

## **TI\_GERICHTE 31.2003.20 vom 7. April 2004**

TI Tribunale d'appello, 2004-04-07, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti\\_gerichte\\_31.2003.20](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_31.2003.20)

FR: TI\_GERICHTE 31.2003.20 du 7 avril 2004

IT: TI\_GERICHTE 31.2003.20 del 7 aprile 2004

### **Regeste**

Sentenza o decisione senza scheda

### **Erwägungen**

#### **E. 4**

marzo 2004 Ufficio di esecuzione del Distretto di \_\_\_\_\_ . Cassa cantonale di compensazione AVS/AI/IPG e relativi allegati, fra cui pure l'estratto di esecuzione inerente la \_\_\_\_\_; - attestati carenza di beni in originale del 2 agosto 2002 riguardanti le esecuzioni no. \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_ e \_\_\_\_\_; - copia di alcune diffide di pagamento notificate nel 1995 (1. marzo 1995, 31 marzo 1995 e 28 aprile 1995) e nel 1996 (29 febbraio 1996 e 30 aprile 1996); - copia documentazione relativa ad esecuzioni promosse nei confronti della \_\_\_\_\_, in particolare, per contributi paritetici concernenti i periodi dal 1. gennaio 1995 al 31 dicembre 1995 (esecuzione no. \_\_\_\_\_ 1° gennaio 1996 al 30 aprile 1996 (esecuzione no. \_\_\_\_\_); - dettagli evoluzione incassi per gli anni 1995 e 1996. Relativamente al vostro scritto del 16 febbraio 2004, rileviamo che l'estratto di esecuzioni annesso riguarda il signor \_\_\_\_\_." (doc. \_) Questi documenti sono stati trasmessi alle controparti con la facoltà di formulare eventualmente osservazioni nel termine di 5 giorni (cfr. doc. \_) in diritto In ordine 2.1. La presente vertenza non pone questioni giuridiche di principio e non è di rilevante importanza (ad esempio per la difficoltà dell'istruttoria o della valutazione delle prove). Il TCA può dunque decidere nella composizione di un Giudice unico ai sensi degli articoli 26 c cpv. 2 della Legge organica giudiziaria civile e penale e 2 cpv. 1 della Legge di procedura per le cause davanti al Tribunale delle assicurazioni (cfr. STFA del 21 luglio 2003 nella causa N., I 707/00; STFA del 18 febbraio 2002 nella causa H., H 335/00; STFA del 4 febbraio 2002 nella causa B., H 212/00; STFA del 29 gennaio 2002 nella causa R. e R., H 220/00; STFA del 10 ottobre 2001 nella causa F., U 347/98 pubblicata in RDAT I-2002 pag. 190 seg.; STFA del 22 dicembre 2000 nella causa H., H 304/99; STFA del 26 ottobre 1999 nella causa C., I 623/98). 2.2. Con il 1° gennaio 2003 è entrata in vigore la legge sulla parte generale del diritto delle assicurazioni sociali (LPGA), che ha comportato la modifica di diverse disposizioni in ambito AVS, tra cui, in particolare, quelle riguardanti la responsabilità del datore di lavoro giusta l'art. 52 LAVS, nonché l'abrogazione degli artt. 81 e 82 OAVS. Mentre, per quanto riguarda le norme sostanziali, da un punto di vista temporale sono di principio determinanti quelle in vigore al momento in cui si realizza la fattispecie che esplica degli effetti e il giudice delle assicurazioni sociali, ai fini dell'esame della vertenza, si fonda sui fatti che si sono realizzati fino al momento determinante dell'emanazione della decisione amministrativa contestata (DTF 129 V 4 consid. 1.2, 127 V 467 consid. 1, 126 V 136 consid. 4b, 121 V 366 consid. 1b; SVR 2003 IV Nr. 25 pag. 76 consid. 1.2; STFA del 20 marzo 2003 nella causa B., H 27/02, consid. 1, pag. 2; STFA del 9

gennaio 2003 nella causa A., P 76/01, consid. 1.3, pag. 4; STFA del 9 gennaio 2003 nella causa C., U 347/01, consid. 2 pag. 3; STFA del 9 gennaio 2003 nella causa P., H 345/01, consid. 2.1, pag. 3), le norme procedurali, in assenza di disposizioni transitorie, trovano immediata applicazione (SVR 2003, IV nr. 25 pag. 76 consid. 1.2; DTF 117 V 93 consid. 6b, 112 V 360 consid. 4a; Kieser, ATSG-Kommentar, Zurigo 2003, Art. 82 N. 8 pag. 820).

2.3. Ai sensi dell'art. 52 cpv. 1 LPGA le decisioni emesse in virtù dell'art. 49 LPGA possono essere impugnate entro trenta giorni mediante opposizione all'istanza che le ha notificate. In via di principio, come visto (cfr. consid. 2.1), questa norma di procedura entra in vigore immediatamente. Ciò significa che tutte le decisioni emanate dopo il 1° gennaio 2003 sono rette dalla procedura di opposizione che si applica a tutti i campi delle assicurazioni sociali, ad eccezione della previdenza professionale. L'art. 52 cpv. 2 LPGA stabilisce che le decisioni su opposizione vanno pronunciate entro un termine adeguato. Sono motivate e contengono un avvertimento relativo ai rimedi giuridici. Inoltre, secondo l'art. 52 cpv. 3 LPGA, la procedura d'opposizione è gratuita e di regola non sono accordate ripetibili. Per quel che concerne l'assicurazione per la vecchiaia e i superstiti, l'art. 1 LAVS, nella versione in vigore dal 1° gennaio 2003, stabilisce che le disposizioni della legge federale del 6 ottobre 2000 sulla parte generale del diritto delle assicurazioni sociali (LPGA) sono applicabili all'assicurazione vecchiaia e superstiti disciplinata in questa prima parte, sempre che la presente legge non preveda espressamente una deroga alla LPGA. Nel merito 2.4. In virtù dell'art. 52 cpv. 1 LAVS - sia nella sua versione in vigore sino al 31 dicembre 2002 che in quella valida dal 1. gennaio 2003 - il datore di lavoro deve risarcire il danno che egli ha provocato violando, intenzionalmente o per negligenza grave, le prescrizioni (dell'assicurazione). I presupposti dell'obbligo di risarcimento sono quindi l'esistenza di un danno, la violazione delle prescrizioni vigenti in materia di contributi paritetici da parte del datore di lavoro, e l'intenzionalità o la negligenza grave. Nell'ipotesi in cui il datore di lavoro è una persona giuridica, che è stata sciolta allorché la pretesa viene fatta valere, possono essere convenuti, in via sussidiaria, i suoi organi responsabili (DTF 123 V 15 consid. 5b con riferimenti; SVR 2001 AHV Nr. 6, pag. 20). Sussidiarietà significa che la cassa di compensazione deve innanzitutto rivolgersi al datore di lavoro. Solo nel caso in cui il datore di lavoro non può far fronte al suo obbligo contributivo la cassa di compensazione può agire sussidiariamente e direttamente contro i suoi organi. Generalmente questo è il caso in cui la cassa accusa un danno a seguito del fallimento della società datrice di lavoro (Nussbaumer, Die Haftung des Verwaltungsrates nach Art. 52 AHVG, in AJP/PJA 1996 pag. 107.; Frésard, Les développements récents de la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances relative à la responsabilité de l'employeur selon l'art. 52 LAVS, in RSA 1991, no. 2 pag. 163). In questo contesto si situa anche il rilascio dell'attestato di carenza beni definitivo in una procedura di esecuzione in via di pignoramento. Tale documento attesta ufficialmente, oltre al mancato adempimento all'obbligo di versare i contributi, l'insolubilità del datore di lavoro. Quindi alla Cassa è lecito richiedere il risarcimento ex art. 52 LAVS agli organi anche se la società esiste giuridicamente (RCC 1988 pag. 137 consid. 3c). Per questo, dalla notifica di tale atto, non vi è motivo per non iniziare una procedura di risarcimento contro i suoi organi sussidiariamente responsabili (RCC 1988 pag. 137 consid. 3c, confermato in RCC 1991 pag. 135 consid. 2a; cfr. la critica di Kunz, Die Schadenersatzpflicht des Arbeitsgebers in der AHV, tesi Winterthur 1989, pag. 63). Qualora più datori di lavoro, come per esempio i membri di una società semplice, o più organi di una persona morale, abbiano cagionato assieme un danno, essi ne rispondono solidalmente (DTF 114 V 214 e sentenze ivi citate). Il

