

# RAPPORTI DI LAVORO E PROCEDURE DI CRISI

# 1) Effetti delle procedure sui rapporti di lavoro

- **liquidazione giudiziale**

Art. 189 CCI – vedi relazione.

- **altre procedure**

I rapporti di lavoro sono insensibili all'accesso o all'apertura di altri procedimenti, siano essi di composizione negoziata, concordato preventivo (v. art. 97, co. 13, CCI), accordi di ristrutturazione etc.

- **ulteriori aspetti**

- si deve però evidenziare l'introduzione dell'art. 4, co. 3, del CCI, secondo cui a meno dei casi in cui già siano previste **forme di partecipazione sindacale** (v. trasf., azienda; cassa integrazione etc.) va data informazione alle OO.SS. delle «rilevanti determinazioni, assunte nel corso delle trattative della composizione negoziata e nella predisposizione del piano nell'ambito di uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza, che incidono sui rapporti di lavoro di una pluralità di lavoratori, anche solo per quanto riguarda l'organizzazione del lavoro o le modalità di svolgimento delle prestazioni», con possibilità per i soggetti sindacali di chiedere all'imprenditore un incontro che sfocia in una fase di consultazione, da versare per esaurita, in mancanza di un accordo, decorsi dieci giorni dal suo inizio.
- quanto alle **misure protettive**, l'art. 18, co. 1, del CCI le esclude rispetto ai diritti di credito dei lavoratori; secondo Corte d'Appello di Potenza 18 novembre 2022 (Fall. 2023, 219), ciò non permette comunque ai lavoratori di insistere per l'apertura della liquidazione giudiziale; l'art. 54 del CCI non esclude invece i crediti di lavoro dalle misure protettive in altre procedure, salvo (co. 7) nel caso di accordi di ristrutturazione;
- da evidenziare che l'art. 100, co. 1, u.p. del CCI prevede nel concordato preventivo, quando è prevista la continuazione dell'attività aziendale, la possibilità di autorizzare il pagamento delle retribuzioni dovute per le mensilità antecedenti il deposito del ricorso ai lavoratori addetti all'attività di cui è prevista la continuazione (*norma che assicura il mantenimento del personale essenziale all'esercizio aziendale, altrimenti incentivato a lasciare l'azienda*) e che, sempre in regime di continuità aziendale, ai sensi dell'art. 84, co. 7 del CCI, i crediti dei lavoratori godono di *absolute priority rule* non solo sul valore di liquidazione, ma anche su quello riconnesso alla continuità (*norma che fornisce di trattamento migliore i crediti di coloro che, lavorando per l'azienda, assicurano la continuità*).

# 2) Effetti del trasferimento di azienda sui rapporti di lavoro

- **il principio: art. 2112 c.c. (art. 3 e 4 Direttiva 2001/23/CE)**

i rapporti di lavoro proseguono con il cessionario; il trasferimento non può essere causa di licenziamento; il cessionario è obbligato in solido con il cedente per i debiti di lavoro- mantenimento responsabilità cedente (continuità del debito) + responsabilità cessionario (a maggior garanzia perché il patrimonio del cedente si depauperava di un cespite aggredibile, in cambio di utilità, come il prezzo o altri corrispettivi, tendenzialmente più «volatili»)

- **le deroghe: modiche alle condizioni di lavoro (art. 47, co. 4. bis della legge n. 428 del 1990)**

- l'art. 5, par. 2 della Direttiva 2001/23/CE consente agli Stati per le procedure non liquidatorie, di prevedere limiti alla solidarietà del cessionario (in sostanza, se c'è tutela del Fondo di Garanzia) o di stabilire modifiche alle condizioni di lavoro sulla base di accordo sindacale.

- l'art. 47, co- 4-bis, della L. n. 428 del 1990 quale modificato dal CCI consente le modifiche alle condizioni di lavoro in presenza di procedure di concordato e accordi di ristrutturazione «in continuità di esercizio di impresa»

- gli strumenti: intese di prossimità – art. 8 decreto legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito in legge 14 settembre 2011, n. 148 e accordi confederali correlati.

- **le deroghe: mantenimento solo parziale del personale**

- l'art. 5. par. 1 della Direttiva 2001/23/CE stabilisce che le regole di tutela del personale nel trasferimento stabilite dalla Direttiva stessa non si applicano nelle procedure di insolvenza di carattere liquidatorio, a meno che gli Stati non prevedano diversamente.

- l'art. 47, co.- 5 della legge n. 428 del 1990, quale modificato dal CCI, stabilisce che in ipotesi di «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», pur potendosi «in tali ipotesi, nel corso delle consultazioni di cui ai precedenti commi, possono comunque stipularsi, con finalità di salvaguardia dell'occupazione, contratti collettivi .... in deroga all'articolo 2112, commi 1, 3 e 4, del codice civile»

strumenti: contratti collettivi ai sensi dell'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81 (quindi con r.s.u. o sindacati comparativamente più rappresentativi e loro r.s.a.)

