Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
5A 120/2011

Sentenza del 30 gennaio 2012
II Corte di diritto civile

Composizione
Giudici federali Hohl, Presidente,
Escher, Marazzi,
Cancelliera Antonini.

Partecipanti al procedimento
1. A._____ AG,
2. B._____ GmbH,
patrocinate dall'avv. dott. Cesare Jermini
e dall'avv. Nicola Bernardoni,
ricorrenti,

contro

C._____ Establishment,
patrocinata dall'avv. dott. Carla Speziali,
opponente,

Ufficio di esecuzione e fallimenti di Locarno, via della Posta 9, 6601 Locarno.

Oggetto
richiesta di cessione,

ricorso contro la sentenza emanata il 2 febbraio 2011 dalla Camera di esecuzione e fallimenti del Tribunale d'appello del Cantone Ticino, quale autorità di vigilanza.

Fatti:

A.
A.a La società germanica A._____ AG ha convenuto D._____ SA avanti a un tribunale arbitrale a Stoccarda (Germania).

Appreso che la Pretura della giurisdizione di Locarno-Città aveva decretato, in data 29 ottobre 2009, il fallimento della società D._____ SA, il presidente del tribunale arbitrale tedesco ha assegnato all'amministrazione del fallimento un termine scadente al 1°aprile 2010 per presentare l'allegato di risposta. Vista l'urgenza, la questione è stata sottoposta alla prima adunanza dei creditori tenutasi il 26 febbraio 2010; questi hanno deciso all'unanimità (meno quattro astenuti) di rinunciare a stare in lite come massa nel procedimento arbitrale. Nessun creditore ha chiesto entro il termine impartito (22 marzo 2010) la cessione del diritto a cui aveva rinunciato la massa (art. 260 LEF).
A.b In occasione della seconda assemblea dei creditori del 22 novembre 2010, sei creditori hanno chiesto di ridiscutere la rinuncia della massa a stare in lite nel procedimento arbitrale e di nuovamente porre in cessione il diritto di subentrare nella lite. L'amministrazione del fallimento ha ritenuto vincolante la decisione della prima

assemblea dei creditori, ma ha nondimeno riproposto una nuova cessione ai sensi dell'art. 260 LEF. C._____ Establishment ha esercitato seduta stante tale diritto e ha presentato il giorno medesimo un allegato al tribunale arbitrale.

B.
Contro la nuova cessione, più precisamente contro la nuova trattanda sottoposta al voto della seconda assemblea dei creditori, A._____ AG e B._____ GmbH hanno adito la Camera di esecuzione e fallimenti del Tribunale di appello del Cantone Ticino, quale autorità di vigilanza, con ricorso 29 novembre 2010. Con la sentenza qui impugnata 2 febbraio 2011, il Tribunale di appello ha dichiarato irricevibili entrambi i ricorsi.

C.
A._____ AG e B._____ GmbH (qui di seguito: ricorrenti) hanno adito il Tribunale federale con ricorso in materia civile datato 14 febbraio 2011 ribadendo la richiesta di annullare la decisione dell'Ufficio di esecuzione e fallimenti di Locarno di rimettere in cessione ex art. 260 LEF il diritto di stare in lite avanti al tribunale arbitrale di Stoccarda in luogo e vece della massa. C._____ Establishment (qui di seguito: opponente) postula la reiezione del ricorso e la riconferma della sentenza cantonale nonché della decisione dell'Ufficio di esecuzione e fallimenti di Locarno. L'autorità inferiore ha rinunciato a formulare osservazioni.

Diritto:

1.
Impugnata è una decisione dell'autorità di vigilanza in materia di esecuzione e fallimenti su un atto dell'amministrazione di un fallimento, segnatamente su una nuova messa in cessione, in occasione della seconda assemblea dei creditori, del diritto di subentrare in lite al posto della massa fallimentare giusta l'art. 260 LEF. Secondo l'art. 74 cpv. 2 lett. c LTF, un tale ricorso è ammissibile indipendentemente dal valore di lite. Inoltrato nel termine di dieci giorni di cui all'art. 100 cpv. 2 lett. a LTF (combinato con l'art. 45 cpv. 1 LTF), il gravame è tempestivo. La legittimazione delle ricorrenti ad inoltrare il presente gravame è data: da un lato, esse hanno preso parte al procedimento dinanzi all'autorità inferiore (art. 76 cpv. 1 lett. a LTF). Dall'altro, le ricorrenti hanno un interesse degno di protezione a che il Tribunale federale esamini la correttezza della decisione di inammissibilità pronunciata dalla Corte cantonale (art. 76 cpv. 1 lett. b LTF; sentenze B.187/1993 del 29 settembre 1993 consid. 1, non pubblicato in DTF 119 III 81; 2C 745/2010 del 31 maggio 2011 consid. 1.2 e contrario, non pubblicato in DTF 137 I 296).

