

Le novità in materia di lavoro e di previdenza nel nuovo Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza

Avv. Paolo Bonetti Avv. Fabio Scaini

Cremona, 20 settembre 2019

IN GENERALE

Dec. Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 pubblicato su G.U. n. 38 del 14.2.2019

Entrata in vigore 16 marzo 2019

- Certificazione degli Enti pubblici (art. 363 CCI)

Entrata in vigore Ferragosto 2020

- Tutto il resto

L'OBBLIGO DI CERTIFICAZIONE

- **Art. 363** del CCI: obbligo per INPS e INAIL di comunicare, su richiesta del debitore o del Tribunale, i crediti che vantano nei confronti del debitore a titolo di contributi e premi assicurativi, mediante il rilascio di un certificato unico. Gli Istituti definiscono i contenuti della comunicazione e i tempi per il rilascio del certificato unico con un provvedimento (circolare?), approvato dal Min. Lav., di concerto con il MEF.
- Obbligo di certificazione previsto pure dall'art. 364 CCI in materia di debiti tributari, con onere a carico dell'Agenzia delle Entrate.
- Serve un puntuale adempimento da parte di INPS e INAIL, con connessa responsabilità di fronte al Tribunale, alla parte debitrice, agli organi delle procedure (compreso l'OCRI) e ai creditori che, grazie a questa attestazione, sono resi edotti di quale sia l'entità del debito nei confronti degli Enti.
- È una comunicazione importante anche per i prestatori di lavoro (sia come creditori, che come richiedenti la liquidazione giudiziale): da tale certificazione possono subito capire l'entità del debito, valutando (in caso di notevole esposizione debitoria) ogni opportunità da adottare circa la continuazione o meno del rapporto lavorativo.

L'OBBLIGO DI CERTIFICAZIONE - problematiche

- È auspicabile una sinergia tra i Tribunali e l'INPS attraverso un collegamento telematico con scambio – in tempo reale? – delle documentazioni e certificazioni necessarie, in attuazione della “decertificazione” (L. n. 241/1990; D.P.R. n. 445/2000; art. 15 L. 183/2011 in materia di certificati e dichiarazioni sostitutive).
- Altro dubbio: riuscirà l'INPS (alle prese con gli adempimenti in punto RDC e quota 100) a trovare le risorse per adempiere a questo ulteriore onere che vedrà coinvolto l'Istituto nella totalità delle procedure, dovunque vi siano lavoratori dipendenti.
- Negli archivi telematici degli Istituti vi sono le denunce obbligatorie mensili / annuali, che costituiscono un'attestazione della forza lavoro in seno all'impresa, ma servirà un **riscontro anche sugli effettivi pagamenti** dei contributi e dei premi.
- Il controllo dovrà essere rapido e puntuale, tenendo distinti i crediti previdenziali ancora in carico presso gli Enti previdenziali (e in caso di accertamenti ispettivi in corso al momento della richiesta di certificazione?) da quelli per cui viene formato il ruolo affidati, per il recupero, all'Agente della Riscossione. Il tutto sempre auspicando che tutti i rapporti di lavoro siano denunciati e regolarizzati.

PROCEDURE DI ALLERTA

- Far emergere il prima possibile l'eventuale stato di crisi, conservando il valore degli assets aziendali.
- L'allerta rappresenta lo strumento per far avere consapevolezza della crisi all'imprenditore affinché trovi specifiche misure per affrontare la crisi, non ultime quelle attinenti ai profili giuslavoristici e contributivi, posto che il personale rappresenta pur sempre uno strategico costo per l'azienda.
- Oltre alle procedure di allerta interne (che provengono dagli organi di controllo societari) tese a verificare se sussista l'equilibrio economico finanziario e a valutare quale sia il prevedibile andamento della gestione, puntando a segnalare immediatamente all'organo amministrativo l'esistenza di fondati indizi della crisi, ci sono quelle di allerta esterne, demandate all'INPS, all'Agenzia delle Entrate e all'Agente della Riscossione.

PROCEDURE DI ALLERTA **ESTERNA**

- I **creditori qualificati** (Agenzia delle Entrate, INPS e AdR), dovranno avvisare il debitore a mezzo PEC (o con raccomandata A/R) che l'esposizione debitoria ha superato certi **limiti** considerati **rilevanti** dal legislatore e che la mancata regolarizzazione dei debiti dell'impresa, ovvero la mancata presentazione di un'istanza di composizione assistita della crisi o di una domanda per l'accesso a una procedura di regolazione della crisi e dell'insolvenza, comporterà una segnalazione da parte dei suddetti Enti all'OCRI.
- Tali creditori qualificati devono mettere in mora le imprese dando loro un termine di 90 gg per sistemare le pendenze debitorie.
- Per quanto attiene all'INPS l'esposizione è rilevante quando il debitore è in **ritardo di oltre sei mesi** nel versamento di **contributi** previdenziali **di ammontare superiore alla metà di quelli dovuti nell'anno precedente**, a condizione che sia **superiore alla soglia di euro 50.000**.
- Se entro i 90 giorni non c'è stata l'estinzione del debito o l'impresa non abbia promosso ogni utile iniziativa per eliminarlo, anche in via stragiudiziale, i creditori qualificati devono effettuare la segnalazione all'OCRI in via telematica, a meno che il debitore documenti di vantare nei confronti dei suddetti Enti o verso altre PP.AA. crediti d'imposta per un ammontare non inferiore alla metà del debito verso il creditore pubblico qualificato.

PROCEDURE DI ALLERTA **ESTERNA**

- In caso di inerzia dei creditori qualificati:
- per l'AdR vi è l'inopponibilità del credito per spese e oneri di riscossione;
- per l'Agenzia delle Entrate e l'INPS la mancata messa in mora / avviso al debitore prima e segnalazione all'OCRI poi comporta la **degradazione**, ossia l'inefficacia del titolo di prelazione spettante sui rispettivi crediti, che assumono il rango di chirografari.
- I suddetti Enti pubblici dovranno adeguarsi al disposto normativo predisponendo appositi *alert* atti a segnalare il superamento delle soglie rilevanti, con connessa immediata attivazione della diffida al debitore a mezzo PEC o raccomandata.
- Il mancato rispetto dei termini previsti dall'art. 15, c. 3, del CCI (contestualmente alla comunicazione di irregolarità di cui all'articolo 54-bis del D.P.R.26 ottobre 1972, n. 633 per l'Agenzia delle Entrate ed entro sessanta giorni dal verificarsi delle condizioni per l'INPS) comporterà il declassamento dei crediti dei creditori qualificati al chirografo, con connessa maggiore probabilità per gli altri creditori (in caso di riparti) di ottenere somme più elevate in loro favore.

L'ALLERTA ESTERNA- problematiche

- Anche le procedure di allerta esterne, pur condividendone gli obiettivi, hanno dei lati oscuri.
- Preso atto che gli Enti coinvolti (AdR, Agenzia delle Entrate e INPS) sono tenuti a diffidare con PEC o raccomandata i debitori che superano le soglie rilevanti e che, in caso di inerzia delle imprese, sono tenuti ad avvisare senza indugio gli OCRI, pena la perdita del grado di privilegio dei propri crediti ci si chiede nello specifico.....
- Chi si accorgerà se INPS e Agenzia delle Entrate non avranno fatto le segnalazioni di allerta?
- Chi avrà il compito di verificare se la segnalazione è stata fatta non contestualmente alla comunicazione di irregolarità di cui all'articolo 54-bis del D.P.R. 633/1972 (per il Fisco)?
- o dopo 60 giorni dal verificarsi delle condizioni (per l'INPS)?
- Chi avrà l'onere di degradare i crediti dei suddetti Enti pubblici al rango chirografario?

L'ALLERTA ESTERNA- problematiche

- Nella deresponsabilizzazione del G.D. con connesso spostamento delle incombenze gestionali delle procedure concorsuali ai curatori e commissari, non è escluso che tale controllo spetterà proprio ai rappresentanti delle procedure, e soprattutto la verifica non potrà che avvenire al momento dell'insinuazione al passivo dei crediti di Agenzia delle Entrate e INPS.
- E soprattutto come tale controllo a posteriori potrà essere effettuato e soprattutto con quali strumenti?
- A titolo di esempio, per un curatore che viene nominato con la sentenza dichiarativa di liquidazione giudiziale appare gravoso risalire a ritroso fino al momento (ante apertura della procedura) in cui l'Agenzia delle Entrate e l'INPS avrebbero dovuto – sulla base dei dati in loro possesso presenti nei loro archivi telematici – procedere con le segnalazioni e con l'invio delle raccomandate.
- È auspicabile che gli Enti coinvolti sappiano organizzare in tutte le sedi la loro attività in modo da effettuare le segnalazioni nei modi e termini previsti, permettendo anche grazie al loro ausilio, una rapida gestione della crisi che consenta di adottare ogni utile misura atta a evitare procedure meramente liquidatorie, con l'obiettivo di conservare i plessi produttivi garantendo il mantenimento più elevato possibile dei livelli occupazionali.