Criticità:

il caso dell'esercizio di impresa in liquidazione giudiziale dove ricade ?

- non è regolato nel testo
- la Direttiva (art. 3 par. 1) prevederebbe, essendo procedura liquidatoria, che le tutele non si applichino tout court e quindi, mancando la previsione interna, si potrebbe concludere in tal senso
- non sarebbe però ragionevole che nelle procedure liquidatorie ad azienda inattiva – in cui la situazione è più estrema e la tutela integrale del personale maggiormente recede – si avesse continuità (salvo accordo sindacale) ed in una procedura con continuità di esercizio si potesse derogare tout court alle tutele e del resto i commi 4-bis e 5 denotano la regolazione della vicenda da parte del diritto interno in attuazione della facoltà di cui alla Direttiva
- secondo la ratio di commi 4-bis e 5 si dovrebbe ricadere nel caso della «continuità» e dunque nelle deroghe ai sensi del comma 4-bis o attraverso intese di prossimità;
- l'affitto nella liquidazione giudiziale dove rientra ?
- sembrerebbe nel comma 5, quindi si possono fare certamente accordi parzialmente dismissivi del personale;
- attenzione però, deve assicurarsi piena cessazione dell'azienda, senno si corre il rischio che ex post si accerti che l'attività era proseguita e quindi non si poteva applicare il comma 5

- il tratto dirimente stabilito dai commi 4-bis e 5 (cioè la continuità di esercizio dell' «azienda») non coincide con il tratto dirimente di cui alla direttiva quale chiarito da Corte di Giustizia Federatie Nederlandse del 2022
- secondo la Corte di Giustizia anche in caso di continuazione di azienda le procedure possono avere carattere liquidatorio
- tema: stabilire quali sono le procedure «liquidatorie» e quali no – è il nodo che dovrà essere sciolto dalle Alte Corti

# 3) I crediti retributivi

- **prova del rapporto**

il rapporto di lavoro è suscettibile di ogni mezzo di prova – l'azione in sede concorsuale può anche essere finalizzata alla riqualificazione in senso di lavoro subordinato di rapporti formalmente conclusi in altre forme (co.co.co.; collaborazioni a progetto; associazione in partecipazione) secondo le regole (indici, come le eterodirezione, il rispetto di orari, il godimento di ferie, l'inserimento organizzativo etc. ) propri del lavoro dipendente, della cui prova è onerato chi agisce. Analogamente, può ammettersi l'azione finalizzata a dimostrare che il rapporto, formalmente instaurato con altro soggetto, intercorreva in realtà con l'impresa insolvente (ad es. interposizioni e intermediazioni fittizie di manodopera). L'accertamento ha da essere rigoroso, in quanto l'ammissione al passivo può essere prodromica anche all'accesso alle forme di tutela previdenziale dei crediti (ultime tre mensilità; t.f.r.) garantite in sede INPS dal c.d. Fondo di Garanzia.

principi più recenti: «in tema di accertamento dello stato passivo, le buste paga rilasciate al lavoratore dal datore di lavoro ove munite, alternativamente, della firma, della sigla o del timbro di quest'ultimo, **possono** essere utilizzate come prova del credito oggetto di insinuazione, considerato che ai sensi dell'art. 3 della l. n. 4 del 1953 la loro consegna al lavoratore è obbligatoria, ferma restando la facoltà del curatore di contestarne le risultanze con altri mezzi di prova, ovvero con specifiche deduzioni e argomentazioni volte a dimostrare l'inesattezza, la cui valutazione è rimessa al prudente apprezzamento del giudice» (Cass. 32395/2019; Cass. 18169/2019), con la precisazione che **potrebbe** non bastare (ma si tratta di giudizio di merito) una mera contestazione generica da parte del curatore di quelle risultanze (Cass. 1649/2022);

questi principi sembrano superare la rigidità di Cass. 17413/2015 secondo cui «in tema di accertamento del passivo fallimentare, le copie delle buste paga rilasciate al lavoratore dal datore di lavoro, ove munite, alternativamente, della firma, della sigla o del timbro di quest'ultimo, **hanno piena efficacia probatoria** del credito insinuato alla stregua del loro contenuto, obbligatorio e penalmente sanzionato»;

il principio precedente è probabilmente troppo rigido a trascurava la posizione di terzietà del curatore, anche in ragione della data certa ed è da ritenere risolto in favore di un approccio «elastico», con ragionamento che vale per tutti i documenti lavoristici obbligatori, probabilmente con pregnanza mano a mano maggiore quanto più la loro formazione si accompagna ad attività di uffici pubblici (vidimazioni; denunce etc. ), ma comunque con apprezzamento «libero» delle prove.

