

## **TI\_GERICHTE 14.2016.45 vom 3. Mai 2016**

TI Tribunale d'appello, 2016-05-03, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti\\_gerichte\\_14.2016.45](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_14.2016.45)

FR: TI\_GERICHTE 14.2016.45 du 3 mai 2016

IT: TI\_GERICHTE 14.2016.45 del 3 maggio 2016

### **Regeste**

Fallimento senza preventiva esecuzione. Grado della prova dell'esistenza del credito vantato dall'istante e della sospensione dei pagamenti

### **Erwägungen**

#### **E. 2**

La Camera decide in linea di principio in base agli atti di causa della giurisdizione inferiore (art. 327 cpv. 1 e 2 CPC). Secondo l'art. 320 CPC con il reclamo possono essere censurati sia l'applicazione errata del diritto sia l'accertamento manifestamente errato dei fatti. Sono di regola inammissibili conclusioni, allegazioni di fatti e mezzi di prove nuovi, fatte salve speciali disposizioni di legge (art. 326 cpv. 2 CPC). In materia di fallimento le parti possono avvalersi senza restrizioni di fatti nuovi – detti pseudonova o “unechte Nova” –, se questi si sono verificati prima della decisione di prima istanza (art. 174 cpv. 1, 2° periodo LEF). Ove invece invochi fatti successivi – detti nova autentici o in senso proprio, oppure “echte Nova” – il debitore deve inoltre rendere verosimile la propria solvibilità (art. 174 cpv. 2 LEF). Dal testo di legge si evince che solo lui – e non anche il creditore – può far valere nova in senso proprio (v. Giroud in: Basler Kommentar, SchKG II, 2 a ed. 2010, n. 20 ad art. 174 LEF). Queste regole valgono anche in materia di fallimento senza preventiva esecuzione, l'art. 194 cpv. 1 LEF rinviando all'art. 174 LEF (sentenze del Tribunale federale 5A\_711/2012 del 17 dicembre 2012, consid. 5.2, e 5A\_14/2011 del 9 agosto 2011 consid. 3.4, con rimandi). Nel caso specifico, la reclamante ha prodotto in questa sede cinque nuovi documenti, tutti anteriori alla pronuncia impugnata, tranne uno (e-mail del 24 febbraio 2016 riferito alla chiusura del negozio di \_\_\_\_\_ a far tempo da fine dicembre 2015, doc. V). Soltanto quest'ultimo è irricevibile.

#### **E. 3**

Il Pretore, nella sentenza impugnata, pur riconoscendo che dalla scrittura privata firmata dalle parti il 20 ottobre 2014 si poteva dedurre la qualità di creditrice dell'istante nei confronti della convenuta, ha ritenuto che neppure la stessa istante appariva completamente adempiente, siccome non ha pagato la metà del salario del direttore del negozio della convenuta contrariamente all'impegno assunto in tale scrittura. D'altronde il primo giudice ha evidenziato come la convenuta avesse prodotto la prova documentale del pagamento delle pigioni del negozio e dei salari dei dipendenti. Ha così concluso all'assenza di sufficienti riscontri per affermare che la convenuta, sebbene appaia attraversare un momento di difficoltà, ha durevolmente sospeso i pagamenti, anche perché l'istante potrebbe aver contribuito ad alimentare le difficoltà economiche della convenuta non adempiendo i propri obblighi.

