

# **Questioni varie in materie di procedure concorsuali**

**Consulenti del Lavoro di Pordenone**

**Avv. Paolo Bonetti – Avv. Fabio Scaini**

**Cremona, 20 settembre 2019**

PRIMO CASO – INSINUAZIONE AL PASSIVO

# L'INFERNO

## PRIMO CASO – INSINUAZIONE AL PASSIVO

*Nel mezzo del cammin di nostra vita,*

*l'impresa presso cui laboravamo ahinoi, è fallita..*

*Ahi quanto a dir qual era è cosa dura,*

*non tutti i nostri crediti saranno soddisfatti dalla  
procedura...*

## PRIMO CASO – INSINUAZIONE AL PASSIVO

- Le domande vanno presentate indicando i crediti al lordo fiscale, non al netto indicato nelle buste paga.
- Sia il Curatore, all'esito di eventuali riparti, sia l'INPS, quale gestore del Fondo di Garanzia, ex lege n. 297/1982 e Dec. Lgs. n. 80/1992, sono sostituti di imposta e quindi lordizzano gli importi che devono erogare ai prestatori.
- Il Curatore è sostituto d'imposta ex art. 37, c. 1, D.L. n. 223/2006, conv. in L. 248/2006.

## PRIMO CASO – INSINUAZIONE AL PASSIVO

- Lordo fiscale

Corte Appello Firenze, sentenza n. 725/2016

*Il Fondo di Garanzia, alla pari del Curatore in sede fallimentare, «non potrà esser tenuto a pagare altro che l'importo dell'ammesso, importo che tuttavia è ex lege determinato al lordo delle ritenute, che il curatore sarebbe obbligato a versare in caso di pagamento ed il cui ammontare non è quindi destinato al lavoratore. Con l'ulteriore conseguenza che, ove sia l'INPS a effettuare il pagamento a mezzo del Fondo di Garanzia, l'Istituto accollante dovrà versare al lavoratore creditore l'importo del credito effettivo di questi (cioè del suo credito come ammesso), versandogli il netto e destinando all'erario l'importo delle ritenute».*

*Per Cass., 27 ottobre 2017, n. 25663 «le spettanze del lavoratore maturano al lordo. Da ciò discende che se il lavoratore pretende in giudizio il pagamento di una somma netta deve allegare e dimostrare che siano state già operate le dovute ritenute fiscali».*

## PRIMO CASO – INSINUAZIONE AL PASSIVO

- Lordo previdenziale
- Per Cassazione, sentenza n. 23426/2016, il lavoratore è legittimato a insinuare al passivo gli importi non percepiti dal dat. lav. insolvente al lordo anche delle ritenute previdenziali a proprio carico.
- *“In caso di condanna del datore di lavoro al pagamento, in favore del lavoratore, della retribuzione a questi non corrisposta, la quota contributiva altrimenti dovuta al lavoratore rimane definitivamente a carico del datore di lavoro, e poiché non è configurabile un diritto del lavoratore a invocare in proprio favore l’adempimento dell’obbligazione contributiva, per la quota a carico del datore di lavoro, il credito retributivo del lavoratore va ammesso al passivo del fallimento del datore di lavoro al lordo della quota contributiva altrimenti gravante sul lavoratore, in privilegio trattandosi di credito per retribuzione, esclusa quella gravante sul datore di lavoro... Ne consegue che, in caso di fallimento del datore di lavoro, il lavoratore dev'essere ammesso al passivo, per le retribuzioni non corrisposte, con collocazione privilegiata a norma dell'art. 2751 bis, n. 1, c.c., al netto della quota contributiva gravante sul datore e al lordo di quella gravante sul lavoratore medesimo.”.*

## PRIMO CASO – INSINUAZIONE AL PASSIVO

- Lordo previdenziale
- Ciò in quanto *“il datore di lavoro, ai sensi della L. 4 aprile 1952, n. 218, articolo 19, può procedere alle ritenute previdenziali a carico del lavoratore solo nel caso di tempestivo pagamento del relativo contributo. Altrimenti detta quota contributiva rimane a carico del datore di lavoro ai sensi del successivo articolo 23”*.
- Infatti in ossequio al congegno sanzionatorio previsto nei confronti del datore dalla legge 218/1952 (artt. 19 e 23), il lavoratore rimane liberato dalla obbligazione contributiva in discorso, per la quota a suo carico, con l'ulteriore conseguenza che il suo credito retributivo va calcolato al lordo della quota contributiva altrimenti su di lui gravante.
- Indirizzo di legittimità pacifico: Cass., 18044/2015; Cass., 19790/2011.
- Il credito retributivo del lavoratore si estende automaticamente alla quota contributiva a suo carico (non a quella a carico del datore), che diviene parte della retribuzione spettantegli: ne discende che il relativo credito, in sede fallimentare, segue nell'ordine dei privilegi la natura retributiva che gli è propria.

## PRIMO CASO – INSINUAZIONE AL PASSIVO

- Lordo previdenziale
- Pertanto nelle ipotesi in cui il datore di lavoro *in bonis* non provveda a versare i contributi previdenziali comprensivi delle quote a carico del lavoratore entro il prescritto termine di legge, il lavoratore avrà il «potenziale» diritto di percepire la retribuzione al lordo della propria quota contributiva. Conseguentemente in caso di fallimento anche tale quota potrà essere insinuata al passivo, senza che ciò precluda l'insinuazione al passivo da parte dell'INPS dei propri crediti contributivi, comprensivi delle quote a carico dei lavoratori, in virtù del rapporto previdenziale rimasto inadempito per il mancato versamento dei contributi complessivi nei termini previsti da parte del datore di lavoro.



## PRIMO CASO – INSINUAZIONE AL PASSIVO

- Lordo previdenziale
- Questo arresto di legittimità lascia tuttavia perplessi.
- Tale pronuncia si inserisce in un consolidato orientamento formatosi in sede di esecuzione forzata nei confronti di datori di lavoro *in bonis*, i quali sopportano in definitiva le conseguenze del loro inadempimento civilistico (mancato pagamento della retribuzione) e previdenziale (omesso versamento contributivo, comprensivo delle quote a carico del lavoratore).
- Tuttavia applicare il medesimo ragionamento al fallimento conduce all'iniqua conseguenza di far gravare l'inadempimento dell'imprenditore *in bonis* sui creditori concorsuali.

## PRIMO CASO – INSINUAZIONE AL PASSIVO

- Lordo previdenziale
- Infatti l'ammissione del lordo previdenziale di ogni singola retribuzione dei lavoratori subordinati determina l'erosione – per la quota parte dei contributi a loro carico – dell'attivo fallimentare, con conseguente riduzione della liquidazione, in sede di eventuali riparti, a favore dei creditori delle somme ammesse allo stato passivo esecutivo, a cominciare da quelli aventi un grado di privilegio immediatamente successivo all'art. 2751-*bis*, n. 1, cod. civ. (professionisti, agenti, artigiani, *ecc.*), fino ad arrivare allo stesso INPS, il quale è comunque tenuto, in base al principio dell'automaticità ex art. 2116 cod. civ., a garantire la prestazione previdenziale pensionistica.
- Inoltre si verifica una duplicità di insinuazioni (da parte del lavoratore e da parte dell'INPS) per la medesima voce creditoria, con connesso indebito depauperamento dell'attivo concorsuale.