2.
2.1 L'autorità inferiore ha negato alle ricorrenti una legittimazione ai sensi dell'art. 17 LEF. Ha ritenuto che seppur i creditori abbiano il diritto di esigere una gestione del fallimento conforme alla legge, ed in questa misura siano legittimati a ricorrere, essi debbano comunque giustificare un interesse proprio, attuale, pratico e degno di protezione nel caso concreto. Ciò non sarebbe il caso, visto che l'assunzione del ruolo di parte convenuta nel procedimento arbitrale in corso può essere soltanto di vantaggio agli altri creditori. Né tale interesse del creditore può essere scorto nello svolgimento accelerato della procedura giudiziaria nel merito, garantito dalle norme procedurali che la disciplinano, quand'anche tale creditore sia contemporaneamente la controparte del procedimento di merito.

2.2 Le ricorrenti adducono, a sostegno della loro tesi di ammissibilità del loro gravame ai sensi dell'art. 17 LEF, di avere, in quanto creditrici ammesse in graduatoria, un interesse degno di protezione che la procedura di fallimento (e non la procedura arbitrale) si svolga in conformità della legge, in particolare che essa non subisca inutili ritardi a causa di irregolari iniziative da parte di altri creditori.
L'opponente, dal canto suo, si associa all'opinione espressa dalla Corte cantonale: ritiene in particolare che le ricorrenti agiscano allo scopo di intralciare la legittima tutela dei suoi interessi nell'ambito del procedimento arbitrale, ciò che non costituirebbe un interesse degno di protezione. Peraltro, la decisione di cedere il diritto di subentrare in lite nel procedimento arbitrale pendente in Germania non avrebbe avuto alcuna incidenza sulle tempistiche di conduzione della procedura fallimentare svizzera, ritardata per contro dalla presente procedura ricorsuale.

2.3 La legittimazione a presentare ricorso deve essere riconosciuta ad ogni persona toccata nei propri interessi giuridicamente protetti o perlomeno fattuali da una misura di un organo esecutivo (DTF 129 III 595 consid. 3). Così, ogni creditore ha diritto che gli atti d'amministrazione del fallimento avvengano in conformità della legge e delle ordinanze vigenti in materia; in caso di inosservanza di queste prescrizioni, egli è senz'altro legittimato a presentare ricorso ex art. 17 LEF (DTF 119 III 81 consid. 2; v. ad es. sentenza 5A 405/2008 del 30 settembre 2008 consid. 2.3, in Pra 2009 n. 23 pag. 129, a proposito della legittimazione del creditore a contestare la conta dei creditori presenti alla prima assemblea). Certo il ricorso deve perseguire un interesse concreto: la sentenza impugnata deve avere effetti negativi per il ricorrente, ragione per la quale egli è interessato alla sua modifica (DTF 120 II 5 consid. 2a con rinvii; sentenza 5A 720/2007 del 24 aprile 2008 consid. 2.2). Con questo argomento, il Tribunale federale ha negato la legittimazione a ricorrere contro una misura divenuta nel frattempo irrevocabile (sentenza 7B.25/2004 del 19 aprile 2004 consid. 2.3) oppure contro la mancata determinazione di un importo per
il mantenimento personale del ricorrente a fronte di un sequestro penale che ne impedisce comunque il versamento (art. 44 LEF; sentenza 7B.112/2006 del 13 novembre 2006 consid. 4.3), o ancora contro la determinazione del minimo vitale del ricorrente, quando il calcolo dell'Ufficio di esecuzione è errato a suo favore (sentenza 7B.240/2001 del 18 dicembre 2001 consid. 2). Per contro, il Tribunale federale ha stabilito che il creditore a beneficio di procure conferitegli da altri creditori ha senz'altro un interesse degno di protezione a ricorrere contro il rifiuto di riconoscere la validità di tali procure, dato che tale elemento influisce sul calcolo dei creditori presenti o rappresentati ad un'assemblea, e dunque sulla votazione (DTF 86 III 94 consid. 4; sentenza 5A 405/2008 del 30 settembre 2008 consid. 2.3, in Pra 2009 n. 23 pag. 129).

