

TI_GERICHTE 14.2020.42 vom 20. Juli 2020

TI Tribunale d'appello, 2020-07-20, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_14.2020.42

FR: TI_GERICHTE 14.2020.42 du 20 juillet 2020

IT: TI_GERICHTE 14.2020.42 del 20 luglio 2020

Regeste

Fallimento senza preventiva esecuzione. Dubbi sull'identità del debitore del credito vantato dall'istante. Eccezione di compensazione. Sospensione dei pagamenti

Erwägungen

E. 2

In virtù dell'art. 190 cpv. 1 LEF, il "creditore" può chiedere al giudice la dichiarazione di fallimento senza preventiva esecuzione contro qualunque debitore che non abbia dimora conosciuta o sia fuggito per sottrarsi alle sue obbligazioni od abbia compiuto o tentato di compiere atti fraudolenti in pregiudizio dei suoi creditori o nascosto oggetti del suo patrimonio in una esecuzione in via di pignoramento (n. 1) e contro il debitore soggetto alla procedura di fallimento che abbia sospeso i suoi pagamenti (n. 2). La nozione di sospensione dei pagamenti 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, dimostrando così di non disporre di sufficienti mezzi liquidi per far fronte ai propri impegni. 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 o su una determinata categoria di crediti, come i contributi di diritto pubblico (sentenza del Tribunale federale 5A_860/2008 del 28 maggio 2009 consid. 2). Perfino un solo debito permette di ammettere una sospensione dei pagamenti, se il debito è importante e se il rifiuto di pagare è durevole . La sospensione dei pagamenti non dev'essere soltanto di natura passeggera, ma deve trattarsi di una situazione durevole (DTF 137 III 468 consid. 3.4.1; sentenze del Tribunale federale 5A_707/2015 del 5 gennaio 2016 consid. 5.1 e 5A_14/2011 [citata sopra al consid. 2], consid. 3.1, con rimandi).

E. 3

Nella decisione impugnata, il Pretore ha anzitutto respinto l'obiezione della convenuta secondo cui l'istante non avrebbe qualità di creditore nei suoi confronti, perché nel promuovere l'esecuzione e la causa di rigetto dell'opposizione per lo stesso credito nei confronti della società PI 1 egli avrebbe manifestato d'individuare in quest'ultima società la sua debitrice, sicché non potrebbe ora chiedere il fallimento della RE 1. Il Pretore ha infatti ritenuto appurato che l'istante ha lavorato per la RE 1 (ora RE 1), di modo che la medesima gli deve pagare il salario, ciò che risulterebbe anche dall' "accordo per decadimento consensuale della carica" del 28 maggio 2019 e dal fatto che le due prime rate pattuite con quell'accordo sono state pagate dalla convenuta. A mente del primo giudice sarebbe per contro senza rilevanza la circostanza che nell'altra procedura CO 1 ha escusso la PI 1 per il

medesimo credito e che lo stesso magistrato ha accolto l'istanza di rigetto dell'opposizione, siccome lo scopo di quella procedura non è di accertare l'esistenza del credito posto in esecuzione, bensì l'esistenza di un titolo esecutivo. Inoltre, dal substrato degli accordi conclusi dalle parti non si potrebbe escludere la possibilità di un vincolo di solidarietà passiva fra le due società. Il Pretore ha d'altronde respinto le eccezioni della convenuta secondo cui il credito vantato dall'istante non sarebbe esigibile e andrebbe comunque compensato con una sua pretesa nei confronti di lui per violazione del dovere di fedeltà e del divieto di concorrenza previsto dall'accordo del 28 maggio 2019. Ha fatto carico alla convenuta di non aver specificato in che modo la controparte ha leso i propri obblighi né a quanto ammonterebbe il danno. Qualora faccia riferimento agli accordi tra l'istante e la PI 1, la convenuta sarebbe "poco coerente" visto che nega esserne parte, e com'unque sia la sua argomentazione sarebbe "meramente pretestuosa e priva di fondamento" nella misura in cui è stata presentata per la prima volta in risposta all'istanza. Il Pretore ha infine considerato che la convenuta aveva sospeso i suoi pagamenti nel senso dell'art. 190 cpv. 1 n. 2 LEF dopo aver versato le due prime rate pattuite. Ha quindi reputato adempiuta la causa materiale del fallimento ai sensi dell'art. 190 LEF, non da ultimo perché il modo di agire della RE 1, unitamente a quello della società PI 1 che la controlla, si appalesa come un meccanismo atto a "rimpallarsi" la qualità di debitrice in funzione della sede in cui il creditore cerca di recuperare quanto dovutogli.