- **gli accessori del credito**

Cass. 2011/16447; Cass. 2013/26294, massime secondo cui il credito del lavoratore va ammesso al passivo con gli accessori, ma non in maniera integrale, ma comprendendo nel credito privilegiato solo **gli interessi maturati fino alla vendita** nonché la **rivalutazione monetaria maturata fino al momento in cui lo stato passivo diventa definitivo**, con esclusione degli interessi e della rivalutazione maturati successivamente.

altre massime: «alla luce della sentenza n. 204 del 1989 della Corte costituzionale, sui crediti di lavoro dovuti al dipendente di imprenditore dichiarato fallito è dovuta la rivalutazione monetaria anche in riferimento al periodo successivo all'apertura del fallimento, ma soltanto fino al momento in cui lo stato passivo diviene definitivo, mentre gli interessi legali sui crediti privilegiati di lavoro nella procedura di fallimento, ai sensi degli artt. 54, comma 3 e 55, comma 1, della l.f., sono dovuti, senza il limite predetto, **dalla maturazione del titolo al saldo** (Cass. 4403/2024; Cass. 16927/2014);

Corte Cost. 162/2001 riguarda l'estensione dell'art. 2749 c.c. al fallimento; Corte Cost. 204/1989 riguarda l'estensione sostanziale dell'art. 429 c.p.c. al fallimento;

le ultime massime sembrano meno esatte, perché il termine finale degli interessi ex art. 2749 c.c. fa riferimento alla «vendita»;

c'è però da dire che le incertezze sono indotte in qualche misura dal fatto che per l'attivo in «numerario» - su cui insiste il privilegio generale mobiliare di cui all'art. 2751-bis c.c. - non è facile individuare un momento di «vendita», che invece è facile se si tratti di esercizio del privilegio sussidiario (art. 2776, co. 2, c.c.).

il problema sembra ora risolto dall'art. 153, co. 3, del CCI che rinvia all'art. 2749 c.c. e quindi alla «vendita» ivi contemplata, ma precisa che nel caso di privilegio generale mobiliare gli interessi decorrono «fino alla data del deposito del progetto di riparto nel quale il credito è soddisfatto anche se parzialmente».

- **quote fiscali**

- al lordo, stante l'applicazione al momento del pagamento della ritenuta d'acconto

- se il lavoratore insinua il credito indicando una somma pari al netto, come ci si può regolare ?

valutare – in sede di passivo – se vi siano elementi da cui desumere che, pur insinuando un netto, la pretesa riguardi il lordo, in tal caso ammettendo quest'ultimo importo;

un credito ammesso al netto si può considerare il lordo al momento del riparto, pagando il netto e versando la r.a. ? Dubbio, perché ci sono problemi di coerenza tra chiesto e pronunciato, oltre che di giudicato interno;

il lavoratore può richiedere la differenza mancante con insinuazione tardiva ? Dubbio, perché mentre è ammessa l'insinuazione successiva di crediti diversi (Cass. 26377/2011 – e anche Cass. 9317/2013 - ove si fa riferimento a crediti per «segmenti temporali diversi»), consentire di insinuare dopo una ulteriore quota del medesimo credito va contro il principio di infrazionabilità e di dedotto e deducibile/giudicato interno che vale anche per il giudicato endofallimentare. Il principio è quello per cui la domanda di insinuazione tardiva è ammissibile se diversa, per "petitum" e "causa petendi", rispetto a quella di insinuazione ordinaria, poiché il carattere giurisdizionale e decisorio del procedimento di verifica del passivo esclude che, per il giudicato interno formatosi sull'istanza tempestiva, possa proporsi una nuova insinuazione per un credito, o una parte di esso, che sia stato in precedenza escluso dal passivo, applicato in senso ostativo alla «tardiva» da Cass. 21241/2010 in tema di interessi (ritenendo «l'inammissibilità della domanda ex art. 101 legge fall. per gli interessi relativi al credito già ammesso tempestivamente al passivo») ed in senso favorevole da Cass. 4506/2020 (ritenendo «ammissibile l'insinuazione tardiva relativa a differenze retributive per mansioni superiori nonostante l'accoglimento della domanda tempestiva per la retribuzione calcolata sulla base dell'inquadramento riconosciuto dal datore di lavoro»).

- **quote previdenziali (INPS)**

Principio: il lavoratore non può chiedere al datore di lavoro il pagamento in proprio favore dei contributi non versati, salvo che per la quota a suo carico, la quale, infatti, a titolo di sanzione, grava definitivamente sul datore di lavoro inadempiente quale componente della relativa obbligazione retributiva e ciò per effetto dell'art. 19 della l. n. 218 del 1952. 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 (Cass. 18333/2020; Cass. 23426/2016), sulla scia di Cass. 18044/2015 a di precedenti conformi della Sezione Lavoro, fino a Cass. 13735/1992.

