

OGGETTO: TRASFERIMENTO D'AZIENDA E INTERVENTO DEL FONDO DI GARANZIA PER IL TRATTAMENTO DI FINE RAPPORTO

L'art. 2112 del Codice Civile (rubricato "Mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda") prevede una serie di tutele volte ad assicurare che le vicende circolatorie dell'azienda non incidano negativamente sulle posizioni dei lavoratori coinvolti.

Tra le tutele approntate, particolare importanza rivestono – ai fini della disciplina di cui all'oggetto – la continuità del rapporto di lavoro e l'obbligazione solidale tra cedente e cessionario per i crediti vantati dal lavoratore al momento del trasferimento.

A esse il legislatore ha dedicato i primi due commi dell'art. 2112 del C.C., che così dispongono:

«1. In caso di trasferimento d'azienda il rapporto di lavoro continua con il cessionario ed il lavoratore conserva tutti i diritti che ne derivano.

2. Il cedente ed il cessionario sono obbligati, in solido, per tutti i crediti che il lavoratore aveva al tempo del trasferimento. Con le procedure di cui agli articoli 410 e 411 del codice di procedura civile il lavoratore può consentire la liberazione del cedente dalle obbligazioni derivanti dal rapporto di lavoro».

La protezione dei diritti dei lavoratori subordinati in caso di trasferimento d'azienda - giova ricordarlo - è oggetto della direttiva n. 23/2001/CE.

Le conseguenze dell'applicazione della predetta disciplina, nei casi di intervento del *Fondo di garanzia del trattamento di fine rapporto* di cui all'art. 2 della legge n. 297/82, sono state espone dall'INPS nella circolare n. 74 del 15/7/2008 (API NOTIZIE n. 20 del 25/07/08).

Alla luce della più recente giurisprudenza di legittimità in materia e del nuovo contesto normativo di riferimento, l'INPS, con il messaggio n. 2272 del 14 giugno scorso, ha impartito – anche in una prospettiva di deflazione del contenzioso e per assicurare uniformità di condotta – le seguenti indicazioni riepilogative sulle modalità di intervento del Fondo di garanzia nelle diverse ipotesi di trasferimento d'azienda.

1) Trasferimento d'azienda da parte di cedente *in bonis*

Nella ipotesi in cui il trasferimento in oggetto sia stato effettuato da azienda cedente *in bonis*, come indicato anche al paragrafo 3.1.1., lett. a), della circolare n. 74/2008, **il Fondo di garanzia può intervenire, per l'intero importo maturato, solo in caso di insolvenza del datore di lavoro cessionario**, vale a dire dell'imprenditore che riveste la qualifica di datore di lavoro al momento in cui si verifica la cessazione del rapporto di lavoro.

L'INPS consente l'intervento del Fondo di garanzia solo quando l'insolvenza riguardi il datore di lavoro cessionario e tale interpretazione è stata confermata anche dalla Corte di Cassazione che, in più occasioni, ha affermato il seguente principio di diritto: «L'art. 2 della legge n. 297 del 1982 e l'art. 2 del d.lgs. n. 80 del 1992, si riferiscono all'ipotesi in cui sia stato dichiarato insolvente e ammesso alle procedure concorsuali il datore di lavoro che è tale al momento in cui la domanda di insinuazione al passivo viene proposta e, inoltre, poiché il t.f.r. diventa esigibile solo al momento della cessazione del rapporto, il fatto che (erroneamente) il credito maturato per t.f.r. fino al momento della cessione d'azienda sia stato ammesso allo stato passivo nella procedura fallimentare del datore di lavoro cedente non può vincolare l'INPS, che è estraneo alla procedura e che perciò deve poter contestare il credito per t.f.r. sostenendo che esso non sia ancora esigibile, neppure in parte, e quindi non opera

ancora la garanzia dell'art. 2 legge n. 297 del 1982» (cfr., tra le altre, Cassazione, sezione Lavoro, 19 luglio 2018, n. 19277, e Cassazione, sezione Lavoro, 28 novembre 2018, n. 30804).

Quanto innanzi trova applicazione anche in presenza di un eventuale accordo con il quale il lavoratore rinuncia alla solidarietà del cessionario per i crediti di lavoro esistenti al momento del trasferimento. Detto accordo, infatti, seppure fosse valido, non può produrre alcun effetto per l'INPS che non ne è stato parte (art. 1372 C.C.).

L'art. 2112 C.C. è una norma imperativa che consente ai lavoratori, avvalendosi delle procedure di conciliazione previste dagli articoli 410 e 411 del Codice di Procedura Civile, di liberare dalla responsabilità patrimoniale dei crediti esistenti al momento del trasferimento il cedente, **e non già il cessionario.**

L'inopponibilità all'INPS di un siffatto accordo, inoltre, deriva dalla natura previdenziale dell'intervento del Fondo di garanzia del TFR: a tal riguardo, infatti, la Suprema Corte ha statuito che è nullo ogni patto diretto a modificare la normativa legale sulle forme di previdenza e di assistenza obbligatorie e sulle contribuzioni e prestazioni relative o che sia suscettibile di eludere gli obblighi delle parti attinenti alle suddette materie (Cassazione, sezione Lavoro, 11 marzo 2004, n. 5009, e Cassazione, sezione Lavoro, 24 novembre 2011, n. 24828).

