

Procedure fallimentari – Opposizione allo stato passivo – Controcredito opposto in compensazione alla pretesa di insinuazione al passivo – Mancanza di certezza, liquidità ed esigibilità del controcredito – Operatività della compensazione – Esclusione.

Procedure fallimentari – Opposizione allo stato passivo – Controcredito opposto in compensazione alla pretesa di insinuazione al passivo – Compensazione giudiziale – Presupposti – Mancato accertamento del controcredito davanti allo stesso giudice dell'opposizione – Operatività della compensazione – Esclusione.

Tribunale di Milano, sez. fall. – 27.07.2017 n. 8411- Pres. Rel. Paluchowski – E. Servizi di riscossione S.p.a. – G.D.M. S.p.a. in amministrazione straordinaria (Avv. Parrinello) – INPS.

Nel giudizio di opposizione allo stato passivo fallimentare, non può essere opposto in compensazione, con effetti paralizzanti sulla pretesa del creditore opponente, un credito che non sia certo, liquido ed esigibile.

La compensazione giudiziale, ex art. 1243, comma 2, c.c. presuppone l'accertamento del controcredito da parte del giudice dinanzi al quale è fatta valere, mentre non può fondarsi su un credito la cui esistenza dipenda dall'esito di un separato giudizio in corso e prima che il relativo accertamento sia divenuto definitivo. Conseguentemente nell'ipotesi in cui un preteso credito della procedura fallimentare sia opposto in compensazione al credito insinuato, così da comportarne l'esclusione, il controcredito deve essere azionato, specificato ed accertato nel giudizio di opposizione, in mancanza l'eccezione di compensazione deve essere respinta ed il credito ammesso al passivo.

FATTO e DIRITTO - Con ricorso depositato in data 26.10.2016 e regolarmente notificato alla controparte Equitalia servizi di riscossione s.p.a. 13756881002 ha proposto opposizione avverso lo stato passivo della A.S.N. 1/2012 - G.D.M. - S.P.A. dichiarato esecutivo, con il quale è stata decretata la esclusione del credito prededucibile di 510.000 euro vantato dal ricorrente nei confronti della procedura perché compensato con un maggior credito imprecisato della procedura; era stata esclusa la somma di euro 1.704,30 per spese di insinuazione perché non opponibili; ed esclusi euro 27.276,79 di aggi coattivi in quanto non spettanti perché consegnati dopo la domanda di concordato e comunque dopo l'apertura della procedura di amministrazione straordinaria. Quali motivi di opposizione ha dedotto l'opponente:

- Rilevava che il credito era per la maggior parte dovuto a contributi di mensilità di stipendi erogati successivamente alla apertura della procedura concorsuale, in funzione dell'esercizio provvisorio portato avanti dalla procedura, come emerge dalla stessa documentazione inviata dal medesimo commissario, quindi era certo e prededucibile;
- che essa non conosceva gli elementi fondanti il rapporto, essendo delegata solo alla esazione, pertanto chiamava in causa l'Ente impositore per poter contraddire in merito alla eccepita compensazione di cui però rilevava la incertezza totale, non essendo stato precisato il credito in alcun modo, né preceduto dalla procedura di routine che di regola si accompagna alla possibilità di compensare i crediti che devono essere certi, liquidi ed esigibili ed incontrovertibili;
- che per quanto riguardava l'aggio osservava che esso origina dalla mancata corresponsione delle imposte alla loro scadenza naturale è un credito anche esso

dell'ente impositore che poi li corrisponde all' esattore a remunerazione della sua attività ed è inerente alla obbligazione tributaria;

La GDM si costituiva regolarmente ed eccepiva oltre alle ragioni di esclusione considerate dal GD, e riportate nell'atto di opposizione,

- che mancava la prova del credito poiché mancavano gli avvisi di addebito dell'INPS di Reggio Calabria e Messina
- Mancava altresì prova della notifica delle cartelle al fine di provare l'esistenza e l'effettività e definitività della pretesa inoltre non era stato possibile procedere alla impugnazione degli accertamenti;
- Eccepiva la inammissibilità della chiamata in causa dell'Inps, non essendo ammissibili interventi nel processo di opposizione a stato passivo;
- Eccepiva la non debenza dell'aggio in quanto iscritto a ruolo nel 2014 a fronte di una procedura di amministrazione straordinaria aperta nel 2012.
- Infine contestava che fossero dovute spese oltre quelle borsuali per l'insinuazione; vista la non obbligatorietà della presenza di un legale;
- Contestava infine le c.d. somme aggiuntive, pari a sanzioni ed interessi per il ritardato pagamento, non essendo ascrivibile la mora alle procedure concorsuali.