E. 4

Nella prima parte del reclamo la RE 1 sostiene che il Pretore avrebbe dichiarato il suo fallimento nonostante l'inesistenza di un debito a suo carico, con lo scopo di sanzionarla arbitrariamente in quanto rea di mettere sistematicamente in atto degli "escamotages" per evitare di far fronte ai propri obblighi pecuniari. A suo dire il Pretore non poteva ignorare che i contratti di lavoro sono stati sottoscritti dalla PI 1 e non dalla _____ (ora RE 1). Inoltre, la decisione impugnata non sarebbe a sua mente coerente con la sentenza del 20 dicembre 2019, con cui il medesimo giudice ha rigettato l'opposizione della PI 1 nell'esecuzione promossa da CO 1 proprio in forza del rapporto di lavoro tra di loro in essere. Anche volendo ammettere l'esistenza di un rapporto di lavoro con CO 1, la reclamante ritiene che non sarebbe possibile determinare né la natura del credito per il quale il fallimento è stato richiesto (salario, "gettone" o bonus), né in quale misura il debito è a lei riconducibile, posto che l'accordo del 28 maggio 2019 estende la liquidazione dei rapporti di dare/avere anche all'PI 2 (in seguito anche "_____"), presso la quale CO 1 aveva pure rivestito la carica di amministratore unico. Asserisce infine, su questo punto, di non comprendere sulla base di quale fondamento il Pretore avrebbe ipotizzato un vincolo di solidarietà passiva tra le due società.

E. 5

Chi chiede al giudice la dichiarazione di fallimento senza preventiva esecuzione in virtù dell'art. 190 LEF deve 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 Schuldbetreibungs- und Konkursrechts,

E. 5.1

In effetti, sia i due contratti di lavoro (doc. C e D) sia l' "accordo per decadimento consensuale della carica" del 28 maggio 2019 che li sostituisce (" quindi nulla sarà più da pretendere da una parte verso l'altra se non quanto indicato nella presente scrittura" , doc. E ad 5 i.f.) sono firmati solo dalla PI 1, indicata anche quale unica controparte contrattuale di CO 1. Certo, come già rilevato in sede di rigetto dell'opposizione (sentenza della CEF 14.2020.1 del 12 giugno 2020), il testo della clausola 5 dell'accordo potrebbe prestarsi a diverse letture, siccome nei primi due paragrafi per tre volte i crediti sono indicati come vantati da CO 1 "nei confronti di PI 1" (sopra ad A). Fatto sta, però, che i crediti sono stati "confermati" dalla PI 1 e che l'accordo è firmato da PI 3 unicamente per la PI 1. Che le due prime rate pattuite nell'accordo siano state versate dalla RE 1 non ancora significa , contrariamente a quanto rilevato dal Pretore, ch'essa ne sia la debitrice , ma solo che conformemente ai patti ha fatto da tramite per conto della PI 1 ("Tali crediti, confermati da PI 1, saranno corrisposti a CO 1 per il tramite di RE 1"), verosimilmente, come sostenuto dalla reclamante, perché un impegno diretto della RE 1 si riteneva escluso siccome CO 1 avrebbe dovuto concludere con sé stesso in qualità di amministratore unico della RE 1. Non si capisce poi su quale base il Pretore ha ipotizzato un vincolo di solidarietà passiva tra la PI 1 e la RE 1, circostanza per altro mai allegata da CO 1, per tacere del fatto che la solidarietà presuppone una dichiarazione di volontà o una norma legale (art. 143 CO) che nel caso di specie fa difetto.

E. 5.2

A dimostrazione del fatto di aver lavorato per conto della reclamante , CO 1 ha prodotto con le osservazioni al re-clamo un'attestazione sottoscritta il 29 gennaio 2020 dalla RE 1 a fini fiscali circa il versamento a suo favore di uno stipendio complessivo di fr. 9'400.– dal 1° gennaio al

E. 5.3

Tutto sommato, appare pertanto nettamente più probabile che la debitrice di CO 1 sia la PI 1 piuttosto che la RE 1 (ora RE 1). In altre parole, l'istante non ha reso verosimile di vantare un credito nei confronti della convenuta (v. sopra consid. 5 i.f.). Visto il carattere ingarbugliato dell'accordo, è un altro discorso stabilire se l'apprezzamento contrastante del Pretore possa reputarsi manifestamente errato nel senso dell'art. 320 lett. b CPC (v. sopra consid. 2). La questione può ad ogni modo rimanere indecisa per le seguenti considerazioni. 6. La reclamante ribadisce di aver motivato e documentato la censura secondo cui l'istante si è reso colpevole di una manifesta violazione del dovere di fedeltà e non concorrenza nei confronti della società. Contesta il rimprovero d'incoerenza mosso dal Pretore rilevando a ragione che se la si vuole considerare come parte dell'accordo del 28 maggio 2019, allora le si deve riconoscere la facoltà di avvalersi della disciplina contrattuale convenuta. Per la reclamante l'indicare il danno causatole dall'istante come "assai più importante" del credito posto in esecuzione costituisce una quantificazione sufficiente alla luce dell'art. 85 cpv. 1 CPC visto il tipo di procedura in cui questo mezzo difensivo s'inserisce e la novità della pretesa vantata dall'istante. Esprime infatti stupore circa l'affermazione del Pretore secondo cui "la parte convenuta lo contesta per la prima volta solo in questa sede" , chiedendosi retoricamente quando avrebbe dovuto sollevare la contestazione, posto che mai prima dell'istanza di fallimento CO 1 aveva reclamato alcunché nei suoi confronti. 6.1 Al punto 8 dell'accordo per decadimento consensuale della carica , le parti hanno convenuto che "finché il presente contratto permarrà in vigore e per i 3 anni successivi, il CO 1 si impegna ad astenersi dal prestare sul territorio svizzero le attività svolte da RE 1 e PI 2 in favore di