ONERI IN CAPO AL CURATORE – ART. 189 CCI

- Sorte rapporti di lavoro al momento della dichiarazione del fallimento / liquidazione giudiziale dell'impresa datrice di lavoro.
- Testo vigente (art. 72 L.F., post art. 57, c. 1, del Dec. Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 e all'art. 4, c. 6, del Dec. Lgs. 12 settembre 2007, n. 169) parla di contratto a prestazione corrispettive *“ancora inesequito o non compiutamente eseguito da entrambe le parti”*.
- Si applica art. 2119, c. 2, c.c. o art. 72 L.F.?

ONERI IN CAPO AL CURATORE – ART. 189 CCI

- La relazione illustrativa alla Legge Fallimentare del 2006 ha previsto «*la decisione in ordine alla sorte dei rapporti giuridici in corso di esecuzione alla data di apertura del fallimento, e quindi, la scelta tra il subingresso della procedura nel rapporto e lo scioglimento, sono rimesse alla decisione del curatore, previa autorizzazione da parte del comitato dei creditori*».
- Per la giurisprudenza tra i rapporti pendenti rientra anche quello di lav. sub.
- Corte di Cassazione, sent. 7473/2012: “*per effetto della dichiarazione di fallimento, in presenza di cessazione di attività aziendale, il rapporto di lavoro, pur formalmente in essere, rimane sospeso fino al licenziamento; in difetto della sinallagmaticità non è configurabile una retribuzione. Non essendovi obbligo retributivo per l’assenza di prestazione lavorativa, non è configurabile un credito contributivo dell’Inps, essendo irrilevante l’avvenuta ammissione al passivo dei crediti retributivi dei lavoratori*».
- Corte di Cassazione, sent. 7308/2018, sancisce l’applicazione al rapporto di lavoro dell’art. 72 L.F.: “*una volta che la scelta di sciogliersi dal rapporto di lavoro pendente è stata effettuata dal curatore con modalità giudicate errate con sentenza passata in giudicato, la curatela è soggetta al principio, valido per ogni datore di lavoro, secondo cui nell’ipotesi di licenziamento illegittimo il legislatore ha inteso attribuire diritti retributivi al lavoratore malgrado la non avvenuta prestazione lavorativa, prevedendo il risarcimento del danno commisurato alla retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento a quello della reintegrazione (ex art. 18, L. n. 300/70), e ciò in ragione del fatto che nel caso di licenziamento illegittimo l’equiparazione della mera utilizzabilità delle energie lavorative del prestatore alla loro effettiva utilizzazione consegue, oltre che alla ricostituzione del rapporto e al ripristino della lex contractus, all’accertamento giudiziale dell’illegittimità del comportamento datoriale, e cioè dell’imputabilità al datore di lavoro della mancata prestazione lavorativa (tra molte, cfr. Cass., SS.UU., n. 2334 del 1991 e n. 508 del 1999; Cass., n. 13953 del 2000; Cass. n. 6155 del 2004)”*.

ONERI IN CAPO AL CURATORE – ART. 189 CCI

- La sospensione del rapporto di lavoro ex art. 72 L.F. ha molteplici effetti negativi per il lavoratore, *in primis* la non maturazione della retribuzione (nonché di ferie, permessi, TFR) finché il curatore non decida di subentrare o di sciogliersi dal rapporto di lavoro.
- Vi è una rilevante ricaduta pratica per tutti i lavoratori dipendenti anche delle imprese con oltre 15 dipendenti, considerata l'abrogazione della c.d. C.I.G.S. concorsuale ex art. 3 L. n. 223/1991 dal 1.1. 2016 e la impossibilità di accedere alla indennità di disoccupazione NASPI non essendo cessato il rapporto lavorativo. Non sussiste alcun ammortizzatore sociale nel limbo della sospensione ex art. 72 L.F., visto che si ha diritto alla Naspi - sussistendone i requisiti - solo a seguito del licenziamento comunicato dal curatore.
- Appurata l'applicazione dell'art. 72 L.F. ai rapporti di lav. sub., rimangono altri temi, quali (i) la retroazione o meno degli effetti del recesso e del subentro alla data della dichiarazione del fallimento, (ii) la necessità per il curatore di osservare, in caso di scioglimento, formalità e tempistica della normativa lavoristica del licenziamento, (iii) la legittimità delle dimissioni per giusta causa del lavoratore in caso di inerzia del curatore nel deliberare il subentro o lo scioglimento, (iv) la debenza o meno della indennità sostitutiva del preavviso in caso di recesso del curatore e in caso positivo, il classamento in prededuzione o in concorso del credito, (v) la spettanza della NASPI in caso di risoluzione del rapporto in caso di silenzio del curatore nel termine assegnato dal Giudice Delegato per decidere se subentrare o sciogliersi dal rapporto di lavoro pendente (c.d. *actio interrogatoria*).

ONERI IN CAPO AL CURATORE – ART. 189 CCI

- Sorte rapporti di lavoro al momento della dichiarazione di **liquidazione giudiziale** dell'impresa datrice di lavoro.
- Contratti pendenti nel CCI: art. 172. Rapporti di lavoro nel CCI: art. 189.
- **Art. 189:** «*L'apertura della liquidazione giudiziale nei confronti del datore di lavoro non costituisce motivo di licenziamento*», riproponendo la previsione dell'art. 2119, c. 2, c.c. e che va interpretata non nel senso che il fallimento costituisca g.m.o. di recesso ex art. 3 L. n. 604/1966, bensì che l'insolvenza giudiziale del datore di lavoro non legittima di per sé il licenziamento.
- Secondo capoverso del c. 1: "*I rapporti di lavoro subordinato in atto alla data della sentenza dichiarativa restano sospesi fino a quando il curatore, con l'autorizzazione del G.D., sentito il comitato dei creditori, comunica ai lavoratori di subentrarvi, assumendo i relativi obblighi, ovvero il recesso*".
- Pertanto vi è un'esplicita previsione della sospensione anche del rapporto del lavoro dopo la dichiarazione di apertura di insolvenza. Il legislatore del CCI ha ritenuto che anche il contratto di lavoro sia tra quelli per i quali al curatore deve essere riconosciuto uno *spatium deliberandi* per considerare se sia più opportuno e conveniente per la procedura subentrare nel rapporto (in via diretta con esercizio provvisorio – art. 211 CCI – o indiretta con affitto o vendita d'azienda o di un ramo – art. 212 CCI –) ovvero sciogliersi dallo stesso.

ONERI IN CAPO AL CURATORE – ART. 189 CCI

- La sospensione comporta il congelamento di ogni istituto contrattuale: la retribuzione, le ferie, i permessi, le mensilità aggiuntive, il TFR e ogni altro istituto connesso con l'anzianità aziendale. Ciò si ricava dall'**art. 189, c. 2** (2° capoverso): "*Il subentro del curatore nei rapporti di lavoro subordinato sospesi decorre dalla comunicazione dal medesimo effettuata ai lavoratori*".
- Il recesso invece decorre sempre dalla data di apertura della procedura di L.G.
- La sospensione può durare al massimo per quattro mesi, decorsi i quali (art. 189, c. 3, CCI) il rapporto di lavoro si intende risolto di diritto.
- I lavoratori, che già da mesi non percepiscono le retribuzioni, non possono uscire da questo limbo con le dimissioni, in quanto non percepirebbero la NASPI, ottenibile solo laddove ricorra la giusta causa: l'art. 189, c. 5, CCI prevede che solo il decorso dei 4 mesi dall'apertura della L.G. consente ex lege di considerare le dimissioni sorrette da giusta causa.
- Né possono avvalersi dell'*actio interrogatoria* prevista dall'art. 172, c. 2: non solo per la dubbia applicabilità di tale norma al rapporto di lavoro, stante la specialità delle previsioni contenute nell'art. 189, quanto perché il successivo art. 190 prevede l'accesso alla NASPI solo nelle ipotesi di cessazione, anche *ipso iure* del rapporto, previste ai sensi dell'art. 189 del CCI.