2) Trasferimento d'azienda da parte di cedente assoggettato a procedura concorsuale

Quando il trasferimento di cui trattasi è attuato da aziende assoggettate a procedura concorsuale, il legislatore – ai sensi dell'art. 47, comma 4-*bis*, lett. b) e b-*bis*) e comma 5, della legge 29 dicembre 1990, n. 428, – consente di derogare a tutte o alcune delle tutele previste dalla disposizione di cui all'art. 2112 del Codice civile.

In particolare, la disposizione di cui al comma 5 prevede che in caso di trasferimento attuato da **aziende sottoposte a fallimento, concordato preventivo con cessione dei beni, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria, qualora non sia stata disposta o sia cessata la continuazione dell'attività**, alla fattispecie dei lavoratori il cui rapporto di lavoro continua con l'acquirente non si applica l'art. 2112 C.C., salvo che dall'accordo di cui al comma 2 del medesimo art. 47 risultino condizioni di miglior favore.

Il **comma 4-*bis*,lett. b) e b-*bis*)**, prevede, invece, che quando il trasferimento sia attuato da **aziende poste in amministrazione straordinaria, in caso di continuazione dell'esercizio di impresa**, e da **aziende per le quali sia stata aperta una procedura di concordato preventivo**, le disposizioni dell'articolo 2112 C.C. trovano applicazione nei termini e con le limitazioni previste dall'accordo sopra indicato.

Nella circolare INPS n. 74/2008 (API NOTIZIE n. 20 del 25/07/08), con riferimento all'ipotesi di deroga prevista dal comma 5 del citato art. 47 della legge n. 428/90, è stato precisato che: *«il Fondo corrisponderà il TFR maturato alle dipendenze del cedente sino alla data del trasferimento, salvo che l'accordo sindacale preliminare al trasferimento non abbia previsto, quale condizione di miglior favore, l'accollo del TFR da parte dell'acquirente stesso».*

Siffatto corretto assetto interpretativo trova ora una testuale ed espressa conferma dal disposto di cui all'art. 368, comma 4, lett. d), del D.lgs 10 gennaio 2019, n. 14” (pubblicato sulla “Gazzetta Ufficiale” 14 febbraio 2019, n. 38), con il quale è stato emanato il “Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza” (in vigore dal 15 agosto 2020 – CONFIMI ROMAGNA NEWS n. 6 del 19/02/19), ai sensi del quale: *«Nelle ipotesi previste dal comma 5, non si applica l'articolo 2112, comma 2, del codice civile e il trattamento di fine rapporto è immediatamente esigibile nei confronti del cedente dell'azienda. Il*

Fondo di garanzia, in presenza delle condizioni previste dall'articolo 2 della legge 29 maggio 1982, n. 297, 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'articolo 2, comma 1, del decreto legislativo 27 gennaio 1992, n. 80.»

Nelle ipotesi disciplinate dal citato art. 47, **comma 4-bis, lett. b) e b-bis)** della legge 29 dicembre 1990, n. 428, invece, sembra sussistere una antinomia tra le norme poste a tutela dei crediti dei lavoratori e l'art. 2120 C.C., che disciplina il trattamento di fine rapporto e che impone la cessazione del rapporto quale condizione di esigibilità del credito.

La norma in questione, infatti, attraverso l'accordo preliminare al trasferimento, consente di modulare le tutele di cui all'articolo 2112 C.C. e, pertanto, si verifica sempre più spesso che gli accordi prevedano il passaggio dei lavoratori "senza soluzione di continuità" e la deroga alla responsabilità solidale tra cedente e cessionario per i crediti di lavoro esistenti all'atto del trasferimento.

In siffatte ipotesi, il datore di lavoro cessionario non risponde – legittimamente – del debito per TFR; nel contempo, in assenza di soluzione di continuità del rapporto, non si realizza la condizione di esigibilità del credito prevista dall'art. 2120 C.C. e, quindi, del presupposto per l'intervento del Fondo di garanzia.

Deve, peraltro, evidenziarsi che **l'esclusione della responsabilità patrimoniale del cessionario nell'ambito della vendita di un'azienda fallita è una regola generale** sancita dall'art. 105, comma 4, L.F. («*Salva diversa convenzione, è esclusa la responsabilità dell'acquirente per i debiti relativi all'esercizio delle aziende cedute, sorti prima del trasferimento*»), norma, questa, che, in virtù del rinvio operato dall'art. 182 L.F., si applica anche al concordato preventivo.