SECONDO CASO – DURC E PRECONCORDATO

# IL PURGATORIO

Avv. Paolo Bonetti Avv. Fabio Scaini

## SECONDO CASO – DURC E PRECONCORDATO

*Per correr miglior acque alza le vele...*

*il Giudice del Lavoro nega tutele*

*e canterò di quel secondo regno*

*dove la regolarità contributiva nel concordato va  
a segno....*

## SECONDO CASO – DURC E PRECONCORDATO

Impresa in crisi formula una domanda di concordato prenotativo ex art. 161, c. 6, L.F. e, per garantire la continuità aziendale e occupazionale, chiede a INPS, INAIL, Cassa Edile il rilascio del DURC. A fronte della reiezione dell'istanza si rivolge al Giudice del Lavoro ex art. 700 c.p.c. per accertare il diritto alla concessione e al conseguente rilascio del documento unico di regolarità contributiva.

Infatti solo il rilascio di tale documento avrebbe permesso all'impresa di “restare stabilmente sul mercato”, garantendo alla stessa sia la possibilità di partecipare a imminenti gare e appalti pubblici, che il pieno diritto di incassare – da parte delle Amministrazioni appaltanti – i corrispettivi per le opere già svolte.

Il Tribunale – sezione lavoro – ritenendo non sufficiente la documentazione prodotta dall'impresa, respingeva il ricorso per mancanza del *fumus boni iuris*.

## SECONDO CASO – DURC E PRECONCORDATO

In via preliminare il Giudice del Lavoro riteneva la propria competenza anche perché considerava che il DURC avesse una *“funzione meramente dichiarativa di una condizione di regolarità contributiva che può essere accertata anche dal giudice del rapporto assicurativo previdenziale, di tal che, in tale materia, l’INPS opera non con atti autoritativi, ma in maniera sostanzialmente paritetica”*. Inoltre evidenziava che il Giudice ordinario può adottare nei confronti dell’Ente pubblico tutti i provvedimenti, di accertamento, costitutivi o di condanna, richiesti dalla natura del diritto tutelato, *“ivi compresa la sentenza di condanna ad un facere”*.

## SECONDO CASO – DURC E PRECONCORDATO

- Nel merito il Giudice del Lavoro, sulla base dell'art. 5, c. 1, del D.M. 30 gennaio 2015, il quale prevede che *“in caso di concordato con continuità aziendale ... l'impresa si considera regolare nel periodo intercorrente tra la data di presentazione del ricorso ed il decreto di omologazione a condizione che nel piano sia prevista l'integrale soddisfazione dei crediti di INPS, INAIL e Cassa edili e dei relativi accessori di legge”* – nella considerazione che nella fattispecie sottoposta al suo vaglio non sussisteva ancora (*rectius* non era stata ancora presentata) una formale proposta con connesso piano concordatario, respingeva il ricorso dell'impresa dal momento che non si sapeva in quel momento se il progetto di concordato preventivo avrebbe contemplato e previsto l'integrale pagamento dei contributi a favore dell'INPS e dei premi INAIL, requisito indispensabile per il rilascio del DURC da parte dei suddetti Istituti.

## SECONDO CASO – DURC E PRECONCORDATO

- In pratica non si riteneva sussistente il diritto della società a ottenere il rilascio del DURC positivo, documento che – a parere del Giudice del Lavoro – poteva essere rilasciato esclusivamente a fronte di un concordato “pieno”, non di quello con riserva, dal momento che solo in quel caso veniva data la possibilità agli Enti previdenziali di verificare, sulla base del piano depositato, i termini di soddisfazione dei rispettivi crediti.
- L’impresa allora adiva la sezione fallimentare rivendicando la estrema necessità della concessione del DURC favorevole, pena la più che probabile decozione aziendale causata dalla assoluta mancanza di liquidità, dall’impossibilità di incassare crediti per lavori già eseguiti e di partecipare a eventuali ulteriori affidamenti pubblici in regime di parità e concorrenza con gli altri *competitors* del settore.



## SECONDO CASO – DURC E PRECONCORDATO

- Contemporaneamente la società chiedeva al Trib. fallimentare l'autorizzazione a corrispondere i debiti antecedenti la domanda di concordato prenotativo a favore di INAIL, Cassa Edile e INPS per un importo complessivo superiore ai due milioni di euro da erogarsi in un'unica soluzione per i primi due Enti e con una rateazione mensile da spalmarsi in due anni relativamente al debito maturato nei confronti dell'INPS.
- Il Collegio fallimentare, preso atto che si era formato una sorta di circolo vizioso per cui da un lato non era stato ancora presentato, da parte dell'impresa, un concordato preventivo pieno, mentre dall'altro non era possibile corrispondere alcunché a titolo di contributi e premi fino a quando non venivano soddisfatti anche i creditori aventi un grado di privilegio più favorevole, riusciva a trovare la quadra contemperando – con spiccato senso di equità sostanziale e ragionevolezza – le diverse esigenze.

## SECONDO CASO – DURC E PRECONCORDATO

- Il Tribunale fallimentare riteneva non sussistere alcun ostacolo alla concessione del DURC positivo, provvedimento che riteneva esiziale per l'intera procedura, posto che *“il mancato rilascio di detto documento impedirebbe all'impresa, operante prevalentemente nel settore degli appalti pubblici: di incassare i corrispettivi per le attività già eseguite da destinare al risanamento della pregressa situazione debitoria; di portare a compimento gli appalti in essere esponendola vieppiù ad eventuale responsabilità risarcitoria per inadempimento; di aggiudicarsi ulteriori commesse e di poter presentare un piano concordatario idoneo alla salvaguardia del proprio patrimonio”*.

## SECONDO CASO – DURC E PRECONCORDATO

- L'accoglimento della domanda della società era “agevolato” dall'aver la stessa contemporaneamente chiesto al Tribunale fallimentare l'autorizzazione al pagamento dei debiti contributivi (parte subito in un'unica soluzione e parte mediante rateazione un biennale), con conseguenze positive a catena.
- Sotto un primo profilo il pagamento / la rateazione mensile dei contributi e dei premi faceva venir meno nei confronti degli Enti previdenziali l'ostacolo del mancato rilascio del DURC, posto che la società corrispondeva o comunque riconosceva incondizionatamente il proprio debito pregresso.
- Ma contemporaneamente l'ottenimento del DURC positivo permetteva all'impresa in crisi di bypassare la potenziale violazione alla regola della *par condicio creditorum* nei confronti dei creditori posti in posizione preminente rispetto agli Istituti di previdenza, nella considerazione che l'immediato pagamento (e la rateazione del residuo) a titolo di contributi, pur facendo uscire dalla disponibilità finanziaria della società un importo particolarmente elevato (oltre due milioni di euro) permetteva all'impresa – attraverso il rilascio del DURC – l'ottenimento di quasi 12 milioni di euro, derivante da precedenti lavori eseguiti con i pagamenti bloccati in attesa del rilascio della regolarità contributiva, con un saldo positivo superiore ai 9 milioni di euro.

## SECONDO CASO – DURC E PRECONCORDATO

- Il DURC nasce con la legge n. 266/2002 in relazione alle imprese che siano affidatarie di un appalto pubblico o che gestiscano servizi e attività o concessioni con un ente pubblico. È un'attestazione in cui l'INPS e l'INAIL (e la Cassa Edile per la parte di competenza) dichiarano che una determinata impresa è (o non è) in regola con il versamento dei contributi e premi.
- In questo senso il DURC diventa anche un mezzo di contrasto al lavoro sommerso, uno strumento che mira a garantire la leale concorrenza tra le imprese e allontanare dal mercato le imprese inadempienti sotto il profilo contributivo.