ONERI IN CAPO AL CURATORE – ART. 189 CCI

- Obiettivo dei lavoratori e delle OO. SS.: sollecitare il curatore a un rapido recesso, per conseguire nel minor tempo la NASPI e ricercare nel mercato una rioccupazione, salvo vi sia una pronta soluzione di continuità diretta (esercizio provvisorio) o indiretta (affitto o cessione d'azienda) dell'attività aziendale.
- La prospettiva della ripresa dell'attività o di un trasferimento di azienda è considerato dall'**art. 189, c. 4**, del CCI quale elemento per aumentare il termine dei 4 mesi di sospensione del rapp. lav. di ulteriori massimi 8 mesi.
- La procedura richiede che la istanza venga presentata al Giudice Delegato per l'autorizzazione nel termine decadenziale di almeno 15 giorni prima della scadenza dei 4 mesi da parte del curatore, dell'Ispettorato Territoriale del Lavoro o dal lavoratore, anche per mezzo di un avvocato.
- Con misura innovativa il CCI introduce nello scenario l'ITL, per cui sembra venga delineata una funzione di monitoraggio (di dubbia utilità) nell'ambito della possibile continuità aziendale laddove il curatore non abbia, nel termine dei 4 mesi, già provveduto al subentro o alla cessazione dei rapporti di lavoro, promuovendo la richiesta al G.D. In tale prospettiva l'ITL del luogo ove si è aperta la L.G. è, innanzitutto, destinatario da parte del curatore della comunicazione della lista dei dipendenti in forza all'impresa nel termine di 30 gg dalla dichiarazione di LG, termine che su richiesta e autorizzazione del G.D. può essere prorogato di ulteriori massimi 30 gg, ove l'impresa occupi più di 50 lavoratori.

ONERI IN CAPO AL CURATORE – ART. 189 CCI

- Il G.D. deve valutare l'opportunità di concedere la proroga del termine della sospensione dei rapporti di lavoro in relazione causale alla possibilità della continuazione dell'attività di impresa: il termine ulteriore decorre dalla data del deposito del provvedimento in cancelleria e viene comunicato immediatamente al curatore e agli eventuali altri istanti.
- Considerato il termine ordinario di 4 mesi entro cui al curatore è concessa la facoltà di valutare il subentro o il recesso e l'ulteriore proroga prevista in caso di possibile continuazione dell'attività aziendale, la sospensione dei rapporti di lavoro può permanere fino a un massimo di 12 mesi.
- Se nel termine prorogato non si verifica la cessione dell'azienda o il subentro o il recesso del curatore, il comma 4 prevede che il rapporto si risolva di diritto con effetto sempre dalla data di apertura della L.G.
- Il CCI, nella sola ipotesi in cui si verifica tale proroga del termine di sospensione, ha voluto considerare il profilo retributivo dei lavoratori, prevedendo il riconoscimento di un'indennità parametrata a due mensilità della retribuzione utile per il calcolo del TFR per ogni anno di servizio con un minimo di due e un massimo di otto. Tale indennità, non soggetta a contribuzione, viene, per espressa indicazione normativa, ammessa al passivo come credito successivo alla apertura della L.G., e, quindi, va considerata in prededuzione rispetto agli altri crediti.

ONERI IN CAPO AL CURATORE – ART. 189 CCI

- Tuttavia i lavoratori hanno sempre la possibilità di dimettersi per giusta causa ai sensi del comma 5 decorsi i 4 mesi di sospensione e con diritto alla Naspi, visto che il criterio di parametrizzazione predefinito (due mesi di retribuzione per ogni anno di servizio, nel *range* min. due e max otto mensilità) rischia di non compensare adeguatamente le necessità alimentari del lavoratore.
- L'intero apparato normativo si fonda su una ottimistica aspettativa che i lavoratori (unitamente alle OO.SS. cui conferiscono mandato) nei primi 4 mesi di "limbo" in cui non percepiscono alcuna retribuzione o ammortizzatore non richiedano al curatore di procedere al recesso, laddove nell'immediatezza della dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale non sia ravvisabile una possibile continuità aziendale, tanto più che, in quest'ultimo caso, è lo stesso art. 189, c. 3, 1° capoverso, a prevedere che il curatore proceda "*senza indugio*" al recesso.
- Di tale istituto si ipotizza una limitatissima applicazione pratica sia dal punto di vista dei lavoratori (più garantiti da una risoluzione del rapporto che permette loro l'accesso agli ammortizzatori e il potenziale rientro nel mercato del lavoro), sia nella prospettiva del curatore che, prevedibilmente, sarà tenuto a risolvere i rapporti di lavoro (tranne un'effettiva prospettiva di ripresa o di trasferimento d'azienda) invece che sobbarcarsi un iter particolarmente complesso e con una durata oggettivamente troppo lunga e soprattutto in contrasto con gli obiettivi di celerità delle procedure concorsuali contenuti nella novella legislativa.

IL POTERE DI RECESSO DEL CURATORE – ART. 189 CCI

- Art. 189, c. 3 CCI: qualora il curatore non abbia continuato l'esercizio dell'azienda o non l'abbia trasferita (con affitto o vendita: nel qual caso si applicano le norme di cui all'art. 47, c. 5, L. n. 428/1990) o comunque sussistano manifeste ragioni economiche inerenti l'assetto dell'organizzazione del lavoro, il curatore procede senza indugio al recesso dai rapporti di lavoro.
- Il recesso deve avvenire come licenziamento, nel rispetto delle previsioni delle normative lavoristiche, quali la Legge n. 604/1966 per i licenziamenti individuali e la Legge n. 223/1991 per i licenziamenti collettivi.
- Depongono in tal senso:
 - a) la previsione di cui al comma 1 dell'art. 189 per cui la liquidazione giudiziale non costituisce motivo di «licenziamento»;
 - b) l'espresso richiamo alla Legge n. 223/1991 effettuato dal comma 6 dell'art. 189;
 - c) l'interpretazione giurisprudenziale della Corte di Cassazione che, già per l'attuale art. 72 L.F., non ha mai dubitato che il recesso dovesse avvenire nell'osservanza delle leggi lavoristiche, tanto che la violazione delle stesse espone il curatore alle conseguenze risarcitorie previste per la generalità dei datori di lavoro in bonis.

IL POTERE DI RECESSO DEL CURATORE – ART. 189 CCI

- Il **licenziamento individuale** deve rivestire forma scritta (art. 189, c. 3, 2° cpv): ciò lascia qualche perplessità di coordinamento con l'art. 2 L. n. 604/1966 che prescrive l'obbligo di motivazione contestuale espressa. In realtà il curatore non è esentato dalla motivazione contestuale, essendo tale elemento un requisito considerato dai Giudici immanente a ogni licenziamento e non si ravvisa una ragione che giustifichi un trattamento differente per il curatore o la procedura di L.G.
- Quanto alla motivazione questa è integrata, ovviamente, solo dal c.d. motivo oggettivo, val a dire un fatto inerente alla organizzazione e produzione.
- Non si potrà giustificare il recesso invocando l'intervenuta liquidazione giudiziale, vietandolo il menzionato comma 1 dell'art. 189. Il curatore dovrà, invece, spiegare perché nonostante la liquidazione giudiziale si intende procedere al licenziamento. Art. 189, c. 3 offre gli spunti della motivazione, legittimando il recesso laddove non sia stato possibile dare continuità all'attività aziendale in via diretta o indiretta mediante il trasferimento di azienda o di un suo ramo.
- Il legislatore inoltre legittima il recesso laddove rispetto a tali ipotesi testé viste *«comunque sussistano manifeste ragioni economiche inerenti l'assetto dell'organizzazione del lavoro»*: vi è da chiedersi se, con tale allocuzione, il disposto abbia in via innovativa introdotto una causale diversa e distinta da quella generale prevista dall'art. 3 della Legge n. 604/1966, che testualmente consente il licenziamento per "ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa".

IL POTERE DI RECESSO DEL CURATORE – ART. 189 CCI

- Infatti, seppur gergalmente si parli di licenziamento economico, il g.m.o. non menziona tale requisito, e la stessa Corte di Cassazione dalla nota sentenza n. 25201/2016 in poi ha preso una decisa e ferma posizione nell'escludere la necessità di ancorare le ragioni organizzative e produttive a un sostrato economico negativo quale unica condizione legittimamente.
- Qualche dubbio sussiste circa l'assoggettabilità dei licenziamenti individuali alla osservanza della procedura prescritta dall'art. 7 L. n. 604/1966, con l'esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione avanti alla competente commissione istituita presso l'ITL per le imprese che occupano oltre 15 dipendenti nell'unità produttiva ma che non procedono a un licenziamento collettivo (almeno 5 licenziamenti in 120 gg).
- L'omesso richiamo all'art. 7 da parte dell'art. 189, c. 3 e (al contrario) il richiamo agli art. 4 e 24 L. n. 223 per i licenziamenti collettivi, oltre la palese esorbitanza della conciliazione preventiva nella ipotesi di L.G., fanno ritenere inutile l'esperimento di tale procedura. L'art. 7, c. 6, prevede esclusioni testuali alla propria applicazione, quali il superamento del periodo di comporta e il licenziamento per cambio appalto, che non comprendono l'attuale fallimento e il silenzio serbato dalla riforma consiglia in via prudenziale che il curatore proceda anche a tale incombente per non incorrere in una declaratoria di illegittimità del recesso e conseguente risarcimento del danno.