#### **E. 4**

Nel reclamo la RE 1 ricorda che il Pretore ha riconosciuto la sua qualità di creditrice – primo presupposto stabilito dall'art. 190 cpv. 1 LEF perché si possa decretare il fallimento senza preventiva esecuzione –, ciò che risulta del resto inequivocabilmente dal riconoscimento di un debito di € 140'000.– contenuto nella scrittura privata del 20 ottobre 2014, poi salito in seguito a ulteriori forniture di merce a ben € 287'115.75. Relativamente al secondo presupposto, la reclamante elenca tutta una serie d'indizi da lei forniti con l'istanza, che secondo la giurisprudenza rendono verosimile il mancato pagamento da parte della convenuta di debiti incontestati ed esigibili (spese di spedizioni, di energia elettrica e di sicurezza, tasse, contributi sociali, ecc.), anche per importi minimi dell'ordine di fr. 100.–, che comunque sono riferiti a una parte essenziale delle sue attività economiche, la moltiplicazione di procedure esecutive con sistematica opposizione e il mancato pagamento del suo principale creditore, ovverosia la stessa reclamante per le sue forniture di scarpe. La RE 1 valuta le difficoltà finanziarie della convenuta come durature, ricordando come già nel 2014 essa era inadempiente nei suoi confronti per € 140'000.–, che il suo ultimo pagamento risale al 17 febbraio 2015, che il primo semestre del 2015 si è chiuso per lei con una perdita di fr. 97'011.37, che le prime esecuzioni tuttora impagate sono state avviate nel maggio del 2015 e che dal 25 agosto 2015 essa non riceve più merce, il contratto con la reclamante essendo stato disdetto con effetto immediato. La reclamante rimprovera d'altronde al Pretore di non avere tenuto conto dei bilanci della CO 1 né del fatto che ha licenziato i propri dipendenti, ha chiuso il negozio di Zurigo e non ha più merce da vendere, per cui non ha più attività se non quella di vendere gli stock di merce, oltretutto dedicando le sue ultime risorse al rimborso dei crediti dei suoi azionisti. Infine, la reclamante contesta la rilevanza, per la questione della sospensione dei pagamenti, del fatto ch'essa non ha pagato il salario del direttore della convenuta, sottolineando comunque che il suo impegno era subordinato a quello della controparte di pagare le forniture di merce.

## **E. 5**

Nelle sue osservazioni la convenuta contesta il credito vantato dalla reclamante, facendo valere che soltanto le scarpe effettivamente vendute sarebbero dovute essere pagate e lamentando il mancato versamento da parte della RE 1 della metà del salario del suo direttore, per un totale di fr. 130'000.– per due anni, e della contribuzione alle spese di comunicazione, di complessivi fr. 60'000.–. Non vi sarebbe poi, secondo la CO 1, sospensione dei pagamenti, quantomeno la reclamante non avrebbe motivato l'esistenza di accertamenti manifestamente errati dei fatti da parte del Pretore. A suo parere le sue difficoltà di liquidità sono passeggera e sono dovute a ingenti spese di avviamento e al comportamento della reclamante, che non ha fatto fronte ai propri impegni e ha disdetto il contratto di fornitura delle scarpe in tempo inopportuno, motivo per cui la sua istanza non meriterebbe protezione. Chiede infine di estromettere dall'incarto i documenti acclusi al reclamo.

## **E. 6**

In virtù dell'art. 190 cpv. 1 n. 2 LEF, il creditore può chiedere al giudice la dichiarazione di fallimento senza preventiva esecuzione contro il debitore soggetto alla procedura di fallimento che abbia sospeso i suoi pagamenti.

### **E. 6.1**

L'istante deve quindi anzitutto dimostrare di vantare un credito nei confronti del convenuto, senza riguardo in linea di massima alla sua esigibilità (DTF 85 III 151 consid. 3; sentenze

del Tribunale federale 5A\_117/2012 del 12 luglio 2012 consid. 3.2.2). È controversa nella dottrina la questione di sapere se basta per lui, com'è usuale nelle procedure sommarie, rendere verosimile questo presupposto (così : Amonn/Walther , Grundriss des Schuld- betreibungs- und Konkursrechts, 9 a ed. 2013, n. 16 ad § 38; Vock/Müller , SchKG-Klagen nach der Schweizerischen ZPO, 2012, pag. 231 ad 11; Brunner/Boller , in: Basler Kommentar, SchKG II, 2 a ed. 2010, n. 29 ad art. 190 LEF; Gilliéron , Commentaire de la LP, vol. III, 2001, n.