2.4 Qui ricorrenti sono le creditrici di due crediti ammessi nel procedimento fallimentare di D._____ SA; da un punto di vista astratto, esse soddisfano pertanto le esigenze richieste al creditore che intende prevalersi di presunte irregolarità nella gestione del fallimento (art. 252 cpv. 1 LEF; DTF 90 III 86 consid. 1; 53 III 107; PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, 2001, n. 27 ad art. 253 LEF). Ciò vale anche con riguardo a A._____ AG, poiché il diritto di stare in lite di cui è discorso qui riguarda una pretesa ancora estranea al fallimento e la DTF 90 III 86 consid. 1 non appare pertinente, contrariamente a quanto ritenuto dalla Corte cantonale. Controversa è invece l'esistenza di un interesse attuale e concreto.
Partendo dal duplice presupposto che l'amministrazione del fallimento rispettivamente la massa del fallimento D._____ SA ha definitivamente rinunciato a qualsiasi beneficio che sarebbe potuto derivare da una partecipazione alla procedura arbitrale germanica, e che le ricorrenti non contestano la validità della rinuncia della massa adottata nella prima adunanza dei creditori, la Corte cantonale considera che la sopravvenienza di un nuovo creditore cessionario può solo essere di beneficio per la massa, poiché qualora la cessionaria dovesse opporsi con successo all'azione di A._____ AG in Germania, la sua situazione finanziaria non potrebbe comunque aggravarsi.
Ora, a prescindere dal fatto che pare difficile affermare - come fa la Corte cantonale - che le ricorrenti non abbiano contestato la validità della rinuncia della massa adottata nella prima adunanza dei creditori, posto che le medesime - sempre nelle parole della Corte cantonale - hanno sostenuto avanti al Tribunale di appello che una nuova cessione sarebbe stata vincolata a una nuova decisione di rinuncia dell'assemblea dei creditori, ammettere un interesse delle ricorrenti solo qualora il ricorso possa portar loro un beneficio finanziario diretto appare problematico: portata alle sue conseguenze estreme, la tesi sostenuta dal Tribunale di appello equivale infatti a negare sempre e comunque la possibilità di esaminare la legittimità di tutti gli atti riguardanti la cessione medesima e disposti dall'amministrazione del fallimento successivamente alla rinuncia della massa alla pretesa in questione, poiché i rimanenti creditori non si troveranno mai in una situazione peggiore di quella data nel caso in cui nessuno abbia chiesto la cessione.

2.5 In ragione di quanto precede, appare opportuno far prevalere il principio sulle eccezioni e riconoscere al creditore ammesso in graduatoria l'interesse legittimo ad interporre ricorso ai sensi dell'art. 17 LEF nell'ambito della rinuncia della massa a pretese nei confronti di terzi e relativa cessione.

3.

3.1 In una motivazione sussidiaria, il Tribunale di appello ha comunque esaminato il gravame nel merito, respingendolo. Ciò autorizza eccezionalmente il Tribunale federale a discutere il merito, in deroga alla regola secondo la quale può essere chiesto solo l'annullamento di una decisione di inammissibilità (sentenza 2C 610/2010 del 21 gennaio 2011 consid. 1.5). Il Tribunale di appello ha ritenuto conforme al diritto federale la decisione dell'amministrazione del fallimento di offrire nuovamente in cessione, in occasione della seconda assemblea dei creditori, il diritto della massa di stare in lite nel procedimento arbitrale germanico.

