

TI_GERICHTE 15.1997.54 vom 18. April 1997

TI Tribunale d'appello, 1997-04-18, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_15.1997.54

FR: TI_GERICHTE 15.1997.54 du 18 avril 1997

IT: TI_GERICHTE 15.1997.54 del 18 aprile 1997

Regeste

Sentenza o decisione senza scheda

Erwägungen

E. 1

Per ragioni formali vi è la possibilità di formulare reclamo all'autorità di vigilanza contro la notifica della comminatoria di fallimento, ad es. quando (cfr. DTF 96 III 33 cons.2; CEF 15 aprile 1994 su reclamo V.S.; Fritzsche/Walder, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, vol. II, Zurigo 1993, §36 n.2-3 p.29-30; Kurt Amonn, Grundriss des Betreibungs- und Konkursrechts, Berna 1997, §36 n.5-9, p.286-287; Pierre-Robert Gilliéron, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, Losanna 1993, p.252; Carl Jaeger, Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, vol. I, Zurigo 1911, n.6 all'art. 160 LEF): - l'escusso non è soggetto all'esecuzione ordinaria in via di fallimento (art. 39 e 40 LEF); - l'esecuzione è riferita a prestazioni fondate sul diritto pubblico (art. 43 LEF); - è pendente azione di disconoscimento di debito conseguente a decisione di rigetto provvisorio dell'opposizione; - la decisione (sommatoria o di merito) che rigetta l'opposizione non è ancora esecutoria; - la comminatoria di fallimento è stata emessa da un ufficio d'esecuzione incompetente razione loci (cfr. DTF 96 III 33 cons.2).

E. 1.1

Di conseguenza è annullata la comminatoria di fallimento, emessa dall'UEF di Locarno il 20 febbraio 1997 e notificata il 24 febbraio 1997, nell'esecuzione n. _____.

E. 1.2

È fatto ordine all'UEF di Locarno di lasciare iscritta nel registro informatizzato delle esecuzioni la domanda di prosecuzione presentata da _____ e _____ contro _____. 2. Non si prelevano spese e non si assegnano indennità. 3. Contro questa sentenza è dato ricorso entro dieci giorni alla Camera delle esecuzioni e dei fallimenti del Tribunale federale, Losanna 14, in conformità dell'art. 19 LEF. 4. Intimazione a: - _____ Per la Camera di esecuzione e fallimenti del Tribunale d'appello quale autorità di vigilanza Il presidente La segretaria

E. 2

Per questioni di merito la via del reclamo è invece preclusa.

E. 3

Per il ricorrente vi sono due ragioni formali per annullare la comminatoria di fallimento: - la creditrice non dispone di titolo per chiedere il fallimento; - la debitrice è al beneficio del differimento del fallimento ex art. 725a CO ed è quindi sospesa ogni procedura

esecutiva nei suoi confronti. a) La ricorrente sembra dimenticare di aver ritirato l'opposizione al precetto esecutivo con lettera 15 ottobre 1996 al Pretore di Locarno-Città, come pure che con decreto 17 ottobre 1996 il Pretore ha stralciato dai ruoli la procedura per intervenuto ritiro dell'opposizione b) Resta da esaminare la seconda ragione formale fondata sulla pretesa sospensione della procedura in connessione con il differimento del fallimento.

E. 4

Il giudice può differire il fallimento ad istanza del consiglio di amministrazione quando il risanamento appaia probabile (art. 725a cpv.1 secondo periodo CO). 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 dell'ordine di pochi mesi, un riequilibrio finanziario atto ad evitare la dichiarazione di fallimento e a consentire la continuazione dell'attività (Hans Ulrich Hardmeier, Zürcher Kommentar, 1997, n.1316 ad art. 725a CO; Hanspeter Wüstiner, Basler Kommentar, OR II, 1994, n.7 ad art. 725a CO; Alexander Brunner, Insolvenz und Überschuldung der Aktiengesellschaft, in: AJP 1992, p.819; Roger Giroud, Die Konkursöffnung und ihr Aufschub bei der Aktiengesellschaft, 2. ed., Zurigo 1986, p.106-107) con una ragionevole prognosi di durata (cfr. Walter Stoffel, Les innovations dans le droit de la faillite, in: La revisione della LEF, CFPG vol.16, Lugano 1996, p.83, i.). Le probabilità di risanamento vanno apprezzate dal giudice del differimento secondo criteri sommari (cfr. Hardmeier, op. cit., n. 1332a ad art. 725a CO; 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.

E. 5

Il differimento del fallimento presuppone che i creditori vengano interamente tacitati: questo requisito si realizza in caso di pagamento integrale di capitale e interessi - anche se differiti nel tempo - come pure quando nel corso della procedura tutti i creditori dichiarino di non più vantare crediti contro il beneficiario del differimento, ad esempio perché nel frattempo è stato stipulato con tutti un concordato extragiudiziario. Se al momento dell'introduzione della domanda di differimento già vi è certezza che i creditori subiranno perdite, l'art. 725a cpv.1 secondo periodo CO non torna applicabile: in siffatta evenienza può infatti entrare in linea di conto solo l'istituto del concordato giudiziale ex art. 293 ss. LEF.