TFA ha recentemente riesaminato il problema della responsabilità sussidiaria degli organi ed ha concluso che la prassi finora adottata a proposito dell'art. 52 LAVS deve essere ancora mantenuta (DTF 129 V 11 = Pratique VSI pag. 79 ss). L'Alta Corte ha in particolare precisato che né dal Messaggio del Consiglio federale concernente l'11a revisione dell'AVS (DTF 129 V 13 consid. 3.3.), né dai lavori preparatori della LPGGA (DTF 129 V 13 consid. 3.5.) sono emerse indicazioni per un cambiamento della prassi finora adottata. Restano quindi interamente applicabili le massime giurisprudenziali ivi riportate. 2.5. In via preliminare deve essere esaminato se la Cassa ha iniziato prematuramente le procedure di risarcimento. Al riguardo i ricorrenti osservano che: "(...) Dal verbale di pignoramento del 25 aprile 2001 (doc. \_) risultano pignorati a favore della Cassa di compensazione una partita di tubi ovali in ottone, trafilato di precisione della lunghezza di cm 1150-1250 stimati in CHF 70'000.-, oltre ad altri oggetti, materiale d'ufficio, ecc. per un importo di circa CHF 5'000.-. Era stato fissato un incanto per la vendita di tale merce l'8 marzo 2002, il cui esito non è noto, risulta però ai ricorrenti che tale procedura si è conclusa con un nulla di fatto, nel senso che non sarebbe stato effettuato l'incanto (...)" (doc. \_, pag. 2). Ora, dagli atti risulta che la società entrò in mora con il pagamento dei contributi, per cui la Cassa dovette sistematicamente diffidarla dal mese di marzo 1995 e precettarla a partire dal mese di maggio 1995 (cfr. allegati doc. \_ e allegati doc. \_). In data 2 agosto 2002, l'UE di \_\_\_\_\_ ciato diversi attestati di carenza beni per un totale di fr. 3'145.05 (cfr. allegati \_). Il TFA ha stabilito che il credito risarcitorio della Cassa nasce il giorno in cui il danno è causato (insorgenza del danno). Nell'ambito di un fallimento del datore di lavoro detto giorno è quello dell'apertura del fallimento stesso, poiché è da questo momento che gli oneri sociali scoperti non possono più essere recuperati seguendo la procedura ordinaria (DTF 123 V 15 consid. 5b e c, 170 consid. 2b, 121 III 384 consid. 3bb, 388 consid. 3a e b riferimenti; principi recentemente riconfermati in STFA inedita dell'8 novembre 1999 in re G. H., pag. 4). Tuttavia, decisiva per la decorrenza del termine annuo di perenzione ex art. 82 vOAVS o del termine di prescrizione biennale del nuovo art. 52 cpv. 3 LAVS non è però la data d'insorgenza del danno, ma quella in cui la cassa di compensazione ne viene effettivamente a conoscenza (cfr. Nussbaumer, "Das Schadenersatzverfahren nach art. 52 AHVG" pag. 109, in Aktuelle Fragen aus dem Beitragsrecht der AHV, Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Verwaltungskurse an der Universität St. Gallen, volume 44, S. Gallo 1998; STFA inedita dell'8 novembre 1999 in re G. H., pag. 4). In caso di fallimento la Cassa conosce sufficientemente il suo pregiudizio, in via di massima, quando è informata del suo collocamento nella liquidazione. Il TFA ha ancora di recente confermato che la Cassa ha, di regola, conoscenza del danno subito nel fallimento del datore di lavoro soltanto al momento in cui è depositata la graduatoria, e questo anche se è venuto meno il privilegio dei crediti contributivi nel fallimento (SVR 2002 AHV Nr. 18, consid. 2b; DTF 126 V 444). Tale conoscenza può, in presenza di particolari circostanze, sussistere già prima del deposito dello stato di graduatoria quando ad esempio la Cassa è stata resa edotta dall'amministrazione del fallimento, in seguito ad un'assemblea dei creditori, che nessun dividendo verrà distribuito ai creditori della sua classe (DTF 118 V 196 consid. 3b; 116 II 162; RCC 1992 pag. 504 consid. 3b; riguardo al riconoscimento del danno al momento della prima assemblea dei creditori cfr. Pratique VSI 1996 pag. 167 consid. 3c/aa = DTF 121 V 240 consid. 3c/aa). In un'esecuzione per via di pignoramento per contro la conoscenza del danno coincide con la notifica dell'attestato di carenza beni ai sensi dell'art. 115 cpv. 1 LEF, in relazione con l'art. 149 LEF, e questo anche nell'ipotesi in cui il datore di lavoro è una persona giuridica non ancora sciolta per fallimento. Da quel

momento decorre il termine di perenzione di un anno del vecchio art. 82 cpv. 1 OAVS, rispettivamente del nuovo termine di prescrizione di due anni del nuovo art. 52 cpv. 3 LAVS (cfr. STFA del 19 agosto 2003 nella causa M, H 142/03, consid. 4.2 e 4.3; STFA del 5 giugno 2003 nella causa V.C. e R. G., consid. 4.3; STFA del 20 marzo 2003 nella causa W., H 265/00, consid. 3.6.; STFA del 19 febbraio 2003 nella causa A., B., C., D., E., H 284/02, consid. 7.2.; DTF 113 V 257s = RCC 1988 pag. 136; RCC 1991 pag. 132; Nussbaumer, Les caisses de compensation en tant que parties à une procédure de réparation d'un dommage selon l'art. 52 LAVS in RCC 1991 pag. 405 in fine). Il danno la cassa lo subisce quando si rende conto (o, secondo le attenzioni del caso, doveva rendersi conto) dell'irrecuperabilità dei contributi sociali. Il caso più emblematico è proprio quello del rilascio dell'attestato di carenza beni a seguito di pignoramento che segna il momento dell'insorgenza del danno come pure quello della conoscenza del danno (cfr. STFA del 19 agosto 2003 nella causa M, H 142/03, consid. 4.2 e 4.3; STFA del 5 giugno 2003 nella causa V.C. e R. G., consid. 4.3; STFA del 20 marzo 2003 nella causa W., H 265/00, consid. 3.6.; STFA del 19 febbraio 2003 nella causa A., B., C., D., E., H 284/02, consid. 7.2.). Del resto con l'attestato di carenza beni (definitivo) a seguito di pignoramento si anticipa quello che è normalmente il momento della conoscenza del danno, ossia prima del deposito della graduatoria nel fallimento o prima della sospensione del fallimento per mancanza di attivi ai sensi dell'art. 230 LEF. Nemmeno il rilascio dell'attestato di carenza beni provvisorio è sufficiente per valutare l'estensione e la conoscenza del danno. Questo atto infatti obbliga la Cassa di compensazione, dal punto di vista del diritto dei contributi, a inoltrare una domanda di vendita ed attendere il relativo esito. Come abbiamo visto, anche nella fattispecie in esame il danno è sorto, e le parti ne sono venute a conoscenza, con il rilascio degli attestati di carenza beni 2 agosto 2002 (cfr. allegati \_). Per cui non si pone il problema a sapere se la Cassa ha agito in modo prematuro emettendo le decisioni di risarcimento in data 24 luglio 2003. Nella fattispecie in esame quindi, alla luce delle considerazioni che precedono, la Cassa era pienamente legittimata ad intimare le decisioni di risarcimento danni che ci occupano, senza dover attendere l'esito della realizzazione dei beni pignorati a seguito della procedura per pegno manuale relativa ad una partita di tubi del valore di fr. 70'000.--. Come visto, gli attestati di carenza beni del 2 agosto 2002 attestano l'insolvibilità della società e quindi, oltre all'insorgenza del danno, determinano il momento di conoscenza dello stesso da parte della Cassa (cfr. STFA del 19 agosto 2003 nella causa M, H 142/03, consid. 4.2 e 4.3; STFA del 5 giugno 2003 nella causa V.C. e R. G., consid. 4.3; STCA del 10 aprile 2003 nella causa O.M. e F.D.G, Inc. 31.02.22-23, consid. 2.2). 2.6. I ricorrenti sostengono inoltre che i crediti contributivi del 1997 e 1998 sarebbero perenti. Come abbiamo visto ai considerandi 2.2. e 2.3., dal 1° gennaio 2003 è entrata in vigore la legge sulla parte generale del diritto delle assicurazioni sociali (LPGA), che ha modificato diverse disposizioni in ambito AVS, tra cui, in particolare, quelle riguardanti la responsabilità del datore di lavoro giusta l'art. 52 LAVS, nonché l'abrogazione degli artt. 81 e 82 OAVS. Con l'abrogazione di quest'ultimo articolo, che disciplinava la perenzione del diritto al risarcimento dei danni, il legislatore ha voluto sostituire il precedente termine di perenzione di un anno (che, contrariamente al tenore letterale dell'art. 82 vOAVS che parlava di "prescrizione", trattava di termini di perenzione, che venivano accertati d'ufficio; cfr. anche DTF 128 V 12, consid. 1; DTF 126 V 451, consid. 2a; STFA del 24 gennaio 2002 nella causa L., H 51/00, consid. 5a) con un termine di prescrizione di due anni (cfr. "Novità nel campo dell'azione di risarcimento danni ex art. 52 LAVS della Cassa di compensazione AVS/AI/IPG nei confronti del datore di lavoro, RDAT II 2002 pag. 525 s). Il capoverso 3