## SECONDO CASO – DURC E PRECONCORDATO

- Nelle procedure concorsuali il DURC viene richiesto soltanto laddove vi sia una continuazione di attività.
- In caso di procedura fallimentare non è applicabile il disposto di cui all'art. 30, c. 5, del D.Lgs. 150/2016 (c.d. nuovo Codice degli appalti), il quale prescrive alla stazione appaltante «*in caso di inadempienza contributiva risultante dal documento unico di regolarità contributiva relativo a personale dipendente dell'affidatario o del subappaltatore*» di trattenere «*dal certificato di pagamento l'importo corrispondente all'inadempienza per il successivo versamento diretto agli enti previdenziali e assicurativi, compresa, nei lavori, la Cassa edile*».

## SECONDO CASO – DURC E PRECONCORDATO

- Il committente non potrà invocare il citato articolo e sarà tenuto a versare il prezzo dell'appalto non potendolo corrispondere agli enti previdenziali, come avviene per le imprese *in bonis*. In tal caso dunque il credito relativo al corrispettivo dell'appalto rimane acquisito alla massa fallimentare, con la conseguenza che un eventuale pagamento ad altro soggetto, fatto dopo la sentenza dichiarativa di fallimento, diventerebbe inefficace ai sensi dell'art. 44 L.F.
- Se invece con il fallimento si verifica una continuazione di attività ex art. 104 L.F. (anche se limitata ad alcuni rami aziendali) il DURC può essere concesso, alla duplice condizione che il credito previdenziale relativo agli obblighi contributivi scaduti anteriormente alla data di autorizzazione all'esercizio provvisorio sia stato insinuato al passivo e che i crediti contributivi insorti dopo la sentenza dichiarativa di fallimento vengano regolarmente pagati da parte della Curatela.

## SECONDO CASO – DURC E PRECONCORDATO

- L'art. 5 del D.M. 30 gennaio 2015 prevede ai commi 2 e 3 che «*In caso di fallimento o liquidazione coatta amministrativa con esercizio provvisorio di cui agli articoli 104 e 206 del Regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, l'impresa si considera regolare con riferimento agli obblighi contributivi nei confronti di INPS, INAIL e Casse edili scaduti anteriormente alla data di autorizzazione all'esercizio provvisorio. In caso di amministrazione straordinaria di cui al decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270 e al decreto-legge 23 dicembre 2003, n. 347, convertito nella legge 18 febbraio 2004, n. 39 e successive modifiche e integrazioni, l'impresa si considera regolare con riferimento ai debiti contributivi nei confronti di INPS, INAIL e Casse edili scaduti anteriormente alla data del decreto di apertura della medesima procedura di cui all'art. 30 del decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270 e all'art. 2 del decreto-legge 23.12.2003, n. 347*».
- Per quanto attiene alla procedura concordataria l'art. 5 del D.M. 30 gennaio 2015 stabilisce che «*In caso di concordato con continuità aziendale di cui all'art. 186-bis del Regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, l'impresa si considera regolare nel periodo intercorrente tra la pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese e il decreto di omologazione, a condizione che nel piano di cui all'art. 161 del medesimo regio decreto sia prevista l'integrale soddisfazione dei crediti dell'INPS, dell'INAIL e delle Casse edili e dei relativi accessori di legge*» Pubblicazione eseguita, a cura del cancelliere, nel registro delle imprese entro il giorno successivo al deposito in cancelleria, ai sensi dell'art. 161, comma 5, L.F.

## SECONDO CASO – DURC E PRECONCORDATO

- Nel caso di domanda di concordato preventivo *c.d.* “con riserva o in bianco” non è possibile ottenere il rilascio del DURC regolare, mancando *in nuce* il piano di cui all’art. 161 L.F. e non essendoci la possibilità per gli Istituti di verificare la soddisfazione dei propri crediti (così Circolare Min. Lav. e Politiche Sociali 8 giugno 2015, n. 19).
- Infatti nel c.d. preconcordato manca un piano concordatario contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta di concordato. Gli Istituti sono impossibilitati (al pari degli altri creditori) a verificare se i propri crediti verranno o meno riconosciuti e soddisfatti, dal momento che la regolarità contributiva viene concessa a condizione che ci sia la previsione della integrale soddisfazione dei crediti contributivi (e relative somme aggiuntive) antecedenti la data di pubblicazione del ricorso di ammissione al concordato.
- Nelle ipotesi di concordato in bianco per rilasciare il DURC positivo gli Enti invitano il debitore a regolarizzare e mettersi in regola con i versamenti contributivi anche per il periodo che intercorre tra la data di pubblicazione del ricorso e quella in cui avverrà la presentazione della proposta, del piano e della documentazione allegata nel periodo (tra i 60 e i 120 giorni, eventualmente prorogabili, in presenza di giustificati motivi, di un ulteriore periodo non superiore a 60 giorni) fissato dal Giudice.



## SECONDO CASO – DURC E PRECONCORDATO

- Ove il piano concordatario non preveda l'integrale soddisfazione dei crediti contributivi l'INPS, con il Messaggio n. 5223/2015, ha dato indicazione alle sedi di esprimere voto contrario alla omologazione dei concordati, salvo il caso di transazione previdenziale, unica ipotesi in cui l'INPS potrà rilasciare la regolarità contributiva.
- Lo stesso Min. Lav., con la Circolare 8 giugno 2015, n. 19, ribadita dall'INPS con il Messaggio n. 5223/2015, ha precisato che nel caso in cui il piano concordatario preveda una soddisfazione dei crediti previdenziali (INPS, INAIL, nonché dei contributi destinati alla Cassa Edile) soltanto parziale, oppure la retrocessione degli stessi al rango di crediti chirografari, gli Istituti non rilasceranno il DURC positivo, dovendo, al contrario, attestare l'irregolarità di tali imprese, non essendosi realizzata la condizione esplicitamente prevista dall'art. 5, comma 1, del D.M. 30 gennaio 2015.
- Unico caso in cui il DURC dovrà essere emesso regolare anche se il piano non preveda l'integrale soddisfazione dei crediti si ha quando il concordato è votato dalla maggioranza dei crediti ammessi al voto e, ai sensi dell'art. 184 L.F., è omologato ed è obbligatorio per tutti i creditori anteriori alla data di pubblicazione nel registro delle imprese del ricorso di cui all'art. 161 L.F. (così Nota del Min. Lav. 21 luglio 2015).
- In tale ultimo caso il DURC sarà positivo, a prescindere dal fatto che vi sia soltanto una parziale soddisfazione dei crediti previdenziali privilegiati, dal momento che si rientra nella situazione di cui all'art. 3, comma 2, del D.M. 30 gennaio 2015, ossia nella «*sospensione dei pagamenti in forza di disposizioni legislative*», già prevista dall'art. 5, comma 2, lett. b), del D.M. 24 ottobre 2007 più volte citato.

## SECONDO CASO – DURC E PRECONCORDATO

Ma allora, tra Giudice del Lavoro e Tribunale fallimentare chi ha ragione?