3.2 Le ricorrenti vi oppongono due censure. A loro giudizio, in primo luogo il carattere perentorio del termine per chiedere la cessione ex art. 260 LEF avrebbe come conseguenza, nel caso di specie, che tale diritto sia estinto nel momento in cui nessun creditore aveva formulato una richiesta in tal senso nel termine fissato dalla prima assemblea dei creditori, ovvero entro il 22 marzo 2010. In secondo luogo, la seconda assemblea dei creditori avrebbe deliberato la cessione in discussione senza preventiva rinuncia della massa ad agire essa stessa, contravvenendo in tal modo alla giurisprudenza ribadita nella DTF 134 III 75.
L'opponente si associa all'opinione della Corte cantonale, sottolineando in particolare che la seconda assemblea dei creditori può persino annullare precedenti decisioni di rinuncia della massa e che gli art. 48 e 63 del regolamento del Tribunale federale del 13 luglio 1911 concernente l'amministrazione degli uffici dei fallimenti (RUF; RS 281.32) non sono applicabili nel caso di un procedimento passivo pendente all'estero.
3.3
3.3.1 Di principio, la cessione delle pretese alle quali rinuncia la massa dei creditori secondo l'art. 260 cpv. 1 LEF - tassativamente preceduta da una decisione di rinuncia della massa (DTF 136 III 534 consid. 4.1; 134 III 75 consid. 2.3) - avviene in occasione della seconda assemblea dei creditori (art. 252 LEF), come già si evince sistematicamente dal fatto che l'art. 260 LEF chiude il capitolo V del titolo settimo della LEF. Alla prima assemblea partecipano infatti persone delle quali non si sa ancora se disporranno del diritto di voto alla seconda assemblea (DTF 56 III 158 consid. 1). Concettualmente, tale cessione rientra fra "quanto richiede la gestione del fallimento" (art. 253 cpv. 2 seconda frase LEF; PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, op. cit., n. 25 ad art. 260 LEF; URS BÜRGI, in Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, 2a ed. 2010, n. 8 ad art. 253 LEF; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4a ed. 1997/99, n. 4 ad art. 253 LEF). Se lo richiedono le circostanze del caso, segnatamente qualora il fallimento venga svolto in procedura sommaria e dunque senza assemblea dei creditori, questi ultimi vanno consultati in altro modo, per via di circolazione o di
pubblicazione oppure in occasione di un'assemblea straordinaria dei creditori (v. DTF 134 III 75 consid. 2.3; STEPHEN V. BERTI, in Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, 2a ed. 2010, n. 24 e 25 ad art. 260 LEF); decisivo è che venga loro concessa la possibilità di esprimersi (DTF 136 III 534 consid. 4.3, con riferimento in particolare alla rinuncia della massa). La dottrina ammette inoltre che la prima assemblea dei creditori possa pure decidere in merito alla conduzione di processi, qualora un'attesa sino alla seconda assemblea dovesse condurre alla perenzione di un diritto o alla preclusione da determinati atti processuali. Si tratta, in tal caso, di una decisione da prendersi con urgenza (art. 238 cpv. 1 LEF), ove per urgenza si devono intendere circostanze in ragione delle quali un rinvio alla seconda assemblea dei creditori sarebbe di nocumento per la massa (JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, op. cit., n. 4 ad art. 238 LEF; v. anche MARC RUSSENBERGER, in Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, 2a ed. 2010, n. 10 e 11 ad art. 238 LEF; poco chiaro PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, op. cit., n. 11 ad art. 238 LEF).
3.3.2 Data la propria competenza di principio, la seconda assemblea dei creditori è pure senz'altro autorizzata a ritornare su decisioni prese dalla prima assemblea in tema di rinuncia e cessione di pretese ai sensi dell'art. 260 LEF, a condizione che non vengano lesi diritti di terzi (DTF 56 III 158 consid. 1; v. già DTF 35 I 624 consid. 2 relativa alla partecipazione della massa a un procedimento giudiziario alla quale la prima assemblea aveva rinunciato, cedendo il corrispondente diritto; PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, op. cit., n. 17 ad art. 238 LEF e n. 23 ad art. 253 LEF).
3.3.3 In virtù dei principi appena riassunti, il modo di procedere dell'amministrazione del fallimento consistito nel riproporre in cessione, in occasione della seconda assemblea dei creditori del 22 novembre 2010, il diritto della massa di stare in causa nel procedimento arbitrale germanico avviato da A._____ AG non lede le disposizioni topiche della LEF, tanto più che tale facoltà della massa non era stata ripresa da alcun creditore, e dunque non sussistono diritti acquisiti suscettibili di essere lesi dalla nuova decisione della seconda assemblea dei creditori. Resta ora da verificare se le due censure puntuali sollevate dalle ricorrenti (supra consid. 3.2)