del nuovo articolo 52 LAVS recita infatti: " 3 Il diritto al risarcimento del danno si prescrive in due anni, dal momento in cui la cassa di compensazione competente ha avuto notizia del danno, ma in ogni caso in cinque anni dall'insorgere del danno. Questi termini possono essere interrotti. Il datore di lavoro può rinunciare a eccepire la prescrizione." Ora, come abbiamo visto al considerando 2.2., per quanto riguarda l'applicazione di norme di diritto materiale da un punto di vista temporale, sono di principio determinanti quelle in vigore al momento in cui si realizza la fattispecie che esplica degli effetti e il giudice delle assicurazioni sociali, ai fini dell'esame della vertenza, si fonda sui fatti che si sono realizzati fino al momento determinante dell'emanazione della decisione amministrativa contestata (DTF 129 V 4 consid. 1.2, 127 V 467 consid. 1, 126 V 136 consid. 4b, 121 V 366 consid. 1b; SVR 2003 IV Nr. 25 pag. 76 consid. 1.2; STFA del 20 marzo 2003 nella causa B., H 27/02, consid. 1, pag. 2; STFA del 9 gennaio 2003 nella causa A., P 76/01, consid. 1.3, pag. 4; STFA del 9 gennaio 2003 nella causa C., U 347/01, consid. 2 pag. 3; STFA del 9 gennaio 2003 nella causa P., H 345/01, consid. 2.1, pag. 3). Le norme che regolano la perenzione o la prescrizione sono d'ordine materiale. Quindi, seguendo le indicazioni dell'Alta Corte Federale, è necessario definire quando i fatti giuridicamente importanti hanno esplicito il loro effetto. Nella fattispecie, la società entrò in mora con il pagamento dei contributi, per cui la Cassa dovette - come risulta dagli atti - sistematicamente diffidare la società dal mese di marzo 1995 e precettarla a partire dal mese di maggio 1995 (cfr. allegati doc. \_). In data 2 agosto 2002, l'UE di \_\_\_\_\_ ha rilasciato diversi attestati di carenza beni per un totale di fr. 3'145.05 (cfr. allegati \_). Da quanto appena esposto si deduce in modo inequivocabile che prima dell'entrata in vigore della nuova LPGA (1° gennaio 2003) si sono succeduti diversi eventi (cfr. consid. 2.5) e che - come si vedrà meglio nei considerandi successivi - hanno prodotto delle conseguenze importanti per quanto riguarda l'insorgenza rispettivamente la conoscenza del danno oggetto del presente giudizio. Si tratta in sostanza del rilascio da parte dell'UE di \_\_\_\_\_, di diversi attestati di carenza beni (cfr. allegati \_). Il diritto (materiale) applicabile alla fattispecie è quindi quello in vigore fino al 31 dicembre 2002. La Cassa è tuttavia dell'avviso che, per quanto riguarda la prescrizione, il diritto applicabile alla fattispecie sia quello entrato in vigore il 1° gennaio 2003. Le Direttive sulla riscossione dei contributi nell'AVS, AI e IPG (DRC) edite dall'UFAS, e più precisamente le cifre 7057 (1/03) e 7081 (1/03), prevedono che le regole sulla prescrizione secondo l'art. 52 cpv. 3 LAVS (quindi nella versione in vigore dal 1° gennaio 2003) valgono unicamente per i crediti in riparazione del danno che non erano già prescritti al 1° gennaio 2003 (in virtù del vecchio art. 82 OVAS). La versione francese cifra 7057 della DRC (non disponibile ancora in italiano) ha infatti questo tenore: " Les règles sur la prescription selon l'art. 52 al. 3 LAVS valent uniquement pour les créances en dommages-intérêts qui n'étaient pas déjà prescrites au 1er janvier 2003 (en vertu de l'art. 82 RAVS)" In altre parole, la direttiva stabilisce che se il termine di perenzione di un anno ex art. 82 vOAVS, iniziato a decorrere prima del 31 dicembre 2002, non "completa" l'anno per divenire perento entro il 31 dicembre 2002, si deve applicare, dopo il 31 dicembre 2002, il termine di prescrizione di due anni ai sensi del nuovo art. 52 cpv. 3 LAVS. 2.7. Secondo la giurisprudenza l'applicazione del nuovo diritto ad una fattispecie che si è conclusa prima della sua entrata in vigore configura un caso di retroattività propria (SVR 1996 IV Nr. 71 p. 208 consid. 3a; DTF 110 V 255 consid. 3a; A. Maurer, Bundessozialversicherungsrecht, Ed. Helbing & Lichtenhahn, Basilea Francoforte 1994, p. 37/38). Così come nel diritto amministrativo in genere, anche nel diritto delle assicurazioni sociali vige, di regola, il principio dell'inammissibilità della retroattività così intesa (DTF 122 V 408; DTF 99 V

202ss). In effetti a nessuno dev'essere imposto un obbligo che al momento della realizzazione della fattispecie non era conosciuto e su cui non poteva né doveva contare (U. Häfelin/G. Müller, *Grundriss des allgemeinen Verwaltungsrechts*, Zurigo 1990, N. 266). A determinate condizioni, tuttavia, può essere derogato al principio della non-retroattività: la retroattività deve essere espressamente prevista dalla legge, ragionevolmente limitata nel tempo, non deve portare a delle ineguaglianze scioccanti, deve essere giustificata da motivi pertinenti, ossia deve rispondere ad un interesse pubblico degno di protezione rispetto agli interessi privati in gioco e, infine, deve rispettare i diritti acquisiti (cfr. Adelio Scolari, *Diritto Amministrativo Parte generale*, ed. 2002, n. 273 ss. e giurisprudenza ivi citata; DTF 122 V 408; DTF 120 V 329 consid. 8b; 119 Ia 258 consid. 3b). In materia di previdenza professionale, il TFA ha ad esempio avuto modo di sviluppare le seguenti considerazioni: "Selon les principes généraux, l'on applique, en cas de changement de règles de droit, les dispositions en vigueur lors de la réalisation de l'état de fait qui doit être apprécié juridiquement ou qui a des conséquences juridiques. Ces principes valent également en cas de changement de dispositions réglementaires ou statutaires des institutions de prévoyance. Leur application ne soulève pas de difficultés en présence d'un événement unique, qui peut être facilement isolé dans le temps. S'agissant par exemple des prestations de survivants, l'on applique les règles en vigueur au moment du décès de l'assuré, c'est-à-dire la date à laquelle naît le droit aux prestations du bénéficiaire (ATF 121 V 1009 consid. 1a et les références). En matière de prévoyance professionnelle, si par suite de l'entrée en vigueur rétroactive d'un règlement, la rétroactivité peut, à certaines conditions, être admise quant aux personnes affiliées à la date de l'adoption du règlement, elle ne saurait être envisagée pour un assuré qui a quitté l'institution, à moins que les modifications apportées n'améliorent la situation du bénéficiaire (Grisel, *Traité de droit administratif*, vol. 1, p. 148; CF. ATF 115 V 100 consid. 4b). L'intimé ayant quitté l'institution de prévoyance avant l'adoption du règlement de 1995, sa prestation de sortie doit être fixée en principe selon le règlement de 1990. Toutefois, si le règlement de 1995, dont l'entrée en vigueur a été fixée rétroactivement au 1er janvier 1995, devait lui être plus favorable, celui-ci serait applicable." (DTF 126 V 166-167) Ammissibile, se non vi si oppongono diritti acquisiti (cfr. DTF 122 V 408-409; DTF 122 V 8 consid. 3a), è invece la cosiddetta retroattività impropria (cfr. AHI-Praxis 1996 p. 223 consid. 3a; SVR 1996 IV Nr. 71 p. 208 consid. 3a; DTF 120 V 184 consid. 4b; U. Häfelin/G. Müller, op. cit. N 269; DTF 114 V 151 consid. 2; DTF 113 V 299; DTF 110 V 254 consid. 3a). Essa è data nel caso in cui ci si trova confrontati con una situazione durevole, non ancora conclusasi, nell'istante in cui interviene il cambiamento di legge. In tal caso si applica di regola il nuovo diritto, salvo se vi è una disposizione transitoria che prevede il contrario. Non si tratta dunque di retroattività vera e propria (DTF 121 V 100 consid. 1a e dottrina ivi citata; DTF 123 V 135 consid. 2b). E' retroattiva in senso improprio, la norma giuridica che esercita i suoi effetti "ex nunc et pro futuro", vale a dire su uno stato di cose iniziato nel passato ma che si protrae dopo il cambiamento dell'ordinamento giuridico (cfr. Grisel, *Traité de droit administratif*, vol. 1, pag. 150; DTF 106 Ia 258; DTF 104 Ib 219, RDAT II-1993 32, 45, cfr. anche DTF 122 V 405, 408). Quindi, riassumendo con le parole di Georg Müller in *Commentaire de la Constitution fédérale del Confédération suisse*, n. 74 ad art. 4, dalla retroattività propria, che si riferisce a norme che si applicano a fatti terminati prima dell'adozione della nuova normativa, bisogna distinguere la retroattività impropria, che è invece ammessa: ciò accade quando il nuovo diritto produce effetti solo dopo la sua entrata in vigore, anche se si applica in certi casi a fattispecie esistenti prima della sua entrata in vigore, oppure quando il nuovo