ENTRAMBI

Con gli occhi del Giudice del Lavoro, in un procedimento (d'urgenza) instaurato davanti allo stesso, caratterizzato dalla celerità, la decisione si è basata sui pochi elementi che il Magistrato aveva a disposizione e sui dati fattuali di legge (e regolamentari) che impediscono agli Istituti di concedere un DURC positivo di fronte a una società non (ancora) sottoposta alla procedura di concordato preventivo, considerato che in quel momento vi era soltanto una potenzialità che tale procedura venisse aperta e non si era in grado di sapere cosa prevedessero il piano e la proposta concordataria e quali fossero le percentuali e i gradi di soddisfazione degli Istituti previdenziali.

Dal punto di vista della sezione fallimentare del Tribunale è indubbio che il collegio sia in possesso di elementi ulteriori rispetto a quelli sottoposti al Giudice del rapporto.

Solo il Giudice fallimentare può conoscere il progetto dell'impresa istante dal momento che, grazie all'intervento correttivo di metà 2013 (D.L. 21.6.2013 n. 69, convertito in legge 9.8.2013 n. 98), è in grado di vagliare pregi e difetti del concordato, considerato che l'imprenditore deve sottoporre al suo esame i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi e l'elenco nominativo dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti, riservandosi di presentare la proposta, il piano e la documentazione di cui ai commi secondo e terzo dell'art. 161 L.F. entro un termine fissato dal giudice, compreso fra 60 e 120 giorni e prorogabile, in presenza di giustificati motivi, di non oltre 60 ulteriori giorni. Inoltre lo stesso Tribunale fallimentare può nominare fin da subito il commissario giudiziale, al fine di fargli sorvegliare la condotta del debitore e riferire immediatamente al giudice.

## SECONDO CASO – DURC E PRECONCORDATO

La sezione fallimentare, pur non avendo come riferimenti normativi altre disposizioni che quelle di cui al D.M. 30 gennaio 2015 in materia di DURC e del sesto comma dell'art. 161 della legge fallimentare in materia di concordato con riserva, è riuscita a contestualizzare la vicenda in modo encomiabile, quasi anticipando quei poteri di controllo cui è tenuto il Giudice Delegato una volta aperta la procedura di concordato preventivo.

Anche se la legge prevede in capo al Giudice Delegato un **controllo sulla fattibilità giuridica** del piano e della proposta del concordato preventivo, lasciando che siano i creditori a valutare la fattibilità economica, nella prassi (e nel disegno riformatore delle procedure concorsuali) il Giudice può verificare se il piano sia adeguato anche da un punto di vista economico per soddisfare il ceto creditorio.

Pur trovandoci, nella fattispecie esaminata, in una fase antecedente rispetto all'apertura di una vera e propria procedura concorsuale, ciò nonostante la sezione fallimentare viene a decidere la vicenda non limitandosi a valutare la semplice concessione del documento di regolarità contributiva, bensì anche soppesando ogni singola conseguenza che può derivare dal rilascio (o dal mancato rilascio) del DURC nei confronti degli Istituti competenti alla consegna dello stesso, del debitore in crisi e, soprattutto, dell'intero ceto creditorio, compresi gli stessi Enti previdenziali.

## SECONDO CASO – DURC E PRECONCORDATO

La soluzione adottata è caratterizzata da una salomonica ragionevolezza, intesa quale idoneità a consentire il risanamento dell'impresa in funzione del riequilibrio economico e finanziario atto a permettere il riposizionamento aziendale sul mercato.

La prospettiva del Tribunale fallimentare è certamente migliore rispetto a quella del Giudice del Lavoro, visto che riesce a valutare contemporaneamente le esigenze dell'impresa in crisi (anche nel momento in cui è in procinto di presentare un piano concordatario, ma non lo ha ancora predisposto), e quelle di tutti i creditori che poi assurgeranno a protagonisti in sede di votazione della proposta concordataria.

Rispetto alla decisione del Giudice del Lavoro, quella della sezione fallimentare è solo apparentemente sfavorevole agli Istituti previdenziali (INPS e INAIL) e alla Cassa Edile, legittimati a rilasciare il DURC in via amministrativa.

Con saggia decisione, perfettamente incardinata in quella che probabilmente diventerà una procedura concorsuale, il Giudice fallimentare soddisfa contemporaneamente tutte le parti in causa:

- La decisione risulta favorevole per il debitore, il quale ottiene *iussu iudicis* il DURC positivo, mantenendo inalterata la propria capacità imprenditoriale sul mercato.
- Il decreto soddisfa i creditori che, grazie alla concessione del DURC, beneficeranno del fatto che l'impresa in crisi potrà continuare a partecipare ad altre gare e appalti, a incassare i corrispettivi di lavori già effettuati e a proseguire le opere già iniziate.

## SECONDO CASO – DURC E PRECONCORDATO

- Ma nemmeno gli Istituti, legittimi contraddittori nella controversia *de qua*, sono da considerarsi soccombenti, nemmeno parzialmente, visto che grazie al rilascio (giudiziale) del DURC favorevole con la contemporanea autorizzazione al pagamento in loro favore (immediato per INAIL e Cassa Edile, rateizzato in 24 mesi per l'INPS) si vedono soddisfatti in brevissimo tempo nei loro crediti, addirittura «sorpassando» altri creditori cui sarebbero postergati.
- Anche gli effetti «sociali» sono garantiti.
- Da un lato il DURC è rilasciato dal Giudice, evitando al singolo funzionario degli Enti previdenziali di emettere un atto che se favorevole potrebbe essere considerato *contra legis*, e, se negativo avrebbe pesanti ripercussioni sulla compagine sociale in crisi e, di riflesso, sulla manodopera occupata e financo sulle percentuali di recupero dei crediti “incagliati” degli stessi Enti previdenziali coinvolti (senza contare l'erogazione delle prestazioni a sostegno del reddito in caso di risoluzione dei rapporti di lavoro).
- Dall'altro soltanto il Tribunale fallimentare può emettere una decisione di tal guisa che, alla fine, riesce ad accontentare tutte le parti coinvolte, mantenendo in vita un'impresa nel segno della continuità aziendale e liberando risorse economiche già dalla stessa maturate, pronte a soddisfare i creditori vecchi e nuovi, ivi compresi gli stessi Istituti di previdenza e la Cassa Edile.

TERZO CASO – FONDO DI GARANZIA E  
TRASFERIMENTO D'AZIENDA

# IL PARADISO

## TERZO CASO – FONDO DI GARANZIA E TRASFERIMENTO D'AZIENDA

- Alcuni lavoratori rivendicano i propri crediti per trattamento di fine rapporto e per le ultime mensilità di retribuzione nei confronti dei loro originari datori di lavoro nel frattempo sottoposti a procedure concorsuali.
- Ottenuta l'ammissione di tali crediti al passivo, formulano le proprie domande nei confronti del Fondo di Garanzia, istituito presso l'INPS, ma l'Ente previdenziale rigetta tali istanze posto che i datori di lavoro, ancora *in bonis*, avevano trasferito l'azienda e quindi anche i rapporti di lavoro, senza soluzione di continuità, presso altre società che avevano preso in carico i prestatori trasferiti.
- I rapporti di lavoro sono stati oggetto di un trasferimento di impresa e pertanto i lavoratori hanno continuato a prestare la loro attività alle dipendenze del cessionario senza alcuna interruzione.

