



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

La Corte d'Appello di Brescia, Sezione Lavoro, composta dai
Sigg.:

Dott.	Antonio	MATANO	Presidente
Dott.ssa	Giuseppina	FINAZZI	Consigliere rel.
Dott.ssa	Silvia	MOSSI	Consigliere

ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

nella causa civile promossa in grado d'appello con ricorso depositato
in Cancelleria il giorno 11.04.2023, iscritta al **n. 129/2023 R.G.**
Sezione Lavoro e **posta in discussione all'udienza collegiale del**
02.11.2023

d a

INPS – ISTITUTO NAZIONALE DELLA PREVIDENZA
SOCIALE, rappresentato e difeso dall'avv. Alessandro Mineo
dell'Avvocatura Distrettuale Inps di Brescia, come da procura
generale in atti.

RICORRENTE APPELLANTE

c o n t r o

ZUBANI CESARE, rappresentato e difeso dall'avv. Roberta Palotti
del foro di Milano, domiciliataria giusta delega in atti.

RESISTENTE APPELLATO

In punto: appello a sentenza n. 166 del 2023 del Tribunale di Brescia.

OGGETTO:

Altre controversie in
materia di previdenza
obbligatoria

Conclusioni:

Del ricorrente appellante:

Come da ricorso

Del resistente appellato:

Come da memoria

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con sentenza n.166/2023, il Tribunale di Brescia, in funzione di giudice del lavoro, ha accolto il ricorso proposto da Zubani Cesare nei confronti dell'Inps e ha condannato l'ente previdenziale, quale gestore del Fondo di Garanzia, al pagamento in favore del lavoratore delle ultime tre mensilità, nell'importo di € 15.145,37, e del TFR, nell'importo di € 28.441,52, crediti entrambi maturati dal ricorrente fino al 14 febbraio 2017, alle dipendenze delle società Linkra s.r.l..

Il Tribunale ha rilevato che benché la datrice di lavoro avesse affittato, prima dell'ammissione alla procedura concorsuale dell'amministrazione straordinaria, e poi ceduto, nel corso di quest'ultima procedura, il ramo d'azienda cui apparteneva il lavoratore, il regime della solidarietà di cui all'art. 2112 c.c. era stato derogato in base a due accordi ex art. 47, comma 4 bis, della l. 428/1990, il primo concluso con le associazioni sindacali prima dell'apertura della procedura concorsuale (ancorché condizionato a questo evento) e il secondo dopo l'ammissione della società all'amministrazione straordinaria, accordi idonei entrambi a produrre effetti anche

nei confronti dell'Inps.

Ha quindi ritenuto illegittimo il diniego dell'intervento del Fondo di Garanzia, fondato dall'ente previdenziale sulla responsabilità solidale del cessionario in ordine ai crediti lavorativi maturati dal lavoratore nel periodo alle dipendenze del cedente e sulla mancanza dello stato di insolvenza del soggetto che era il datore di lavoro al momento della maturazione di detti crediti.

Contro la sentenza, l'Inps ha proposto appello ed ha lamentato la violazione e falsa applicazione da parte del giudice dell'art. 47, comma 4 bis, della l.n. 428/1990 e dell'art. 2112 c.c., ribadendo che il Fondo di Garanzia interviene ai sensi dell'art. 2 della L. 297/82 solo nel caso di insolvenza del datore di lavoro che è tale al momento della cessazione del rapporto lavorativo e non, come nel caso di specie, nell'ipotesi di esistenza di eventuali obbligati in solido quali cessionari dell'azienda, alle dipendenze dei quali è passato il lavoratore.

Ha altresì sostenuto l'inopponibilità ad esso ente degli accordi conclusi ai sensi dell'art.47 della l.n.428 del 1990 e rispetto ai quali esso ente era rimasto estraneo.

Ha chiesto pertanto la riforma della sentenza di primo grado, con rigetto del ricorso introduttivo, rilevando peraltro, in via subordinata, l'erroneità della decisione laddove non aveva applicato il massimale di legge con riferimento alle ultime tre mensilità.

Lo Zubani si è costituito tempestivamente in giudizio ed ha resistito all'appello, chiedendone il rigetto.

All'odierna udienza, la causa è stata discussa e decisa con sentenza, del cui dispositivo è stata data pubblica lettura in udienza.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Come questa Corte ha già statuito in precedenti analoghi al presente, l'appello merita accoglimento.

1) I fatti sono pacifici.

Lo Zubani ha lavorato alle dipendenze di Linkra s.r.l. dall'1 febbraio 2008 al 19 febbraio 2017.