IL POTERE DI RECESSO DEL CURATORE – ART. 189 CCI

- Ove l'impresa nei 6 mesi precedenti la data di apertura della procedura di liquidazione giudiziale (se il licenziamento avviene nell'immediatezza) occupi in media oltre 15 dipendenti nell'unità produttiva il curatore procederà al **licenziamento collettivo** nell'osservanza delle previsioni degli art. 4 e 24 L. n. 223/1991, adattati alla peculiarità della L.G. con le modifiche ex art. 189, c. 6.
- Il curatore dovrà avviare la procedura con una comunicazione scritta con la sintetica indicazione dei motivi che determinano la situazione di eccedenza; i motivi t.o.p., per cui si ritiene di non poter adottare misure idonee a porre rimedio alla predetta situazione evitando, in tutto o in parte, il licenziamento; il numero, la collocazione aziendale, i profili professionali del personale eccedente nonché del personale abitualmente impiegato; i tempi di attuazione del programma di riduzione del personale; le eventuali misure programmate per fronteggiare le conseguenze sul piano sociale della attuazione del programma medesimo e il metodo di calcolo di tutte le attribuzioni patrimoniali diverse da quelle già previste da legge e CCNL.
- Tale comunicazione va inviata alle r.s.a. ovvero alle r.s.u. nonché alle rispettive associazioni di categoria. In mancanza alle associazioni di categoria aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale. La comunicazione è trasmessa altresì all'Ispettorato Territoriale del lavoro.

IL POTERE DI RECESSO DEL CURATORE – ART. 189 CCI

- Entro sette giorni dalla data del ricevimento della comunicazione, le r.s.a. ovvero le r.s.u. e le rispettive associazioni formulano per iscritto al curatore istanza per esame congiunto, che può essere convocato anche dall'ITL, nel solo caso in cui l'avvio della procedura di licenziamento collettivo non sia stato determinato dalla cessazione dell'attività dell'azienda o di un suo ramo.
- Qualora nel predetto termine di sette giorni non sia pervenuta alcuna istanza di esame congiunto o lo stesso, nei casi in cui è previsto, non sia stato fissato dall'ITL del lavoro in data compresa entro i quaranta giorni dal ricevimento della comunicazione predetta, la procedura si intende esaurita.
- L'esame congiunto ha lo scopo di esaminare le cause che hanno contribuito a determinare l'eccedenza del personale e le possibilità di utilizzazione diversa di tale personale, o di una sua parte, nell'ambito della stessa impresa, anche mediante contratti di solidarietà e forme flessibili di gestione del tempo di lavoro. Qualora non sia possibile evitare la riduzione di personale, è esaminata la possibilità di ricorrere a misure sociali di accompagnamento intese a facilitare la riqualificazione e la riconversione dei lavoratori licenziati. La consultazione si intende esaurita qualora, decorsi dieci giorni dal suo inizio, non sia stato raggiunto un accordo sindacale, salvo che il G.D., per giusti motivi, ne autorizzi la proroga per un termine non superiore a dieci giorni.

IL POTERE DI RECESSO DEL CURATORE – ART. 189 CCI

- Raggiunto l'accordo sindacale o comunque esaurita la procedura, il curatore provvede ad ogni atto conseguente ai sensi dell'articolo 4, comma 9, della Legge 23 luglio 1991, n. 223.
- In pratica il curatore dovrà formulare per iscritto il licenziamento (senza motivarlo secondo la giurisprudenza), procedendo entro 7 giorni a effettuare le comunicazioni al centro per l'impiego e agli organismi sindacali citati, indicando il numero, i nominativi, le età, i carichi familiari, le mansioni, la qualifica dei lavoratori licenziati e la puntuale indicazione della modalità di applicazione dei criteri di scelta adottati nel licenziamento, elemento, quest'ultimo, che potrà essere omesso laddove il licenziamento si riferisca alla totalità della popolazione aziendale.
- La illustrata procedura si applica, ricorrendo le condizioni di cui all'articolo 24, comma 1, Legge n. 223/1991, anche quando si intenda procedere al licenziamento di uno o più dirigenti, per i quali deve farsi l'esame congiunto in un apposito incontro.
- Per espressa previsione del comma 7 dell'art. 189 tali disposizioni non si applicano nelle procedure di amministrazione straordinaria delle grandi imprese.

GLI EFFETTI DELLA CESSAZIONE DEL RAPP. LAV.

- Art. 189 CCI: gli effetti della cessazione del rapporto di lavoro pendente decorrono dalla data di apertura della procedura di L.G., a prescindere dalla modalità con cui la cessazione interviene: a) recesso del curatore (licenziamento: art. 189, c. 2, 1° capoverso); b) recesso (dimissioni) per giusta causa del lavoratore (art. 189, c. 5); c) risoluzione ipso iure del rapporto per decorso del termine di 4 mesi (art. 189, c. 3); d) dopo la proroga concessa per max ulteriori 8 mesi (art. 189, c. 4).
- Non è disciplinata l'ipotesi di dimissioni del lavoratore rassegnate prima del decorso dei 4 mesi, o all'esito (ove ritenuto applicabile al rapp.lav.) dell'actio interrogatoria ex art. 172, c. 2: anche in tali casi si ritiene di far decorrere la decorrenza del recesso dalla dichiarazione di apertura della procedura.
- Novità art. 189, c. 8: in caso di recesso del curatore, di licenziamento, dimissioni o risoluzione di diritto secondo le previsioni dell'art. 189, compete al lavoratore con rapporto a tempo indeterminato l'indennità di mancato preavviso, che, ai fini dell'ammissione al passivo, è considerata, con il TFR, come credito anteriore all'apertura della liquidazione giudiziale.
- La norma risolve gli attuali dubbi interpretativi circa l'ammissibilità dell'indennità sostitutiva del preavviso in caso di licenziamento del curatore senza subentro nel rapp. lav. (l'attuale art. 72 L.F. esclude, al pari del novello 172 CCI, il diritto del contraente che subisce il recesso del curatore di far valere al passivo il credito per il conseguente risarcimento del danno).

GLI EFFETTI DELLA CESSAZIONE DEL RAPP. LAV.

- L'ammissione al passivo concorsuale di tale indennità avrà luogo solo nelle ipotesi di cessazione del rapporto conseguenti al non subentro del curatore nei rapporti di lavoro, dovendo, al contrario, l'indennità essere riconosciuta in prededuzione. Lo stesso vale per il TFR, per la parte, ovviamente, maturata post subentro del curatore.
- Art. 189, c. 8: il contributo NASPI (c.d. ticket licenziamento), in caso di recesso del curatore, è dovuto (come avviene già ora dopo l'abrogazione dell'art. 3 L. n. 223/1991 che esonerava la procedura fallimentare dal solo contributo mobilità) e va insinuato come credito concorsuale, non in prededuzione.
- Se invece vi sia stato il subentro nei rapporti di lavoro da parte del curatore, il contributo NASPI va ammesso in prededuzione, come i contributi dovuti sulle retribuzioni correnti corrisposte in conseguenza del subentro nel rapporto.
- Il ticket licenziamento è raddoppiato nel caso di licenziamento collettivo laddove il recesso sia intervenuto senza rinvenire un accordo sindacale.
- Art. 190 prevede l'accesso alla NASPI per i lavoratori il cui rapporto di lavoro sia cessato ai sensi dell'art. 189: licenziamento, dimissioni per giusta causa e risoluzione ipso iure del rapporto per decorso dei termini massimi di sospensione (4 – 12 mesi).
- La NASPI è esclusa non solo in caso di dimissioni senza giusta causa (rassegnate prima del decorso dei 4 mesi), ma anche nel caso dell'actio interrogatoria, laddove ritenuta ammissibile al rapp. lav. (oggi, vigente l'art. 72 L.F. e mancando una norma specifica come l'art. 190 CCI, si deve ritenere che la risoluzione ipso iure prevista dall'art. 72 L.F. integri la non volontarietà e la non debenza della NASPI).