Conclusa la fase istruttoria il Giudice relatore riservava la decisione finale al collegio.

Occorre rammentare preliminarmente in diritto alcuni principi fondamentali che vengono ad innervare l'intera materia dell'ammissione allo stato passivo e dell'opposizione alla stessa (procedimento compreso), e cioè che:

- 1) il procedimento di opposizione allo stato passivo è retto dalle regole ordinarie in tema di onere della prova, con la conseguenza che grava sull'opponente (attore) fornire la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto di credito (Cassazione civile 20.01.2015 n. 826; Cass. 09.02.2004 n. 2387 e Cass sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533; cfr. altresì Cassazione civile sez. III, 28 gennaio 2002, n. 982;) mentre graverà sulla curatela l'onere di dimostrare fatti modificativi, impeditivi o estintivi dell'obbligazione (Cass. civ., sez. I, 9 maggio 2001, n. 6465; Cass. civ., sez. I, 11 marzo 1995, n. 2832;);
- 2) tuttavia, nel procedimento di accertamento del passivo il curatore deve essere considerato terzo sia rispetto al fallito sia rispetto ai creditori concorsuali e, pertanto, al predetto curatore non sono opponibili i crediti non aventi data certa (cfr. da ultimo Cass. s.u. 20.02.2013, n. 4213; Cass. 9.5.2011 n. 10081; Cass. civ., sez. I, 15 marzo 2005, n. 5582;);
- 3) il procedimento di opposizione allo stato passivo è un giudizio di carattere impugnatorio, con la rilevante conseguenza che in esso non possono essere avanzate domande nuove che non siano già contenute nell'istanza di ammissione al passivo operando il principio della immutabilità della domanda (Cass. civ., sez. I, 18 giugno 2003, n. 9716; Cass. civ., sez. lavoro, 28 maggio 2003, n. 8472; Cass. civ., sez. I, 8 novembre 1997, n. 11026);
- 4) per contro, poiché nel giudizio di opposizione allo stato passivo è lo stesso creditore opponente ad avere la veste di attore, mentre il curatore che contesti la pretesa assume quella di convenuto, nulla impedisce - nei limiti in cui le regole del processo di cognizione lo consentono - al curatore di far valere, in via di eccezione, ragioni di infondatezza della pretesa del ricorrente diverse da quelle enunciate nell'originario provvedimento di non ammissione del credito al passivo, non essendovi alcun onere di sollevare tutte le possibili contestazioni nel corso dell'adunanza prevista dall'art. 96 L. fall. (Cass. 11.5.2001 n. 656; Cass. civ., sez. I, 1 agosto 1996, n. 6963; App. Trieste, 29 marzo 2006);
- 5) il tribunale ha la sola facoltà - il cui mancato esercizio non esonera la parte dalle conseguenze del mancato assolvimento dell'onere probatorio - di acquisire il fascicolo fallimentare e da esso eventualmente desumere elementi o argomenti di prova (Cass. civ.,