Quindi:

- quota a carico (originario) del datore: la insinua l'ente di previdenza, non c'è alcun diritto del lavoratore a ricevere quegli importi che riguardano solo il rapporto previdenziale, quindi non si pone proprio per questa parte un problema di lordo/netto previdenziale, perché non resta mai intercettato un credito del lavoratore;

- quota a carico (originario) del lavoratore: ai sensi dell'art. 19 della l. n. 218 del 1952 essendo mancato il versamento tempestivo all'ente da parte del datore, si tramuta in debito previdenziale del solo datore e quindi si rispande il credito retributivo del lavoratore, che dunque legittimamente inserisce quella quota nella sua richiesta, quota che va pagata a lui in sede di riparto, né vi è il rischio (Cass. 18333/2020) «di una duplice insinuazione nel passivo del fallimento della società datrice di lavoro, da parte del lavoratore e dell'INPS, per il medesimo credito relativo alla quota contributiva a carico del dipendente, è in radice escluso in quanto, ove il datore non abbia provveduto al tempestivo versamento della quota trattenuta sulla retribuzione del dipendente, viene meno l'obbligo contributivo pro quota del lavoratore e quindi il credito del predetto assume interamente natura retributiva.

Sul tema vi sono considerazioni critiche, nel senso che, mentre la misura sanzionatoria/dissuasiva ha una sua logica rispetto al datore di lavoro in bonis, essa sembra perdersi nel momento in cui l'effetto sanzionatorio si scarica su soggetti terzi (i creditori), potendosi prospettare profili di illegittimità costituzionale, sub specie di manifesta irragionevolezza. Da altri, oltre ad evidenziarsi il rischio di disparità di trattamento tra lavoratori di datori in bonis e di datori in procedura, si evidenzia come il gravare del debito aggiuntivo sulla massa sia conseguenza comune a tutte le sanzioni cagionate da inadempimento del datore poi sottoposto a procedura concorsuale, che poi accendono specifiche voci nel passivo, riverberandosi in tal modo sui creditori.

- **prova del pagamento**

- «la sottoscrizione apposta dal dipendente sui documenti fiscali relativi alla sua posizione di lavoratore subordinato (CUD e modello 101) costituisce quietanza degli importi ivi indicati come corrisposti da parte del datore di lavoro, ed ha il significato di accettazione del contenuto delle dichiarazioni fiscali e di conferma dell'esattezza dei dati ivi riportati» (Cass. 272/2024; Cass. 245/2006), ciò sulla base del ragionamento per cui «non è illogico attribuire a detti modelli un valore presuntivo di veridicità in relazione alla funzione fiscale da essi esplicata, in quanto la veridicità di detti certificati, oltre che dalle sanzioni penali previste per la falsità in essi, è anche assicurata dal rilievo che il datore di lavoro, se esponesse retribuzioni maggiori di quelle effettivamente corrisposte, sarebbe tenuto a versare all'erario sull'ammontare indicato maggiori ritenute fiscali di quelle che avrebbe dovuto operare se la dichiarazione fosse stata veritiera, per cui in mancanza di elementi probatori di segno diverso non può censurarsi la decisione di merito che ha fondato il proprio convincimento su un unico elemento presuntivo atteso il carattere grave e preciso di esso» (Cass. 11117/1996, Cass. n. 1337/1993);
- possono porsi questioni pratiche su come si debba valutare un CUD che attesti al contempo un debito per t.f.r. ed il pregresso pagamento di acconti – va premesso che il tema diviene dirimente quando l'unica prova del pagamento di acconti sia quel documento, in quanto le anticipazioni sul t.f.r. dovrebbero lasciare tracce valutabili del curatore sia nella contabilità di impresa, sia sul piano fiscale (versamento r. a. all'Agenzia delle Entrate) – qualora l'unico elemento sia l'annotazione CUD, le posizioni sono contrapposte, nel senso che, secondo taluno, l'unicità documentale imporrebbe una valutazione unitaria dei diversi profili, non scindendo quelli contro il datore da quelli a lui favorevoli, come talora avviene in ambito di dichiarazioni confessorie; secondo altra e più rigorosa posizione, invece, il documento non potrebbe fare prova a favore del datore, essendo da lui formato;
- la sottoscrizione "per ricevuta" apposta dal lavoratore sulle buste paga non implica in modo univoco, l'intervenuto pagamento delle somme indicate nei menzionati prospetti. (Cass. 10306/2018; Cass. 10041/2017; Cass. 17413/2015); dall'assunto si ricava peraltro che, nel ricorrere di altri elementi, anche quella sottoscrizione potrebbe essere valutata dal giudice del merito al fine di ritenere provati i pagamenti.

