

TI_GERICHTE 14.1996.82 vom 16. Oktober 1996

TI Tribunale d'appello, 1996-10-16, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_14.1996.82

FR: TI_GERICHTE 14.1996.82 du 16 octobre 1996

IT: TI_GERICHTE 14.1996.82 del 16 ottobre 1996

Regeste

Sentenza o decisione senza scheda

Erwägungen

E. 1

Per l'art. 725a cpv.1 secondo periodo CO il giudice del fallimento può differirlo quando il risanamento appaia probabile. Contro la decisione pretorile di non differimento del fallimento è data facoltà d'appello alla Camera di esecuzione e fallimenti del Tribunale d'appello (cfr. CEF 14 marzo 1994 in re E. SA; Rep 1969 p.360-361 cons.1). La procedura è quella dei provvedimenti in tema di esecuzione e fallimenti nel senso dell'art. 386 CPC (procedura senza obbligo di contraddittorio, con riferimento ai combinati art. 192 LEF e 725a CO; ZR 1987 n.44; Kurt Amonn, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, Berna 1993, §38 n.30).

E. 1.1

Le spese dell'Ufficio esecuzione e fallimenti di Locarno sono a carico dello Stato del Cantone Ticino. 2. La domanda di differimento del fallimento di _____, Locarno, è parzialmente accolta.

E. 1.2

con rif. ivi). Due membri (con firma collettiva a due) del consiglio di amministrazione su tre sono pertanto legittimati a formulare domanda di differimento del fallimento.

E. 2

In sede di appello è esclusa la facoltà di addurre nuovi fatti, prove ed eccezioni (art. 321 cpv.1 lett.b CPC). Il principio del divieto di nova è temperato dall'eccezione dell'istituto degli pseudonova, qualificato di artificio (cfr. CEF 9 febbraio 1996 in re Boutique B. SA c. SBS cons.1c) che consente - nella sola ipotesi che il fallito non abbia portato a conoscenza del giudice del fallimento che era dato uno dei presupposti ex art. 172 LEF per la reiezione della domanda di fallimento - di annullare la declaratoria di decozione se il fallito prova con documenti avanti il secondo giudice che vi è certezza documentale, di immediata comprensione, che prima della decisione pretorile già si era realizzata almeno una della seguenti condizioni: a) declaratoria di nullità della comminatoria ad opera dell'Autorità di vigilanza; b) ammissione dell'opposizione tardiva ex art. 77 LEF; c) estinzione del debito, compresi interessi e spese; d) concessione di una dilazione di pagamento.

E. 2.1

Di conseguenza è differito il fallimento di _____, fino al 31 dicembre 1996.

E. 2.2

Il Pretore di Locarno-Città nominerà il commissario del differimento e ne disciplinerà compiti e competenze. 3. La tassa di giustizia in Fr. 50.-- è a carico per 1/4 di _____ e per 3/4 dello _____. II. La tassa di giustizia in Fr. 150.-- è a carico per 1/4 di _____ e per 3/4 dello _____ che rifonderà ad _____ Fr. 300.-- per parte di indennità. III. Intimazione a: - _____ Comunicazione alla Pretura di Locarno-Città. Per la Camera di esecuzione e fallimenti del Tribunale d'appello Il presidente La segretaria

E. 3

Norme d'eccezione vanno applicate in senso restrittivo. Nel caso di specie, l'istituto del differimento del fallimento ex art. 725a CO non consente l'ammissione di nuovi documenti e allegazioni, non rientrando nell'ipotesi prevista dall'art. 172 LEF e nell'estensione che la prassi giudiziaria ticinese ha voluto riconoscere agli pseudonova per ragioni di opportunità. Ne consegue l'inammissibilità delle allegazioni e dei documenti prodotti solo in seconda sede: la procedura d'appello si caratterizza infatti quale accertamento critico della decisione del primo giudice senza possibilità, appunto perché basata sui fatti affermati e sulle prove raccolte in prima sede, che queste emergenze processuali possano essere mutate.