- 21.12.2005 n. 28302; Cass. sez. I, 9 maggio 2001, n. 6465; Cass. civ., sez. I, 11 marzo 1995, n. 2832; Trib. Milano, 7 ottobre 2003; Trib. Padova, 27 febbraio 2002).
- 6) quanto alla prova del credito, nella procedura di verifica dei crediti e nel conseguente giudizio di opposizione allo stato passivo, il curatore del fallimento agisce in qualità di terzo sia rispetto ai creditori del fallito che richiedono l'ammissione al passivo, sia rispetto allo stesso fallito; conseguentemente, non è applicabile nei suoi confronti l'art. 2709 cod. civ., secondo cui i libri e le scritture contabili delle imprese soggette a registrazione fanno prova contro l'imprenditore, invocabile solo nei rapporti fra i contraenti o i loro successori, fra i quali ultimi non è annoverabile il curatore nella sua funzione istituzionale di formazione dello stato passivo (ancorché, peraltro, dette scritture possano essere prese in considerazione dal giudice di merito quali elementi indiziari in ordine all'esistenza del credito) (Cass. civ. 9.5.2013 n. 11017; Cass. civ., 9-5.2011 n. 10081; Cass. sez. I, 15 marzo 2005, n. 5582);
- 7) in sede di ammissione al passivo fallimentare, al fine dell'accertamento dell'antioriorità del credito rispetto alla dichiarazione di fallimento, la scrittura privata allegata a documentazione della pretesa (nell'ipotesi, effetti cambiari emessi da una società successivamente fallita) è soggetta alle regole dettate dall'art. 2704, comma 1, c.c. in tema di certezza e computabilità della data riguardo ai terzi, le quali possono essere fatte valere nell'interesse della massa o del fallito dal curatore, data la sua posizione di terzietà rispetto agli atti compiuti dal fallito medesimo (Cass. sez. civ. 9.5.2011 n. 10081; Cass. civ., sez. I, 15 marzo 2005, n. 5582; Cass. civ., sez. I, 9 maggio 2001, n. 6465; Cass. civ., sez. I, 20 luglio 2000, n. 9539; Cass. civ., sez. I, 8 febbraio 2000, n. 1370);
- 8) infine, ma in questo caso si tratta di regola generale e non operante in via esclusiva per il Fallimento, le fatture commerciali non accettate, non integrano di per sé la piena prova del credito in esse indicato e non determinano neppure alcuna inversione dell'onere probatorio; ne consegue che, quando il preteso debitore muove contestazioni sull'an o sul quantum *debeatur*, le fatture non valgono a dimostrare l'esistenza del credito, né, tanto meno, la sua liquidità ed esigibilità (cfr. Cass. sez. civ. 11.03.2011 n. 5915; Cass. sez. civ. 3.3.2009 n. 5071; Cass. civ., sez. II, 11 maggio 2007, n. 10860; Cass. civ. (Ord.), sez. II, 29 novembre 2004, n. 22401; Cass. civ., sez. II, 27 agosto 2003, n. 12518; Cass. civ., sez. II, 4 marzo 2003, n. 3188).

Richiamati tali principi generali e passando al caso di specie, osserva il tribunale:

La prima eccezione da esaminare nella decisione della presente opposizione riguarda la asserita illegittimità della chiamata in causa dell'INPS, affermata dalla GDM in forza di un asserito orientamento in tal senso della sezione di Milano, assunto dopo la riforma del 2006. In proposito il collegio ritiene che la chiamata in causa, nello specifico fosse necessaria, infatti è pacifico, in causa che la ragione della esclusione effettuata dalla procedura poggia le sue fondamenta sull'eccezione di compensazione del credito quantitativamente non contestato dell'INPS per le somme erogate durante la cassa integrazione e le somme ben maggiori che si afferma la stessa GDM avrebbe diritto di ottenere dall'Ente previdenziale, a seguito della cessazione del rapporto di lavoro e della Cassa Integrazione speciale. Ora è noto che la Corte di Cassazione (cfr. Cass. n. 12450 del 2016) ha un orientamento consolidato secondo il quale nelle controversie aventi ad oggetto la debenza di tributi e contributi soggetti a riscossione mediante iscrizione a ruolo, la legittimazione del concessionario del servizio di riscossione dei tributi sussiste soltanto se l'impugnazione proposta dal debitore concerne vizi propri del procedimento esecutivo, mentre va esclusa qualora la materia del contendere attenga alla debenza del tributo o del contributo, dovendosi in tal caso integrare il contraddittorio con l'ente impositore (cfr. in tal senso Cass. n. 6450 del 2002 e Cass. 18972 del 2007): non solo infatti quest'ultimo resta l'unico titolare della pretesa creditoria, al punto che, ove non vengano in rilievo vizi della