diritto si applica a fattispecie durevoli non limitate nel tempo. Le nuove disposizioni sulla prescrizione si applicano a tutti i crediti che sono sorti e diventati esigibili prima della loro entrata in vigore, ma che non erano ancora prescritti a quell'epoca, e poco importa se concernono la sospensione o l'interruzione dei termini o la loro durata (cfr. DTF 107 Ib 203 ss, DTF 97 I 629; anche Grisel, *Traité de droit administratif*, vol. 2, pag. 662). Secondo la giurisprudenza del TF, un credito soggetto a prescrizione è appunto un fatto durevole cui il nuovo diritto può essere applicato senza che via sia retroattività in senso proprio. Pertanto, norme sulla prescrizione contenute nel nuovo diritto sono applicabili anche a crediti che sono sorti e sono scaduti prima dell'entrata in vigore del nuovo diritto, purché a tale momento non fossero già prescritti (cfr. DTF 107 Ib 198 consid. 7b; RDAT II 1998 n. 13t, pag. 311; RDAT I-1995 n. 46, pag. 116). Il TCA, con sentenza del 31 marzo 2004 nella causa M.J. e D. J., Inc. 31.03.12-13, consid. 2.6, ha fatto propri i principi suesposti applicando ad una fattispecie simile a quella ora in esame il nuovo termine di prescrizione di due anni ai sensi del nuovo art. 52 cpv. 3 LAVS e ciò anche se il termine in questione è dapprima iniziato quale termine di perenzione di un anno (cfr. art. 82 vOAVS). 2.8.1. Ora, è necessario sapere da quando far partire il termine di prescrizione di due anni, ritenuto che le decisioni di risarcimento danni sono del 24 luglio 2003. Come visto al considerando 2.5., la giurisprudenza sviluppatasi attorno all'art. 82 vOAVS stabilisce che, il diritto al risarcimento dei danni si prescrive quando la Cassa di compensazione non lo fa valere mediante una decisione entro un anno dal momento in cui ne ha avuto conoscenza e, in ogni caso, decorsi 5 anni dal giorno in cui essi si sono avverati. Lo stesso vale anche per il nuovo termine di prescrizione di due anni ex art. 52 cpv. 3 LAVS. La Cassa ha conoscenza del danno nel momento in cui, facendo uso dell'attenzione da lei esigibile, accerta che la situazione di fatto non permette l'esazione dei contributi e consente di fondare la decisione di risarcimento (cfr. DTF 128 V 17, consid. 2a; DTF 126 V 444 consid. 3a; DTF 121 III 388 consid. 3a e b; DTF 119 V 92 con riferimenti; cfr. anche DTF 121 V pag. 240). Il termine entro cui far valere la pretesa risarcitoria inizia inoltre a decorrere solo dal giorno in cui, accanto al danno, la Cassa ha pure conoscenza della persona tenuta al risarcimento (cfr. STFA del 23 agosto 2002 nella causa V. V. e M. C., H 405+406/00, consid. 3.4; Pratique VSI 2002 pag. 96; STFA del 4 aprile 2002 nella causa T. F SA, H 221/01, consid. 3b e riferimenti, DTF 111 V 14; RCC 1991 pag. 132;). 2.8.2. Come abbiamo visto nel considerando 2.5., in un'esecuzione per via di pignoramento la conoscenza del danno coincide con la notifica dell'attestato di carenza beni ai sensi dell'art. 115 cpv. 1 LEF, in relazione con l'art. 149 LEF, e questo anche nell'ipotesi in cui il datore di lavoro è una persona giuridica non ancora sciolta per fallimento. Nella STFA del 19 agosto 2003 nella causa M, H 142/03, consid. 4., l'Alta Corte ha infatti sentenziato (sottolineature del redattore): " (...)

#### **E. 4.1**

Dans un premier moyen, le recourant fait valoir que, contrairement à l'avis de la juridiction cantonale, la péremption d'une année en matière de connaissance du dommage (art. 82 al. 1 RAVS) était acquise lorsque la caisse a rendu sa décision en réparation, le 20 mars 1996. Selon lui, le point de départ du délai de connaissance du dommage a commencé à courir dès la notification du procès-verbal de saisie provisoire du 30 janvier 1995. En effet, il ressortait que la valeur des biens saisissables s'élevait à 6'610 fr., alors que les créances de l'intimée pour la poursuite engagée atteignaient, aux yeux du recourant, environ 50'000 fr. De l'avis de M. \_\_\_\_\_, la caisse devait savoir dès ce moment-là qu'elle allait perdre, dans une très large mesure, sa créance de cotisations, ce d'autant plus qu'elle avait été avertie de

la situation financière précaire de X. \_\_\_\_\_ SA (courrier de D. \_\_\_\_\_ AG du 10 février 1994 à l'intimée) et informée de la cessation des activités de la société dès le 7 juin 1994 (courrier de X. \_\_\_\_\_ SA du 4 octobre 1994 à l'intimée).

#### **E. 4.2**

Selon la jurisprudence concernant le moment de la connaissance du dommage au sens de l'art. 82 al. 1 RAVS, lorsque la caisse de compensation subit un dommage à cause de l'insolvabilité de l'employeur et en dehors de la faillite de ce dernier, le moment de la connaissance du dommage et, partant, le point de départ du délai d'une année coïncident avec le moment de la délivrance d'un acte de défaut de biens ou d'un procès-verbal de saisie selon l'art. 115 LP (ATF 113 V 256 consid. 3c, RCC 1988 p. 323 consid. 3b). Ceci ne vaut cependant que pour l'acte de défaut de biens définitif au sens de l'art. 115 al. 1 LP (en corrélation avec l'art. 149 LP), soit lorsque le procès-verbal de saisie indique que les biens saisissables font entièrement défaut. En revanche, on ne peut pas retenir que le dommage est survenu ou connu au sens de l'art. 82 al. 1 RAVS lorsque c'est sur la base d'une simple estimation de l'office des poursuites que les biens saisissables sont considérés comme insuffisants et qu'on ne peut par conséquent admettre que les créances sont totalement irrécouvrables. Du point de vue du droit des cotisations, l'acte de défaut de biens provisoire au sens de l'art. 115 al. 2 LP, dont le procès-verbal de saisie tient alors lieu, habilite et oblige la caisse de compensation à déposer une demande de réquisition de vente et à en attendre le résultat. Dès lors, la remise d'un tel acte de défaut de biens après saisie ne coïncide en règle générale pas avec le commencement du délai de péremption d'une année. Demeurent réservés les cas où, selon les circonstances, il n'y a manifestement plus rien à espérer de la procédure de réalisation (RCC 1988 p. 323 consid. 3c, 1991 p. 135 consid. 2a; voir aussi ATF 116 V 76 consid. 3c).

#### **E. 4.3**

Au vu de ce qui précède, la notification du procès-verbal de saisie à l'intimée, le 31 janvier 1995, lequel valait acte de défaut de biens provisoire puisqu'il faisait état de biens saisissables (art. 115 al. 2 LP), ne peut fonder le point de départ de la connaissance du dommage. Il n'existe pas non plus en l'espèce de circonstances spéciales permettant de croire qu'il n'y avait manifestement plus rien à espérer de la procédure de réalisation. A cet égard, le recourant invoque en vain que la caisse savait dès le début du mois d'octobre 1994 que la société n'était plus active et faisait face à des difficultés financières, de sorte qu'elle aurait dû savoir que la réalisation des biens inventoriés ne lui procurerait pas un dédommagement satisfaisant. En effet, le courrier adressé par A. \_\_\_\_\_ à l'intimée le 4 octobre 1994 ne l'informait que de la fermeture, à partir du 7 juin 1994, de la pharmacie exploitée par la société, sans mentionner X. \_\_\_\_\_ SA en tant que telle. L'intimée pouvait donc en déduire que la société cessait son activité en rapport avec l'exploitation de la Pharmacie Z. \_\_\_\_\_, mais ignorait en revanche si X. \_\_\_\_\_ SA poursuivait d'autres activités qui faisaient partie de son but social, telles par exemple la participation à des entreprises chimiques ou pharmaceutiques, susceptibles de lui procurer d'autres revenus. Par ailleurs, le simple fait d'avoir été mise au courant de la situation financière précaire de la société par sa fiduciaire en février 1994, ne permettait pas à la caisse de se faire une opinion sur le recouvrement ultérieur de ses créances. Dans ces circonstances, la délivrance d'un acte de défaut de biens provisoire, le 31 janvier 1995, ne permettait pas encore, conformément à la jurisprudence citée, d'estimer suffisamment l'étendue du dommage pour que sa connaissance puisse en être imputée à la caisse. En l'occurrence, le départ du délai de

péremption d'une année est intervenu au moment de la suspension de la faillite faute d'actifs, soit à la date déterminante de la publication de cette mesure dans la FOOSC - ici, dans la Feuille d'avis officiel du canton de Genève, le 12 avril 1995 - conformément à la jurisprudence (ATF 129 V 195 consid. 2.3, 128 V 12 consid. 5a et les arrêts cités), même si la liquidation sommaire a été ordonnée par la suite (ATF 128 V 14 consid. 5c). La décision en réparation du dommage datée du 20 mars 1996 n'était donc pas tardive. Partant, le moyen tiré de la péremption se révèle infondé (...)"

Anticipare ancora maggiormente la conoscenza del danno è in contrasto con la costante giurisprudenza del TFA, che del resto è chiara su quest'aspetto (cfr. consid. 2.5.). Riassumendo quanto stabilito dal TFA, il termine di perenzione annuale ex art. 82 vOAVS e il termine di prescrizione di due anni ex art. 52 cpv. 3 LAVS, parte con il rilascio dell'attestato di carenza beni definitivo. Ritenuto che le decisioni di risarcimento danni sono del 24 luglio 2003, il termine di prescrizione biennale ex art. 52 cpv. 3 LAVS applicato alla fattispecie in esame risulta essere stato ampiamente rispettato. Lo stesso vale se, per ipotesi, si volesse applicare il termine di perenzione di un anno secondo la vecchia normativa, in quanto gli attestati di carenza beni sono datati 2 agosto 2002, mentre le decisioni di risarcimento danni 24 luglio 2003.