Dopo l'esperimento della procedura di consultazione sindacale ex art. 47 della l.428/90, in data 31 gennaio 2017, è stato sottoscritto presso il MISE, un accordo che ha previsto la stipula di un contratto di affitto d'azienda da parte di Linkra s.r.l. e Compel s.p.a. alla società costituenda Newco del Gruppo Cordon France, la cui efficacia sarebbe stata condizionata sia all'ammissione di Linkra s.r.l. alla procedura concorsuale dell'amministrazione straordinaria, sia alla rinuncia dei dipendenti, a mezzo di accordi individuali ex art. 410 e 411 c.p.c., alla solidarietà ex art. 2112 c.c. nei confronti dell'affittuaria, per tutti i crediti maturati nei confronti delle concedenti al momento dell'affitto.

In esecuzione di questo accordo lo Zubani ha sottoscritto un verbale di conciliazione in sede sindacale, rinunciando alla

solidarietà ex art.2112 c.c..

In data 14 febbraio 2017, è stato stipulato il contratto di affitto di azienda con Cordon Electronics s.p.a., con rinuncia dei lavoratori alla solidarietà ex art. 2112 c.c. nei confronti dell'affittuaria.

E' pacifico che l'appellato in forza del contratto di affitto è transitato alle dipendenze dell'affittuaria con decorrenza dal 14 febbraio 2017.

In data 15 Marzo 2017, la Linkra è stata dichiarata insolvente dal Tribunale di Monza ai sensi del d.lgs. 270/1999 ed è stata ammessa alla procedura di amministrazione straordinaria.

Lo Zubani ha ottenuto l'ammissione al passivo della procedura per i crediti retributivi e per TFR, vantati nei confronti della Linkra sino al 14 febbraio 2017.

Successivamente, in data 18 aprile 2019, nel corso della procedura concorsuale, è stato sottoscritto un ulteriore accordo sindacale ai sensi dell'art. 47 della l.428/1990, in forza del quale è stata disposta da parte dell'amministrazione straordinaria della Linkra la cessione d'azienda in favore della Cordon Electronics s.p.a., previo ottenimento dell'autorizzazione del MISE e con rinuncia, anche in questa occasione, alla solidarietà passiva ex art. 2112 c.c. della cessionaria per i crediti dei lavoratori maturati prima dell'affitto del ramo d'azienda, ossia prima del 14 febbraio 2017.

Nello specifico, le parti hanno previsto al punto 9 che:

“...in deroga a quanto previsto dall’art. 2112 cod. civ. non verranno trasferiti alla cessionaria e rimarranno in carico alla cedente tutti i crediti di lavoro (TFR, previdenza complementare, ferie, permessi, *mensilità aggiuntive e quant’altro previsto a titolo di normali competenze*, e in ogni caso collegato anche indirettamente al rapporto di lavoro) maturati ante data di affitto dei rami di azienda (14 febbraio 2017) dai lavoratori trasferiti e di quelli non *trasferiti retrocessi alle cedenti*”.

A seguito di questa cessione del ramo di azienda, lo Zubani, che per effetto del precedente affitto di azienda e con decorrenza dal 14 febbraio 2017 era già passato alle dipendenze della cessionaria, ha continuato ad operare alle dipendenze di quest’ultima, senza soluzione di continuità.

Ha, quindi, presentato all’Inps domanda di ammissione al Fondo di Garanzia, che è stata respinta.

.....

2) Ciò premesso in fatto, per quanto attiene al diritto, questa Corte, come anticipato, ritiene di dar seguito al proprio orientamento anche perché nelle more del presente giudizio, l’orientamento ha trovato conforto nella recente giurisprudenza di legittimità che si è pronunciata su di un caso molto simile al presente (cfr.sent.37789 del 27 dicembre 2022).

La Suprema Corte ha preso le mosse dal consolidato orientamento espresso dalla stessa Corte, secondo cui il diritto del lavoratore di ottenere dall’Inps, in caso d’insolvenza del

datore di lavoro, la corresponsione del TFR a carico dello speciale Fondo di cui alla L.n.297 del 1982, art. 2, ha natura di diritto di credito ad una prestazione previdenziale, ed è, perciò, distinto ed autonomo rispetto al credito vantato nei confronti del datore di lavoro (restando esclusa, pertanto, la fattispecie di obbligazione solidale – cfr.da ultimo, Cass.n.1861/2022 e Cass.4897/2021 -).

Il diritto si perfeziona (non soltanto con la cessazione del rapporto di lavoro, ma) al verificarsi dei presupposti previsti da detta legge (insolvenza del datore di lavoro, verifica dell'esistenza e misura del credito in sede di ammissione al passivo, ovvero all'esito di procedura esecutiva), con la conseguenza che, prima che si siano verificati tali presupposti, nessuna domanda di pagamento può essere rivolta all'Inps (cfr. in termini Cass.n.12852/2012 ed anche nn. 10875, 20675 del 2013, nonché n.12971/2014).