- **rinunce/transazioni: art. 2113 c.c.**

- rinunce e transazioni non rese nelle sedi «protette» di cui all'art. 2113 c.c. sono invalide se impugnate entro sei mesi da cessazione del rapporto o dalla stipulazione se successiva;
- principio consolidato e rigoroso: «la quietanza a saldo sottoscritta dal lavoratore, che contenga una dichiarazione di rinuncia a maggiori somme riferita, in termini generici, ad una serie di titoli di pretese in astratto ipotizzabili in relazione alla prestazione di lavoro subordinato e alla conclusione del relativo rapporto, può assumere il valore di rinuncia o di transazione, che il lavoratore ha l'onere di impugnare nel termine di cui all'art. 2113 cod. civ., alla condizione che risulti accertato, sulla base dell'interpretazione del documento o per il concorso di altre specifiche circostanze desumibili "aliunde", che essa sia stata rilasciata con la consapevolezza di diritti determinati od obiettivamente determinabili e con il cosciente intento di abdicarvi o di transigere sui medesimi; infatti, enunciazioni di tal genere sono assimilabili alle clausole di stile e non sono sufficienti di per sé a comprovare l'effettiva sussistenza di una volontà dispositiva dell'interessato» (Cass. 11536/2006; Cass. 18321/2016; Cass. 21400/2023);

- **la prescrizione**

nuovo assetto conseguente alla c.d. Legge Fornero, in ragione del venire meno del regime univoco di «tutela reale» anche per le imprese al di sopra dei 15 dipendenti: «il rapporto di lavoro a tempo indeterminato, come modulato per effetto della l. n. 92 del 2012 e del d.lgs n. 23 del 2015, mancando dei presupposti di predeterminazione certa delle fattispecie di risoluzione e di una loro tutela adeguata, non è assistito da un regime di stabilità, sicché, per tutti quei diritti che non siano prescritti al momento di entrata in vigore della l. n. 92 del 2012, il termine di prescrizione decorre, a norma del combinato disposto degli artt. 2948, n. 4, e 2935 c.c., dalla cessazione del rapporto di lavoro» (Cass. 26246/2022);

prescrizione presuntiva (art. 2955 n. 2 c.c.) – stesso regime della prescrizione estintiva (Corte Cost. 63 del 1966) – ma eccezionale dopo fine rapporto (Cass. 19864/2009; Cass. 2880/2012) - conseguenza prescrizione presuntiva: «in tema di accertamento del passivo fallimentare, qualora, in sede di controversia insorta per il rigetto della ammissione di un credito, maturato in forza di un rapporto riconducibile alla previsione dell'art. 2956, comma 1, n. 2, c.c., sia eccepita dal curatore la prescrizione presuntiva del credito e il creditore deferisca giuramento decisorio, la dichiarazione del curatore di non sapere se il pagamento sia avvenuto o meno produce gli effetti del mancato giuramento» (Cass. , S.U., 25442/2023);

da rilevare che, secondo Cass. 6522/2017, la prescrizione presuntiva non è invocabile rispetto al t.f.r. – motivazione non chiara – principio però condivisibile perché siamo al di fuori dei pagamenti «periodici» su cui si fonda la *ratio* della prescrizione presuntiva ex art. 2955 n. 2 e 2956 n. 1 c.c.).

# 4) Il TFR

- **Trasferimento di azienda**

sebbene (Cass. 19291/2011) il t.f.r. sia debito del cedente fino al trasferimento e del cessionario, con solidarietà per il pregresso, dopo il trasferimento, Cass. 19277/2018 ha chiarito che esso diviene esigibile solo al momento della cessazione del rapporto e dunque solo da allora può essere insinuato;

ora v. però art. 368 CCI – art. 47, co. 5-bis L. 428/1990, secondo cui, nel caso di trasferimento in concordati liquidatori/liquidazione giudiziale/l.c.a. il t.f.r. è immediatamente esigibile verso il cedente. Problema, basta il ricorrere di tali tipologie di procedure o deve verificarsi appieno la fattispecie dell'art. 47, co. 5 novellato e deve dunque anche ricorrere la discontinuità dei rapporti per effetto dell'accordo sindacale? – il rinvio sembrerebbe fatto alle tipologie di procedure e del resto non sarebbe comprensibile perché il regime dovrebbe dipendere dall'accordo in deroga all'art. 2112 c.c. – ratio della previsione (agevolazione cessioni di azienda escludendo i costi di t.f.r. a carico del cessionario – criticità – ma è davvero tale l'effetto o alle volte all'acquirente farebbe comodo «imputare» a prezzo i costi futuri di t.f.r.?