## TERZO CASO – FONDO DI GARANZIA E TRASFERIMENTO D'AZIENDA

- I lavoratori, dopo che l'INPS ha rigettato le loro domande, si rivolgono al Giudice del Lavoro che, in accoglimento dei ricorsi, condanna l'INPS a corrispondere, per il tramite del Fondo di Garanzia, quanto dovuto ai prestatori di lavoro, così come accertato in sede di ammissione allo stato passivo.
- Tali pronunzie vengono poi confermate dalla Corte territoriale, la quale ribadisce che i crediti ammessi al passivo di una procedura concorsuale, non possono più essere contestati, nell'*an* e nel *quantum*, da un terzo quale il gestore del Fondo di Garanzia, e ciò a prescindere dalle vicende circolatorie del rapporto di lavoro e dal fatto che l'Istituto previdenziale abbia partecipato o meno alla procedura fallimentare o di L.C.A.
- L'INPS ricorre in Cassazione contestando le conclusioni delle Corti territoriali in punto debenza del T.F.R. ex lege n. 297/1982, in pendenza del rapporto di lavoro a seguito del trasferimento d'azienda.



## TERZO CASO – FONDO DI GARANZIA E TRASFERIMENTO D'AZIENDA

- Tali controversie non sorgono davanti al Giudice Delegato, considerato che spesso i crediti dei lavoratori – previo parere conforme del rappresentante della procedura concorsuale – vengono tranquillamente ammessi al passivo, bensì innanzi al Giudice del Lavoro, al quale si rivolgono i prestatori dopo che l'INPS, quale gestore del Fondo di Garanzia, respinge parzialmente o totalmente la loro istanza.
- Lo snodo giuridico è costituito dal verificare se l'INPS, in queste ipotesi di discrasia tra quanto risulta nei propri archivi e quanto invece riconosciuto al passivo concorsuale, possa rifiutare il pagamento dei crediti pur ammessi al passivo con decreto del Giudice Delegato, sollevando autonome eccezioni, fondate sull'autonomia della domanda previdenziale che ha elementi costitutivi propri e autonomi rispetto alla istanza formulata in sede fallimentare.
- A mero titolo esemplificativo si pensi ai casi di simulazione del rapporto di lavoro, a rapporti di collaborazione per i quali in sede concorsuale venga rivendicata la natura subordinata, a importi insinuati e ammessi al passivo in realtà non coperti dall'ombrello protettivo del Fondo, a voci retributive non rientranti nella determinazione del trattamento di fine rapporto.

## TERZO CASO – FONDO DI GARANZIA E TRASFERIMENTO D'AZIENDA

- *“Si tratta di stabilire se l’obbligo del Fondo di Garanzia di cui all’art. 2 della legge n. 297 del 1982, valutate tutte le ricadute sul sistema, possa scaturire, incondizionatamente, dalla sola ammissione al passivo della domanda del lavoratore: anche se ciò che si è domandato in sede fallimentare è la sola quota di t.f.r. maturata presso il precedente datore di lavoro assoggettato a fallimento, successivamente alla cessione dell’azienda ed a prescindere dalla verifica dell’avvenuta cessazione del rapporto di lavoro intercorso con il cedente”.*
- La Suprema Corte ha sempre fatto scaturire la conseguenza che, esaurita la sequenza di atti che nella procedura fallimentare conduce all’accertamento del diritto del lavoratore in confronto del fallito, il Fondo di Garanzia è tenuto indefettibilmente a pagare ai lavoratori, in sostituzione del datore di lavoro insolvente, il medesimo oggetto del credito che, allo stesso titolo, risulta ammesso al passivo del fallimento o di altra procedura concorsuale.
- Queste problematiche sono ancora più evidenti in caso di trasferimento d’azienda (con connessa circolazione dei rapporti lavorativi) che precede poi la decozione del datore di lavoro cedente.

## TERZO CASO – FONDO DI GARANZIA E TRASFERIMENTO D'AZIENDA

- Infatti mentre non sussiste alcun problema ove a fallire sia il cessionario, con il Fondo di Garanzia che interviene corrispondendo il TFR e le ultime tre mensilità non erogate da parte datoriale, maggiori problemi derivano dall'insolvenza del datore cedente, posto che i debitori del TFR sono, in via solidale, entrambe le parti contrattuali per la quota parte maturata fino alla data del trasferimento, mentre per la parte della liquidazione maturata dopo il trasferimento debitore è ovviamente il solo cessionario.
- Viene a mancare – nell'ottica dell'Istituto previdenziale gestore del Fondo – uno dei requisiti fondamentali per l'intervento a tutela: la cessazione del rapporto di lavoro, posto che, ai sensi dell'art. 2112, commi 1 e 2, cod. civ. *“In caso di trasferimento d'azienda, il rapporto di lavoro continua con il cessionario ed il lavoratore conserva tutti i diritti che ne derivano. Il cedente ed il cessionario sono obbligati, in solido, per tutti i crediti che il lavoratore aveva al tempo del trasferimento...”*.

## TERZO CASO – FONDO DI GARANZIA E TRASFERIMENTO D'AZIENDA

- In questo contesto non va però dimenticato che il Fondo di Garanzia interviene sia per datori di lavoro sottoposti a procedure concorsuali, sia in caso di inadempienze di imprese non fallibili: e qui sorgono – soprattutto da un punto di vista pratico e operativo – sostanziali differenze.
- Infatti nelle fattispecie di cui all'art. 2, comma 5, della legge n. 297/1982 (ovverosia datore di lavoro inadempiente non fallibile, allorquando l'accertamento del credito del lavoratore nei confronti del datore di lavoro debitore principale avviene – mediante sentenza o addirittura decreto ingiuntivo – senza alcuna possibilità, anche solo potenziale, dell'INPS di intervenire) l'Istituto ben può opporre l'insussistenza dei presupposti per l'intervento del Fondo al lavoratore, restando quest'ultimo onerato della relativa prova, anche presuntiva.

## TERZO CASO – FONDO DI GARANZIA E TRASFERIMENTO D'AZIENDA

- La Corte di Cassazione si è già pronunciata in materia e ha sancito la non confutabilità da parte dell'INPS dello stato passivo dichiarato esecutivo una volta decorsi i termini per le impugnazioni previste nell'art. 98 del R.D. 267/1942
- Cass. 13 novembre 2014, n. 24231, 13 novembre 2015, n. 23258 e 4 dicembre 2015, n. 24730.
- Con la pronuncia di fine 2014 la Suprema Corte aveva rigettato il ricorso dell'INPS volto a contestare i crediti (a titolo di TFR e/o di ultime tre mensilità) di alcuni prestatori di lavoro subordinato, sul mero presupposto che, una volta trascorsi i rigidi e perentori termini, stabiliti dall'art. 98 L.F., per l'impugnazione, l'opposizione, o la revocazione dello stato passivo, quest'ultimo non era più “modificabile” e l'accertamento ivi contenuto (frutto del procedimento derivante dalla insinuazione al passivo del lavoratore, dal vaglio con giudizio positivo del Curatore e dall'ammissione allo stato passivo reso esecutivo con decreto dal Giudice Delegato) diventava definitivo, alla stregua di un giudicato che non poteva essere più modificato, nemmeno da un creditore “qualificato” come l'INPS.

