per quanto attiene la fattibilità del piano il
professionista attestatore compie giudizi del tutto generici e non verificabili in
ordine: a) alla vendibilità dell'immobile; b) ai tempi di vendita dell'immobile;
c) alla riscuotibilità dei crediti; d) alla prosecuzione dell'attività di impresa; d)
660 alla capienza dei patrimoni dei soci della Sara srl che hanno assunto l'onere
fideiussorio.

17. MANCANZA DEL DIRITTO DI VOTO DEI PRIVILEGIATI CAPIENTI

17.1

665 Al termine ritiene il collegio che la scelta del debitore di proporre e riproporre un piano indeterminabile ed indeterminato non possa che portare alla non ammissione del debitore alla procedura di concordato preventivo ed alla dichiarazione di fallimento come chiesto dai creditori.

Plurimi sono i profili che portano ad esprimere - in punto di legittimità e
670 senza entrare nel piano della convenienza - ad affermare che il creditore privilegiato capiente non possa vedere il proprio diritto di credito trasformato in una partecipazione sociale.

Peraltro non è possibile affermare - come ritiene il debitore - che l'omologa attribuirebbe al creditore privilegiato la figura di socio ma gli consentirebbe di
675 mantenere intatto il suo diritto di credito come privilegiato.

Ancora ci si chiede come si potrebbe attribuire il diritto di socio all'ipotecario senza cancellare le ipoteche.

Ancora si ritiene che il privilegiato capiente non possa essere destinatario di una trasformazione del suo diritto di credito perché ai sensi dell'art. 177 l. fall.
680 il privilegiato capiente non ha diritto di voto, perché l'esercizio del diritto di voto da parte del privilegiato capiente comporta la riduzione del suo credito al rango di chirografario, perché nell'ambito del diritto privato che regola la crisi di impresa prima dell'apertura del fallimento il privilegiato capiente non possa essere coinvolto - a seguito del voto favorevole della maggioranza delle classi e
685 dei creditori - in una società con la qualifica di socio.

17.2

Infine i privilegiati capienti hanno in udienza richiesto il fallimento della società e quindi hanno affermato il loro diniego al proprio coinvolgimento nella newco e di ciò il debitore non ha voluto tenere alcun conto.

690 **18. DICHIARAZIONE DI FALLIMENTO**

P. Q. M.

I) DICHIARA IL FALLIMENTO di:

1) Trasporti e Spedizioni SARA - S.r.l., con sede legale in Salerno, alla via dei Carrari, n.35/A, P.IVA 04440400655, R.E.A di Salerno n. 367545, capitale sociale € 102.634,00, in persona del Presidente del CDA e Legale Rappresentante P.T., sig. ~~XXXXXXXXXX~~ [nato a Fisciano (Sa) il 16/12/1947, residente in Mercato San Severino (Sa) alla Via Contrada Licinella, C.F. : ~~XXXXXXXXXX~~ autorizzato in virtù di delibere di C. di A. in data 21/10/2010 e 22/11/2010, elettivamente domiciliata in Salerno al C.so Garibaldi n. 700 131 presso lo studio dell'Avv. Giuseppe Andreotta che la rappresenta e difende

II) Nomina per la procedura:

GIUDICE DELEGATO
CURATORE FALLIMENTARE

Dr. Giorgio Jachia
Giulio Donnabella

705

Con studio in *G. Scoua n.h. SALERNO - (REG. S.N.E. N° 829/10)*

710 **III) ORDINA** al legale rappresentante dell'impresa dichiarata fallita di depositare entro tre giorni i bilanci, le scritture contabili e fiscali obbligatorie nonché l'elenco dei creditori, nella cancelleria fallimentare di questo Tribunale

IV) STABILISCE il giorno **16.03.2011 ore 11.00** per lo svolgimento dell'adunanza per l'esame dello stato passivo, che avrà luogo davanti al predetto Giudice Delegato, nella Sua aula di udienza, posta al secondo piano, della Sede di via Papio n. 20 ove è ubicata la III Sezione Civile del Tribunale di Salerno;

715 **V) ASSEGNA** ai creditori ed ai terzi che vantano diritti reali o personali su cose in possesso del fallito il termine di trenta giorni prima per la presentazione in cancelleria delle domande di insinuazione corredate dei relativi documenti;

720 **VI) DISPONE** che il curatore proceda, ai sensi dell'art. 84 l.f., all'immediata apposizione dei sigilli su tutti i beni mobili che si trovino presso la sede principale dell'impresa, nonché su tutti gli altri beni della fallita ovunque essi si trovino e che, nel più breve termine possibile, autorizzato fin d'ora a rimuovere i sigilli od ad ometterne l'apposizione qualora in concreto non necessari ed a redigere l'inventario a norma dell'art. 87 l.f.;

725 **VII) DISPONE**, in ordine ai beni immobili ed ai beni mobili registrati, che il curatore notifichi nel più breve termine possibile e comunque entro e non oltre trenta giorni dal momento in cui ne ha conoscenza, un estratto della sentenza dichiarativa di fallimento ai competenti uffici affinché, ai sensi dell'art. 88 l.f. si provveda alle prescritte annotazioni;

730 **VIII) DISPONE**, che la presente sentenza sia notificata, comunicata e pubblicata in conformità a quanto previsto dall'art. 17 l.f. a cura della cancelleria.

IX) DISPONE inoltre che la cancelleria:

735 **a) richieda - ai sensi dell'articolo 137 del codice di procedura civile - la notifica - entro il giorno successivo al deposito in cancelleria - della sentenza: a1) al pubblico ministero; a2) ai debitori, eventualmente presso il domicilio eletto nel corso del procedimento previsto dall'articolo 15 l. fall;**

B) trasmetta l'estratto immediatamente via fax al curatore fallimentare il quale ritirerà copia in cancelleria e rinuncerà alla notifica per estratto la quale altrimenti sarà effettuata ai sensi dell'articolo 136 del codice di procedura civile,

740 **c) procederà a notifica ai richiedenti il fallimento dell'estratto ai sensi dell'articolo 136 del codice di procedura civile;**

d) comunichi la sentenza entro 24 ore al Registro delle Imprese di Salerno (nonché in caso di sede effettiva difforme da quella legale anche al registro delle imprese nel quale l'impresa è registrata).

745 **Così deciso in Salerno nella Camera di Consiglio del giorno 16 marzo 2010.**

Il Giudice Estensore

Dr. Giorgio Jachia

Il Presidente

Dottor Salvatore Russo

750



TRIBUNALE DI SALERNO	
Sezione III - Civile	
Depositato	16 MAR 2010
IL CANCELLIERE C2	

dott.ssa Gaetana Discepolo