anche l'affitto di azienda realizza la fattispecie di cui all'art. 2112 c.c. – tuttavia in caso di retrocessione alla liquidazione giudiziale di aziende da essa affittate, l'art. 212, co. 6, del CCI esclude la responsabilità della procedura per i debiti maturati *medio tempore* presso l'affittuario - Si tratta di una complessiva disciplina di deroga all'art. 2112 c.c., da ritenere pienamente legittima sotto il profilo eurounitario, in quanto è evidente che la fase dell'affitto, nella sua evenienza “regressiva” costituisce momento del procedimento di liquidazione giudiziale, già fallimento, indubbiamente e per definizione nel suo complesso di natura liquidatoria e con integrazione appieno della fattispecie di cui all'art. 5, comma 1, Dir. 2001/23/CE.

- **Previdenza complementare**

secondo Cass. 18477/2023 (sez. Lavoro) e Cass. 16266/2023 (1<sup>a</sup> Sezione) nel caso di investimento delle quote di accantonamento t.f.r. in Fondo di previdenza complementare il rapporto tra lavoratore e datore di lavoro ha la sostanza di un mandato, con delegazione di pagamento al Gestore, a meno che non sia provata l'esistenza di una vera e propria cessione del credito del lavoratore in favore del Gestore.

Quindi:

-di regola: legittimato all'insinuazione per i crediti insoluti (quote t.f.r. non versate al Fondo) è il lavoratore, anche per le quote conferite nella previdenza complementare perché il mandato con l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale/fallimento si scioglie (art. 183, co., 2, CCI; art. 78, co. 2, l. fall);

-se dimostra l'esistenza di una vera e propria cessione di credito: legittimato all'insinuazione è il Fondo.

È peraltro consentito al lavoratore il cui credito sia rimasto insoddisfatto, di richiedere al Fondo di Garanzia INPS di cui d. lgs. n. 80/1992 l'integrazione dei contributi necessaria fine di ottenere la prestazione che non possa essere altrimenti corrisposta per il difetto di provvista (art. 5, co. 2, d.lgs. n. 80/1992), il tutto con susseguente diritto di surroga in favore dell'INPS nei diritti che il lavoratore vanta nei riguardi del datore di lavoro e quindi nella corrispondente procedura concorsuale (art. 5, co 3, d.lgs. n. 80/1992) – quindi, in tali casi, il lavoratore insinua il credito per le quote non versate, ma, se poi accede al Fondo di Garanzia, l'INPS si può surrogare.

- **Fondo di tesoreria (imprese con più di 50 dipendenti)**

1<sup>a</sup> tesi: i versamenti al Fondo hanno natura retributiva, affermata dalla S.C. sia quando essa è stata chiamata a decidere in ordine alla legittimazione passiva dell'appaltante che sia responsabile in solido rispetto a quote di t.f.r. non versate al Fondo (Cass. 27014/2017; Cass. 11536/2019; Cass. 7352/2021) sia allorché ha dovuto decidere direttamente sulla legittimazione del lavoratore rispetto all'insinuazione al passivo fallimentare delle quote non versate dal datore al Fondo, non ravvisandosi nel datore di lavoro un mero adiectus solutionis causa, ma il legittimato passivo sostanziale rispetto alla prestazione di fine rapporto (Cass. 24984/2022; Cass. 22131/2022; Cass. 24510/2021; Cass. 12009/2018). Anche Cass. 16266/2013, seppure in via di obiter dictum, ha ribadito l'orientamento secondo cui, rispetto al regime del Fondo di Tesoreria, il datore di lavoro non sarebbe un mero adiectus solutionis causa, ma il vero legittimato passivo.

2<sup>a</sup> tesi: i versamenti al Fondo hanno natura previdenziale, tesi ora affermata dalla S.L. della S.C. (Cass. 25035/2023), il che porta inevitabilmente a ravvisare nell'INPS il legittimato attivo all'insinuazione per le quote di t.f.r. non versate (dopo il 1.1.2007 – momento di effetto della istituzione del Fondo - perché per le quote riguardanti il periodo antecedente resta la legittimazione del lavoratore). Questa prospettiva rovescia completamente l'assetto ravvisando nel datore di lavoro – rispetto alle prestazioni di fine rapporto - un mero adiectus solutionis causa che ha diritto al recupero dall'INPS sulla base dei conguagli sulle contribuzioni mensilmente dovute.