## **E. 6.2**

La sospensione dei pagamenti – secondo presupposto stabilito dall'art. 190 cpv. 1 n. 2 LEF – è una nozione giuridica indeterminata che conferisce al giudice del fallimento un ampio potere di apprezzamento. Per ammettere la sospensione dei pagamenti occorre che il debitore non paghi debiti incontestati ed esigibili, lasci moltiplicare le esecuzioni promosse nei suoi confronti interponendo sistematicamente opposizione, oppure ometta di pagare anche debiti di minima importanza. Non occorre tuttavia che il debitore interrompa tutti i suoi pagamenti, è sufficiente che il rifiuto di pagare verta su una parte essenziale delle sue attività commerciali. Perfino un solo debito permette di ammettere una sospensione dei pagamenti, se il debito è importante e se il rifiuto di pagare è durevole; ciò può essere segnatamente il caso quando il debitore rifiuta di tacitare il suo principale creditore (sentenze del Tribunale federale 5A\_711/2012 [citata sopra al consid. 2], consid. 5.2, e 5A\_439/2010 dell'11 novembre 2010 consid. 4, con rinvii). La sospensione dei pagamenti non deve essere soltanto di natura passeggera, ma deve trattarsi di una situazione durevole (sentenza del Tribunale federale 5A\_14/2011 [citata sopra al consid. 2], consid. 3.1, con rimandi). a ) Spetta anche al creditore istante di dimostrare questo secondo presupposto. Il grado di prova è pure oggetto di apprezzamenti divergenti, tra chi esige una prova piena ( Cometta , loc. cit.; BJM 1984, 85) e chi si accontenta di una verosimiglianza preponderante ( Vock/Müller , loc. cit.; Brunner/Boller , loc. cit.) o persino semplice (DTF 78 I 117 consid. 6; Huber , op. cit., n. 21 ad art. 190; Gilliéron , op. cit., n. 46 ad art. 190 ). In tempi recenti il Tribunale federale ha ritenuto di dover lasciare la questione indecisa ( 5A\_442/2015 dell'11 settembre 2015 consid. 4.1.2.2). b) Orbene, la procedura di fallimento senza preventiva esecuzione è una procedura sommaria (sopra consid. 1) – lo era già prima del 2011 (art. 25 n. 2 lett. a vLEF) – e urgente (cfr. art. 190 cpv. 2 LEF), in cui è possibile produrre solo mezzi di prova immediatamente esperibili (art. 254 CPC). Esigere dall'istante la piena prova, perlopiù documentale, della sospensione dei pagamenti – fatto essenzialmente negativo che dipende dal debitore, il quale oltretutto è solitamente l'unico a conoscere l'identità dei propri creditori – sarebbe irrealistico e rischierebbe di rendere l'istituto illusorio. Non si disconosce, invero, che il fallimento ha effetti gravosi per il debitore, anche di diritto materiale (in particolare l'esigibilità immediata di tutti i crediti non garantiti da pegno immobiliare, art. 208 cpv. 1 LEF). Non è tuttavia eccessivo porre a suo carico l'onere di avversare la sospensione dei pagamenti resa verosimile dall'istante, producendo la prova documentale dei suoi pagamenti (ricevute) o indizi delle sue contestazioni dei pretesi crediti insoluti, specie perché anche per lui basta rendere semplicemente verosimili tali circostanze per opporsi con successo all'istanza. Del carattere eccezionale dell'istituto nel diritto esecutivo svizzero si tiene conto proprio perché contrariamente a quanto avviene nelle procedure con preventiva esecuzione il creditore istante deve rendere verosimile uno dei motivi di rischio caratterizzato enumerati all'art. 190 LEF. In definitiva, anche per il presupposto della sospensione dei pagamenti solo il grado della verosimiglianza semplice risulta compatibile con lo scopo e la natura della

