



TRIBUNALE DI BOLZANO
- UFFICIO FALLIMENTARE -

DECRETO DI OMOLOGA DELLA PROCEDURA DI CONCORDATO PREVENTIVO

Il Collegio, composto dai seguenti Magistrati:

Dott.ssa Francesca Bortolotti	Presidente rel.
Dott. Stefan Tappeiner	Giudice
Dott.ssa Elena Covi	Giudice

ha emesso il seguente

DECRETO

Nella procedura iscritta al n. 22/13 C.P. promossa da FEX FERCAM EXPRESS DELIVERY srl in liquidazione, con sede in 39100 Bolzano, Via Marie Curie 2, in persona del legale rappresentante pro tempore Sig. Giulio Piazza, elettivamente domiciliata a Bolzano presso lo studio degli Avv.ti I. Tschurtschenthaler e M. Walzl di Bolzano, da cui è rappresentata e difesa,

OSSERVA

L'ammissione alla procedura; il piano e la proposta concordataria.

In data 27.02.2014 il Tribunale di Bolzano, dopo avere concesso su richiesta di parte ricorrente termine dal 25 giugno 2013 fino all'11 ottobre 2013 per la predisposizione del piano, della proposta e della relativa documentazione ai sensi dell'art. 161, comma 6 LF, e dopo avere richiesto ed ottenuto le necessarie integrazioni ai sensi dell'art. 162 comma 1 LF, dichiarava aperta la procedura di concordato preventivo ai sensi dell'art. 163 LF, nominando giudice delegato la dott.ssa Francesca



responsabilità nei confronti degli amministratori (che, si ribadisce, sono per 2/3 gli stessi sia nella controllata che nella controllante) e della capogruppo;

che dalle relazioni del C.G. emergono numerosi indizi a sostegno di tale affermazione, anche alla luce della recentissima ordinanza, che, in tema di responsabilità per direzione e coordinamento ne ha tracciato in modo chiarissimo ed estremamente analitico le linee guida (ord. Trib. Milano 20.1.2013: " (omissis) Si è detto che l'attività di direzione e coordinamento è attività di fatto, giuridicamente rilevante e generativa di responsabilità, rinveniente da un potere di fatto. Limitando il discorso al controllo partecipativo (e trascurando la problematica del controllo contrattuale, qui irrilevante), ben si può affermare che, quando la legge lo assume a fondamento della presunzione di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento (art. 2497 sexies in relazione all'art. 2359 nn. 1 e 2 c.c.), essa lo riconosce anche quale titolo di legittimo esercizio(facoltativo) di quel potere.

Al di fuori del controllo partecipativo come situazione legittimante l'esercizio del potere di direzione e coordinamento, resta la situazione di potere di fatto di direzione e coordinamento, comunque generatasi, che si manifesta nell'esercizio della relativa attività. A questa situazione si applica parimenti la disciplina di cui agli artt. 2497 e ss. inerente l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, salvo che essa, non avendo base partecipativa o contrattuale, non potrà essere presunta ex art. 2497 sexies e dovrà essere provata.

Va inoltre sottolineato che, come peraltro si ricava dalla piena lettura dell'art. 2497 comma 1 c.c., l'attività di direzione e coordinamento ha natura gestoria.

Trattandosi di attività di fatto (pur giuridicamente rilevante e generativa di responsabilità), essa non può esplicarsi che come influenza dominante sulle scelte e determinazioni gestori e degli amministratori della società eterodiretta, che ne sono i naturali referenti e destinatari (cfr. anche art. 2497 ter c.c.). L'attività di direzione e coordinamento si distingue perciò dall'amministrazione di fatto della società controllata:



l'ente dirigente non agisce compiendo esso stesso atti di gestione della società eterodiretta rilevanti verso i terzi e/o spendendo il nome di lei, così generando un effetto di imputazione ad essa dei suoi atti; l'ente dirigente invece influenza o determina le scelte gestorie operate dagli amministratori della società diretta, che si tradurranno in atti gestori rilevanti verso i terzi compiuti, in esecuzione delle direttive, dagli amministratori della società diretta.