E. 4

Il giudice può differire il fallimento - per quanto è qui di rilievo - ad istanza del consiglio di amministrazione quando il risanamento appaia probabile (art. 725a cpv.1 secondo periodo CO). Per il Pretore già verrebbe a mancare il presupposto formale della domanda formulata dal consiglio di amministrazione in corpore, atteso che in prima sede (cfr. istanza e udienza di completazione dell'istanza) solo due dei tre membri del consiglio hanno chiesto il differimento, mentre il terzo (_____) è rimasto passivo. Siffatta tesi troppo restrittiva non può essere seguita, benché confortata dall'opinione di Carl Jaeger, Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, vol. I, Zurigo 1911, n.1 ad art. 191 LEF, p.600 e di Hanspeter Wüstiner, Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, OR II, Basilea e Francoforte sul Meno, 1994, n.5 ad art. 725a CO: non vi è infatti motivo ragionevole per escludere che il consiglio di amministrazione possa anche determinarsi con deliberazione a maggioranza (cfr. in senso convergente ZR 1987, n.44 cons.4b, p.102; Alexander Brunner, Insolvenz und Überschuldung der Aktiengesellschaft, in: AJP 1992, p.815, n.

E. 5

Con probabilità di risanamento - contrariamente alla giurisprudenza troppo restrittiva in Rep 1969 p.361, secondo cui il differimento andrebbe concesso solo se consentisse il pagamento integrale di tutti i creditori entro il termine del differimento - va intesa la possibilità di recuperare, in prospettiva di medio termine, un riequilibrio finanziario atto ad evitare la dichiarazione di fallimento e a consentire la continuazione dell'attività (CEF 14 marzo 1994 in re E. SA; Roger Giroud, Die Konkurseröffnung und ihr Aufschub bei der Aktiengesellschaft, 2. ed., Zurigo 1986, p.106-107 e 118-119, in particolare n.102) con una ragionevole prognosi di durata (cfr. Walter Stoffel, Les innovations dans le droit de la faillite, in: La revisione della LEF, CFPV vol.16, Lugano 1996, p.83, i.). Le probabilità di risanamento vanno apprezzate dal giudice del differimento secondo criteri sommari (cfr. Wüstiner, op. cit., n.7 ad art. 725a CO), ritenuto che in questa fase procedurale, connotata da incertezza, i dati contabili assumono rilievo decisivo se emanano da organi qualificati e quindi responsabili dal profilo patrimoniale in caso di errore. a) Nel caso di specie occorre valutare se i limitati elementi fattuali a disposizione del primo giudice erano tali da

consentire il differimento del fallimento. aa) La _____, quale Ufficio di revisione di _____, ha evidenziato nel rapporto di revisione 5 giugno 1996 riferito all'esercizio 1995, in termini di forte critica, che vi è stata una perdita di bilancio di Fr. 314'783.40 e che "nonostante che per un credito di Fr. 60'295.15 sia stata rilasciata la dichiarazione di postergazione, la vostra società presenta ancora un'importante situazione di sovrindebitamento. Osserviamo inoltre che il vostro consiglio di amministrazione non ha ancora provveduto, nonostante l'eccedenza di debiti evidenziata in bilancio e la decisione dell'assemblea generale straordinaria del 14 maggio 1996, ad allestire un bilancio intermedio a valori di alienazione", procedendo poi se del caso nel senso dell'art. 725 cpv.2 CO. bb) Dai "rendiconti contabili per l'esercizio 1.1.-31.5.1996" della _____ del 17 luglio 1996 emerge, per quanto rilevabile ad un esame sommario, un "utile al 31.05.1996" di Fr. 46'752.39. b) Il giudice del differimento si trova confrontato con due dati dai quali emerge pessimismo sulla situazione al 31 dicembre 1995 da parte dell'organo di revisione qualificato (_____) mentre d'altro avviso è l'opinione contabile espressa dalla _____ che attesta un utile di Fr. 46'752.39 riferito al periodo successivo di cinque mesi. Ove vi fosse omogeneità di fonte, i requisiti per il differimento sarebbero dati in termini di affidabilità. Nel caso di specie non si può prescindere da dubbi e incertezze sullo status finanziario della _____ il giudizio sommario di differimento non consente approfondimenti puntuali e - contrariamente al giudizio espresso dal Pretore - l'incertezza profitta al richiedente, con il solo limite di una compressione dei termini. In luogo del differimento richiesto fino al 30 giugno 1997, l'alea ne impone una sua decurtazione a poco più di due mesi nell'ossequio dell'imperativo categorico di non danneggiare i creditori. Entro il 31 dicembre 1996 il commissario, che dovrà essere designato, sarà in grado di valutare sulla base di dati completi e affidabili - ora mancanti - se il differimento meriti ulteriore proroga o no oppure se si debba procedere nel senso di chiedere la moratoria concordataria: va infatti ricordato che spesso il differimento non è che il primo passo sulla via del concordato (cfr. Stoffel, op. cit., p.84).