2.10. Per quanto attiene "all'eccezione di prescrizione" sollevata per le pretese relative ai contributi per gli anni 1997 e 1998, va precisato quanto segue. Il termine di perenzione di cinque anni dell'art. 16 LAVS deve essere distinto da quello di prescrizione del nuovo art. 52 cpv. 3 LAVS (precedentemente di perenzione ai sensi dell'art. 82 cpv. 1 vOAVS; cfr. STCA del 28 maggio 2002 nella causa B., Inc. 31.01.36, consid. 2.3). Il primo si riferisce ai contributi dovuti dal datore di lavoro, il cui importo non è stato fissato in una decisione notificata entro un termine di cinque anni dalla fine dell'anno civile per il quale sono dovuti. Il secondo invece si riferisce al diritto di risarcimento dei danni ex art. 52 LAVS nei confronti degli organi della società. Tale diritto si prescrive quando la Cassa di compensazione non lo fa valere mediante una decisione entro due anni dal momento in cui ha avuto conoscenza del danno e, in ogni caso, decorsi 5 anni dal giorno in cui esso si è avverato. Contrariamente a quanto sembrano sostenere i ricorrenti in casu non si tratta della riscossione dei contributi, bensì di una pretesa risarcitoria per il mancato versamento di contributi. Ora, come abbiamo visto al considerando 2.8.2., il termine di prescrizione biennale del diritto al risarcimento dei danni ha iniziato a decorrere con il rilascio degli attestati di carenza beni, datati 2 agosto 2002; per cui, essendo le decisioni del 24 luglio 2003, il termine di prescrizione biennale non è prescritto.

2.11. Si ha un danno ai sensi dell'art. 52 LAVS ogni qualvolta dei contributi paritetici legalmente dovuti all'AVS sfuggono a questa assicurazione. Il danno subentra allorquando questi contributi non possono essere riscossi per motivi di diritto o di fatto. Questo per intervenuta prescrizione ai sensi dell'art. 16 cpv. 1 LAVS o per insolvenza del datore di lavoro (cfr. Nussbaumer, AJP/PJA 1996 pag. 1076; DTF 123 V 15, 16, consid. 5b; DTF 98 V 26). L'ammontare del danno corrisponde a quello dei contributi che il datore di lavoro avrebbe dovuto versare (DTF 98 V 26 = RCC 1972 pag. 687; Frésard, La responsabilité de l'employeur pour le non-paiement de cotisations d'assurances sociales selon l'art. 52 LAVS, in RSA 1987, no. 10, pag. 9). Costituiscono elementi del danno risarcibile, tra l'altro, i contributi AVS/AI/IPG, sia per la parte del salariato che quella del datore di lavoro (cfr. STFA del 28 ottobre 2002 nella causa P. e F., H166/02, consid. 4.1.; STCA del 10 giugno 2002 nella causa A., Inc. 31.02.10., consid. 2.3; Pratique VSI 1994 pag. 104); i contributi della disoccupazione (cfr. STFA del 4 ottobre 2002 nella causa A. e T., H 346/01, consid. 4); i contributi dovuti all'assicurazione cantonale degli assegni familiari, le spese di amministrazione; gli interessi moratori (cfr. art. 41bis OAVS), le spese

esecutive (cfr. la giurisprudenza citata in Trisconi-Rossetti, L'azione di risarcimento danni della Cassa di compensazione AVS/AI/IPG nei confronti del datore di lavoro ex art. 52 LAVS, RDAT II 1995 pag. 369 s; vedi anche la numerosa giurisprudenza citata in Istituto delle assicurazioni sociali, "Novità nel campo dell'azione di risarcimento danni ex art. 52 LAVS della Cassa di compensazione AVS/AI/IPG nei confronti del datore di lavoro, RDAT II 2002 pag. 519 s; STFA del 24 ottobre 2000 nella causa T., C. e S., H 113/00, consid. 6). Non sono invece computabili le multe inflitte dalla Cassa (cfr. STFA del 19 agosto 2003 nella causa M., H 142/03, consid. 5.6; STFA del 4 novembre 1996 nella causa A., H 194/96).

2.12. Tutti i ricorrenti hanno in via precauzionale contestato l'importo del danno fatto valere dalla Cassa (cfr. opposizioni, allegati \_). Per quel che concerne l'ammontare del danno, spetta all'amministrazione di documentare la propria pretesa mediante estratti, salari, fatture, estratti conto ecc. (cfr. Trisconi-Rossetti, op. cit., RDAT II 1995, pag. 396, N.4.4.2.). Tuttavia va ricordato che, in applicazione del principio dell'obbligo di collaborazione delle parti, in caso di contestazione, incombe alla controparte portare le prove che l'importo del danno richiesto dalla cassa di compensazione non è corretto (RCC 1991 pag. 133, consid. II/1b). Del resto, secondo la giurisprudenza del TFA, se il credito fatto valere dalla cassa di compensazione in una procedura di risarcimento danni si basa su una decisione di fissazione di contributi arretrati cresciuta in giudicato, l'ammontare del danno fatto valere davanti all'autorità cantonale di ricorso può essere rivisto soltanto se vi sono motivi di indubbia erroneità dei contributi. Questo vale anche nel caso in cui la decisione di fissazione dei contributi non sia stata indirizzata personalmente alle singole persone chiamate in seguito in causa (RCC 1991, pag. 133, consid. II/1b; cfr. Trisconi-Rossetti, op. cit., RDAT II 1995, pag. 374, N.4.3.6). Infatti, la possibilità di ricorrere contro la decisione sui contributi arretrati protegge in modo sufficiente gli organi del datore di lavoro divenuto insolubile contro il rischio di dover assumere crediti di risarcimento ingiustificati (STFA inedita del 14 dicembre 1998 in re R.G., consid. 3c, H 234/97, del 6 gennaio 1998 in re A.D.M. consid. 6c, H 99/95). Nella fattispecie in esame, occorre tuttavia rammentare che la società versava acconti mensili secondo il sistema forfetario (cfr. SVR 2003 Nr. 1 consid. 5 e riferimenti). Ai sensi dell'art. 34 cpv. 1 let. a OAVS, infatti, la cassa di compensazione può consentire al datore di lavoro di versare, invece dell'importo esatto dei contributi dovuti per un periodo di pagamento, una somma approssimativamente corrispondente. In tale caso, il conguaglio sarà fatto alla fine dell'anno civile. Questa procedura forfetaria permette al datore di lavoro di versare degli acconti, secondo le istruzioni della cassa di compensazione, sino alla fine dell'anno civile. Gli acconti sono stabiliti sull'ammontare dei salari soggetti all'AVS dell'anno precedente (Pratique VSI 1993 pag. 174 consid. 4b). Alla fine dell'anno civile la cassa di compensazione, sulla base dei dati definitivi forniti dal datore di lavoro (distinta salari), allestirà il conteggio finale, dal quale risulterà se sono stati determinati contributi in eccesso o in difetto (conguaglio) (cfr. N. 2030 delle Direttive sulla riscossione dei contributi, edite dall'UFAS). In concreto i ricorrenti si limitano a contestare in modo generico il credito risarcitorio della Cassa senza minimamente indicare in cosa la Cassa avrebbe sbagliato, contravvenendo quindi all'obbligo di collaborazione sancito dalla giurisprudenza (RCC 1991 pag. 133, consid. II/1b; STCA dell'8 agosto 2002 nella causa A.M., A. P., A.M. e F.M., Inc. 31.2001.24-27, consid. 2.6.; STCA del 28 maggio 2002 nella causa A., Inc. 31.01.15, consid. 2.4). Dagli specchietti concernenti l'evoluzione del debito contributivo (cfr. allegati \_), dai precetti esecutivi, dagli attestati di carenza beni e dalle diffide (allegati \_), dalle dichiarazioni dei salari e dagli estratti conto (cfr. doc. \_) risulta chiaramente