L'ente dirigente, dunque, non esercita "i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione" di amministratore (art. 2639 c.c., da cui si ricava una definizione paradigmatica e generale della figura dell'amministratore di fatto). L'attività di direzione e coordinamento è invece un'attività atipica, che può assumere forma orale o scritta e le modalità più svariate - dal colloquio tra presenti, al colloquio telefonico, alla mail, al fax, al verbale di c.d.a., ecc. -, avente come soggetto attivo/mittente l'ente dirigente e come destinatari gli amministratori della società diretta, consistente nella espressione di volontà dell'ente dirigente in ordine ad atti gestori che dovranno essere compiuti dagli amministratori della società diretta (e poi di conseguenza imputati ad essa).

Se, a titolo meramente esemplificativo, il c.d.a. della società dirigente e della diretta sono composti in maggioranza dalle stesse persone, l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento assumerà connotati particolarmente informali, non essendo necessaria comunicazione intersoggettiva, ed invece traducendosi automaticamente la volontà della società dirigente in seno all'organo gestorio della società diretta. (Omissis)";

ritenuto, infine, che il credito della Fercam Spa potrebbe avere natura di credito postergato in quanto rappresentante in realtà un finanziamento soci, circostanza che dovrà essere comunque accertata dal liquidatore giudiziale,

PQM

Dispone

L'esclusione dal voto di FERCAM SPA per manifesto conflitto d'interesse con il ceto creditorio."



Il Concordato è stato quindi approvato dai creditori con il 20,771% di voti contrari, ed il 79,229% di voti favorevoli (la maggior parte, non avendo espresso alcun voto, è stata considerata consenziente ai sensi dell'art. 178, comma 4 LF.

Successivamente il CG segnalava l'esistenza di un creditore fino ad allora rimasto estraneo alla procedura, rilevando l'eventuale necessità di dare instaurare la procedura di revoca ai sensi dell'art. 173 LF.

Il GD, non ritenendo sussistere i presupposti per l'avvio della procedura di revoca- si sarebbe dovuto ipotizzare infatti un comportamento doloso da parte della ricorrente nell'omessa indicazione di tale creditore, ma non vi era alcun ragionevole motivo per fare una tale supposizione- fissava, ricorrendo allo strumento di cui all'art. 179 comma 2 LF per consentire al nuovo creditore la facoltà di esprimere il proprio voto ed agli altri creditori di modificare eventualmente il loro voto già espresso. Nessuno si è avvalso di tale facoltà.

Il giudizio di omologazione e le opposizioni

Fissata l'udienza per l'omologa del concordato, il CG ha depositato il proprio parere motivato, esprimendo parere favorevole ai fini del giudizio di omologazione, nonostante i numerosi profili di criticità rilevati durante l'intera procedura concordataria.

Proponevano opposizione all'omologa del concordato preventivo la società TERRACIANO SERVICE SPA e la società SMYB srl, chiedendo entrambe il rigetto dell'omologa del concordato e la conseguente dichiarazione di fallimento. Si costituiva la FEX FERCAM DELIVERY srl contestando le affermazioni delle parti oppponenti e insistendo nell'omologa del concordato.

In merito alle domande formulate dalle parti oppponenti

Le domande formulate dalle parti oppponenti sono inammissibili o comunque infondate.

Si rammenta a questo proposito che ai sensi dell' art. 180 LF il compito del Tribunale in sede di omologa si sostanzia

a) in un controllo di legittimità, ossia di verifica della sussistenza delle condizioni di legalità della



domanda e della regolarità e dell' esito della votazione;

b) in un controllo sul mantenimento delle condizioni di ammissione del concordato (173, ultimo comma LF) e sulla fattibilità giuridica dello stesso, qualora il Commissario Giudiziale segnali anomalie che attengano alla giuridica realizzabilità del piano stesso;

c) nel caso in cui vengano proposte opposizioni attinenti al profilo della "convenienza" della proposta, il Tribunale avrà anche un controllo diretto sul merito e, quindi, sulla convenienza della proposta stessa (cd. *cram down*), presupponendo peraltro tale opposizione l'esistenza di una classe dissenziente (e che almeno uno dei creditori inserito in tale classe, a sua volta dissenziente, proponga opposizione all'omologazione, contestando la convenienza del concordato con riferimento al trattamento del proprio credito e non già al trattamento dei creditori dell' intera classe di appartenenza) oppure, in assenza di classi, di almeno il venti per cento dei creditori dissenzienti.