procedura di riscossione, la notifica della impugnazione al concessionario ha valore di mera *denuntiatio litis*, che non gli attribuisce la qualità di parte (Cass. N.23984 del 2014), ma la stessa iscrizione a ruolo del credito e la conseguente attribuzione al concessionario della legittimazione a farlo valere in *executivis* hanno valenza esclusivamente processuale, nel senso che il potere rappresentativo a tal fine attribuito agli organi della riscossione non esclude la concorrente legittimazione dell'ente impositore, il quale conserva la titolarità del credito azionato (Cass, n. 24202 del 2015). Conseguentemente si deve rilevare che le ragioni di esclusione non riguardavano la irregolarità del titolo esecutivo fiscale, ma l'asserita compensazione con un credito maggiore verso l'INPS vantato dalla procedura (cfr. Cass. 6646 del 15.03.2016 che si riferisce proprio ad una ipotesi di compensazione come ragione di intervento legittimo nel giudizio dell'ente impositore), pertanto l'unico soggetto in possesso delle notizie e legittimazione indispensabile per contraddire era l'ente impositore e non l'ente di riscossione. Correttamente perciò lo stesso è stato evocato in giudizio ed è intervenuto.

Il medesimo si è costituito due volte, ma la unica costituzione valida, anche se la seconda è intervenuta ancora prima che scattasse il limite dei 20 giorni prima dell'udienza, è la prima che, per costante giurisprudenza consuma la facoltà della parte di costituirsi, che non può che essere una. (cfr. Cass. n. 21472 del 2012).

La decisione in ordine alla valenza della sola prima costituzione sarebbe esiziale se fosse corrispondente al vero che Equitalia è onerata di dimostrare la preventiva notifica del titolo, prima della sua insinuazione, infatti la notifica non è stata provata dalla prima costituzione. Esso diventa però indifferente, benché la prima costituzione effettuata dall'avv. To Fanara, non contenga alcun documento utile o pertinente alle contestazioni eseguite dalla procedura, in quanto il Collegio aderisce all'orientamento della Suprema Corte sulla non necessità di notifica preventiva del titolo fiscale. Osserva il collegio, infatti, che la Suprema Corte ha chiarito senza tema di dubbio che in caso di opposizioni allo stato passivo proposte secondo il c.d. nuovo rito modificato dal c.d. decreto correttivo, n. 169 del 2007 entrato in vigore il 1 gennaio 2008, nel nuovo contesto normativo, come prima del decreto correttivo, non vi è necessità di previa notifica del ruolo ai fini della ammissione al passivo fallimentare dei crediti tributari basati su di esso. La decisione si basa sulla osservazione che nel 1998 con la sentenza 6033 la Corte aveva affermato che è necessaria la previa notifica ai fini di rendere possibile la ammissione con riserva ai sensi dell'art. 45 del dpr sulla riscossione (infatti dalla notifica era possibile procedere alla presentazione del ricorso avverso il ruolo.) Le modifiche introdotte dal D.Lgs. 26 febbraio 1999 n.46 che ha riscritto gli articoli 87 ed 88 del DPR sulle riscossioni però non fanno alcun riferimento alla necessità di previa notifica ai fini della presentazione della insinuazione al passivo di un fallimento o procedura affine, conseguentemente la Corte ha superato quanto affermato dalla decisione del 1998 dianzi citata e ciò sia con la decisione Cass. 2008 n. 5063, poi l'ordinanza 12019 del 2011 infine con le decisioni Cass. 6126 del 2014; Cass. 6520 e 6646 del 2013 . Chiarito che non occorre la notifica preventiva, poiché in assenza di notifica al curatore questi può presentare ricorso quando viene depositata l'istanza di insinuazione al passivo del ruolo fiscale e poi procedere alla ammissione con riserva, tutta la discussione sulla necessità di integrare le produzioni dell'agente della riscossione appaiono superate, infatti la legge ammette la legittimità della domanda anche senza la produzione degli avvisi di addebito degli uffici INPS di Reggio e di Messina.

Occorre allora, superate le eccezioni formali passare ad esaminare la esclusione effettuata. La stragrande parte della pretesa respinta è costituita da 510.000 euro di prededuzione per tributo per quota di TFR maturato nel periodo di CIGS. Il credito è riconosciuto dalla procedura, pacificamente, ma poi lo si è escluso perché compensato

coll'asserito ed indeterminato molto maggior credito per rimborso delle somme corrisposte ai sensi dell'art. 2 comma 2 L. 464 del 1972.

Sul punto il Collegio osserva che il credito azionato dall'ente di riscossione è certo liquido ed esigibile, mentre quello della GDM non lo è, non si sa a quanto ammonti ed è del tutto generico, oltre che contestato almeno in parte. Quindi non poteva essere opposto in compensazione con effetto paralizzante, quale quello voluto dalla procedura.