**Conseguenze:**

1<sup>a</sup> tesi – ammissione lavoratore con privilegio 2751-bis c.c. – accesso al Fondo di Garanzia;

2<sup>a</sup> tesi – ammissione INPS con privilegio 2754 c.c. - no Fondo di garanzia

**Questione che sembra ancora da maturare:**

**problemi:**

c'è automaticità della prestazioni ? Se previdenziale dovrebbe essere così e dovrebbe anche venire meno l'operatività del Fondo di Garanzia;

– carico economico INPS importante e destinato fisiologicamente a non ricevere copertura perché il credito per t.f.r. non si estingue mai e il verificarsi almeno in parte di un'insolvenza è pressoché certa, a meno che non ci sia trend occupazionale al rialzo (forte incertezza e forte instabilità);

- fragilità del privilegio di cui all'art. 2754 c.c. rispetto a quello di cui all'art. 2751-bis di cui l'INPS gode in surroga in caso di Fondo di Garanzia.

# 5) Giudice del concorso e giudice del lavoro

- **la fattispecie comune – sentenze ante apertura liquidazione giudiziale non ancora passate in giudicato (art. 204, co. 2 lett. c CCI- art. 96, co. 2 n. 3 l. fall.)**

l'ipotesi va interpretata estensivamente e quindi riguarda non solo i casi di accoglimento della pretesa creditoria da parte del giudice delle cognizione, ma anche quelli di rigetto, anche parziale, della pretesa del creditore della parte dichiarata fallita (. Cass. 6293/2002; Cass. 15796/2015, sulla base di precedenti anche anteriori, come Cass. 17834/2013; Cass. 26041/2010)

- **la fattispecie speciale: interesse del lavoratore alla tutela della propria posizione all'interno dell'impresa vs crediti meramente patrimoniali**

- accertamento del diritto all'attribuzione mansioni superiori (2103 c.c.) o del diritto alla qualifica in genere (Cass. 18557/2009; Cass. 23418/2017): caso in cui il lavoratore dipendente abbia fatto istanza di accertamento del suo diritto al superiore inquadramento o alla qualifica e, nelle more, il datore di lavoro sia stato assoggettato a procedura fallimentare, resta inalterato l'interesse ad agire da parte del lavoratore medesimo atteso che la domanda principale è finalizzata, nella sostanza, ad accertare lo "status" del lavoratore in funzione della successiva istanza di ammissione al passivo del fallimento e non solo come mero strumento di diritti patrimoniali da far valere sul patrimonio del fallito;

quando: fino a quando esiste o si rivendica l'esistenza di un rapporto con l'azienda fallita/in l. giudiziale – quindi es. provv. Impresa – comunque se non sia mai intervenuto licenziamento o altra causa di cessazione;

- **trasferimento azienda**: La domanda volta a far dichiarare la nullità, l'invalidità o l'inefficacia degli atti di cessione del ramo di azienda e la conseguente domanda di condanna al ripristino del rapporto di lavoro con la cedente appartengono, **anche** in caso di fallimento della cessionaria, alla cognizione del giudice del lavoro, quale giudice del rapporto e delle controversie relative allo "status" del lavoratore, in quanto l'accertamento richiesto in tali ipotesi non costituisce premessa di una pretesa economica nei confronti della massa fallimentare e dunque non richiede la cognizione del giudice fallimentare, chiamato soltanto alla qualificazione dei diritti di credito dipendenti dal rapporto di lavoro, in funzione della partecipazione paritaria al concorso tra creditori e con effetti esclusivamente endoconcorsuali (C. 1646/2018). Ciò sul presupposto che spettano al giudice del lavoro, quale giudice del rapporto, le cause «aventi ad oggetto lo status del lavoratore, in riferimento ai diritti di corretta instaurazione, vigenza e cessazione del rapporto, della sua qualificazione e qualità, miranti a pronunce di mero accertamento oppure costitutive, in quanto appartenenti alla cognizione speciale propria di tale giudice.

## - licenziamento:

«in tema di indennità risarcitoria ex art. 18 st.lav., come novellato dall'art. 1, comma 42, della l. 92 del 2012, qualora risulti l'interesse del lavoratore all'accertamento del diritto di credito risarcitorio, in via non meramente strumentale alla partecipazione al concorso nella procedura di amministrazione straordinaria bensì alla tutela della propria posizione all'interno dell'impresa, spetta al giudice del lavoro la cognizione delle domande di impugnazione del licenziamento, di reintegrazione nel posto di lavoro e di accertamento dell'entità dell'indennità risarcitoria» (Cass. 16443/2018; Cass. 41586/2021);