procedura di fallimento senza preventiva esecuzione. c) Nel caso specifico il Pretore ha ritenuto, da una parte, che la convenuta aveva effettivamente pagato le pigioni del negozio di \_\_\_\_\_ e i salari dei dipendenti e che difettavano sufficienti riscontri per affermare che la sospensione dei pagamenti rappresentasse una situazione durevole, e dall'altra ha considerato che l'istante potrebbe avere contribuito ad alimentare la situazione economica della convenuta e a rendere meno limpidi i rapporti di dare e avere tra le parti non adempiendo completamente tutti gli accordi presi. d) Come sottolineato dalla reclamante, il Pretore non ha indicato il motivo per cui la sospensione dei pagamenti, che ha quindi implicitamente ammesso, non rappresenterebbe una situazione durevole. La causa essendo matura per il giudizio non è necessario rinviarla al primo giudice perché completi la sentenza su questo punto (art. 327 cpv. 3 lett. b CPC). A ragione la reclamante rileva che la convenuta è da tempo in mora nei confronti di lei, il suo principale fornitore, per il pagamento delle forniture anteriori al 1° ottobre 2014 (stabilite di comune accordo in € 140'000.-), ovvero per quanto riguarda la prima tranche di € 35'000.- dall'inizio del 2015 (doc. E). Risulta avere poi effettuato solo due pagamenti di € 4'590.- e di € 3'316.- relativi agli articoli venduti nel novembre e nel dicembre del 2014 (doc. F). La CO 1 era inoltre in mora con il pagamento in particolare di spese di spedizioni (\_\_\_\_\_), di energia elettrica (\_\_\_\_\_), d'impiantistica (\_\_\_\_\_AG) e di sicurezza (\_\_\_\_\_), di tasse cantonali e federali e di contributi sociali (doc. O e P), ovvero per una parte essenziale delle sue attività commerciali, e ciò già dalla metà del 2015, secondo gli estratti esecutivi agli atti, e probabilmente anche prima, essendo risaputo che tra i primi ritardi di pagamento e la promozione di esecuzioni passa un certo tempo e, trattandosi di contributi di diritto pubblico, persino parecchi mesi. Il fatto poi che tutte le esecuzioni in questione siano colpite da opposizione non è tanto segno dell'inesistenza dei debiti vantati nei confronti della convenuta, ch'essa neppure contesta con argomenti puntuali, quanto piuttosto dell'esistenza di problemi di liquidità, cui essa ha fatto fronte con opposizioni sistematiche, anche per importi di minima importanza (fr. 100.- nelle esecuzioni \_\_\_\_\_ e \_\_\_\_\_ del Cantone Ticino). Che le difficoltà economiche della convenuta non fossero recenti e passeggera traspare d'altronde anche dalla sua stessa contabilità, che attesta perdite d'esercizio di fr. 41'358.58 nel 2013, di fr. 223'801.76 nel 2014 e di fr. 97'011.37 nel primo semestre del 2015 (doc. L, pag. 1 e doc. M pag. 3 n. \_\_\_\_\_). E malgrado tali perdite la convenuta ha nondimeno rimborsato parzialmente alla socia CO 1 SA (doc. B) i prestiti a lungo termine, passati da fr. 1'352'839.- a fine del 2014 (doc. L pag. 1) a fr. 1'189'156.31 al 30 giugno 2015 (doc. M pag. 2 n. \_\_\_\_\_ e \_\_\_\_\_), diminuendo così ulteriormente le già scarse liquidità. L'apprezzamento del Pretore in merito alla mancanza di sufficienti riscontri del carattere durevole della sospensione dei pagamenti non tiene dunque conto, senza motivi oggettivi, degli indizi probanti pertinenti prodotti dall'istante, da cui risulta verosimile che la convenuta abbia sospeso i suoi pagamenti da tempo nel senso dell'art. 190 cpv. 1 n. 2 LEF e in questo senso è manifestamente errato. e) A ciò si aggiunge che prima del fallimento la convenuta ha poi licenziato i suoi dipendenti (a fine del 2015, doc. II e III acclusi al reclamo) e ricevuto dal locatore la disdetta dei locali del negozio di \_\_\_\_\_ per il 31 marzo 2016 (doc. IV e VI). Essa non contesta di non avere al momento attuale più alcuna attività – la reclamante avendo disdetto il contratto di fornitura già il 25 agosto 2015 (doc. N) –, limitandosi ad asserire che “sta ricollocandosi sul mercato” senz'altra precisazione (osservazioni al reclamo ad 13). Non spiega però come conti, in tali circostanze, poter fare fronte ai suoi numerosi e gravosi debiti. È dunque confermato il carattere duraturo della sospensione dei