TRASFERIMENTO D'AZIENDA – ART. 368 CCI

- La continuazione dell'attività aziendale può avvenire in via diretta (esercizio provvisorio, con subentro della procedura nei rapporti di lavoro) o in via indiretta temporanea (affitto di azienda) o definitiva (cessione d'azienda).
- Il Codice della Crisi, sulla falsariga di quanto statuito dalla L.F., prevede all'art. 213, c. 4, che nel programma di liquidazione sia data indicazione degli *“atti necessari per la conservazione del valore dell'impresa, quali l'esercizio dell'impresa del debitore e l'affitto di azienda, ancorché relativi a singoli rami dell'azienda, nonché le modalità di cessione unitaria dell'azienda, di singoli rami, di beni o di rapporti giuridici individuabili in blocco”*.
- L'art. 212 (attuale 104 bis L.F.), stabilisce che – anche prima della presentazione del programma di liquidazione – su proposta del curatore, il G.D., previo parere favorevole del CdC, autorizza l'affitto dell'azienda del debitore a terzi, anche limitatamente a specifici rami, *“quando appaia utile al fine della più proficua vendita dell'azienda o di parti della stessa”*, mentre la scelta dell'affittuario, mediante procedure competitive, deve tenere conto anche della conservazione dei livelli occupazionali unitamente alle garanzie e all'ammontare del canone offerti, nonché alla attendibilità del piano di prosecuzione dell'attività di impresa.
- In entrambi i casi (affitto e cessione) il CCI, all'art. 368, c. 4, riscrive in parte l'art. 47 L. n. 428/1990, che disciplina le ipotesi in esame nella vigente L.F., aggiungendo, i commi 1-bis, e 5-bis, e novellando il comma 5 e 4-bis.

TRASFERIMENTO D'AZIENDA – ART. 368 CCI

- L'art. 47 L. n. 428/1990 disciplina la procedura di confronto sindacale in caso di trasferimento di azienda, a propria volta disciplinato dall'art. 2112 del c.c.
- Tale disposto, trasposizione nell'ordinamento italiano della direttiva n. 2001/23/CE, prevede tre principi di salvaguardia dei diritti dei lavoratori nella circolazione della azienda o dei rispettivi rami: a) la continuazione di diritto del rapporto di lavoro; b) la perdurante applicazione del CCNL vigente presso il cedente, anche aziendale, fino a naturale scadenza, salvo la sostituzione da parte di altri CCNL del medesimo livello applicabili presso il cessionario; c) la solidarietà tra cedente e cessionario per i crediti che il lavoratore aveva al tempo della cessione. Il trasferimento non costituisce giustificato motivo di licenziamento (principio di continuità giuridica del rapporto). Per trasferimento si intende qualsiasi mutamento della titolarità di un'attività economica organizzata preesistente al trasferimento e che conserva la propria identità nel trasferimento, indipendentemente dalla tipologia negoziale (affitto, vendita, usufrutto) ovvero dal provvedimento adottato.
- L'art. 47, c. 1, L. 428/90, prevede che allorché l'azienda (o ramo) occupi oltre 15 dipendenti, debba essere effettuata, almeno 25 gg prima della sottoscrizione dell'accordo di trasferimento o di un'intesa vincolante relativa al prospettato trasferimento, una comunicazione contenente (1) la data o la data proposta del trasferimento, (2) i motivi dello stesso, (3) le conseguenze giuridiche, economiche e sociali per i lavoratori, (4) le eventuali misure previste per questi ultimi. Tale comunicazione deve essere effettuata alle r.s.a. ovvero alle R.S.U. dell'azienda o delle unità produttive interessate nonché alle rispettive OO.SS. che hanno sottoscritto il CCNL applicato nelle imprese interessate all'operazione (o in mancanza di questi soggetti alle OO.SS. comparativamente più rappresentative sul piano nazionale) e deve provenire sia dal cedente che dal cessionario.

TRASFERIMENTO D'AZIENDA – ART. 368 CCI

- **Art. 368**, c. 4, CCI introduce il comma 1-bis all'art. 47: *“nei casi di trasferimenti di aziende nell'ambito di procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza di cui al presente codice, la comunicazione di cui al comma 1 può essere effettuata anche solo da chi intenda proporre offerta di acquisto dell'azienda o proposta di concordato preventivo concorrente con quella dell'imprenditore; in tale ipotesi l'efficacia degli accordi di cui ai commi 4-bis e 5 può essere subordinata alla successiva attribuzione dell'azienda ai terzi offerenti o proponenti”*.
- Si semplifica l'iter e si riducono i tempi, coniugando la dialettica sindacale con la speditezza delle procedure concorsuali e con la continuità aziendale sotto il profilo produttivo. Da un lato la procedura di L.G. non sarà tenuta a effettuare la comunicazione alle OO.SS., potendo inserire nel bando della procedura competitiva la previsione che tale incombenza sia posta a carico dell'affittuario o dell'acquirente. Dall'altro la possibilità di subordinare l'efficacia degli accordi sindacali eventualmente conclusi dall'offerente con le OO.SS. alla effettiva attribuzione dell'azienda, consente di raggiungere la intesa sindacale per gli effetti disapplicativi dell'art. 2112 cod. civ., ex art. 47, c. 5, L. n. 428/1990, già nelle more dell'espletamento della procedura di selezione del contraente affittuario o cessionario.
- In pratica (almeno) 25 gg prima della data del trasferimento: effettuazione della comunicazione; dalla quale decorrono 7 gg per richiedere l'incontro; da cui decorrono i 7 gg per l'effettuazione dell'esame congiunto, aggiungendosi i tempi di negoziazione dell'accordo, che l'offerente ha interesse a raggiungere per conseguire gli effetti derogatori ai diritti dell'art. 2112 cod. civ. Termini da rispettare per non incorrere in condotte antisindacali.

TRASFERIMENTO D'AZIENDA – ART. 368 CCI

- In mancanza di accordo il trasferimento di azienda avverrebbe con l'applicazione dei diritti sanciti dall'art. 2112 c.c., secondo quanto ribadito dal nuovo c. 5 dell'art. 47 della L. n. 428/1990 - come novellato dall'art. 368, c. 4, lett. c) del CCI - allorquando afferma che *“Qualora il trasferimento riguardi imprese nei confronti delle quali vi sia stata apertura della liquidazione giudiziale o di concordato preventivo liquidatorio, ovvero emanazione del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa, nel caso in cui la continuazione dell'attività non sia stata disposta o sia cessata, i rapporti di lavoro continuano con il cessionario”*.
- Tuttavia il secondo capoverso dell'art. 368, c. 4, lett. c), stabilisce, che in tale ipotesi a seguito dell'esperimento della procedura sindacale sopra illustrata *“nel corso delle consultazioni possono comunque stipularsi, con finalità di salvaguardia dell'occupazione, contratti collettivi ai sensi dell'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, in deroga all'articolo 2112, commi 1, 3 e 4, del codice civile; resta altresì salva la possibilità di accordi individuali, anche in caso di esodo incentivato dal rapporto di lavoro, da sottoscrivere nelle sedi di cui all'articolo 2113, ultimo comma del codice civile”* per poi prevedere al novello comma 5-bis che *“Nelle ipotesi previste dal comma 5, non si applica l'articolo 2112, comma 2, del codice civile”*.

TRASFERIMENTO D'AZIENDA – ART. 368 CCI

- La norma del CCI è redatta in modo significativamente diverso rispetto all'attuale formulazione dell'art. 47, c. 5, in cui la disapplicazione dell'art. 2112 c.c. c'è soltanto in caso di accordo sindacale per la salvaguardia almeno parziale dei livelli occupazionali: la deroga ai pilastri sanciti dai primi tre commi dell'art. 2112 c.c. è oggi sottoposta, quindi, al solo accordo sindacale.
- Rispetto alla vigente disposizione di cui all'art. 47, c. 5, diversamente prevede l'art. 5, c. 1, della direttiva europea 2001/23/CE, il quale stabilisce *de iure* la disapplicazione dei diritti dei lavoratori connessi con la circolazione dell'azienda per il solo fatto della dichiarata apertura della procedura di fallimento, senza il filtro legittimante della contrattazione collettiva.
- L'opzione del legislatore italiano, tuttavia, effettuata dalla Legge n. 428/1990 che ha introdotto l'attuale art. 47, c. 5, è già stata ritenuta legittima e non contraria alla direttiva europea dalla S. C. (sent. n. 8617/2001), argomentando circa la non esclusione da parte della direttiva di strumenti che sottopongono a un maggior controllo la dismissione *ope legis* dei diritti ex art. 2112 c.c.
- La previsione della direttiva europea consente, per un verso, di legittimare nella loro funzione derogatoria sia l'accordo sindacale che eventuali accordi individuali in sede protetta anche nelle ipotesi di trasferimento di azienda con meno di quindici dipendenti, in cui non si applica la procedura ex art. 47.