«nel riparto di competenza tra il giudice del lavoro e quello del fallimento, qualora difetti un interesse del lavoratore alla tutela della propria posizione all'interno dell'impresa e sia domandato un accertamento del diritto di credito risarcitorio, in via strumentale alla partecipazione al concorso nella procedura, la cognizione spetta al giudice fallimentare (Cass. 30512/2021) – ad es. se il lavoratore, magari perché il rapporto è improseguibile, ma anche a prescindere da ciò, decida di non perseguire una ricostituzione del rapporto, ma di vantare solo pretese patrimoniali – ipotesi quest'ultima sottolineata come possibile dal gruppo, con richiamo al citato precedente di Cass. 30512/2021 – ancora ad es. nell'impugnativa del licenziamento del dirigente, avente conseguenze di natura esclusivamente patrimoniale, v. T. Milano 2849/2019 in Fall., 2020, n. 7; ad es. nel caso di impugnazione di licenziamento in imprese sotto i 15 dipendenti (art. 18, co. 8 e 9 L. 300/1970 dopo la l. fornero; art. 9 d. lgs. n. 23 del 2015) - attenzione però perché il licenziamento nullo dà sempre reintegrazione, anche sotto soglia (art. 18, co. 1-3 L. n. 300/1970; art. 2 d. lgs. n. 23 del 2015) – è facile vi sia cumulo di domande- si dovrebbe applicare l'art. 40, co. 3, c.p.c. e quindi trattare tutto presso il giudice del lavoro se comunque è chiesta la reintegrazione.

V, da ultimo Cass. Sez. L - , Sentenza n. 27796 del 28/10/2024

Presidente: TRIA LUCIA. Estensore: BELLE' ROBERTO. Relatore: BELLE' ROBERTO. P.M. SANLORENZO RITA. (Diff.)

FALLIMENTO ED ALTRE PROCEDURE CONCORSUALI - FALLIMENTO - IN GENERE Liquidazione coatta amministrativa e altre procedure concorsuali - Azioni di accertamento o costitutive - Proponibilità al di fuori dell'accertamento concorsuale dello stato passivo - Condizioni.

Nei confronti di un ente in liquidazione coatta amministrativa, come anche di un'impresa in fallimento o in liquidazione giudiziale, le azioni di accertamento o costitutive sono proponibili al di fuori della procedura concorsuale di verifica dello stato passivo solo quando sussiste uno specifico interesse, non altrimenti tutelabile, alla definizione dell'assetto dei rapporti contrattuali pendenti o instaurati dalla procedura, come nel caso della reintegra nel posto di lavoro del dipendente licenziato o dell'attribuzione di una determinata qualifica all'interno dell'ente o azienda, mentre l'accertamento di ogni altro diritto di credito, retributivo, risarcitorio o indennitario, deve avvenire mediante l'insinuazione al passivo.

## • conseguenze:

### a) doppia domanda sempre necessaria

se anche ci sono accertamenti extraconcorsuali, la partecipazione al concorso, non essendo ammessa altra forma di attuazione (in ipotesi, anche per i crediti prededucibili: art. 151, co. 2 e 222, CC)

b) giudice del lavoro quando è competente può arrivare fino alla condanna generica, che esaurisce la sua competenza speciale (v. Cass. 19308/2016).

### c) il concorso tra le azioni si regola con la «riserva»

un credito insinuato al passivo il cui accertamento è demandato alla competenza funzionale ed inderogabile di altro giudice rispetto al giudice fallimentare – nel caso di specie, al Giudice del Lavoro - rientra a pieno titolo tra i crediti condizionati di cui all'art. 96 comma 3° n. 1 l. fall. (ora 204, co. 2, lett. a CCI), trattandosi di credito sottoposto alla condizione sospensiva dell'accertamento della sua esistenza dinanzi al diverso giudice cui è funzionalmente demandato tale compito: Cass. 19164/2023 che richiama i principi di Cass. S.U., 12371/2008 e sembra risolvere – in coerenza con le norme - l'alternativa tra «riserva» e «sospensione» lasciata aperta da Cass. 19017/2017;

Strumento molto fastidioso per la curatela:

### 1) errore nella riserva:

- il lavoratore la può contestare come errata con l'opposizione allo stato passivo ed ottenere ammissione «piena» adducendo l'assenza di condizionalità (Cass. 19672/2023): ad es., se ha insinuato un mero credito e il g.d. dice che era competenza del g. lavoro

- il lavoratore può anche farne accertare dal g.d. la natura «atipica» che comporta che essa sia abbia per «non apposta» (Cass. 17526/2003);

- secondo Cass. 17955/2023 la «riserva», se il curatore non la impugna, può diventare definitiva, ed esprimere un'ammissione che poi o in qualche modo si concretizza al momento della definizione del processo pregiudiziale (Cass. 17955 cit) oppure, sempre se il curatore non la impugna, se non vi sia condizionalità, si ha per «non apposta» anche a prescindere da un'opposizione allo stato passivo (Cass. 17526/2003), perché esprime pur sempre un'ammissione.

2) Rischio pratico che il lavoratore, impugnando il licenziamento, e così imponendo accantonamenti in sede di riparto, crei una leva per ottenere comunque una qualche soddisfazione transattiva dalla procedura.