soggetti terzi. È parimenti sancito per analoga durata ed estensione territoriale il divieto di sollecitazione della clientela di RE 1 e PI 2 da parte di CO 1” (doc. E pag. 2). Orbene, pochi giorni dopo la cessazione della relazione contrattuale tra le parti (fissata per il 14 giugno 2019, doc. E punto 1) – o meglio il 24 giugno 2019 – CO 1 ha fatto iscrivere nel registro di commercio del Canton Ticino una nuova società, la _____ Sagl, di cui è socio e gerente unico, il cui scopo sociale è analogo a quello allora perseguito dalla RE 1, come si evince dal confronto degli estratti prodotti dall’escussa (doc. 2 e 4 acclusi alle osservazioni all’istanza). In prima sede CO 1 non ha speso una parola sull’eccezione di violazione del divieto di concorrenza e con le osservazioni al reclamo si è limitato a sostenere di non aver mai fatto “concorrenza sleale” nei confronti della RE 1 e dell’PI 2, ma di aver semplicemente costituito una società per poter “continuare la sua attività di fiduciario questa volta in posizione di indipendenza” . Sennonché l’accordo non esclude solo la concorrenza sleale – di per sé già vietata dalla legge – bensì “il prestare sul territorio svizzero le attività svolte da RE 1 e PI 2 in favore di soggetti terzi” . 6.2 D’altronde, già l’iscrizione nel giugno del 2019 di una società con sede a _____ avente quale scopo sociale le stesse attività della RE 1 appare costituire verosimilmente una violazione dell’accordo, ciò che potrebbe giustificare che quest’ultima abbia sospeso il rimborso delle rate pattuite dopo il versamento integrale delle due prime di maggio e giugno 2019 (v. doc. F). Non si può, senza arbitrio, considerare alla stregua del Pretore che la convenuta non ha specificato in che modo CO 1 ha leso i propri obblighi. La mancata quantificazione del danno non giustifica poi la reiezione dell’eccezione, da una parte perché si deduce dalle allegazioni della convenuta che implicitamente essa oppone in compensazione una pretesa di risarcimento del danno di un importo superiore a quello vantato dall’istante e dall’altra poiché la reclamante sembra a prima vista legittimata a non adempiere i rimanenti obblighi posti a suo carico vista la violazione dell’accordo commessa dall’istante. Non risulta dagli atti, da ultimo, che CO 1 abbia fatto valere la sua pretesa contro la RE 1 prima della presentazione dell’istanza (in precedenza, egli aveva infatti escusso la PI 1, v. sopra ad B). Non trova quindi riscontri oggettivi l’osservazione del Pretore secondo cui l’eccezione della RE 1 sarebbe “meramente pretestuosa e priva di fondamento” . Egli avrebbe invece dovuto constatare che la relazione contrattuale tra le parti non è per nulla chiara, per quanto riguarda sia l’identità della datrice di lavoro sia l’adempiimento dell’accordo, e rinviare CO 1, come nella causa di rigetto dell’opposizione avviata contro la PI 1, a far chiarire le sue pretese con un’azione di merito. Non avendo l’istante reso verosimile di vantare un credito nei confronti della RE 1, un fallimento, per di più senza preventiva esecuzione, non poteva essere pronunciato nei suoi confronti. Già per questo motivo il reclamo merita accoglimento. 6.3 Nelle osservazioni al reclamo CO 1 evidenzia come, aldilà delle argomentazioni giuridiche sollevate dalla reclamante, non meriti protezione la malafede di PI 3, amministratore unico della RE 1 e socio presidente della gerenza della PI 1, il quale cercherebbe di vanificare le pretese in discussione approfittando della costellazione di società da lui stesso create. A sua mente, limitare il giudizio solo a questioni di natura giuridica penalizzerebbe pesantemente la propria buona fede quale dipendente e “parte giuridicamente più debole” . Sta però di fatto che la dichiarazione del fallimento senza preventiva esecuzione è subordinata a precisi presupposti definiti dalla legge, che il giudice del fallimento non può ignorare. Inoltre, buona e malafede non appaiono poter essere assegnate alle parti in modo esclusivo e univoco se si pone mente alla verosimile violazione del divieto di concorrenza di cui si è reso responsabile l’istante (sopra ad 6.2). Ancora una volta solo il giudice del merito è abilitato a statuire sui rispettivi diritti e doveri delle parti.