## TERZO CASO – FONDO DI GARANZIA E TRASFERIMENTO D'AZIENDA

- La Suprema Corte, in un passaggio della sentenza n. 24231/2014, sosteneva che *«l'Istituto non può in alcun modo contestare l'assoggettabilità alla procedura concorsuale e l'accertamento ivi operato, al quale resta vincolato sotto il profilo dell'an e del quantum debeat»*.
- Con questa pronuncia di legittimità veniva in pratica evidenziato che l'INPS, al pari degli altri creditori concorsuali, ha la possibilità di contestare l'an e il quantum unicamente mediante l'impugnazione dello stato passivo reso esecutivo nel termine perentorio di 30 giorni dalla comunicazione via PEC dello stesso.
- L'Istituto previdenziale contesta questa ricostruzione, prendendo spunto dalla sentenza n. 8265/2010 della S.C., la quale ha statuito che l'obbligazione del Fondo non assume un carattere solidale bensì soprattutto sussidiario, e l'intervento del Fondo di Garanzia è ammesso solo ove non vi siano altri soggetti da escutere, circostanza che non si verifica in caso di trasferimento d'azienda, atteso che – ex art. 2112 cod. civ. – il cessionario è obbligato in solido con il datore di lavoro insolvente nell'ambito di un rapporto di lavoro che è proseguito senza soluzione di continuità.

## TERZO CASO – FONDO DI GARANZIA E TRASFERIMENTO D'AZIENDA

- Partendo dalle disposizioni normative interne (legge n. 297/1982 e Dec. Lgs. n. 80/1992) e soprattutto comunitarie (Direttiva 1980/987 CEE e 2002/74 CE), l'INPS ha ritenuto imprescindibili, in caso di datore di lavoro soggetto alle procedure concorsuali, **tre requisiti per l'intervento del Fondo di Garanzia**:
  - ❖ l'esistenza di un credito a titolo di TFR e/o di ultime tre mensilità in capo al lavoratore;
  - ❖ l'accertamento dello stesso in sede concorsuale;
  - ❖ la cessazione del rapporto di lavoro.
- Aperta la procedura concorsuale (fall., C.P., L.C.A., A.S.) è necessario che il credito del lavoratore venga accertato in tale sede. Solo così il diritto di credito individuale del lavoratore diventa un diritto di credito assistito dalla concorsualità.
- Ma l'Istituto previdenziale ha sempre ribadito (Circ. 74/2008) la necessaria e imprescindibile presenza di un ulteriore elemento per poter liquidare le prestazioni del Fondo di Garanzia: la cessazione del rapporto di lavoro.
- A prescindere dalla modalità in cui è avvenuta la risoluzione del rapporto lavorativo (dimissioni, licenziamento, scadenza del termine in un contratto di lavoro a tempo determinato, risoluzione consensuale), è necessario che questa venga verificata caso per caso da parte del funzionario INPS, che normalmente si basa sulla denuncia obbligatoria (attualmente il modello Unilav) comunicata dalla parte datoriale.

## TERZO CASO – FONDO DI GARANZIA E TRASFERIMENTO D'AZIENDA

- Corte di Cassazione 19 luglio 2018, nn. 19277 e 19278
- Il punto di partenza, imprescindibile, da cui prende avvio la disamina della Suprema Corte è nel senso di distinguere nitidamente e di porre su due piani diversi il rapporto di lavoro, che intercorre tra il datore e il prestatore, rispetto al rapporto assicurativo previdenziale che dà luogo all'intervento del Fondo di Garanzia.
- Laddove vi sia un trasferimento d'azienda ciò che muta da un punto di vista lavoristico, è semplicemente il datore di lavoro, con il soggetto cessionario che, ex art. 2112 c.c., subentra nei rapporti di lavoro con i dipendenti diventando al contempo obbligato solidale per il T.F.R. maturato nel periodo antecedente la cessione.
- Secondo la Cassazione il diritto del prestatore a ottenere dal Fondo di Garanzia la corresponsione del TFR ha natura esclusivamente previdenziale, ed è completamente distinto rispetto all'autonomo diritto di credito vantato dal lavoratore nei confronti del datore di lavoro.
- Finora si sviscerava il rapporto intercorrente tra l'obbligazione giuslavoristica e quella previdenziale, sempre però dalla visuale dei lavoratori, nel senso di garantire loro una protezione dal rischio derivante dall'insolvenza datoriale.



## TERZO CASO – FONDO DI GARANZIA E TRASFERIMENTO D'AZIENDA

- Tuttavia non era mai stato dimostrato che dalla natura autonoma – rispetto all'originario obbligo retributivo gravante sulla parte datoriale – e previdenziale della prestazione del Fondo potesse valutarsi tale fattispecie anche nell'ottica dell'Ente preposto, per finalità pubblicistiche, a tutelare i lavoratori.
- In pratica se da un lato la natura autonoma dell'obbligo di corrispondere la prestazione da parte del Fondo di Garanzia impedisce all'INPS di opporre eccezioni derivanti da ragioni interne al rapporto lavorativo (quali l'esistenza e l'entità dei crediti rivendicati dai lavoratori), dall'altro non è possibile vietare all'Istituto un accertamento giudiziale volto a vagliare gli elementi soggettivi e oggettivi al cui verificarsi scatta l'obbligo di tutela assicurativa, considerato che tali elementi sono interni non al rapporto lavorativo, bensì al diverso e autonomo rapporto previdenziale.
- Il cambio di passo rispetto alle sentenze nn. 24231/2014, 23258/15 e 24730/2015 è evidente.

## TERZO CASO – FONDO DI GARANZIA E TRASFERIMENTO D'AZIENDA

- In queste ultime si era sostenuto che *"L'esecutività dello stato passivo che abbia accertato in sede fallimentare l'esistenza e l'ammontare d'un credito per TFR in favore del dipendente dell'imprenditore dichiarato fallito importa, ai sensi della L. n. 297 del 1982, art. 2, il subentro dell'INPS nel debito del datore di lavoro insolvente, senza che l'istituto previdenziale possa in alcun modo contestarne l'assoggettabilità alla procedura concorsuale e l'accertamento ivi operato, al quale resta vincolato sotto il profilo dell'an e del quantum debeatur"* (sent. n. 24231/2014) e che *"l'esecutività dello stato passivo basta a sorreggere la pretesa del lavoratore nei confronti del Fondo, senza neppure la necessità di una preventiva informazione all'istituto previdenziale riguardo alla misura del credito e ai suoi presupposti [...]. Supporre, come fa l'INPS che i crediti, pur sussistenti, siano suscettibili di essere fatti valere ex art. 2112 c.c. nei confronti della presunta cessionaria, con conseguente inapplicabilità della legge n. 297/1982 e D.Lgs. n. 80/1992, integrerebbe solo un aggiramento dialettico della suddetta vincolatività dell'accertamento anche nei confronti dell'istituto previdenziale [...]. Pur a voler ipotizzare che nel caso di specie si sia effettivamente verificata, prima della instaurazione della procedura concorsuale, una cessione di azienda ex art. 2112, e che i crediti per TFR e ultime tre mensilità non siano neppure esigibili (essendo i rapporti lavorativi de quibus ancora in corso) e, men che meno, esigibili nei confronti della cedente (che ne può rispondere solo pro quota), nondimeno resta l'insuperabile rilievo che tali crediti sono stati ammessi al passivo e ciò non può essere contestato se non in sede di opposizione allo stato passivo, il che non è avvenuto"* (sent. n. 24730/2015).