Delineato sinteticamente il quadro normativo sull'oggetto del giudizio di omologazione rileva il Tribunale che sotto i profili sub a) e b) le domande delle opposenti non possono essere accolte, non sussistendo né profili di irregolarità nella votazione, né profili di mancanza di fattibilità giuridica del concordato. Come è ben noto, la sentenza delle Sezioni Unite 1521/2013 ha espresso il principio secondo cui il controllo di legittimità da parte del Giudice, che deve svolgersi in tutte le fasi del concordato, non è limitato alla completezza, alla congruità logica ed alla coerenza complessiva della relazione del professionista, ma si estende alla fattibilità giuridica della proposta, la cui valutazione implica un giudizio in ordine alla sua compatibilità con le norme inderogabili e con la causa in concreto dell'accordo, il quale ha come finalità il superamento della situazione di crisi dell'imprenditore, da un lato, e l'assicurazione di un soddisfacimento, sia pur ipoteticamente modesto e parziale, dei creditori, da un altro.

Nella fattispecie in esame non sussistono elementi ostativi alla fattibilità giuridica del concordato, come definita, appunto, dalle Sezioni Unite della Cassazione: non emergono, né sono state rilevate dalle parti opponenti, violazioni a norme imperative. Altrettanto deve dirsi per quanto riguarda l'esame relativo alla sussistenza della causa in concreto del concordato, la quale, come già sopra



anticipato, è rappresentata da un lato dal superamento della situazione di crisi dell'imprenditore, dall'altro dal soddisfacimento, anche in misura irrisoria, dei creditori.

Nel caso in esame il piano prevede comunque la garanzia di un soddisfacimento dell'11% dei creditori chirografari per mezzo dell'intervento della società capogruppo, qualora la percentuale del 22% non dovesse essere raggiunta entro il 31.12.2016.

Ritiene questo Tribunale che la misura minima dell'11% di soddisfo non sia da considerare una percentuale talmente irrisoria da far venir meno la causa in concreto del concordato.

D'altro canto si rammenta che il giudizio di fattibilità economica, che è cosa diversa dal giudizio di convenienza (cd. *cram down*), di cui viene eventualmente investito il Tribunale in caso di opposizione in sede di omologa, è pacificamente di competenza del ceto creditorio. Nella fattispecie in esame il ceto creditorio ha espresso, direttamente o indirettamente, un'ampia maggioranza favorevole all'omologa.

Quanto al profilo del giudizio di convenienza (vedi sub c) di cui viene investito questo Tribunale con le opposizioni delle società TERRACIANO Service spa e SMYB srl, va preliminarmente accertato se sussista la legittimazione delle opposenti a proporre tale gravame.

Ad un approfondito esame da parte del Collegio, si deve giungere alla conclusione del difetto di legittimazione delle opposenti:

Infatti, i crediti ammessi al voto sono pari a 5.100.050,42.

I creditori dissenzienti rappresentano un importo complessivo di euro 1.059.337,80.

I crediti delle due società opposenti, per cui sono state ammesse al voto, ammontano complessivamente a euro 195.352,06 (186.344,84 + 9.007,22), non rappresentano quindi il 20%, (pari a euro 211.867,56) dei crediti.

Certamente non può essere stralciato dal monte crediti quello della società RK Leasing per non essersi opposta ad un decreto ingiuntivo notificatole dalla società in concordato, come ipotizzato dal CG nella sua relazione. Possono essere, infatti, svariati i motivi di tale scelta processuale e



comunque non possono essere certamente interpretati come rinuncia a tale credito, che pertanto rimane valido ai fini del calcolo della percentuale legittimante la proposizione delle opposizioni.