7. Va infine rilevato, per abbondanza, che la decisione impugnata è errata anche per quanto concerne il presupposto della sospensione dei pagamenti. Certo, può essere ammessa una siffatta sospensione perfino quando riguarda un solo debito, purché esso sia importante, oltre che incontestato ed esigibile, e purché il rifiuto di pagare sia durevole (sopra consid. 2). Ebbene, nel caso in rassegna la pretesa vantata dall'istante, di poco più di fr. 15'000.–, non appare particolarmente importante se confrontata con il capitale sociale della convenuta (di fr. 100'000.–, v. doc. 4), il rifiuto di pagare non può dirsi durevole ove si consideri che CO 1 pare aver sollecitato la RE 1 per la prima volta con l'istanza (v. sopra consid. 6.2) e soprattutto il suo credito non è incontestato né incontestabile (si rinvia ai soprastanti consid. 5 e 6). Quanto al rimprovero indirizzato alla RE 1 di “rimpallarsi” la qualità di debitrice con la PI 1 in funzione della sede in cui il creditore cerca di recuperare quanto dovutogli, il Pretore pare riferirsi alla causa di fallimento senza preventiva esecuzione prevista dall'art. 190 cpv. 1 n. 1 LEF (compimento o tentativo di compiere atti fraudolenti in pregiudizio dei creditori), che l'istante non aveva però invocato e che il primo giudice non poteva dunque evocare d'ufficio stante il principio dispositivo (art. 55 cpv. 1 CPC). Senza contare che il rifiuto di pagare è verosimilmente giustificato (sopra consid. 6.2). Anche sotto questo profilo il reclamo risulta fondato. 8. 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 dell'istante (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 dichiarazione di fallimento pronunciata il 12 marzo 2020 dalla Pretura del Distretto di Lugano, sezione 5, nei confronti della RE 1 è annullata. 2. La tassa di giustizia di prima sede di fr. 80.–, da anticipare come di rito, è posta a carico di CO 1, tenuto a rifondere alla convenuta fr. 800.– per ripetibili. 3. Le spese dell'Ufficio dei fallimenti di Lugano, da anticipare come di rito, sono poste a carico di CO 1. II. La tassa di giustizia del presente giudizio di fr. 150.– è posta a carico di CO 1, tenuto a rifondere alla reclamante fr. 1'400.– per ripetibili. III.

Notificazione a: – ; – ; – Ufficio d'esecuzione, Lugano; – Ufficio dei fallimenti, Viganello; – 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 fissata nel primo senso (già citate DTF 85 III 151 e 5A_117/2012 del 12 luglio 2012 consid. 3.2.2; sentenza 5A_442/2015 dell'11 settembre 2015, pubblicata in SJ 2016 I 85 e B1SchK 2015, pag. 228, consid. 4.1.2.1; contra , ma qualificata poi come isolata: 5A_720/ 2008 del 3 dicembre 2008 consid. 3.2) . La scrivente Camera ha lasciato la questione aperta pur manifestando e motivando una preferenza per la tesi per cui basta la semplice verosimiglianza (sentenza della CEF 14.2016.45 del 3 maggio 2016 consid. 6.1/a-b). Nemmeno nel caso in esame è necessario

sciogliere la controversia dal momento che l'allegazione dell'istante, secondo cui egli vanterebbe un credito di fr. 15'413.– nei confronti della reclamante sulla scorta dell'accordo del 28 maggio 2019, non raggiunge neppure il grado della verosimiglianza semplice, ricordato che i fatti sono resi verosimili quando il giudice, fondandosi su indizi oggettivi – che risultano dagli atti (art. 254 cpv. 1 CPC) – sufficienti a costituire un “inizio di prova”, ne ricava l'impressione che i fatti pertinenti si siano realizzati, senza dover escludere la possibilità, altrettanto probabile, che si siano svolti in altro modo (DTF 138 III 233 consid. 4.1.1).

E. 14

giugno 2019 (doc. 2). A parte il fatto che la somma indicata non corrisponde a quella ch'egli ha dichiarato in prima sede di avere ricevuto (fr. 4'900.–, istanza pag. 3 ad 4), ancora una volta l'attestazione prova solo che i pagamenti sono stati effettuati per il tramite della RE 1, ma non indica chi era la controparte contrattuale di CO 1.

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