

N. R.G. 39297/2017



II TRIBUNALE ORDINARIO di MILANO
SECONDA CIVILE

Riunito in Camera di Consiglio nelle persone dei sigg.ri:

dott. Filippo D'Aquino Presidente Rel.

dott. Sergio Rossetti Giudice

dott. Guendalina Pascale Giudice

ha pronunciato il seguente

DECRETO

Nella causa di opposizione allo stato passivo iscritta al n. r.g. **39297/2017**

promossa da

E- S.P.A.

RICORRENTE

Nei confronti di

**FALL.TO N. 35/2017 GD DR.SSA PALUCHOWSKI
LIQUIDAZIONE**

SOCIETA' PER AZIONI IN

RESISTENTE

PREMESSO IN FATTO

Parte opponente ha premesso:

- di avere erogato servizi di trasporto di energia elettrica in favore di clienti finali di SPA, in forza di contratto per il servizio di trasporto di energia elettrica in data 14.02.2009, contratto risolto dall'opponente per inadempimento in data 23.02.2015 ma proseguito sino al 31.03.2015, con maturazione di crediti per complessivi € 29.098.087,51;
- di avere promosso due differenti procedimenti monitori davanti al Tribunale di Roma per il recupero dei relativi crediti, uno dei quali decreti divenuto definitivo e l'altro, per l'importo di € 18.891.726,74, opposto da con formulazione di domanda riconvenzionale per danni, il cui giudizio è stato interrotto per dichiarazione di fallimento di
- di avere proposto domanda di ammissione allo stato passivo del Fallimento per i suddetti crediti al chirografo e che il G.D. - ammesso al passivo il credito avente ad oggetto il decreto ingiuntivo divenuto definitivo - non ha ammesso l'importo di € 18.891.726,74 (oltre all'importo capitale di € 175.618,38 e agli interessi) in forza della inopponibilità allo stato passivo del decreto ingiuntivo opposto, crediti riproposti in sede di opposizione allo stato passivo.



Parte opposta, il cui fallimento è stato dichiarato con sentenza del Tribunale di Milano in data 27.01.2017, oltre a contestare il credito, ha dedotto nel presente procedimento eccezione riconvenzionale di compensazione, sulla base delle deduzioni già articolate dalla fallita con domanda riconvenzionale davanti al Tribunale di Roma, giudizio successivamente riassunto e fondato:

- sull'abuso di posizione dominante dell'opponente, che ha condotto alla distorsione delle condizioni negoziali e alla abusività delle clausole di cui al contratto *inter partes* risolto, come asseritamente evidenziato dal Codice di Rete, entrato in vigore dopo la risoluzione del contratto;
- su disfunzioni del servizio di erogazione di energia elettrica;
- sulla natura abusiva, discriminatoria ed illegittima della risoluzione contrattuale intimata dall'opponente, oltre che sulla insussistenza del grave inadempimento.

Parte opposta ha quantificato i danni opposti con l'eccezione riconvenzionale di compensazione in € 65.630.000,00, pari alla perdita di valore dell'azienda per intervenuto fallimento.

L'opponente ha chiesto nel corso dell'udienza del 12.12.2017, stante l'avvenuta riassunzione del procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo davanti al Tribunale di Roma (chiamato all'udienza del 21.03.2018 per la precisazione delle conclusioni), sospendersi ex art. 295 c.p.c. il presente procedimento in attesa della definizione del giudizio ordinario, stante la natura pregiudiziale di quest'ultimo, nel quale sono state articolate dalla società fallita con domanda riconvenzionale e riassunte dal fallimento le medesime questioni dedotte nel presente giudizio in via di eccezione riconvenzionale.