suoi (principali) pagamenti. f) Il fatto che l'istante potrebbe aver contribuito ad alimentare la situazione economica della convenuta non è in sé, contrariamente a quanto espone il Pretore, una circostanza di rilievo dal profilo dell'art. 190 cpv. 2 n. 1 LEF, per cui la causa della sospensione dei pagamenti è indifferente. Certo, nei casi in cui il creditore istante dovesse esserne pacificamente la causa preponderante si potrebbe ritenere la sua domanda come costitutiva di un manifesto abuso di diritto e negargli ogni protezione giurisdizionale (art. 2 cpv. 2 CC). Nel caso di specie, tuttavia, la convenuta era in mora per € 140'000.– già a fine settembre del 2014 e non ha versato il primo acconto di € 35'000.– alla scadenza del 15 gennaio 2015 pattuita nella scrittura privata del 20 ottobre 2014 (doc. E). Non può così ritenersi manifestamente abusivo il fatto che l'istante non abbia adempiuto da parte sua gli impegni previsti in tale stessa scrittura, né di avere disdetto il contratto del 2013 il 25 agosto 2015 (doc. N) e neppure di avere chiesto il fallimento senza preventiva esecuzione della controparte l'8 ottobre 2015 a un momento in cui quest'ultima era ancora inadempiente (almeno) per l'intero arretrato di € 140'000.– (o, nella migliore ipotesi per lei, comunque di oltre € 70'000.–, v. sopra consid. 6.1/c). Anche su questo punto la sentenza impugnata si rivela giuridicamente errata e va riformata nel senso chiesto dalla reclamante. 7. La tassa di giustizia (calcolata secondo gli art. 52 lett. a e 61 cpv. 1 OTLEF [ RS 281.35] ) e le ripetibili, determinate in virtù dell'art. 12 RTar ( RL 3.1.1.7.1 ) per il rinvio del l'art. 96 CPC, sono poste in ambo le sedi a carico della convenuta (art. 106 cpv. 1 CPC) , come pure le spese dell'Ufficio dei fallimenti di Lugano. Per questi motivi, pronuncia: I. Il reclamo è accolto e di conseguenza: 1. La decisione impugnata è annullata e riformata nel senso che è pronunciato il fallimento della CO 1, Lugano, a far tempo da martedì 31 maggio 2016 alle ore 10:00. 2. Sono ordinate le comunicazioni e le pubblicazioni prescritte dalla legge. 3. La tassa di giustizia e le spese di prima sede, di complessivi fr. 350.–, sono poste a carico della CO 1, tenuta a rifondere alla RE 1 fr. 2'500.– per ripetibili. 4. Le spese dell'Ufficio dei fallimenti di Lugano, già anticipate dalla RE 1, sono poste a carico della CO 1. II. La tassa di giustizia del presente giudizio di fr. 600.–, anticipata dalla reclamante, è posta a carico della CO 1, tenuta a rifondere alla RE 1 fr. 2'500.– per ripetibili. III. Notificazione a: –; –; – Ufficio di esecuzione, Lugano; – Ufficio dei fallimenti, Lugano; – Ufficio cantonale del Registro di commercio, Biasca; – Ufficio del Registro fondiario del Distretto di Lugano, Lugano. Comunicazione alla Pretura del Distretto di Lugano, sezione 5. Per la Camera di esecuzione e fallimenti del Tribunale d'appello Il presidente La vicecancelliera Rimedi giuridici Contro la presente decisione è possibile presentare ricorso in materia civile (art. 74 cpv. 2 lett. d LTF) al Tribunale federale, 1000 Losanna 14, entro 30 giorni dalla notificazione (art. 100 cpv. 1 LTF). Il termine di ricorso è sospeso durante le ferie giudiziarie (art. 46 cpv. 1 LTF).

## **E. 9**

e 46 ad art. 190 LEF ) oppure se è richiesto il grado della verosimiglianza preponderante ( Huber in: SchKG, Kurzkommentar, 2 a ed. 2014, n. 15 ad art. 190 LEF; Michel Heinzmann , Le degré de la preuve en cas de faillite sans poursuite préalable selon l'art. 190 LP, BR/DC 4/2012 pag. 239; Cometta in: Commentaire romand, Poursuite et faillite, 2005, n. 2 ad art. 191 LEF ). La giurisprudenza del Tribunale federale è invece fissata nel primo senso (DTF 85 III 151; sentenze del Tribunale federale 5A\_117/2012 del 12 luglio 2012 consid. 3.2.2, 5A\_442/2015 dell'11 settembre 2015, pubblicata in SJ 2016 I 85 e BLSchK 2015, pag. 228, consid. 4.1.2.1; contra , ma qualificata poi come isolata: 5A\_720/2008 del 3 dicembre 2008 consid. 3.2) . a) Nei casi enumerati all'art. 190 LEF, in cui sussiste un rischio caratterizzato di danno patrimoniale non solo per l'istante, ma anche per gli altri creditori e persino per i