E. 6

L'istituto del differimento non deve essere inteso come artificio per avere più tempo a disposizione per presentare una domanda motivata di moratoria. Due elementi concorrono a limitarne possibili abusi: l'esigenza di una motivazione parimenti rigorosa e la centralità della funzione di Commissario del differimento. a) Sui requisiti formali della domanda di differimento si rinvia a Hardmeier, op. cit., n. 1316-1320 e 1332a ad art. 725a CO: il particolare rigore si giustifica perché il differimento è misura suscettibile di incidere profondamente sui diritti dei creditori e vanno evitati tutti i possibili abusi che una prassi non rispettosa della ratio dell'istituto finirebbe col consentire. Motivo di perplessità nel caso di specie può essere la durata del differimento, ritenuto che un termine di oltre otto mesi (dal 24 ottobre 1996 al 30 giugno 1997) si giustifica solo in casi del tutto particolari: siffatta

questione non è però qui oggetto di disputa e si prescinde quindi da ulteriori approfondimenti. b) 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. È anche nell'interesse del commissario - per evitare azioni di responsabilità riconducibili a sue carenze nella gestione del differimento - segnalare immediatamente al giudice quando vi è certezza che non vi sarà tacitazione integrale di tutti i creditori: in siffatta evenienza la procedura di differimento avrà termine e il fallimento potrà ancora essere evitato solo facendo capo all'istituto della moratoria concordataria ove ve ne fossero i presupposti.

E. 7

Per non minare la credibilità della società anonima in difficoltà, si può prescindere dalla pubblicazione della decisione di differimento (Hardmeier, op. cit., n.1341-1343 ad art. 725a CO; Wüstiner, op. cit., n.14 ad art. 725a CO). Va ricordato (cfr. Flavio Cometta, La procedura concordataria nel nuovo diritto, in: La revisione della legge federale sulla esecuzione e sul fallimento, Collezione CFPD 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. 8

Nel caso di specie è stato differito il fallimento di _____. a) Si è visto che ratio del differimento è la prospettiva concreta per il debitore di pagare integralmente tutti i creditori. In queste circostanze si giustifica di limitare al massimo l'incidenza delle spese procedurali, tra le quali rientrano anche quelle riferite ad esecuzioni ipotizzate o già in corso. b) La legge non disciplina gli effetti del differimento del fallimento ex art. 725a CO. Secondo Hardmeier, op. cit., n.1321 ad art. 725a CO, durante il differimento non vi sono altri effetti se non l'impossibilità di dichiarare il fallimento e di procedere alla realizzazione di beni già pignorati prima del differimento nell'esecuzione in via di pignoramento ex art. 43 LEF. c)

Anche durante il differimento deve comunque essere possibile interrompere la prescrizione mediante atti di esecuzione ex art. 135 n.2 CO: la domanda d'esecuzione è possibile anche se l'Ufficio d'esecuzione non può darvi seguito con l'emissione del precetto esecutivo (cfr. DTF 104 III 21-22 cons.1), dovendosi limitare alla semplice registrazione dell'entrata della domanda con contestuale iscrizione nel registro delle esecuzioni con l'indicazione della data d'inoltro (art. 9 cpv.1 OFRC, Ordinanza sui formulari e registri da impiegare in tema d'esecuzione e di fallimento e sulla contabilità, del 5 giugno 1996, in: RU 1996, p.2879). Detto altrimenti, ragioni di economia procedurale volte al contenimento delle spese impongono di prescindere dall'intimazione del precetto esecutivo perché la procedura di differimento - se concessa secondo giusti canoni - dovrebbe sfociare nella tacitazione completa di tutte le pretese creditorie. d) Le stesse modalità valgono anche per la domanda di prosecuzione che va iscritta nel registro delle esecuzioni (art. 10 OFRC), ritenuto che l'Ufficio d'esecuzione dovrà inoltre comunicare al creditore che alla sua domanda - prematura, ma non sussimibile sotto l'ipotesi normativa dell'art. 9 cpv.2 OFRC - sarà dato corso solo dopo che si saranno realizzati i due presupposti cumulativi del decorso infruttuoso del termine di differimento e della comunicazione di siffatta circostanza da parte del creditore all'Ufficio d'esecuzione. e) È esclusa l'applicazione per analogia dell'istituto del rinvio ex art. 9 cpv.2 OFRC dell'atto esecutivo prematuro perché in insanabile contrasto con norma federale di grado superiore (art. 135 n.2 CO). Ne consegue una lacuna nell'ordinamento esecutivo che va colmata in via giurisprudenziale stabilendo che: - il differimento del fallimento ex art. 725a cpv.1 secondo periodo CO consente di notificare validamente all'Ufficio d'esecuzione atti interruttivi della prescrizione nel senso dell'art. 135 n.2 CO, quali ad esempio la domanda d'esecuzione e quella di prosecuzione; - l'Ufficio d'esecuzione iscriverà nei registri - la cui tenuta è obbligatoria per l'art. 8 OFRC - i dati giuridici rilevanti ma non potrà darvi corso; - vi sarà rinvio al mittente dell'atto non con la nota "precoce" ex art. 9 cpv.2 OFRC bensì con l'avvertenza che dovrà essere ripresentata la domanda solo dopo che si sarà concluso il differimento e ove la parte procedente non fosse stata nel frattempo tacitata.

E. 9

Ne consegue l'annullamento -a spese dello _____ della comminatoria di fallimento, ritenuto che _____ e _____ sono legittimati a inoltrare a tempo debito una nuova domanda di prosecuzione dell'esecuzione dopo che sarà decaduto il differimento, nell'ipotesi che nel frattempo non siano stati tacitati, ritenuto comunque che la loro domanda di prosecuzione ha determinato l'effetto interruttivo della prescrizione ex art. 135 n.2 CO.

E. 10

Il ricorso va quindi accolto. Non si prelevano spese (art. 61 cpv.2 lett.a OTLEF) e non si assegnano indennità (art. 62 cpv.2 OTLEF), perché così stabilito dal diritto federale. Richiamati gli art. 17, 159, 161 e 192 LEF; 8, 9 e 10 OFRC; 135 n.2 e 725a CO, PRONUNCIA 1. Il ricorso 28 febbraio 1997 di _____, è accolto.

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