TRASFERIMENTO D'AZIENDA – ART. 368 CCI

- Per altro verso, la previsione della direttiva legittima la nuova opzione formulata dall'art. 368 CCI, in cui vi è una dissociazione tra la deroga relativa alla continuazione del rapporto di lavoro e alla perdurante applicazione del contratto collettivo – oggi come ieri rimessa alla sola conclusione dell'accordo sindacale – rispetto alla solidarietà del cessionario rispetto ai crediti retributivi vantati alla data del trasferimento dal lavoratore nei confronti del cedente assoggettato alla L.G.. Tale solidarietà nel CCI non è più condizionata alla sottoscrizione dell'accordo sindacale, ma opera ipso iure per il solo fatto che vi sia il trasferimento in cui il cedente sia un soggetto per il quale vi sia stata la dichiarazione di apertura della procedura di liquidazione giudiziale (o di concordato preventivo liquidatorio o di liquidazione coatta amministrativa).
- In modo innovativo la riforma prevede la possibilità di derogare al principio per cui il licenziamento non può fondarsi di per sé sul trasferimento, subordinandola, però, alla sussistenza dell'accordo sindacale previsto dal nuovo art. 47, c. 5 (in realtà ora la stessa facoltà è accordata al CCNL giusto l'attuale art. 47, c. 5). Tuttavia in caso di risoluzioni dei rapporti di lavoro non sussiste un potere discrezionale in capo al cessionario e alle OO.SS. nella individuazione dei lavoratori il cui rapporto di lavoro non continuerà con il nuovo soggetto, dovendosi osservare sempre i criteri di buona fede e correttezza ex art. 5, L. n. 223/1991 (esigenze t.o.p., anzianità, carichi familiari), considerato che tali lavoratori saranno licenziati dal curatore.
- Sarà comunque sempre opportuno, oggi come domani ricorrere anche alla sottoscrizione di accordi individuali in sede protetta ex art. 411 c.p.c. (con l'assistenza al lavoratore da parte dell'organizzazione sindacale).

TRASFERIMENTO D'AZIENDA – ART. 368 CCI

- L'art. 368 CCI sostituisce l'art. 47, c. 4 bis della L. 428/1990.
- Nel caso in cui vi sia un accordo con finalità di salvaguardia dell'occupazione al cessionario si trasferiscono i rapporti di lavoro, ma l'art. 2112 c.c. trova applicazione (per condizioni di lavoro) nei termini e con le limitazioni previste nell'accordo stesso, da concludersi anche attraverso i contratti collettivi ex art. 51 Dec. Lgs. n. 81/2015, purchè il trasferimento riguardi aziende:
 - ❖ Con dichiarazione apertura procedura di concordato in continuità indiretta, con trasferimento d'azienda successivo all'apertura del C.P.;
 - ❖ Con omologazione ARD, purché gli accordi non abbiano carattere liquidatorio;
 - ❖ In amministrazione straordinaria, in caso di continuazione o mancata cessazione dell'attività.
- In pratica l'accordo sindacale, diversamente da quello previsto dal comma 5, non può incidere sulla continuazione del/dei rapporto/i di lavoro, né sulla solidarietà tra cedente e cessionario ma soltanto sulle modalità di esecuzione del rapporto lavorativo, ossia mansioni, qualifica, orario.

TRASFERIMENTO D'AZIENDA – ART. 368 CCI

- Peculiare un'ulteriore previsione contenuta nel nuovo c. 5-bis dell'art. 47 per cui, in ipotesi di L.G., ove vi sia il trasferimento di azienda (con o senza accordo derogatorio dell'art. 2112 c.c.) *“il TFR è immediatamente esigibile nei confronti del cedente dell'azienda. Il Fondo di garanzia, in presenza delle condizioni previste dall'articolo 2 della legge 297/1982, interviene anche a favore dei lavoratori che passano senza soluzione di continuità alle dipendenze dell'acquirente; nei casi predetti, la data del trasferimento tiene luogo di quella della cessazione del rapporto di lavoro, anche ai fini dell'individuazione dei crediti di lavoro diversi dal trattamento di fine rapporto, da corrispondere ai sensi dell'art. 2, c. 1, del Dec. Lgs. 80/1992”*.
- La norma si inserisce nel solco del recente orientamento della Cassazione (sent. 19277 e 19278 del 2018) che ha escluso il diritto alla prestazione previdenziale a favore del lavoratore da parte del FdG, quand'anche il TFR fosse stato ammesso al passivo del fallimento, nelle ipotesi in cui il trasferimento d'azienda (effettuato da un datore di lavoro ancora *in bonis*) fosse avvenuto senza formale cessazione del rapp. lav. In difetto non solo non è esigibile il TFR ma il Fondo di Garanzia non può operare e liquidare la prestazione richiesta da parte del lavoratore per assenza di risoluzione.
- Il nuovo art. 47, c. 5 bis, L. n. 428/1990 prevede che la data del trasferimento tiene luogo di quella della cessazione del rapporto, derivandone sia insorgenza del diritto al TFR nei confronti del cedente soggetto alla procedura di L.G., che il conseguente obbligo dell'INPS di corrispondere mediante il FdG la relativa prestazione economica, verificati i presupposti dell'art. 2 L. n. 297.

TRASFERIMENTO D'AZIENDA – ART. 368 CCI

- È previsto che l'identificazione della data del trasferimento come cessazione del rapporto rilevi anche ai fini (per i lavoratori trasferiti), delle ultime tre mensilità di retribuzione che il Fondo di Garanzia è tenuto a erogare.
- Il che, tuttavia, crea problemi di coordinamento con l'art. 2 Dec. Lgs. 80/92, che prevede come il pagamento a carico del FdG riguardi i crediti retributivi relativi alle ultime tre mensilità rientranti negli ultimi 12 mesi precedenti la data di apertura della procedura di fallimento (liquidazione giudiziale).
- Il nuovo comma 5 bis dell'art. 47 prevede che la data del trasferimento tiene luogo di quella della cessazione del rapporto, derivandone non solo l'insorgenza del diritto al TFR nei confronti del cedente soggetto alla procedura di L.G., bensì anche l'obbligo dell'INPS di corrispondere con il FdG la relativa prestazione economica una volta verificati i presupposti stabiliti dall'art. 2, Legge n. 297/1982.
- Se così sarà vi è il pericolo che il lavoratore ceduto possa, a differenza del collega eccedentario, subire un trattamento peggiore consistente nella perdita del diritto a richiedere al citato Fondo la prescritta prestazione, posto che nella maggior parte delle volte la cessione (o l'affitto) interverranno solo decorso un determinato spazio temporale (di giorni, o di settimane o di mesi) durante il quale, in ragione dell'operatività della sospensione *ex lege* del rapporto ex art. 189 CCI, i tre mesi (o parte di essi) coincideranno con l'assenza di trattamento retributivo (quale corrispettivo di nessuna prestazione lavorativa), neutralizzando di fatto la previsione di garanzia introdotta dal citato Dec. Lgs. n. 80/1992.

TRASFERIMENTO D'AZIENDA – ART. 368 CCI

- Infine gli effetti della retrocessione di azienda. Art. 212, c. 6, CCI, in perfetta continuità con il c. 6 dell'art. 104 bis L.F., stabilisce che in siffatte ipotesi la circolazione inversa dall'affittuario all'affittante in L.G. avviene senza responsabilità per la procedura dei debiti maturati fino alla retrocessione, in deroga all'art. 2112 c.c. La neutralizzazione degli effetti della retrocessione è completata con la previsione della applicazione ai rapporti di lavoro retrocessi delle disposizioni di cui alla sezione V del capo I del titolo V, vale a dire, l'art. 189 del CCI, ovvero la sospensione *de iure* del rapporto di lavoro fino alla determinazione da parte del curatore di sciogliersi dallo stesso mediante il licenziamento, ovvero di procedere al subentro nella ipotesi di un esercizio provvisorio ovvero di cedere l'azienda.
- Sembra dunque si possa dare continuità all'orientamento giurisprudenziale (Trib. Milano n. 5571/2015 e Trib. Monza 19.11.2013) formatosi nel vigore dell'art. 104 bis L.F., per il quale la disciplina della retrocessione si applica anche al caso di scioglimento dell'affitto esoprocedurale, concluso con l'affittante *in bonis* successivamente sottoposto a fallimento / L.G. Si ritiene che la stessa norma possa essere impiegata per disciplinare le ipotesi, di fatto residuali tanto da farne solo un concetto teorico, di retrocessione dell'azienda in caso di scioglimento del contratto di vendita del complesso aziendale.