L'affermata autonomia del credito “previdenziale” vantato nei confronti del Fondo di garanzia, continua la Corte di legittimità, se certamente impedisce all'Inps di poter opporre eccezioni derivanti da ragioni interne al rapporto di lavoro che mirino a contestare esistenza ed entità dei crediti in ragione del concreto atteggiarsi delle situazioni giuridiche soggettive del lavoratore e del datore di lavoro, non può tuttavia avere sempre quale proprio effetto la totale inibizione dell'accertamento giudiziale relativo agli elementi soggettivi ed oggettivi al cui

ricorrere scatta l'obbligo di tutela assicurativa e che sono interni alla stessa autonoma fattispecie previdenziale.

Detta autonomia, non può, in particolare, sempre ad avviso della Suprema Corte, avere quale necessaria conseguenza quella secondo cui una volta ottenuta (a torto o a ragione) l'ammissione della domanda di insinuazione al passivo, ciò determina l'impossibilità per l'INPS, quale gestore del Fondo di garanzia, di contestare la concreta operatività della regola di intervento del Fondo, incentrata sul ricorrere degli elementi previsti dalla stessa fattispecie di cui all'art. 2 della l.n.297/1982 ed anche all'art.2 del d.lgs.n.82 del 1990.

Dunque, la definitività dello stato passivo non preclude all'Inps di contestare i presupposti d'intervento del Fondo e gli elementi costitutivi della propria obbligazione previdenziale, autonoma rispetto a quella del datore di lavoro.

L'obbligo d'intervento del Fondo di garanzia deve essere assoggettato alla verifica giudiziale, anche al fine di salvaguardare la compatibilità con l'art.24 Cost. del sistema consegnato dal legislatore.

D'altro canto, la prima delle citate disposizioni, intitolata, appunto, al "Fondo di garanzia", risulta espressamente finalizzata allo "scopo di sostituirsi al datore di lavoro in caso di insolvenza del medesimo nel pagamento del trattamento di fine rapporto, di cui all'articolo 2120 del codice civile, spettante ai lavoratori o loro aventi diritto".

La disposizione prevede nello specifico che “trascorsi quindici giorni dal deposito dello stato passivo, reso esecutivo ai sensi dell'articolo 97 del regio decreto *16 marzo 1942, n. 267* ..., il lavoratore o i suoi aventi diritto possono ottenere a domanda il pagamento, a carico del fondo, del trattamento di fine rapporto di lavoro e dei relativi crediti accessori, previa detrazione delle somme eventualmente corrisposte ...”.

Il richiamo all'art. 2120 cod. civ., dunque, costituisce l'oggetto dell'obbligo assicurativo pubblico mediante rinvio alla disciplina contenuta in tale disposizione e rende palese la necessità, affinché sorgano i presupposti per l'intervento del Fondo, che: a) sia venuto ad esistenza l'obbligo di pagamento del t.f.r. fissato dall'art. 2120 cod.civ. in capo al datore di lavoro; b) egli, in tale momento, si trovi in stato di insolvenza.

Con la conseguenza che, sempre ai sensi del disposto dell'art. 2120 cod. civ. citato, è necessario, innanzi tutto, che sia intervenuta la risoluzione del rapporto di lavoro.

Ciò, non solo perché il t.f.r. non può essere preteso se non alla cessazione del rapporto di lavoro (cfr. da ultimo Cass. n. 2827 del 2018), ma anche in quanto è la stessa fattispecie di cui all'art. 2 della legge n. 297 del 1982 (e anche all'art.2 del d.lgs. n. 82 del 1990) che include la risoluzione del rapporto, espressamente, fra i presupposti di applicazione della tutela.

Ed invero, la prima disposizione ai successivi commi cinque e sei fa espresso riferimento alla risoluzione del rapporto

di lavoro, sia quando sancisce che “ ... *qualora il datore di lavoro, non soggetto alle disposizioni del regio decreto 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 o i suoi aventi diritto possono chiedere al fondo il pagamento del trattamento di fine rapporto ...*”; sia quando dispone che 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.

E', dunque, testualmente previsto che perché si determini l'intervento del Fondo di garanzia, l'insolvenza riguardi il soggetto titolare in atto del rapporto di lavoro, ossia il datore di lavoro che è tale al momento in cui avviene la risoluzione del rapporto di lavoro.