l'importo dei contributi non saldati. Il danno ammonta dunque a fr. 68'223.75. 2.13. Per definizione, il danno considerato dall'art. 52 LAVS è quello derivante da un atto o da un'omissione in relazione ai compiti che la legge attribuisce al datore di lavoro, segnatamente in materia di versamento dei contributi (Pratique VSI 1994 pag. 99, consid. 5a). Le prescrizioni cui fa riferimento l'art. 52 LAVS sono innanzitutto quelle contenute nella LAVS medesima e nelle sue disposizioni di esecuzione: in particolare le norme concernenti l'obbligo di pagare i contributi, il calcolo degli stessi dovuti sul reddito di un'attività salariata, il prelevamento dei contributi dei salariati, l'obbligo di allestire i relativi conteggi: sono queste le disposizioni in senso stretto (art. 14 cpv. 1 LAVS, art. 34ss OAVS; cfr. RCC 1985, pag. 607 consid. 5a). L'obbligo di conteggiare e versare i contributi da parte del datore di lavoro è un compito di diritto pubblico (Pratique VSI 1994 pag. 108 consid. 7a con riferimenti) ed il venire meno a questo compito costituisce una violazione di prescrizioni ai sensi dell'art. 52 LAVS e comporta il risarcimento integrale del danno (Pratique VSI 1993 pag. 84 consid. 2a, DTF 111 V 173 consid. 2; DTF 108 V 186 consid. 1a; 192 consid. 2a; RCC 1985 p. 646 consid. 3a, 650 consid. 2). Inoltre - anche se ciò non è esplicitamente menzionato nella legge - il datore di lavoro deve preoccuparsi dei contributi paritetici dei quali egli è tenuto ad assumere il prelevamento e la trasmissione alla Cassa con tutta la necessaria attenzione richiesta. Ne consegue che se egli è causa della propria insolvenza nei confronti della Cassa, egli può essere reso responsabile ai sensi dell'art. 52 LAVS, anche se non ha violato una prescrizione specifica della LAVS (RCC 1985, pag. 608 consid. 5b). 2.14. La cassa di compensazione che constata di aver subito un danno in seguito alla non osservanza delle prescrizioni (ad es. dell'art. 14 LAVS, relativo all'obbligo di dedurre da ogni paga i contributi e di versarli periodicamente alla cassa, rispettivamente degli art. 34 e ss. OAVS relativi ai modi di conteggio e di pagamento dei contributi) può presumere che il datore di lavoro ha violato le prescrizioni intenzionalmente o almeno per grave negligenza e quindi può procedere contro di lui. Incombe allora al datore di lavoro di far valere e provare validi motivi di giustificazione e di discolta, idonei cioè ad escludere una violazione intenzionale o per negligenza grave delle prescrizioni, rispettivamente idonei a giustificarla in base a circostanze speciali (DTF 108 V 187; SVR 1995 AHV Nr. 70 pag. 213). È quindi possibile che, procrastinando il pagamento dei contributi, il datore di lavoro riesca a salvaguardare l'esistenza della ditta, ad esempio nell'ipotesi di difficoltà passeggera di liquidità. Affinché un simile comportamento non comporti l'applicazione dell'art. 52 LAVS, occorre che il datore di lavoro, nell'istante in cui decide, abbia seri e oggettivi motivi di ritenere che gli sarà possibile risolvere i contributi entro un termine ragionevole (cfr. DTF 108 V 188; Pratique VSI 1996 pag. 307; RCC 1992 pag. 261 consid. 4b; RCC 1985 p. 604 consid. 3a). L'obbligo del datore di lavoro e dei suoi organi responsabili di risarcire il danno alla Cassa sarà negato, e di conseguenza decadrà, se questi reca e prova motivi di giustificazione, rispettivamente di discolta (DTF 108 V 187 consid. 1b; Knus, op. cit., pag. 54, Frésard, op. cit., RSA 1987, pag. 7). 2.15. Ai sensi della giurisprudenza del TFA si deve ammettere una negligenza grave del datore di lavoro quando questi abbia trascurato di fare quanto doveva apparire importante a qualsiasi persona ragionevolmente posta nella stessa situazione. La misura della diligenza richiesta viene apprezzata secondo il dovere di diligenza che si può e si deve generalmente esigere, in materia di gestione, da un datore di lavoro della stessa categoria di quella a cui appartiene l'interessato (RCC 1988 pag. 634 consid. 5a; DTF 112 V 159 consid. 4 con riferimenti; M. Knus, op. cit., p. 53). I fatti di cui si è resa colpevole una ditta non sono necessariamente imputabili a tutti gli organi della stessa. Si deve infatti esaminare se e in quale misura questi fatti possano essere

addebitati ad un organo determinato, tenuto conto della situazione di diritto e di fatto di quest'ultimo nella ditta medesima. Il tema di sapere se un organo ha agito in modo colposo dipende dalle responsabilità e dalle competenze che gli sono state attribuite dalla ditta (DTF 108 V 202 consid. 3a; RCC 1985 p. 647 consid. 3b; Knus, op. cit. p. 52; U. Christoph Dieterle/U. Kieser, op. Cit. P. 658). Nel caso di una società anonima si debbono porre esigenze molto severe per quanto concerne l'attenzione da prestare alle prescrizioni AVS (DTF 108 V 203 con riferimenti). La giurisprudenza ritiene che, di regola, la mancata deduzione e relativo trasferimento alla Cassa dei contributi configura una grave negligenza. (DTF 108 V 186ss. consid. 1b). Occorre però esaminare se speciali circostanze legittimavano il datore di lavoro a non versare i contributi o potevano scusarlo dal provvedervi ( DTF 121 V 244 consid. 4b; 108 V consid. 1b e 193 consid.2b) 2.16. Innanzitutto va precisato che, secondo costante giurisprudenza (cfr. STCA 14 giugno 1995 nella causa C.; 31.95.00012) la responsabilità del datore di lavoro ai sensi dell'art. 52 LAVS non è in relazione alla gestione della società per se stessa, né a eventuali cause di un fallimento. 2.16.1. \_\_\_\_\_ ha assunto la carica di presidente del CdA, con diritto di firma individuale, dal 15 giugno 1995 (estratto RC informatizzato). 2.16.1.1.

\_\_\_\_\_ sostiene che la sospensione del pagamento dei contributi doveva essere provvisoria e di corta durata. Egli contava infatti di pagare l'arretrato contributivo entro breve. In concreto va analizzato se i motivi invocati dal ricorrente sono idonei ad escludere una violazione intenzionale o per negligenza grave delle prescrizioni conformemente a quanto stabilito dalla giurisprudenza federale (cfr. consid. 2.14). Il Tribunale federale delle assicurazioni ha precisato che la ditta che attraversa una fase difficile e fonda la sua esistenza su equilibri delicati deve prendere delle misure drastiche e immediate ( STFA del 23 luglio 2002 nella causa U.G., E. G e R. G., H 170/01, consid. 4.6. e riferimenti; STFA del 7 maggio 1997 nella causa V., H 336/95, consid. 3d). In un'altra sentenza il TFA ha ancora ribadito che l'organo della società deve prestare particolare attenzione nell'ipotesi in cui è a conoscenza del fatto che la ditta sta attraversando una crisi finanziaria (STFA del 31 agosto 2001 nella causa B., H 446/00, consid. 4a; STFA del 16 aprile 1998 nella causa G., p. 6 e giurisprudenza ivi citata). Va al riguardo ricordato che il TFA ha considerato cronico il mancato pagamento dei contributi durante numerosi mesi (STFA del 7 maggio 1997 nella causa G; cfr. anche STFA del 7 maggio 1997 nella causa V., in cui il mancato pagamento è durato all'incirca dieci mesi). L'Alta Corte ha per contro ritenuto giustificato il mancato versamento della durata di tre mesi se tuttavia precedentemente i contributi erano stati versati regolarmente (cfr. DTF 121 V 243; STFA del 30 gennaio 2003 nella causa W. e P., H 134/02, consid. 3.1. e 3.2.; STFA del 20 agosto 2002 nella causa A. e B., H 295/01, consid. 5; STFA del 29 aprile 2002 nella causa H., M. e S., H 209/01, consid. 4b). Secondo la giurisprudenza del TFA, non può essere riconosciuto alcun motivo di giustificazione se il differimento dei pagamenti dei contributi paritetici era cronico, e i pagamenti venivano effettuati solo dopo che le procedure esecutive, ripetute e numerose, giungevano a uno stadio avanzato (STFA del 27 giugno 1994 in re M.). Recentemente il TFA, in una sentenza del 16 maggio 2002 nella causa A. e B., H 61/01, consid. 3b, parzialmente pubblicata in SVR 2002 AHV Nr. 18, ha sentenziato che se, per diversi anni, non sono stati fatti versamenti, decade la possibilità di discolparsi: " (...) b) Die Sozialversicherungsbeiträge wurden unbestrittenermassen während Jahren zum weit überwiegenden Teil nicht bezahlt, und dies bei ununterbrochen fortgesetzter Unternehmenstätigkeit. Aus der Einstellungsverfügung der Bezirksanwaltschaft vom 21. Mai 1996 geht klar hervor, dass die Beschwerdeführenden die Nichtbezahlung der Sozialversicherungsbeiträge bewusst in Kauf