Parte opposta contesta nella memoria in data 10.01.2018 la sussistenza dei presupposti per la sospensione per pregiudizialità del presente giudizio, richiamandosi al recente arresto di Cass, Sez. VI/1, Ord. 1° marzo 2017, n. 5255, il quale avrebbe statuito – in apparente continuità con l'insegnamento di Cass., SS.UU., 12 novembre 2004 n. 21499 e 10 dicembre 2004 n. 23077 – che in caso di contemporanea pendenza dei due giudizi, non può essere il giudizio di opposizione allo stato passivo ad essere sospeso, bensì il giudizio ordinario. Tale soluzione si imporrebbe, viepiù, nel caso di specie, in quanto “la pretesa risarcitoria del Fallimento, proposta nel presente giudizio in via di eccezione riconvenzionale avverso la domanda di E- ha una *causa petendi* più ampia rispetto alla domanda riconvenzionale proposta nel giudizio ordinario avanti al Tribunale di Roma, in quanto nella fattispecie il danno riguarda anche la causazione ingiusta, da parte dell'odierna opponente, del fallimento di che nella predetta causa ordinaria non poteva ovviamente essere proposta in quanto non ancora verificatosi” (pag. 5, memoria opposto 10.01.2018).

CONSIDERATO IN DIRITTO

1 - L'opponente ha chiesto sospendersi il presente procedimento sul presupposto della articolazione, da parte del curatore del fallimento opposto, della eccezione riconvenzionale di compensazione nel presente procedimento già proposta sulla base delle medesime questioni davanti al giudice dell'opposizione a decreto ingiuntivo come domanda in riconvenzione della domanda del creditore ora pendente in sede di opposizione ex art. 98 L.F. Giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo e giudizio di opposizione allo stato passivo avrebbero, pertanto, ad oggetto (a parti processuali invertite) un accertamento pregiudiziale comune (con l'aggiunta della domanda di condanna davanti al giudice ordinario) e sarebbero, quindi, passibili di contrasto di giudicati, oltre che di inutile dispendio di energie processuali.



Non ha pregio, ad avviso del collegio, la censura di parte opposta secondo cui l'eccezione riconvenzionale sarebbe "più ampia" di quella proposta in sede ordinaria, perché in questa sede si discuterebbe del danno da "causazione ingiusta del fallimento", danno che viene quantificato non nello sbilancio tra attivo e passivo ma nella perdita di valore dell'azienda. Si osserva che ciò che rileva ai fini della individuazione della *causa petendi* sono i fatti costitutivi sulla base dei quali viene articolata la domanda (principale o riconvenzionale) o l'eccezione. Al riguardo, i punti e le questioni (indicati in premessa) sulla base dei quali è stata formulata l'eccezione riconvenzionale sono pacificamente (salva la precisazione appena fatta relativa alla quantificazione del danno) gli stessi della originaria domanda riconvenzionale proposta in sede ordinaria, che hanno spinto a opporre il maggior credito per danni all'odierno opponente. Il danno da causazione del fallimento attiene, invece, ai profili di quantificazione del maggior danno che, peraltro, sono estranei a questo giudizio, che non contempla l'accertamento di un maggior credito in favore del fallimento opposto ma la mera paralisi delle ragioni del creditore opponente.

L'opponente pone, giustamente, in luce il tema della libera proponibilità in questa sede della eccezione di compensazione a fronte della articolazione della domanda di danni, già pendente in un giudizio ordinario non ancora definito, richiamando l'arresto delle Sezioni Unite del 15 novembre 2016, n. 23225, secondo cui (come correttamente riepilogato dall'opponente), qualora nel giudizio proposto da un creditore sia opposto in compensazione da parte del debitore un controcredito la cui esistenza sia contestata e dipenda dall'esito di un separato giudizio, l'eccezione di compensazione non sarebbe opponibile, né opererebbero le ipotesi di sospensione contemplate in via generale dagli art. 295 e 337 c.p.c., stante la prevalenza della disciplina speciale di cui all'art. 1243 c.c. Principio che pare fare capolino (ma a parti invertite) nella l. delega n. 155/2017 all'art. 7, comma 8, lett. e) l. 155/2017.