TRANSAZIONE PREVIDENZIALE – ARTT. 63/88 CCI

- Sino a oggi SCARSO utilizzo di tale strumento, anche a causa dei rigidi requisiti che la normativa (primaria e secondaria) aveva previsto per farvi ricorso.
- Nella L.F. vigente art. 182-ter L.F., introdotto dall'art. 146 del Dec. Lgs. 5/2006, che ha previsto all'inizio la sola "transazione fiscale", poi estesa ai crediti contributivi dall'art. 32, c. 5 e 6, del D.L. 185/2008, conv. dalla L. n. 2/2009, ove è stato previsto che *«con decreto del Ministro del Lavoro, di concerto con il MEF, da emanare entro 60 giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto legge, sono definite le modalità di applicazione nonché i criteri e le condizioni di accettazione da parte degli enti previdenziali degli accordi sui crediti contributivi»*.
- Originariamente prevista nell'ambito di un C.P., la transazione fiscale è stata estesa anche agli ARD ai sensi dell'art. 16, c. 5, del Dec. Lgs. n. 169/2007.
- Per la transazione fiscale unica fonte normativa l'art. 182 ter L.F., finalizzato alla riduzione o alla dilazione del dovuto a condizione di garantire all'Ente pubblico la percentuale, i tempi di pagamento e le eventuali garanzie riconosciute ai creditori aventi la medesima posizione giuridica e interessi economici omogenei; per i debiti previdenziali, alla norma di primo grado si è aggiunto il D.M. 4 agosto 2009.
- Il D.M. prevedeva all'art. 4 l'accettazione da parte degli Istituti della proposta di transazione a condizione che: a) l'attivo fosse idoneo a soddisfare i crediti, anche attraverso garanzie; b) il debitore riconoscesse in maniera incondizionata l'esistenza del credito; c) correntezza contributiva per il pagamento dei premi e contributi per il periodo successivo alla proposta, comprese le quote a carico dei dipendenti; d) l'accordo fosse essenziale per la continuità dell'attività imprenditoriale, con connessa salvaguardia dei livelli occupazionali.

TRANSAZIONE PREVIDENZIALE – ARTT. 63/88 CCI

- In realtà babele normativa e regolamentare, intrisa di condizioni e limitazioni sostanziali e procedurali (x es. nel D.M. era previsto l'obbligo di pagare agli Istituti la totalità dei contributi e premi obbligatori con il privilegio ex art. 2753 c.c., almeno il 40% dei crediti ex art. 2754 c.c. e il 30% delle sanzioni civili residue; la dilazione non poteva superare le 60 mensilità; la proposta transattiva non era approvata se non venivano pagati gli aggi all'AdR).
- Art. 1, c. 81, L. 232/2016 ha modificato l'art. 182-ter L.F. dopo una sentenza sovranazionale europea e di un paio di pronunzie delle Sezioni Unite.
- Prima la Corte di Giustizia (sentenza 7.4.2016, C-546/2014) ha sancito la piena compatibilità con la normativa comunitaria della legislazione fallimentare italiana che consentiva il pagamento parziale dell'IVA in un C.P. a condizione che ci fosse una attestazione da parte di un esperto indipendente che tale debito non ricevesse un trattamento migliore in caso di fallimento.
- Poi la Corte di Cassazione S.U. (sentenze 26988/2016 e 760/2017), ha messo in evidenza la diversità di disciplina e la relativa autonomia tra il concordato (nel quale il piano può prevedere, se approvato dai creditori che rappresentano la maggioranza dei crediti ammessi al voto, un pagamento parziale dei crediti fiscali e previdenziali a prescindere dal consenso del Fisco e degli Istituti) e il concordato con transazione fiscale e previdenziale (il quale invece si basa su uno specifico accordo tra il debitore e gli enti creditori).

TRANSAZIONE PREVIDENZIALE – ARTT. 63/88 CCI

- Attuale art. 182-ter L.F.: *«Con il piano di cui all'articolo 160 il debitore, esclusivamente mediante proposta presentata ai sensi del presente articolo, può proporre il pagamento, parziale o anche dilazionato, dei tributi e dei relativi accessori amministrati dalle agenzie fiscali, nonché dei contributi amministrati dagli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie e dei relativi accessori, se il piano ne prevede la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o ai diritti sui quali sussiste la causa di prelazione, indicato nella relazione di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d). Se il credito tributario o contributivo è assistito da privilegio, la percentuale, i tempi di pagamento e le eventuali garanzie non possono essere inferiori o meno vantaggiosi rispetto a quelli offerti ai creditori che hanno un grado di privilegio inferiore o a quelli che hanno una posizione giuridica e interessi economici omogenei a quelli delle agenzie e degli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie; se il credito tributario o contributivo ha natura chirografaria, il trattamento non può essere differenziato rispetto a quello degli altri creditori chirografari ovvero, nel caso di suddivisione in classi, dei creditori rispetto ai quali è previsto un trattamento più favorevole. Nel caso in cui sia proposto il pagamento parziale di un credito tributario o contributivo privilegiato, la quota di credito degradata al chirografo deve essere inserita in un'apposita classe».*

TRANSAZIONE PREVIDENZIALE – ARTT. 63/88 CCI

- La materia della transazione fiscale e contributiva nella riforma di cui al nuovo CCI risulta sdoppiata, con distinta collocazione per A.R.D. e C.P. in due distinti capi del titolo IV dedicato agli strumenti di regolazione della crisi.
- Nella disciplina degli ARD l'art. 63 diversifica, sin dall'intestazione, la transazione fiscale dal «neologismo» *accordi sui crediti contributivi*.
- Viene previsto che nell'ambito delle trattative che precedono la stipulazione degli A.R.D. di cui agli artt. 57, 60 e 61 (ordinari, agevolati, a efficacia estesa) il debitore può proporre una transazione fiscale, a cui deve essere allegata una attestazione del professionista indipendente che, con riferimento ai crediti fiscali e previdenziali, dimostri la convenienza della proposta rapportata al potenziale ricavato all'esito di una procedura di liquidazione giudiziale.
- Parte debitrice può, contestualmente alla presentazione di un ARD ai propri debitori (che, per essere approvato, deve ottenere il consenso del 60% dei crediti), formulare specifica istanza di transazione fiscale e di accordo sui crediti contributivi, di cui deve fare cenno il professionista indipendente nella relazione e che costituirà oggetto di specifico esame da parte del Tribunale.
- Il progetto va presentato con tutti i documenti, la relazione del professionista e il piano contenente l'accordo di ristrutturazione presso il Tribunale, nonché al competente AdR sulla base dell'ultimo domicilio fiscale del debitore.

TRANSAZIONE PREVIDENZIALE – ARTT. 63/88 CCI

- È necessario che l'eventuale adesione alla proposta sia espressa, su parere conforme della competente direzione regionale, con la sottoscrizione dell'atto negoziale da parte del direttore dell'ufficio. L'atto è altresì firmato dall'AdR relativamente agli oneri di riscossione di cui all'art. 17 del Dec. Lgs. 13 aprile 1999, n. 112. L'assenso deve intervenire entro 60 giorni dal deposito della proposta di transazione fiscale, equivale a sottoscrizione dell'accordo di ristrutturazione, e vincola l'Amministrazione accettante la transazione.
- Art. 63, c. 3, CCI specifica che la transazione fiscale conclusa nell'ambito di un ARD si risolve di diritto ove il debitore non adempia in misura integrale, entro novanta giorni dalle scadenze previste, i singoli pagamenti dovuti alle agenzie fiscali e agli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie.
- Tuttavia, oggi come ieri, la negoziazione con Fisco e INPS non rappresenta una *conditio sine qua non* per la validità dell'accordo, per il quale serve la percentuale del 60% dei crediti ai fini della omologazione dello stesso.
- DUBBI...
- La norma, si riferisce nella rubrica agli accordi sui crediti contributivi, ma nel corpo non menziona mai l'INPS e l'INAIL: il cenno al "direttore dell'ufficio" è espressione che ben può richiamare la gerarchia interna all'Agenzia delle Entrate, ma non certamente quella degli Istituti di previdenza e assistenza.