terzi che potenzialmente lo potrebbero divenire, il legislatore ha permesso ai creditori di chiedere al giudice di decretare il fallimento del debitore senza preventiva esecuzione, ossia d'urgenza (anche durante le ferie, v. Gilliéron , op. cit., n. 45 ad art. 190 ) e a prescindere dall'esigibilità e dall'importo della sua pretesa. Ne consegue che le esigenze probatorie relative alla legittimazione attiva dell'istante sono minori rispetto a quelle intrinseche a un'esecuzione preventiva. Non può quindi essere stata la volontà del legislatore d'imporre all'istante la prova completa della sua legittimazione, neppure al grado attenuato della verosimiglianza preponderante, quando nella procedura con preventiva esecuzione il creditore potrebbe a seconda dei casi ottenere la pronuncia del fallimento in base a un semplice titolo di rigetto dell'opposizione. Nell'ipotesi della sospensione dei pagamenti, del resto, l'istante agisce anche nell'interesse degli altri creditori ( Gilliéron , op. cit., n. 9 ad art. 190) ed è assai improbabile che tutti i debiti insoluti siano inesistenti. In definitiva, solo il grado della verosimiglianza semplice appare compatibile con lo scopo e la natura (sommaria e celere, v. sotto consid. 6.2/b) della procedura di fallimento senza preventiva esecuzione. b) A dire il vero, nella fattispecie non è necessario prendere definitivamente posizione sulla controversia dottrinale. Il Pretore ha infatti già concluso che la qualità di creditore dell'istante risulta dal riconoscimento del debito scaduto di € 140'000.– firmato dalla convenuta il 20 ottobre 2014 (doc. E) (sentenza impugnata, pag. 2 quinto paragrafo) e nelle sue osservazioni al reclamo la CO 1 non muove alcuna critica convincente a tale accertamento. In tale scrittura le parti hanno sì convenuto che le “nuove” forniture di scarpe sarebbero state pagate con cadenza mensile “in funzione degli articoli effettivamente venduti” (pto 3), ma ciò riguardava il periodo “a partire dal 1. Ottobre 2014” e non “l'esposizione in essere al 30 settembre 2014” riconosciuta dalla convenuta (pto 4). c) In merito al rimprovero fatto alla RE 1 di non avere versato la metà del salario del direttore del negozio di \_\_\_\_\_ né la contribuzione alle spese di comunicazione, ancorché implicitamente la convenuta pare sostenere che quanto dovuto dall'istante, quantificato in € 190'000.– per l'intero periodo di due anni pattuito (dal 1° gennaio 2015 al 31 dicembre 2016, doc. E punti 1 e 2), eccederebbe il proprio debito. Sennonché essa si limita ad affermare che la disdetta del contratto concluso tra le parti, significata il 25 agosto 2015 (doc. N), era intempestiva, ma non contesta di essere stata, a quel momento, inadempiente, segnatamente per quanto attiene al rimborso dei € 140'000.–. In queste circostanze, il debito dell'istante non sarebbe quindi stato di € 190'000.–, bensì tutt'al più di circa € 63'000.– (8 mesi). Pur volendo prescindere dall'esaminare se l'accordo del 20 ottobre 2014, come sembra, ha un carattere bilaterale che consentiva all'istante di rifiutare di fornire le prestazioni pattuite finché la reclamante non avesse adempiuto i propri obblighi (art. 82 CO), la compensazione di quanto dovuto dalla CO 1 con quanto dovuto dalla RE 1 per gli otto primi mesi del 2015 lascerebbe comunque sussistere un debito di oltre € 70'000.– della prima nei confronti della seconda. La tesi del Pretore e dell'istante appare quindi nettamente più verosimile di quella della convenuta. Il primo presupposto dell'art. 190 cpv. 1 n. 2 LEF è quindi dato. Non è così necessario esaminare se il debito della convenuta non era poi salito a € 287'115.75 al momento dell'inoltro dell'istanza (v. doc. F), ciò ch'essa nega, senza però rendere verosimile che tale conteggio non tenga già conto del valore della merce restituita (include infatti deduzioni di note di credito per ben € 77'818.12).