## TERZO CASO – FONDO DI GARANZIA E TRASFERIMENTO D'AZIENDA

- Ora invece, rivedendo il precedente indirizzo, la Suprema Corte afferma che non sussiste alcun automatismo tra l'ammissione al passivo della domanda di insinuazione da parte del lavoratore per i suoi crediti e la prestazione del Fondo di Garanzia. In pratica **si deve dare la più ampia possibilità all'Istituto gestore del Fondo di verificare la concreta operatività della regola di intervento del meccanismo di protezione**, incentrata sul ricorrere degli indispensabili requisiti previsti dalla legge n. 297/1982 e dal Dec. Lgs. n. 80/1992.
- Ebbene, per rendere effettivamente operativo l'intervento del Fondo di Garanzia nel pagamento del trattamento di fine rapporto, è necessario, oltre all'insolvenza di parte datoriale, che sia venuto a esistenza l'obbligo di pagamento del T.F.R. stesso, così come disciplinato dall'art. 2120 cod. civ.: in una parola **è necessaria che sia intervenuta la risoluzione del rapporto di lavoro**, a prescindere dalla concreta e fattiva modalità in cui questa è stata posta in essere.

## TERZO CASO – FONDO DI GARANZIA E TRASFERIMENTO D'AZIENDA

- Tale requisito non lo si rinviene solo nell'art. 2120 c.c. (*“in ogni caso di cessazione del rapporto di lavoro subordinato, il prestatore di lavoro ha diritto ad un trattamento di fine rapporto”*), ma anche nella normativa istitutiva del Fondo di Garanzia, all'art. 2 della legge n. 297/1982, a mente del quale – nei commi 5 e 6 – è previsto che *“qualora il datore di lavoro, non soggetto alle disposizioni del R.D. 16 marzo 1942, n. 267, non adempia, in caso di risoluzione del rapporto di lavoro, alla corresponsione del trattamento dovuto o vi adempia in misura parziale, il lavoratore e i suoi aventi diritto possono chiedere al fondo il pagamento del trattamento di fine rapporto....Quanto previsto nei commi precedenti si applica soltanto nei casi in cui la risoluzione del rapporto di lavoro e la procedura concorsuale od esecutiva siano intervenute successivamente all'entrata in vigore della presente legge”*.
- Dunque, per la prima volta in modo esplicito, la Suprema Corte, conferma che la *conditio sine qua non* perché ci sia l'intervento del Fondo di Garanzia è rappresentata sì dall'insolvenza del datore di lavoro che deve però essere considerato tale al momento in cui avviene la risoluzione del rapporto lavorativo.

## TERZO CASO – FONDO DI GARANZIA E TRASFERIMENTO D'AZIENDA

- Anche la norma comunitaria (sin dalla Direttiva CE n. 80/987) nel prevedere la tutela minima ai lavoratori in caso di insolvenza datoriale e nell'invitare gli Stati membri a disciplinare un meccanismo di tutela pronto a sostituirsi alle imprese decotte ha previsto che la protezione intervenga per erogare ai prestatori le indennità a loro dovute ***“a seguito dello scioglimento del rapporto di lavoro”***.
- Quando si verifica una vicenda circolatoria dell'azienda, che gioco forza coinvolge anche la manodopera occupata, bisogna verificare se l'intervento del Fondo di Garanzia continua a essere limitato a un determinato periodo lavorativo (in cui il lavoratore ha prestato la propria opera presso un datore di lavoro successivamente dichiarato insolvente) che connota il fine istituzionale e assicurativo del Fondo, ovvero se la tutela viene estesa senza limiti temporali e a prescindere tanto da eventuali trasferimenti aziendali, quanto da chi, nel momento in cui si formula la domanda all'INPS, sia l'effettivo datore di lavoro del prestatore istante.

## TERZO CASO – FONDO DI GARANZIA E TRASFERIMENTO D'AZIENDA

- Se insolvente (o inadempiente) è lo stesso datore di lavoro con cui il rapporto si era estrinsecato, è naturale che il Fondo intervenga – all'esito dello specifico iter (dichiarazione di insolvenza datoriale, accertamento dei crediti del lavoratore nella procedura concorsuale e domanda al Fondo di Garanzia) – per tutelare e soddisfare (in toto per quanto attiene al T.F.R. e nei limiti previsti per i C.D.) i crediti del lavoratore.
- Al contrario, qualora l'originario datore di lavoro sia diventato insolvente, ma in un momento successivo al trasferimento d'azienda, con continuazione *ex lege* del rapporto con altro datore di lavoro, allora vengono meno i fini istituzionali per cui il Fondo è stato istituito, in quanto – preso atto della ribadita natura previdenziale della protezione offerta dal Fondo di Garanzia – essendo lo stesso finanziato dai contributi dei datori di lavoro e dallo Stato, si devono sradicare comportamenti illegittimi e contrari alle finalità istituzionali del Fondo stesso (vedasi art. 2, c. 8, legge n. 297/82).
- In pratica quando ci si trova di fronte a un trasferimento d'azienda, con il rapporto di lavoro che continua presso il cessionario, è quest'ultimo a dover farsi carico di eventuali emolumenti che il datore di lavoro cedente non ha corrisposto al lavoratore, e ciò a prescindere dal fatto che dopo la vicenda circolatoria il datore cedente sia stato dichiarato insolvente.

## TERZO CASO – FONDO DI GARANZIA E TRASFERIMENTO D'AZIENDA

- Ragionare diversamente, cioè richiedere l'intervento del Fondo di Garanzia anche prima dell'effettuazione di un effettivo tentativo di recupero delle somme nei confronti del cessionario obbligato solidale, significherebbe porsi in contrasto con la finalità solidaristica del Fondo di Garanzia, che consiste nel porre a carico della collettività (e dei datori di lavoro tutti che vi contribuiscono versando mensilmente la relativa parte di contributi) i crediti del lavoratore, non più recuperabili a causa dell'insolvenza del datore di lavoro.
- Lo scopo principale del Fondo di Garanzia è quello di tutelare – a fronte di una situazione di accertata insolvenza (o inadempienza) datoriale – il lavoratore subordinato e non il datore di lavoro cessionario obbligato solidale.
- Ecco perché non erano condivisibili le precedenti sentenze della Corte di Cassazione le quali sostenevano che – pur a fronte di una vicenda circolatoria dell'azienda e con un rapporto di lavoro ancora in essere – l'accertamento del passivo del datore di lavoro cedente, nel frattempo decotto (con la successiva ammissione dei crediti del lavoratore subordinato al passivo) fosse da considerare definitivo, alla stregua di un giudicato immodificabile, neppure da un creditore “qualificato” come l'INPS.