possono condurre ad altro esito.
3.4
3.4.1 Va dato atto alle ricorrenti che dottrina e giurisprudenza ammettono la perentorietà del termine per chiedere la cessione ex art. 260 LEF, fondandosi sull'art. 48 RUF (in tal senso sentenza 7B.94/2003 del 24 giugno 2003 consid. 4.2; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, op. cit., n. 5 ad art. 260 LEF; non esplicitamente STEPHEN V. BERTI, op. cit., n. 24 ad art. 260 LEF, contrariamente a quanto ritenuto nella sentenza impugnata consid. 3.1; PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, op. cit., n. 49 ad art. 260 LEF).
Ciò non conduce tuttavia alla conclusione delle ricorrenti. L'eventuale perentorietà del termine per chiedere la cessione riguarda il singolo, determinato termine. Se una nuova, successiva assemblea decide di rimettere in cessione la pretesa - ciò che, come visto, può senz'altro fare (supra consid. 3.3.2) - allora essa può impartire un secondo termine. La perentorietà è infatti ipotizzata per il caso normale previsto dalla legge, nel quale è la seconda assemblea a trattare - quale prima ed unica istanza - la questione. Qui la situazione è diversa, poiché in via eccezionale la questione è già stata sottoposta alla prima assemblea. Ora, posto che tale modo di procedere - ovvero anticipando alla prima assemblea la trattazione della questione - è lecito (supra consid. 3.3.1), allora ci si trova in una costellazione che permette di offrire delle pretese in cessione a due riprese. Dunque, è ipotizzabile che due termini vengano impartiti, ognuno dei quali può essere perentorio. Ne discende che il termine scadente il 22 marzo 2010 è senz'altro perento, ma essendo legittimamente stata riproposta la cessione in occasione della seconda assemblea, a quel momento (22 novembre 2010) iniziava a decorrere un nuovo, secondo termine. Avendo
l'opponente esercitato tale suo diritto seduta stante, il nuovo termine è stato rispettato.
3.4.2 Anche in punto alla decisione di rinuncia della massa a determinate pretese ai sensi dell'art. 260 cpv. 1 LEF la giurisprudenza è calcata sul caso normale, in cui soltanto la seconda assemblea dei creditori è chiamata ad esprimersi. Ed è chiaro che la singola cessione deve essere preceduta da una rinuncia, in tal caso decisa dalla seconda assemblea stessa. Anomalo è invece il caso in cui due assemblee - come qui - si chinano sulla questione e la rinuncia è già stata decisa in occasione della prima assemblea. Ma non vi è ragione di pensare che la rinuncia adottata in occasione della prima assemblea non possa perdurare valida fino alla seconda assemblea compresa, e dunque costituire base valida per una seconda offerta in cessione, visto che nessuno ha contestato la validità della prima rinuncia. Può essere letta in tal senso già la menzionata DTF 56 III 158, ove la seconda assemblea dei creditori ha ritenuto di dover revocare la decisione di rinuncia presa in occasione della prima assemblea al fine di poter riesumare il diritto della massa di procedere in giudizio.

4.
Il presente ricorso va, in conclusione, respinto, con conseguenza di tassa e spese a carico delle ricorrenti soccombenti in solido (art. 66 cpv. 1 e 5 LTF). Queste rifonderanno all'opponente, sempre in solido, le ripetibili della sede federale (art. 68 cpv. 1, 2 e 4 LTF).

Per questi motivi, il Tribunale federale pronuncia:

1.
Il ricorso è respinto.

2.
Le spese giudiziarie di fr. 5'000.– sono poste a carico delle ricorrenti in solido, le quali rifonderanno all'opponente, sempre con vincolo di solidarietà, fr. 5'000.– a titolo di ripetibili della sede federale.

3.
Comunicazione ai patrocinatori delle parti, all'Ufficio di esecuzione e fallimenti di Locarno e alla Camera di esecuzione e fallimenti del Tribunale d'appello del Cantone Ticino, quale autorità di vigilanza.

Losanna, 30 gennaio 2012

In nome della II Corte di diritto civile
del Tribunale federale svizzero

La Presidente: Hohl

La Cancelliera: Antonini