E. 6

Il commissario ex art. 725a cpv.2 CO è un organo ufficiale dello Stato con il compito di garantire la parità di trattamento tra gli interessi dei creditori e quelli della società anonima al beneficio del differimento del fallimento (Giroud, op. cit., p.130 e rif. alla nota 164). La funzione può essere svolta da una o più persone fisiche come pure da persone giuridiche (Wüstiner, op. cit., n.12 ad art. 725a CO; Giroud, op. cit., p.130). Benché la posizione del commissario del differimento non differisca in sostanza da quella del commissario del concordato, l'art. 295 cpv.3 LEF non si applica nel differimento del fallimento: il commissario ex art. 725a cpv.2 CO non è quindi sottoposto all'Autorità cantonale di vigilanza in materia di esecuzione e fallimenti ma soggiace al controllo in prima istanza del pretore quale giudice del differimento, riservato l'appello alla Camera di esecuzione e fallimenti quale autorità giudiziaria in procedura sommaria (Flavio Cometta, Brevi cenni sulla Legge sulla procedura di reclamo in materia di esecuzione e fallimento, in: RDAT I-1996, p.278, n. 2.1.2.b); I provvedimenti del commissario del differimento sono quindi suscettibili di impugnazione al pretore: ne consegue, quale logico corollario, che il giudice del differimento è motivato nel suo stesso interesse a designare alla delicata funzione persona qualificata, cognita della materia e imparziale, in grado di assicurare al meglio lo svolgimento del complesso iter procedurale. Siffatta designazione spetta al giudice del differimento e non alla Camera di esecuzione e fallimenti nell'ipotesi, che qui si realizza, in cui il differimento viene concesso solo in seconda sede. Compito del primo giudice sarà

pure di definire le competenze del commissario (Wüstiner, op. cit., n.12 ad art. 725a CO; SJZ 1977 p.290-291, cons.3-4), ritenuto che per il calcolo dell'onorario non si applica la normativa sociale della OTLEF (DTF 98 III 42). Per non minare la credibilità della società in difficoltà, si può prescindere dalla pubblicazione della decisione di differimento (Wüstiner, op. cit., n.14 ad art. 725a CO). Va però ricordato (cfr. Flavio Cometta, La procedura concordataria nel nuovo diritto, in: La revisione della legge federale sulla esecuzione e sul fallimento, CFPG vol. 16, Lugano 1996, p.119 nota 35) che il differimento del fallimento è pubblicato solo se la tutela dei terzi lo esige (art. 725a cpv.3 CO). È però difficile ipotizzare che chi, all'oscuro dei rischi finanziari in cui può incorrere, continua ad avere relazioni d'affari con la società al beneficio del differimento, non debba essere tutelato dalla pubblicazione: ne consegue che in linea di principio la pubblicazione resterà la regola (cfr. in senso convergente Louis Dallèves, Dépôt du bilan, ajournement de faillite et nouveau droit concordataire, in: Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates, Zurigo 1994, p.95), ritenuto che se ne potrà prescindere solo nel caso in cui fosse possibile orientare altrimenti i terzi a rischio, ad esempio con una comunicazione personale.

E. 7

L'appello va pertanto parzialmente accolto e il giudizio impugnato riformato nel senso che - annullata la dichiarazione di fallimento - è concesso alla _____ il differimento del fallimento fino al 31 dicembre 1996, ritenuto che il Pretore dovrà procedere alla designazione del commissario del differimento e alla contestuale definizione dei suoi poteri e delle ulteriori modalità del differimento. La tassa di giustizia di Fr. 50.-- in prima sede, rispettivamente Fr. 150.-- in appello, è a carico per 1/4 di _____ e per 3/4 dello _____ che rifonderà ad _____ Fr. 300.-- per parte di indennità d'appello. Per questi motivi, richiamati gli art. 725a CO; 192 LEF; 386 CPC; 52, 54, 67 cpv.1 e 68 cpv.1 OTLEF PRONUNCIA I. L'appello 29 agosto 1996 _____, è parzialmente accolto. Di conseguenza la sentenza 21 agosto 1996 del Pretore di Locarno-Città viene così riformata: " 1. La dichiarazione di fallimento pronunciata il 21 agosto 1996 dal Pretore di Locarno-Città nei confronti di _____ Locarno, è annullata.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.