TRANSAZIONE PREVIDENZIALE – ARTT. 63/88 CCI

- Anche la menzione dell'Agente della Riscossione, cui gli Enti previdenziali affidano i loro crediti, non è soddisfacente perché il concessionario è chi formalmente provvede al recupero dei contributi e premi non versati, ma creditori sostanziali rimangono sempre gli Istituti gestori di previdenza.
- L'efficacia degli accordi e delle connesse proposte di negoziazione con l'Agenzia delle Entrate e con gli Enti previdenziali è sospensivamente condizionata all'omologazione degli stessi da parte del Tribunale.
- Sinora le poche proposte di transazione si sono scontrate con la lentezza da parte degli Enti pubblici, per cui termine di due mesi per il parere.
- Per evitare inerzie, l'art. 48, c. 5, CCI, prevede che il Tribunale – riscontrare le prescritte maggioranze – provveda a omologare gli ARD anche in mancanza di adesione da parte del Fisco finanziaria quando l'adesione è decisiva per il raggiungimento delle percentuali di cui all'art. 57, c. 1, e 60 c. 1 e quando, sulla base delle risultanze della relazione del professionista, la proposta di soddisfacimento degli Enti è vantaggiosa rispetto all'alternativa liquidatoria.
- In pratica negli ARD, in caso di mancata adesione o di inerzia da parte degli Enti previdenziali, il Giudice con l'omologa potrà estendere gli effetti dell'accordo anche alle suddette Amministrazioni a condizione che con i crediti fiscali e previdenziali si raggiunga il target previsto del sessanta per cento (o del trenta per cento nel caso degli accordi agevolati) e che la proposta di ristrutturazione presentata dal debitore sia maggiormente conveniente rispetto al potenziale ricavato della liquidazione giudiziale, previa attestazione di un tanto da parte del professionista indipendente.

TRANSAZIONE PREVIDENZIALE – ARTT. 63/88 CCI

- L'art. 88 del CCI prevede la possibilità per il debitore di proporre, unitamente al piano di concordato, una specifica proposta con cui chiede di pagare i tributi, con relativi accessori, nonché i contributi e accessori, in misura parziale o anche in forma rateale. La norma riprende integralmente il vigente art. 182 ter L.F., modificata da ultimo dall'art. 1, c. 81, della L. 232/2016.
- Per poter superare il vaglio degli Enti fiscali e previdenziali, la proposta deve prevedere la soddisfazione dell'Agenzia delle Entrate, di INPS e INAIL in una misura *“non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o ai diritti sui quali sussiste la causa di prelazione, indicato nella relazione di un professionista indipendente”*.
- Se il credito degli Istituti fiscali o previdenziali è assistito da privilegio, gli Enti non possono avere una percentuale di soddisfacimento, dei tempi di pagamento delle loro spettanze previste nella proposta ed eventuali garanzie inferiori o almeno del medesimo livello di quelle offerte ai creditori che hanno un grado di privilegio inferiore o a quelli che hanno una posizione giuridica e interessi economici omogenei a quelli delle agenzie e degli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie. Se i crediti sono di rango chirografario (anche a seguito di degradazione per incapienza), il trattamento non può essere differenziato rispetto a quello degli altri crediti chirografari ovvero, nel caso di suddivisione in classi, dei crediti rispetto ai quali è previsto un trattamento più favorevole.

TRANSAZIONE PREVIDENZIALE – ARTT. 63/88 CCI

- Tali garanzie devono essere obbligatoriamente attestate del professionista indipendente, e paragonate, in punto convenienza del trattamento proposto, a quanto verrebbe percepito dalle citate Amministrazioni in caso di L.G.
- Art. 88, c. 3, CCI: la copia della proposta di transazione fiscale e contributiva e dei documenti a essa allegati devono essere depositati presso il Tribunale con la domanda contenente il piano di concordato, ma anche presentati all'AdR e all'ufficio competente sulla base dell'ultimo domicilio fiscale del debitore, *“unitamente alla copia delle dichiarazioni fiscali per le quali non è pervenuto l'esito dei controlli automatici nonché delle dichiarazioni integrative relative al periodo fino alla data di presentazione della domanda”*.
- Dal momento del deposito di proposta di concordato (contenente la proposta transattiva) presso il Tribunale scattano una serie di termini, ravvicinati e correlati tra loro per garantire la massima speditezza possibile alla procedura.
- L'AdR deve inviare al debitore una certificazione attestante l'entità del debito iscritto a ruolo scaduto o sospeso entro 30 gg dalla data della presentazione.
- Anche in questo caso il legislatore si è concentrato sugli aspetti fiscali omettendo ogni riferimento agli Istituti di previdenza, pur facendo riferimento la rubrica dell'art. 88 CCI alla transazione fiscale e contributiva.

TRANSAZIONE PREVIDENZIALE – ARTT. 63/88 CCI

- Il voto in sede concordataria (se espresso) e il parere sulla proposta transattiva saranno a carico della singola Amministrazione interessata, mentre l'AdR voterà soltanto limitatamente agli aggi a lui spettanti.
- L'art. 88 CCI ripropone quanto già disposto dal vigente art. 182 ter L.F. Semmai il CCI è stato ancora più pregante nel delineare l'importanza dell'attestazione del professionista indipendente, che dovrà prendere posizione sulla convenienza del trattamento proposto in sede di transazione rispetto all'alternativa liquidatoria. Servirà una norma di rango secondario.
- Dopo la prima transazione contributiva era stato emanato il D.M. 4.8.2009, quale supporto (rigido) agli Enti coinvolti al contrario; a seguito della riformulazione dell'art. 182-ter L.F., entrata in vigore l' 1.1.2017, nulla è scaturito (tranne x Fisco con circolare n. 40/E del 18.4.2018).
- L'unico caso in cui si riesce (e si riuscirà) tranquillamente a falciare i crediti fiscali e contributivi, a prescindere dal consenso degli Enti coinvolti, è quello in cui si raggiungeranno le prescritte maggioranze dei creditori previste dalla legge che permettono di omologare il concordato preventivo o l'accordo di ristrutturazione dei debiti (vedere art. 184 L.F. – 117 CCI, «*il concordato omologato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori alla domanda*»).

TRANSAZIONE PREVIDENZIALE – ARTT. 63/88 CCI

- Negli altri casi occorrerà presentare una istanza di transazione fiscale e previdenziale volta al raggiungimento di un accordo con gli Enti che preveda una riduzione del debito tributario e/o contributivo, purché la soddisfazione di tali creditori qualificati sia non inferiore a quella realizzabile sul ricavato in sede di L.G., avuto riguardo al valore di mercato, e suffragata da una relazione di un professionista, che costituirà l'unica àncora di salvataggio per gli Enti.
- Il D.M. 4.8.2009 appare ormai inapplicabile sia in relazione all'art. 182 ter L.F. riformato, che di fronte agli artt. 63 e 88 del CCI (abrogazione implicita).
- Per gli uffici competenti l'unico punto di appoggio è rappresentato dalla relazione del professionista e dal rapporto di quanto potrebbe essere recuperato, a titolo di contribuzione, obbligatoria e minore, e di accessori, in un potenziale riparto a seguito della liquidazione giudiziale dell'impresa.
- Tale verifica dovrà essere accurata sia in fase prognostica (post domanda di transazione), sia in un momento successivo, al fine di verificare se quanto liquidato a INPS e a INAIL sia almeno pari a quanto corrisposto agli altri creditori aventi una posizione giuridica omogenea, dovendo altrimenti gli Istituti subito attivarsi per rivendicare le somme a loro non riconosciute.
- La questione centrale sembra rappresentata dai contributi e premi obbligatori per I.V.S. di cui all'art. 2753 c.c., che trovano collocazione al 2778, n. 1 c.c.

TRANSAZIONE PREVIDENZIALE – ARTT. 63/88 CCI

- Difficile ottenere un parere positivo dagli Enti per uno stralcio dei crediti per contributi obbligatori, a fronte della disposizione dell'art. 2115, c. 3, cod. civ., la quale dichiara la nullità di qualsiasi patto diretto a escludere gli obblighi relativi alla previdenza.
- Mentre l'obbligazione tributaria garantisce risorse allo Stato per far fronte alle proprie finalità, quella previdenziale ha una destinazione personale, individualistica, con i contributi che confluiscono nella posizione previdenziale individuale.
- A livello tributario ci sono condoni o istituti conciliativi come l'accertamento con adesione, la conciliazione giudiziale, la mediazione tributaria, la rottamazione nei quali si può abbattere il debito sia nella parte capitale che in quella per accessori.
- Al contrario i condoni previdenziali hanno permesso di ridurre le s.c. lasciando integri i contributi, per garantire la solidità delle gestioni previdenziali.
- Conflitto tra l'esigenza di assicurare una continuazione dell'attività di impresa, con un accordo di transazione previdenziale che abbatta il debito per contributi e quella di garantire al dipendente la propria posizione assicurativa e previdenziale.
- Contrasto con istituti consolidati, come art. 2115, c. 3, c.c. (indisponibilità dei crediti previdenziali) e dell'art. 2116 c.c. (*c.d.* automatismo delle prestazioni).
- Ideale una transazione previdenziale presentata all'interno di un C.P., laddove – con la maggioranza del voto favorevole dei creditori – sarà possibile omologare la proposta, ovvero quelle nell'ambito di un ARD ove sia il Giudice, previa attestazione del professionista, a omologare l'accordo, rendendo vincolante la transazione, una volta raggiunte le prescritte maggioranze e ci sia la convenienza rispetto all'alternativa L.G.