In particolare di recente proprio sul tema della compensazione dei crediti la Suprema Corte ha affermato che se è controversa nel medesimo giudizio istaurato dal creditore principale o in altro già pendente, l'esistenza del controcredito opposto in compensazione, il giudice non può pronunciare la compensazione neppure quella giudiziale, perché quest'ultima, ex art. 1243 c.c. comma 2, presuppone l'accertamento del controcredito da parte del giudice dinanzi al quale è fatta valere, mentre non può fondarsi su un credito la cui esistenza dipenda dall'esito di un separato giudizio in corso e prima che il relativo accertamento sia divenuto definitivo. In tale ipotesi resta pertanto esclusa la possibilità di disporre la sospensione della decisione sul credito della domanda principale, ed è parimenti preclusa l'invocabilità della sospensione contemplata in via generale dall'art. 295 c.p.c. o dal 337 comma 2 c.p.c. in considerazione della prevalenza della disciplina speciale dell'art. 1243. c.c. (cfr. Cass. 15.11.2016 n. 23225). Conseguentemente nella ipotesi all'esame del decidente il credito avrebbe dovuto essere azionato, specificato, ed accertato nel giudizio di opposizione, cosa che non è stata compiutamente fatta mai dalla Procedura che sembra non sapere neanche essa a quanto ammonti il suo credito e quali siano le ragioni della sua entità ecc. La eccezione perciò deve essere respinta.

Le spese di insinuazione correttamente sono state escluse poiché non si tratta di spese borsuali per l'ammissione e, come tali, non sono opponibili alla massa dei creditori.

Per ciò che attiene gli aggi, la suprema corte ha stabilito che essi rivestono carattere concorsuale solo se la corrispondente attività venga intrapresa e svolta dal concessionario, sia pure solo con la notifica della cartella di pagamento, prima della dichiarazione di fallimento del contribuente (e perciò prima dell'apertura della procedura a seguito della declaratoria di insolvenza per l'amministrazione straordinaria), mentre tale natura va esclusa laddove tale attività abbia avuto inizio dopo la predetta dichiarazione, atteso che per il principio di cristallizzazione del passivo, i diritti di credito in cui elementi costitutivi non si siano integralmente realizzati anteriormente alla procedura sono ad essa estranei ed inopponibili alla procedura concorsuale (cfr. Cass. 15.03.2013 n. 6646). Non si capisce infatti perché pagare qualcuno per una procedura di riscossione che la legge vieta essendoci dopo la procedura il divieto delle azioni esecutive. Inoltre la Suprema Corte ha più volte recentemente escluso la inerenza dell'aggio al Tributo sostenuta dalla difesa Equitalia affermando che : "L'aggio costituisce il compenso spettante al concessionario esattore per l'attività svolta su incarico e mandato dell'ente impositore, ed il relativo credito non muta la sua natura di corrispettivo per un servizio reso in base al soggetto (contribuente, ente impositore o entrambi "pro quota") a carico del quale, a seconda delle circostanze, è posto il pagamento. Ne deriva che, in sede di accertamento al passivo dei crediti insinuati dal concessionario, il credito per aggio non può in alcun modo essere considerato inerente al tributo riscosso e non è, pertanto, assistito dal relativo privilegio". Ciò permette di escludere sia la prelazione che la debenza tout court delle somme. In sostanza non vi è mora nei confronti della procedura, che paga secondo le regole del concorso e non alle scadenze, quindi non vi è ragione di corrispondere compensi per esecuzioni illegittime o per sanzioni o interessi di mora.

Le spese di causa liquidate sulla base dell'attività svolta e dell'impegno profuso, vanno integralmente rifeuse ad INPS, liquidandole in complessivi euro 3.200,00 oltre IVA e CPA e tra l'opponente e la convenuta poste in misura preponderante a carico della procedura, in quanto la pretesa maggiore in prededuzione è stata accolta, vi sono però

delle ragioni di soccombenza reciproca che vanno quantificate nel 10 %.
Conseguentemente il 90 % delle spese liquidato in complessivi euro 8.900,00 oltre Iva, cp.a. e rimborso forfetario di legge va posto a carico della procedura, mentre il residuo 10 viene compensato.

La presente sentenza è provvisoriamente esecutiva ai sensi di legge.

(Omissis)