Si condivide, peraltro, quanto osserva parte opponente, secondo cui tale arresto concerne esclusivamente la compensazione propria, che attiene al caso della coesistenza di crediti reciproci scaturenti da rapporti autonomi (come emergente dal caso di specie sottoposto all'esame della S.C. e dal caso sottoposto alla sentenza della Corte n. 23573/13 che aveva generato il contrasto), non anche il caso della compensazione impropria o atecnica, la quale opera nell'ipotesi in cui i controcrediti originino da un unico rapporto. Nel qual caso, i controcrediti danno origine a un mero saldo contabile il cui calcolo può essere compiuto dal giudice anche d'ufficio, in sede di accertamento della fondatezza della domanda, senza che entrino in gioco le norme processuali in tema di proponibilità delle eccezioni (Cass, Sez. III, 8 agosto 2007, n. 17390). Tale principio, del tutto radicato nella giurisprudenza di legittimità (Cass., Sez. III, 19 aprile 2011, n. 8971; Cass., Sez. II, 10 novembre 2011, n. 23539; Cass., Sez. Lav., 29 agosto 2012, n. 14688), non è stato posto in discussione dalla citata pronuncia delle Sezioni Unite (Cass., n. 23225/2016, cit.) e consente, pertanto, la libera proponibilità della questione della compensazione impropria nel caso di specie.

Del resto, ove mai operasse nel presente giudizio il principio enunciato dalle Sezioni Unite, il curatore del fallimento non potrebbe opporre in questa sede la compensazione con un proprio controcredito non ancora accertato giudizialmente.

L'eccezione di compensazione (già proposta come domanda nel giudizio ordinario riassunto) è, pertanto, riproponibile in sede di opposizione allo stato passivo da parte del curatore del fallimento che abbia proposto in sede ordinaria domanda (ancorché riconvenzionale) avente ad oggetto la stessa *causa petendi* dell'eccezione riproposta in sede di opposizione allo stato passivo.



2 – Valutata la ritualità dell'eccezione di compensazione, la questione che si pone è se possa farsi luogo a sospensione per pregiudizialità del presente giudizio in costanza della pendenza del giudizio ordinario, anziché far ricorso ad altri strumenti processuali che mirino ad impedire il contrasto di decisioni, ovvero lo spreco di energie processuali.

2.1 - La premessa da cui occorre partire sono i menzionati arresti delle Sezioni Unite, 12 novembre 2004 n. 21499 e 10 dicembre 2004 n. 23077, secondo cui la proposizione in sede ordinaria di una domanda di condanna nei confronti di un fallimento (in quei casi, domanda in riconvenzione di domanda promossa dal fallimento) è inammissibile e va eventualmente proposta in sede di concorso formale, ferma restando la domanda proposta dalla curatela davanti al giudice ordinario. I due arresti non escludevano (in considerazione del fatto che le opposizioni allo stato passivo pendenti prima dell'entrata in vigore del d. lg. 5/06 si svolgevano secondo il rito ordinario e avevano attitudine al giudicato sostanziale) la successiva riunione dei procedimenti, sia che pendessero presso il medesimo ufficio, sia presso uffici diversi con applicazione della disciplina della connessione, salve eventuali preclusioni e salva l'eventuale competenza inderogabile del giudice ordinario. La sospensione per pregiudizialità restava proponibile *en dernier ressort* e poteva operare solo a favore del giudice fallimentare, potendosi sospendere unicamente il giudizio ordinario, stante l'esclusività del rito speciale fallimentare che radicava l'inderogabilità della competenza del giudice fallimentare.

Questo principio era comunemente affermato sotto il vigore della precedente disciplina processuale delle opposizioni allo stato passivo (Cass., 27 marzo 2008, n. 7967; ancora Cass, Sez. VI/1, Ord. 13 ottobre 2017, n. 24154, richiamata dall'opponente e relativa a un fallimento precedente il d. lg. 5/06), tanto che era usuale la proposizione *ab origine* o comunque su volontà delle parti di domande del curatore in riconvenzione in sede di opposizione allo stato passivo (Cass., Sez. I, 22 maggio 2007, n. 11850). In questo contesto, non poteva certo apparire distonica la celebrazione *ex post* del *simultaneus processus* per effetto di provvedimento ordinatorio del giudice (*iussu iudicis*), che ordinasse la riunione successiva al procedimento di opposizione di altro procedimento pendente già davanti al giudice ordinario (ancora di recente nel senso dell'ammissibilità della domanda riconvenzionale in sede di opposizione allo stato passivo Cass., Sez. I, 11 aprile 2016, n. 7070). Ove, poi, il giudice dell'opposizione allo stato passivo avesse deciso una pluralità di domande oltre alla domanda di ammissione del credito escluso, ogni capo di pronuncia avrebbe mantenuto la propria autonomia quanto, ad esempio, al regime processuale dell'impugnazione (Cass., Sez. I, 5 aprile 2006, n. 7871).