nahmen. Bei jahrelangen Beitragsausständen, wie sie hier vorliegen, kommen Rechtfertigungs- und Exkulpationsgründe von vornherein nicht in Betracht, weil die Zurückhaltung von Sozialversicherungsbeiträgen nur dann gerechtfertigt werden kann, wenn sie dazu dient, einen kurzfristigen Liquiditätsengpass zu überwinden (ZAK 1992 S. 248 Erw. 4b mit Hinweisen). Abgesehen davon lassen sich aus dem Sanierungskonzept der Treuhänder Y. \_\_\_\_\_ AG vom 25. Oktober 1995 keineswegs Umstände erkennen, welche die Beschwerdeführenden zur Annahme berechtigt hätten, es würde ihnen durch die Zurückbehaltung der Sozialversicherungsbeiträge gelingen, das Überleben der Firma zu sichern (BGE 108 V 187 Erw. 2). Die Zukunft der Garage X. \_\_\_\_\_ AG hing von ganz anderen Faktoren ab als dem Zurückhalten der Sozialversicherungsbeiträge, nämlich insbesondere vom unabdingbaren Einschiessen beträchtlicher zusätzlicher Mittel in der Grössenordnung von mehreren Hunderttausend Franken. Im Zeitpunkt der Erstattung des Sanierungskonzeptes wie auch in der Zeit danach blieb jedoch völlig unbestimmt, ob sich überhaupt ein Interessent oder Investor finden würde, welcher der tief in finanziellen Schwierigkeiten steckenden Firma das Überleben ermöglicht hätte (...)" Inoltre, secondo l'Alta Corte, nemmeno l'illiquidità della società giustifica il procrastinare del pagamento dei contributi se non sono realizzati i chiari criteri di discolta posti dalla giurisprudenza federale (STCA del 4 maggio 1995 nelle cause M.J., M.M., B.N. e P. L.). Nell'evenienza concreta, dagli atti risulta che sin dal 1995 la società è entrata in mora col pagamento dei contributi, ciò che ha costretto la Cassa a diffidarla dal mese di marzo 1995 ed a precettarla a partire dal mese di maggio 1995 (cfr. allegati doc. \_ e allegati doc. \_). I contributi non versati sono relativi al periodo 1997-2001. Il TCA constata che, l'eluso versamento non può dirsi dovuto a difficoltà momentanee (cfr. STCA del 28 maggio 2002 nella causa B., Inc. 31.01.36, consid. 2.8.1). Infatti la Cassa ha dovuto inviare diffide alla società e anche intraprendere procedure esecutive per l'incasso dei contributi sin dal 1995 (cfr. per un caso simile SVR 2002 AHV Nr. 9 consid.3). Finché, alla fine, vi è stato lo scoperto già indicato, risultato irrecuperabile. Non siamo dunque in presenza di un valido motivo di giustificazione previsto eccezionalmente dalla giurisprudenza del TFA (cfr. DTF 121 V 243, principi ancora confermati recentemente in STFA del 30 gennaio 2003 nella causa W. e P., H 134/02, consid. 3.1. e 3.2.; STFA del 27 gennaio 2003 nella causa D.C., A. P. e M.P., H93/01 + H 169/01, consid. 3.4.3). D'altra parte nella citata sentenza del TFA (cfr. DTF 121 V 243) la ditta, oltre a non versare i contributi per soli tre mesi, aveva cessato immediatamente la propria attività senza tentare la via del concordato, dando prova della volontà di limitare al massimo i danni causati alla Cassa. Gli sforzi del ricorrente e della società non modificano dunque la situazione secondo cui la ditta era in difficoltà da ormai troppo tempo per ammettere un qualsiasi motivo di discolta (cfr. consid. 2.14.). In una sentenza dell'11 gennaio 2002 nella causa C., H 103/01, consid. 4c, il TFA si è espresso in questi termini: " (...) I dati dimostrano con palmare evidenza che i problemi finanziari dell'A. F. SA erano tutt'altro che temporanei, la stessa attraversando da anni una grave crisi di liquidità. L'aver, a queste condizioni, deliberatamente procrastinato il pagamento dei contributi per più anni - quando invece un differimento è tollerabile in via eccezionale solo per un periodo di breve durata - nella vana speranza di un risanamento aziendale che doveva apparire ragionevolmente improbabile, tanto più a persona cognita per professione e formazione, esclude che possa darsi esimente di qualsivoglia natura a favore dell'interessato (...)" Lo stesso concetto è stato ribadito nella sentenza del 23 luglio 2002 nella causa U.G., E. G e R. G., H 170/01, consid. 4.4.: " (...)

#### **E. 4.4**

Gli argomenti addotti dai ricorrenti per il mancato pagamento dei contributi sociali non sono sufficienti quale motivo di giustificazione e di discolta nel senso della giurisprudenza. Dalla documentazione agli atti risulta che la Cassa a partire dal 1992/1993 ha sempre dovuto richiamare al pagamento la E. \_\_\_\_\_ SA, adire le vie esecutive e rammentare agli amministratori le responsabilità gravanti su di loro in qualità di organi della società. Dagli atti si evince pure che la E. \_\_\_\_\_ SA al 31 dicembre 1997 aveva accumulato un debito per oneri sociali di fr. 750'573.70 nei confronti della Cassa e che - malgrado le promesse fatte - non aveva prestato la dovuta collaborazione alla Commissione di vigilanza LEPIC in vista di una soluzione del problema, obbligando così quest'ultima a decretare la radiazione della società dall'albo delle imprese di costruzione. È vero che i ricorrenti affermano di aver "finanziato in prima persona l'operazione di risanamento della società, accollandosi personalmente un debito di fr. 1'200'000.- contratto dalla E. \_\_\_\_\_ SA con la Banca X. \_\_\_\_\_". Va però ricordato che dal profilo processuale non basta sostenere un fatto rilevante, se esso non viene anche comprovato. Ora, a sostegno della loro tesi liberatoria i ricorrenti non indicano qualsivoglia documento tra quelli prodotti e nemmeno risultano espressamente richiamati specifici mezzi di prova atti a dimostrare che l'importo sopra indicato sia stato concesso ed utilizzato nell'interesse della ditta. L'asserzione dei ricorrenti è rimasta allo stadio di puro parlato senza supporto probatorio alcuno. Dovendosi ritenere secondo la comune esperienza della vita che documenti bancari rilevanti vengano custoditi e comunque richiesti tempestivamente, l'ipotesi del finanziamento di fr. 1'200'000.-, in quanto circostanza non provata e non direttamente desumibile, non può essere considerata. Medesimo discorso vale per l'affermazione secondo cui il differimento del pagamento dei contributi sarebbe servito per pagare le ditte fornitrici - tra cui: F. \_\_\_\_\_ SA, G. \_\_\_\_\_ SA, H. \_\_\_\_\_ SA, I. \_\_\_\_\_ SA e L. \_\_\_\_\_ SA -, per consentire di "portare a termine i lavori assunti" e di conseguenza poter saldare i debiti nei confronti della Cassa. Anche in merito a tale questione, che avrebbe potuto essere di pregio, gli insorgenti non indicano i documenti a sostegno della loro tesi e nemmeno citano testi in grado di provare i pagamenti intervenuti e i lavori realmente conclusi. Per quanto precede, non risulta comprovato che la scelta di differire il pagamento dei contributi paritetici - sull'arco di un periodo peraltro molto lungo, da maggio 1996 a maggio 1998 - fosse obiettivamente indispensabile per la sopravvivenza della società e ad ogni modo appare poco verosimile che il datore di lavoro potesse oggettivamente presumere di soddisfare entro breve termine - nel senso di pochi mesi e non di anni, come nel caso di specie - la Cassa riguardo a ogni suo credito (DTF 108 V 188; RCC 1992 pag. 261 consid. 4b), considerato che già a partire dal settembre 1992 la società aveva non indifferenti problemi di liquidità, acuitisi negli anni 1995-1997, per poi dare luogo nel 1998 a una moratoria concordataria non sfociata in un decreto di omologazione. L'eluso versamento dei contributi non può quindi essere riconducibile a una situazione di momentanea illiquidità (...)" In una STFA del 29 agosto 2002 nella causa A., B., C., D., E., H 277/01, consid. 3.3., l'Alta Corte ha sancito che: "(...) Le critère déterminant pour qualifier le comportement des recourants, au sens de l'art. 52 LAVS, réside dans le fait que les retards dans le paiement des cotisations sociales se sont étendus de l'année 1992 jusqu'à l'ouverture de la faillite en 1997. En effet, en pareilles circonstances, les recourants ne peuvent être considérés comme ayant eu des raisons sérieuses et objectives de penser que le retard dans le règlement des cotisations aux assurances sociales n'était que passager, au sens de la jurisprudence rappelée ci-dessus au consid. 2 in fine (a contrario, voir aussi ATF 121 V 243). Ils n'étaient donc pas autorisés, aux conditions posées par la jurisprudence et sur une aussi longue période, à différer le