Alla luce di tutte le considerazioni sopra svolte il Tribunale non può che accogliere la domanda della FEX FERCAM DELIVERY SRL ed omologare il concordato preventivo.

Nomina del Liquidatore e del Comitato dei creditori.

Trattandosi di concordato preventivo con cessione di beni è necessario procedere alla nomina di un Liquidatore giudiziale e dei membri del Comitato dei Creditori ai sensi dell' art. 182 LF.

Il Tribunale nomina quale Liquidatore Giudiziale l'avv. Giovanna Cipolla, la quale verrà coadiuvata dal Comitato dei Creditori formato

da:

- Ellero srl
- P.M. Trasporti di Protopapa Michele
- Tono Mauro Autotrasporti.

PQM

Il Tribunale di Bolzano, ogni altra istanza, eccezione o deduzione disattesa, definitivamente pronunciando nel procedimento per omologa di concordato preventivo richiesto dalla FEX FERCAM DELIVERY SRL, nei confronti della massa dei creditori, in persona del commissario giudiziale Avv. Maurizio Agostinelli, dichiarando inammissibili e comunque infondate le opposizioni presentate da TERRACCIANO SERVICE spa e SMYB srl, così decide:

A) omologa il concordato preventivo presentato dalla FEX FERCAM DELIVERY srl;

B) nomina liquidatore della procedura l'avv. Laura Giramonti, la quale si atterrà alle seguenti disposizioni:

- a) il liquidatore dovrà tenere informato il Commissario giudiziale, il Comitato dei creditori ed il Giudice delegato in ordine all'andamento generale della liquidazione mediante relazioni almeno semestrali e, se richiesto dal Commissario giudiziale o dal**



Comitato dei creditori, mediante riunioni alle quali parteciperà anche il Commissario giudiziale;

b) il Commissario giudiziale sorveglierà lo svolgimento della liquidazione e terrà informato il Giudice delegato di eventuali fatti dai quali possa derivare pregiudizio ai creditori;

c) il Commissario giudiziale, in caso di rilevanti inadempimenti agli obblighi concordatari, informerà i creditori ai fini dell'eventuale iniziativa loro riservata ai sensi dell'art. 1861. fall.;

d) il Liquidatore dovrà provvedere alla riscossione dei crediti ed alla liquidazione dei beni secondo le modalità dettagliate nella proposta concordataria e, in difetto di previsione, secondo quelle ritenute più opportune in ordine alle quali acquisirà il preventivo parere del Commissario giudiziale, del Comitato dei creditori e del legale rappresentante della società;

e) le somme ricavate dalla liquidazione saranno depositate sul conto corrente bancario già in essere intestato alla procedura;

f) la nomina di avvocati, coadiutori e consulenti tecnici dovrà avvenire previo parere del Commissario giudiziale, del Comitato dei creditori;

g) ultimate le operazioni di liquidazione, il Commissario giudiziale ed il Liquidatore depositeranno i rispettivi rendiconti con modalità analoghe a quelle di cui all'art. 116 I. fall.;

h) i pagamenti verranno effettuati sulla base di piani di riparto predisposti dal liquidatore in ragione della collocazione e del grado dei crediti e vistati, previo parere del Comitato dei creditori, dal Commissario giudiziale;

i) il liquidatore giudiziale valuterà l'esperibilità di eventuali azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori della FEX FERCAM DELIVERY srl e della società FERCAM spa per direzione e coordinamento;



C) nomina componenti del comitato dei creditori:

- Ellero srl
- P.M. Trasporti di Protopapa Michele
- Tono Mauro Autotrasporti.

D) dichiara il presente decreto provvisoriamente esecutivo.

Manda alla Cancelleria per la comunicazione del presente decreto al Procuratore della Repubblica in sede nonché alla società debitrice, al commissario giudiziale, al commissario liquidatore (che a sua volta provvederà a dare notizia ai creditori) e per la pubblicazione a norma dell'art. 17 l.f.

Bolzano, 10.02.2015

Il Presidente est.

Dott.ssa Francesca Bortolotti