Nella sostanza, sotto il vecchio regime processuale le due cause (quella ordinaria del fallimento e quella di opposizione del creditore) rimanevano distinte, ma potevano essere successivamente riunite *iussu iudicis* davanti al giudice dell'opposizione negli stessi termini in cui il curatore poteva proporre *ab origine* domande nuove in riconvenzione in occasione dell'opposizione allo stato passivo. La riunione dei procedimenti o la trasmigrazione del giudizio ordinario era, tuttavia, "a senso unico", nel senso che avrebbe operato a favore del giudice dell'opposizione allo stato passivo, mentre non sarebbe potuto accadere il contrario, ossia che davanti al giudice ordinario venisse riunita la domanda del creditore opponente allo stato passivo, stante la inderogabilità della competenza del giudice che procede all'accertamento dello stato passivo. Conseguentemente, perdeva ragion d'essere la sospensione per pregiudizialità, visto che era possibile (allo scopo di evitare il contrasto di giudicati) attuare il *simultaneus processus* (per quanto unicamente davanti al giudice dell'opposizione); ove la riunione non fosse stata possibile (per effetto di preclusioni o



restrizioni alla trasmigrazione della controversia da parte del giudice ordinario per competenza parimenti inderogabile), avrebbe operato la sospensione a favore del giudice dell'opposizione, sospendendosi il procedimento ordinario.

2.2 - Questa soluzione deve ritenersi non più praticabile all'esito dell'entrata in vigore del d. lg. 5/06 che, oltre ad avere introdotto il rito camerale per l'opposizione, ha strutturato questo giudizio come un rito impugnatorio, che esclude la proponibilità di domande nuove e (cosa ulteriormente rilevante) esclude che il provvedimento di opposizione allo stato passivo possa avere attitudine al giudicato sostanziale. L'esclusione *in nuce* di un contrasto di giudicati, nonché le particolarità del rito dell'opposizione hanno, pertanto, portato la giurisprudenza a ritenere inammissibile la proposizione di domande nuove e, comunque, in riconvenzione del curatore in sede di stato passivo (Cass., Sez. I, 22 marzo 2010, n. 6900; Cass., 4 giugno 2012, n. 8929; Cass., Sez. I, 31 luglio 2017, n. 19003).

Se, pertanto, il *simultaneus processus* non può essere assicurato per volontà delle parti perché non è ammissibile il cumulo di domande nuove, deve ritenersi a maggior ragione che la cumulabilità di altre domande non possa avvenire successivamente alla proposizione dell'opposizione per effetto di un provvedimento di riunione o di connessione da parte del giudice ordinario. Il giudizio di opposizione diviene, pertanto, uno di quei giudizi per i quali la giurisprudenza esclude che possa operare la trattazione congiunta (come, ad esempio, tra domanda di cessazione degli effetti civili del matrimonio e domanda di scioglimento della comunione su un bene dei coniugi: Cass., Sez. I, 29 gennaio 2010 n. 2155).

2.3 - Se, pertanto, cade la possibilità di attuare (questa volta bilateralmente) il *simultaneus processus* ritorna in auge in termini di economia processuale lo strumento della sospensione per pregiudizialità, in questo caso senza vincoli né per il giudice ordinario, né per il giudice dell'opposizione allo stato passivo.

Deduce, in proposito, parte opposta che dovrebbe essere il giudizio ordinario a essere sospeso in favore del giudice dell'opposizione, richiamandosi – oltre ai citati arresti delle Sezioni Unite del 2004 dei quali si è detto – a una recente ordinanza della S.C. secondo cui in caso di contemporanea pendenza di un giudizio ordinario e di un giudizio di opposizione allo stato passivo va escluso che, ove il giudizio ordinario sia ancora pendente, possa essere oggetto di sospensione ex art. 295 c.p.c. il giudizio di opposizione allo stato passivo (Cass., Sez. VI/1, Ord., 1° marzo 2017, n. 5255).