paiement des cotisations qu'ils avaient retenues sur les salaires payés, sous peine de commettre une négligence grave sanctionnée par l'art. 52 LAVS (...)" Il TFA in una sentenza del 12 dicembre 2002 nella causa B., H 279/01, consid. 3.2., ha ribadito inoltre che non è ammissibile sospendere il pagamento dei contributi per un lungo lasso di tempo. Ciò per contro è possibile, a determinate condizioni, per un breve periodo (pochi mesi): " 3.2 Nel caso di specie va rilevato che la L. SA ha operato quale datrice di lavoro dal 1. aprile 1993 al 31 dicembre 1998. Già a partire dall'aprile 1994 la società ha evidenziato seri problemi di liquidità, obbligando la Cassa, al fine di ottenere il pagamento dei contributi sociali, ad adire le vie esecutive sino al rilascio, nell'aprile e nell'agosto 1999, di diversi attestati di carenza di beni. Il modo di operare del ricorrente dimostra chiaramente come egli abbia disatteso il dovere di diligenza impostogli dalla giurisprudenza suesposta. Neppure la circostanza, asserita ma non provata, che M. B. abbia cercato di trovare soluzioni per ripristinare la situazione finanziaria della società, non è sufficiente a sanare la grave negligenza da lui commessa. Non è infatti accertato che la scelta di differire il pagamento dei contributi paritetici fosse obiettivamente indispensabile per la sopravvivenza della ditta e neppure è assodato che il datore di lavoro potesse oggettivamente presumere di soddisfare entro breve termine - nel senso di pochi mesi (vedi anche DTF 123 V 244 consid. 4b) e non di anni - la Cassa riguardo a ogni suo credito (DTF 108 V 188; RCC 1992 pag. 261 consid. 4b), ritenuto che il ritardo della L. SA nel pagamento dei contributi è da ricondurre già al 1994 - pur dando atto che essi, anche se a fatica e di regola a seguito di procedure esecutive, sono stati pagati fino al terzo trimestre del 1996 compreso - e perdurato poi dal 1996 in avanti e quindi da considerare cronico. Poiché il mancato pagamento dei contributi non può essere riconducibile ad una situazione momentanea di illiquidità, si deve concludere che l'amministratore ha violato il dovere di diligenza che si deve esigere, in materia di gestione, da un datore di lavoro della stessa categoria a cui appartiene (DTF 112 V 159 consid. 4 e sentenze ivi citate). In proposito non va infatti dimenticato che egli avrebbe dovuto sapere, perché fatto notorio e comunque noto al ricorrente, che negli anni novanta - caratterizzati da una grave crisi nel settore immobiliare e quindi anche delle imprese di costruzione - potevano insorgere difficoltà sia per quanto riguarda l'incasso dei crediti sia nel reperire nuovi mandati. Ciò è ancor più vero nel caso concreto se si considera la struttura aziendale ridotta della società, che disponeva di soli due/tre dipendenti." Nella citata sentenza del 30 gennaio 2003 nella causa W. e P., H 134/02, consid. 3.1. e 3.2., il TFA ha ancora chiaramente riaffermato il concetto secondo cui è possibile imputare agli amministratori solo una negligenza lieve se il buco contributivo è corto (pochi mesi), se precedentemente la ditta ha sempre pagato regolarmente i contributi e se la società non ha l'abitudine di sospendere il pagamento dei contributi sociali per pagare altri debiti più pressanti, finanziando in questo modo illecitamente la propria impresa: " (...) Tout manquement de l'employeur aux obligations qui lui incombent en matière d'AVS ne doit pas nécessairement être assimilé à une faute qualifiée au sens de l'art. 52 LAVS. C'est ainsi que l'inobservation de prescriptions peut ne pas constituer un cas de négligence grave, notamment, lorsque la durée pendant laquelle les cotisations sont restées en souffrance est relativement courte (cf. ATF 121 V 244 consid. 4b; arrêt T. du 20 août 2002, H 295/01, consid. 5; arrêt H. du 29 avril 2002, H 209/01, consid. 4b). Un autre élément dont il faut tenir compte pour apprécier la responsabilité de l'employeur réside dans l'habitude qu'il pourrait avoir prise de laisser en souffrance les créances de la caisse de compensation tout en s'acquittant d'autres dettes plus pressantes, afin de bénéficier d'un financement illicite de son entreprise par les deniers publics (cf. ATF 108 V 196 consid. 4). 3.2 En l'occurrence, il

ne ressort pas des faits que la société S. \_\_\_\_\_ SA, constituée en 1980, aurait à un moment ou à un autre de son existence connu des retards significatifs dans le versement des cotisations paritaires prélevées sur les salaires. En particulier, il n'est pas établi que durant les deux derniers mois de l'année 1990, les administrateurs auraient laissé en souffrance les créances de la caisse de compensation tout en s'acquittant d'autres dettes plus pressantes dans le but de continuer leur activité. On ne peut donc faire grief aux recourants d'avoir fait supporter durablement à l'assurance sociale le risque inhérent au financement de l'entreprise (ATF 108 V 196 consid. 4), car les cotisations perdues ne sont afférentes qu'aux salaires payés durant la réalisation du film «N. \_\_\_\_\_», en novembre et en décembre 1990. Dans le cas d'espèce, et contrairement à l'opinion des premiers juges, il faut considérer que la société faillie ne disposait pas de moyens pour payer les cotisations sociales au moment où celles-ci lui ont été notifiées (ce qui ne constitue en principe pas un motif suffisant pour disculper l'employeur ou justifier son comportement : cf. RCC 1985 p. 646). Il en va de même ultérieurement et jusqu'à sa faillite, dès lors que les deux versements provenant des recettes et droits du film avaient précisément fait l'objet de cession par la convention du 5 juin 1991. En réalité, avant de céder les droits dans la perspective d'un crédit supplémentaire, S. \_\_\_\_\_ SA n'a pas encaissé de recettes pour le film qu'elle avait produit, si bien qu'elle n'a jamais été en mesure de payer ses dettes. En tablant sur les recettes hypothétiques du film pour être en mesure de désintéresser les créanciers de la société, au rang desquels figurait l'AVS, les recourants ont manqué à leur devoir de saine gestion des cotisations paritaires prélevées sur les salaires, dans l'attente de leur versement à la caisse de compensation. S'il constitue assurément un cas de négligence, leur comportement ne se situe toutefois qu'à la limite du degré de gravité sanctionné par l'art. 52 LAVS, compte tenu notamment du bref laps de temps pendant lequel la négligence a été commise et du fait qu'ils n'ont pas privilégié certains créanciers au détriment de l'AVS. Comme les conditions permettant de retenir une responsabilité à raison d'une négligence grave des administrateurs ne sont en l'espèce pas réunies, la demande en réparation du 21 octobre 1993 était mal fondée. Il s'ensuit que le jugement du 17 janvier 2002 doit être annulé (...)".

Ora, l'avere procrastinato costantemente il pagamento dei contributi paritetici e averlo irrimediabilmente differito a partire dal 1995, è segno di una negligenza non indifferente del datore di lavoro e fa sorgere la responsabilità dell'amministratore, cui incombeva per legge la massima vigilanza nella conduzione e nel controllo della società. Questa omissione costituisce una grave violazione dei suoi doveri di diligenza (cfr. RCC 1992, pag. 269) doveri che risultano accresciuti quando si tratti, come in concreto, di un presidente del consiglio di amministrazione (STFA non pubblicata dell'8 novembre 1999 nella causa G. H., H 74/99, consid 6b; DTF 122 III 198, consid. 3a). Il mancato pagamento dei premi era dunque da considerare cronico. In concreto, non è dunque affatto accertato, con l'alto grado di verosimiglianza richiesto dalla giurisprudenza, che la scelta di differire il pagamento dei contributi paritetici fosse, secondo una valutazione ragionevole, obiettivamente indispensabile per la sopravvivenza della società; e nemmeno è assodato che il datore di lavoro potesse oggettivamente presumere di soddisfare entro breve termine la Cassa di compensazione riguardo ad ogni suo credito (cfr. STFA del 12 dicembre 2002 nella causa B, H 279/01, consid. 3.2; STFA dell'11 gennaio 2002 nella causa C., H 103/01, consid. 4c; DTF 123 V 244 consid. 4b; DTF 108 V 188). Viste le circostanze rilevate era pensabile il contrario. \_\_\_\_\_ (unitamente a \_\_\_\_\_ e \_\_\_\_\_) deve quindi essere ritenuto responsabile del danno causato alla Cassa. 2.16.2. \_\_\_\_\_ ha ricoperto la carica di membro del CdA, con diritto di firma individuale, dal 15 giugno 1995

(estratto RC informatizzato). \_\_\_\_\_ ha ricoperto la carica di membro del CdA, con diritto di firma individuale, dal 15 giugno 1995 (estratto RC informatizzato). 2.16.2.1. Entrambi le ricorrenti sostengono che la società era gestita esclusivamente da \_\_\_\_\_. Essi non avrebbero in nessun modo potuto influire sulla gestione, la quale sarebbe stata esclusivamente nelle mani del padre. Accettando il mandato di membri del CdA della \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_ e \_\_\_\_\_ hanno assunto tutti gli oneri che da tale funzione derivano (cfr. STFA dell'11 novembre 2003 nella causa B., H 310/02, consid. 4.2; STFA del 5 giugno 2003 nella causa V. C. e R. G., H 268/01 e H 269/01, consid. 7.2; STFA del 28 aprile 2003 nella causa P. e M., H 208/00 e H 209/00, consid. 7.2.1; STFA del 20 marzo 2003 nella causa W., H265/00, consid. 4.3; STFA del 27 gennaio 2003 nella causa D.C., A. P. e M.P., H93/01 + H 169/01, consid. 4.3; STFA del 24 aprile 2002 nella causa G., H 153/00, consid. 8b). La responsabilità per il corretto adempimento degli oneri assicurativi nonché la diligenza necessaria alla corretta gestione degli affari sociali non incombeva quindi solo a \_\_\_\_\_, bensì anche ai membri del CdA \_\_\_\_\_ e \_\_\_\_\_, trattandosi di attribuzioni inalienabili nel senso dell'art. 716a cpv. 1 cifra

## **E. 5**

novembre 2001 nella causa F., H 153/01, consid. 4a ; DTF 122 II 469 consid. 4a; 122 III 223 consid. 3c; 120 Ib 229 consid. 2b; 119 V 344 consid. 3c e riferimenti). In tal caso non sussiste una violazione del diritto di essere sentito conformemente all'art. 29 cpv. 2 CF (SVR 2001 N. 10 pag. 28, consid 4b; DTF 124 V 94 consid. 4b, 122 V 162 consid. 1d e sentenza ivi citata). Nel caso in esame, la documentazione acquisita durante l'istruttoria è sufficiente per statuire in merito alla presente vertenza, per cui il TCA non ritiene necessario assumere altre prove. In particolare non è necessario procedere al richiamo dell'incarto relativo all'esecuzione no. \_\_\_\_\_ dall' UE di \_\_\_\_\_ in quanto già prodotto agli atti dalla Cassa convenuta.

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