## TERZO CASO – FONDO DI GARANZIA E TRASFERIMENTO D'AZIENDA

- Ove a fronte di un trasferimento d'azienda ammettessimo il pagamento del Fondo di Garanzia otterremmo:
- *«una atipica ipotesi di anticipazione del TFR in costanza del rapporto di lavoro, in una fattispecie non prevista dalla legge;*
- *Il datore di lavoro cessionario, che di quelle somme risponde solidalmente, viene ad essere liberato dall'intervento del Fondo.*
- *Si tratta di soluzione che favorisce pratiche distorsive con un accordo per la cessione dell'azienda che precede il fallimento del cedente il cessionario si libera del debito maturato fino alla cessione, con il sicuro consenso dei lavoratori interessati, i quali ricevono a mo' di anticipazione il t.f.r. maturato presso il cedente, e trasferiscono al momento della cessazione del rapporto di lavoro la sola quota di t.f.r. maturata dopo il trasferimento. Con la riserva, però, di rivolgersi nuovamente al Fondo di garanzia nel caso di insolvenza anche del cessionario».*



## TERZO CASO – FONDO DI GARANZIA E TRASFERIMENTO D'AZIENDA

- Pertanto, a prescindere dalla dichiarazione di insolvenza del datore di lavoro cedente, i prestatori di lavoro rimangono comunque garantiti dalla solidale responsabilità che grava sul cessionario. Ma ciò che non bisogna dimenticare è che il lavoratore non può rivendicare il proprio diritto di credito a titolo di T.F.R. sino a quando non si verifica la risoluzione del rapporto di lavoro con l'ultimo datore di lavoro.
- Infatti per potersi avere l'insorgenza e, soprattutto, l'**esigibilità** del TFR deve intervenire necessariamente una risoluzione del rapporto lavorativo.
- Di solito nelle operazioni di cessione di azienda cedente già fallita, è prassi rinvenire un licenziamento con contestuale sottoscrizione di un verbale di conciliazione in sede sindacale in cui tra le parti – datore di lavoro cedente, cessionario e lavoratore – si conviene la rinuncia del lavoratore a impugnare il licenziamento nonché a far valere verso il cessionario ogni diritto previsto dall'art. 2112 cod. civ. e consentire, così, una *fresh start* con il nuovo datore di lavoro cessionario in tempi rapidi (solitamente dopo un paio di giorni). In questi casi la risoluzione del rapporto è il presupposto per consentire la maturazione del TFR con conseguente ammissione al passivo e intervento del Fondo di Garanzia.
- Invece ove vi sia una vicenda circolatoria (cessione, affitto o usufrutto d'azienda *in bonis*) senza cessazione del rapporto di lavoro, quest'ultimo "*continua*" con il datore di lavoro cessionario, come afferma testualmente l'art. 2112 c.c. più volte citato.

## TERZO CASO – FONDO DI GARANZIA E TRASFERIMENTO D'AZIENDA

- Ma qualora il rapporto di lavoro non sia risolto, non può essere considerato esigibile (e non insinuabile al passivo del fallimento dell'impresa cedente da parte del prestatore) né il TFR (perché una fine del rapporto non vi è stata), né le ultime tre mensilità, dal momento che il lavoratore continua a essere alle dipendenze del cessionario, con gli obblighi a titolo di retribuzioni mensili che continuano in capo a quest'ultimo.
- Infatti per giurisprudenza di legittimità costante (n. 2827/2017), il diritto al trattamento di fine rapporto sorge con la cessazione del rapporto lavorativo e, in quanto credito non esigibile al momento della cessione dell'azienda, non può essere ammesso al passivo del fallimento del datore di lavoro cedente.
- E la tesi della esigibilità solo al momento della cessazione del rapporto lavorativo si è ancor più rafforzata con le novità legislative apportate negli ultimi anni in tema di previdenza complementare (Dec. Lgs. n. 252/2005) e di Fondo di Tesoreria (legge n. 296/2006).
- Infatti è stata offerta ai lavoratori la possibilità di optare se mantenere il TFR (ex art. 2120 c.c.) o se destinarlo ai fondi complementari, facendo diventare con questa scelta la liquidazione un emolumento con spiccate caratteristiche previdenziali, costituito da una costante implementazione della propria posizione individuale complementare che sfocerà in una erogazione di una pensione integrativa soltanto al momento dell'ottenimento di un trattamento pensionistico pubblico.

## TERZO CASO – FONDO DI GARANZIA E TRASFERIMENTO D'AZIENDA

- Pienamente condivisibili le sentenze anche laddove sostengono la necessità di non sottrarre il riconoscimento dell'obbligo di intervento del Fondo di Garanzia alla verifica giudiziaria. Secondo la Suprema Corte non è possibile impedire all'Ente gestore del Fondo di contestare e contrastare le domande dei lavoratori laddove non vi sia stata una formale cessazione del rapporto lavorativo a causa della vicenda traslativa dell'azienda.
- In tal modo viene garantita la corretta funzione del procedimento che governa il Fondo di Garanzia, che è una assicurazione di natura pubblica, sovvenzionata dai contributi dei datori di lavoro e dalla fiscalità generale. Inoltre gli scopi cui tende il Fondo sono ben diversi da quelli che rivendica il lavoratore allorquando si insinua al passivo dell'ex datore di lavoro decotto chiedendo l'accertamento del proprio credito.
- Non è opponibile all'INPS, nella sua qualità di gestore del Fondo di Garanzia, la eventuale ammissione al passivo del credito del lavoratore perché il rapporto previdenziale che sta alla base dell'eventuale erogazione delle prestazioni da parte del Fondo è distinto e autonomo e permette all'Istituto di eccepire, in caso di permanenza del rapporto lavorativo, tanto l'esistenza del credito invocato dal lavoratore, quanto la quantificazione dello stesso.
- Tale principio giuridico si applica tuttavia soltanto nelle fattispecie in cui il rapporto di lavoro non è cessato essendo stato oggetto di una vicenda circolatoria.

## TERZO CASO – FONDO DI GARANZIA E TRASFERIMENTO D'AZIENDA

- Riassumendo in modo schematico i principi enucleati nelle sentenze della S.C. del luglio 2018, e di quelle del 2014 e 2015, si ravvisano due tipologie di scenari, che vedono quale spartiacque la risoluzione del rapporto di lavoro.
- Ove infatti il rapporto lavorativo venga meno per una qualsiasi ragione il trattamento di fine rapporto diventa esigibile, riscuotibile.
- Pertanto qualora il datore di lavoro sia sottoposto a una procedura concorsuale e il lavoratore insinui il proprio credito per trattamento di fine rapporto al passivo, lo stesso – ove ammesso – farà stato anche nei confronti del Fondo di Garanzia, a meno che l'Istituto provveda a impugnare lo stato passivo, attraverso i rimedi della opposizione o della revocazione nel perentorio termine previsto.
- Se invece il rapporto di lavoro sia oggetto di una vicenda circulatoria l'eventuale ammissione al passivo del credito per TFR dei lavoratori ben potrà essere confutata dall'Istituto previdenziale, nell'*an* e nel *quantum*, non solo con i rimedi appena menzionati previsti dalla legge fallimentare, bensì anche con autonoma causa di accertamento davanti al Giudice del Lavoro, non potendo l'INPS essere vincolato da quanto statuito in sede concorsuale.
- **In senso conforme: Cass., 1 ottobre 2018, n. 23775; 5 novembre 2018, n. 28136, 14 novembre 2018, n. 29363.**

## TERZO CASO – FONDO DI GARANZIA E 2112 C.C.

Quale sia la giurisprudenza che tutto decide  
per limitar gli abusi al Fondo di Garanzia  
cambiando il principio che d'ora in poi incide,

tale l'INPS in amministrativa via  
deb'esser pronto a rigettar istanze  
e a segnalar in Advocatura l'abversa acrobazia;

## TERZO CASO – FONDO DI GARANZIA E 2112 C.C.

ma non basta trasferir l'intera azienda  
per scaricare il TFR sulla previdenza  
mentre cedente e cessionario fan merenda.

A l'alta fantasia non manca con evidenza  
talor le controparti comparano l'Istituto a mammelle  
ma per sorte la maggioranza opera in saggezza e  
diligenza  
e tra poco uscirà da qui a ribeder le stelle.