Orbene, come del resto traspare dalla stessa massimazione della sentenza, il caso sottoposto alla Suprema Corte riguarda il diverso caso in cui sia stata proposta una domanda di condanna nei confronti di un soggetto successivamente dichiarato fallito e il giudice ordinario abbia (correttamente) dichiarato improcedibile la domanda proposta in sede ordinaria. Ove tale sentenza (del giudice ordinario) sia stata impugnata, non è consentito al giudice dell'opposizione allo stato passivo (come era avvenuto in quel caso) sospendere l'opposizione in pendenza del giudizio di impugnazione avverso la sentenza di improcedibilità del giudizio in sede ordinaria, perché la *sedes materiae* dell'accertamento del credito nei confronti del fallimento è il concorso formale. Diverso è, invece, il caso di specie, in cui il giudice ordinario deve pronunciarsi sull'accertamento del credito del fallito (e del fallimento in sede di riassunzione) nei confronti della controparte *in bonis*. In questo caso non vi è alcuna preclusione per alcuno dei giudici (ordinario e “fallimentare”) a provvedere con una ordinanza di sospensione ove se ne ravvisino gli estremi.

3 - Riassumendo le considerazioni che precedono, devono formularsi le conclusioni che seguono:



- la domanda riconvenzionale non può essere proposta in sede di opposizione allo stato passivo, né può trasmigrare davanti al giudice dell'opposizione per connessione ex art. 40 c.p.c. (ovvero per riunione ex art. 273, 274 c.p.c. ove pendano davanti allo stesso ufficio) la domanda (ancorché originariamente riconvenzionale) proposta dal fallito e riproposta in riassunzione dal curatore del fallimento, restando la stessa rimessa al giudice ordinario originariamente competente;

- il curatore del fallimento può proporre eccezione riconvenzionale in sede di opposizione allo stato passivo per la stessa *causa petendi* per la quale ha articolato domanda (ancorché originariamente riconvenzionale) davanti al giudice ordinario, senza che a ciò sia ostativa la mancata definizione del giudizio ordinario, trattandosi di compensazione impropria;

- per evitare la duplicazione delle attività istruttorie nonché il rischio di contrasto di giudizi, è possibile per i due giudici competenti (e, quindi, anche per il giudice dell'opposizione allo stato passivo) procedere con la sospensione per pregiudizialità ex art. 295 c.p.c.

Alla luce di tali considerazioni, va confermata la giurisprudenza di questo ufficio che, di fronte alla proposizione di una domanda azionata in sede ordinaria da parte della curatela del fallimento e alla proposizione di tale domanda in sede fallimentare quale eccezione riconvenzionale, ritiene che il giudice dell'opposizione a decreto ingiuntivo possa liberamente sospendere il giudizio di opposizione sino alla definizione del giudizio ordinario.

Considerato, pertanto, che l'eccezione riconvenzionale articolata in questa sede, già proposta in sede ordinaria come domanda riconvenzionale, è pregiudiziale all'esame della domanda dell'opponente trattandosi di domanda di danni atta a paralizzare la domanda di accertamento del credito e che, non potendosi procedere alla riunione dei procedimenti, la sospensione del presente giudizio appare opportuna per economia processuale, visto che il giudizio ordinario volge al termine, essendo stata fissata a breve (21.03.2018) udienza di precisazione delle conclusioni;

P. Q. M.

NON definitivamente pronunciando sull'opposizione proposta da E -
SPA avverso il decreto di esecutività dello stato passivo di
FALLIMENTO SPA IN LIQUIDAZIONE e in accoglimento dell'istanza di
sospensione del giudizio, visto l'art. 295 c.p.c.,

SOSPENDE

il presente procedimento sino al passaggio in giudicato del giudizio attualmente pendente davanti al Tribunale di Roma n. 49666/15 R.G. in opposizione al decreto ingiuntivo del Tribunale di Roma in data 25.5.2015, n. 12440.

Si comunichi.

Così deciso in Milano, nella Camera di Consiglio del 18 gennaio 2018

Il Presidente Est.
dott. Filippo D'Aquino