Con particolare riferimento alla disciplina dell'amministrazione straordinaria, il D.lgs 8 luglio 1999, n. 270, contiene norme volte a escludere la responsabilità patrimoniale del cessionario e a sottrarre i trasferimenti alla disciplina dell'art. 2112 C.C. (art. 63, commi 4 e 5, e art. 56, comma 3-bis). La legittimità di una clausola di rinuncia alla solidarietà del cessionario per le obbligazioni anteriori al trasferimento, nell'ipotesi di cessione d'azienda ai sensi dell'art. 63 del D.lgs n. 270/99, è stata anche riconosciuta dalla giurisprudenza (Cassazione, sezione Lavoro, 4 novembre 2014, n. 23473).

In termini riassuntivi, l'ordinamento non prevede, in tali ipotesi, l'obbligo per il cessionario *in bonis* di accollarsi i debiti del cedente verso i dipendenti e, di conseguenza, in assenza dell'intervento del Fondo di garanzia, i crediti dei lavoratori rimarrebbero privi di tutela, in contrasto con quanto previsto dalla direttiva 80/987/CEE (oggi 2008/94/CE).

Nella prospettiva del superamento della predetta antinomia – che ha alimentato un notevole contenzioso – e in una ottica di legittimo contemperamento delle diverse esigenze sottese alla fattispecie di cui trattasi e di effettiva realizzazione delle tutele dei lavoratori, **l'INPS ritiene che il TFR (maturato nei confronti del cedente) possa essere considerato esigibile alla data del trasferimento**. Ciò, del resto, in coerenza con quanto disposto dall'art. 368, comma 4, lett. d), del già menzionato decreto legislativo n. 14 del 2019.

Detta soluzione è rispettosa anche della direttiva 2001/23/CE, la quale, all'art. 5, paragrafo 2, lett. a), prevede che nel caso di trasferimento d'azienda attuato da impresa insolvente (anche assoggettata a procedura non liquidatoria), uno Stato membro può disporre che i crediti vantati nei confronti del cedente non siano trasferiti al cessionario, purché la procedura concorsuale alla quale è assoggettato il

datore di lavoro cedente dia titolo ad una protezione almeno equivalente a quella prevista dalla direttiva 80/987/CEE.

3) Affitto d'azienda

L'affitto costituisce una delle modalità con le quali si può realizzare il trasferimento d'azienda.

Con riferimento all'affitto dell'azienda del fallito, regolato dall'art. 104-*bis* L.F. (a partire dal 15 agosto 2020, dall'art. 212 del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza), le indicazioni in precedenza impartite consentivano l'intervento solo al termine dell'affitto medesimo, con correlata liquidazione della quota di TFR maturata prima dell'apertura della procedura concorsuale, nella misura ammessa allo stato passivo.

Tuttavia, alla luce delle istruzioni impartite al precedente punto 2), **anche in caso di affitto d'azienda operato dal curatore, il credito per TFR, in presenza degli altri requisiti previsti dall'art. 2 della legge n. 297/82, deve essere considerato esigibile all'atto del trasferimento.**

Con riferimento all'ipotesi di fallimento di una delle parti nel corso dell'esecuzione di un contratto di affitto d'azienda stipulato quando le imprese erano *in bonis*, l'art. 79 L.F. prevede che, non essendo il fallimento di uno dei contraenti causa di scioglimento del contratto, il contratto stesso prosegue, salva la facoltà delle parti di recedere entro 60 giorni. Ne consegue che il fallimento dell'azienda cedente non determina l'automatica retrocessione dei lavoratori passati alle dipendenze del cessionario e, pertanto, le domande volte a ottenere la liquidazione della quota di TFR maturata dai lavoratori per il periodo in cui erano alle dipendenze della cedente non potranno trovare accoglimento.

Al riguardo, giova segnalarlo, la giurisprudenza ritiene che l'eventuale retrocessione dell'azienda al fallimento non comporta l'assunzione dei debiti maturati durante l'affitto. Questo principio giurisprudenziale è stato ripreso dal comma 2 dell'art. 184 del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, che nel prossimo futuro regolerà la materia.

In caso di fallimento del cessionario e di retrocessione dei lavoratori all'impresa cedente *in bonis*, il Fondo di garanzia non potrà, quindi, intervenire per la quota maturata alle dipendenze dell'azienda fallita.

4) Riesame domande

Eventuali richieste di riesame dovranno essere decise alla luce delle indicazioni fornite con il presente messaggio INPS e, dunque, accolte laddove sussistano i requisiti di legge, fatta salva l'eventuale intervenuta decadenza dall'azione giudiziaria (art. 47 del D.P.R. 30 aprile 1970, n. 639, nel testo modificato dall'art. 4 del D.L. n. 384/1992, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 438/1992), nonché quanto disposto con sentenza passata in giudicato.

Laddove sia pendente giudizio, l'eventuale accoglimento della domanda amministrativa dovrà essere tempestivamente segnalato all'Ufficio legale competente per i connessi effetti sul piano processuale e al fine della eventuale richiesta di estinzione del giudizio per cessata materia del contendere con compensazione delle spese.