Il dato testuale, ha osservato la Corte di legittimità, è peraltro coerente con l'interpretazione che alle citate disposizioni deve darsi sul più vasto piano sistematico sia sovranazionale, sia interno.

Quanto al diritto dell'Unione europea, la normativa in esame costituisce applicazione nel diritto dello Stato italiano di quanto fu stabilito dalla Direttiva CE n. 987 del 1980, che concerne il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relativamente alla tutela dei lavoratori subordinati in caso di

insolvenza del datore di lavoro, e che è diretta a garantire ai lavoratori subordinati una tutela minima in caso di insolvenza del datore di lavoro, con un meccanismo basato sulla creazione di specifici organismi di garanzia, che si sostituiscono al datore di lavoro per il pagamento di taluni crediti dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza di quest'ultimo.

Più in particolare, a sensi dell'articolo 3 della direttiva 80/987, “gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché gli organismi di garanzia assicurino, fatto salvo l'articolo 4, il pagamento dei diritti non pagati dei lavoratori subordinati, risultanti da contratti di lavoro o da rapporti di lavoro, comprese le indennità dovute ai lavoratori a seguito dello scioglimento del rapporto di lavoro, se previste dal diritto nazionale”.

Il fine sociale che sorregge la ratio dell'intervento del Fondo, e circoscrive l'ambito della tutela, è indicato mediante il riferimento “a crediti non pagati relativi ad un periodo determinato” (come affermato dalla Corte di Giustizia europea), con ciò fissandosi la nozione di “bisogno socialmente rilevante” che è tale perché collocato all'interno di un ambito temporale definito.

In coerenza con questi principi, anche l'art. 2 del d.lgs. n. 82 del 1990 ha previsto che “il pagamento effettuato dal Fondo di garanzia ai sensi dell'art. 1 è relativo ai crediti di lavoro, diversi da quelli spettanti a titolo di trattamento di fine rapporto,

inerenti agli ultimi tre mesi del rapporto di lavoro rientranti nei dodici mesi *che precedono ...*”, ossia in un determinato ambito temporale.

Ne deriva che, il Fondo di garanzia, proprio in virtù della funzione esclusivamente assicurativa e previdenziale che svolge, ancorata ad un preciso momento temporale, interviene allorché l’insolvenza riguardi il soggetto titolare in atto del rapporto di lavoro, il datore di lavoro cioè che è tale al momento in avviene la risoluzione del rapporto di lavoro, e protegge i lavoratori dal rischio dell’insolvenza soltanto di colui che è il datore di lavoro, quanto il credito per TFR diviene esigibile.

.....

3) A fronte di questi principi si tratta dunque di stabilire se sussista l’obbligo di intervento del Fondo, in casi come quello di specie, caratterizzati da **vicende circolatorie** che interessano l’azienda debitrice del lavoratore.

Va cioè accertato se vi è compatibilità dell’intervento del Fondo di garanzia anche laddove sia inesistente la relazione causale e temporale tra inadempimento datoriale ed insolvenza dichiarata con procedura concorsuale, che costituisce l’ambito applicativo fisiologico dell’intervento del Fondo di garanzia legato allo scopo sociale della normativa europea.

La soluzione non può che essere negativa.

Ed invero, la contraria soluzione positiva (sostenuta dal lavoratore appellato), sempre secondo la Corte di Cassazione,

comporta che l'intervento del medesimo Fondo finisca per riconnettersi a situazioni in cui il credito del lavoratore non è più relativo al periodo “determinato” che connota lo scopo sociale dell'obbligo di copertura assicurativa, ma viene agganciato, senza limiti temporali e prescindendo dall'attuale individuazione dei soggetti del rapporto di lavoro, ad uno degli ex datori di lavoro, interessati dalle vicende circolatorie pregresse, che viene dichiarato fallito o ammesso ad altra procedura concorsuale in epoca in cui il rapporto di lavoro non è più in essere nei confronti del lavoratore istante perché proseguito, senza soluzione di continuità, con altro soggetto (ossia con il cessionario).

In questi casi è indubbio che l'applicazione dell'art.2 della legge n.297 del 1982 e dell'art. 2 del d.lgs.n.80 del 1992, si allontana, oltre che dalla lettera delle norme citate, dalla funzione di tutela del bisogno socialmente rilevante indicato dalla direttiva 987/80 e successive modificazioni.

Il risultato di tale interpretazione finisce per consentire che il Fondo di garanzia, finanziato dai contributi dei datori di lavoro e dallo Stato, possa deviare dai compiti istituzionali con possibili effetti distorsivi, vietati espressamente dallo stesso art. 2, ottavo comma, l. n. 297/1982, secondo cui “le disponibilità del fondo di garanzia non possono in alcun modo essere utilizzate al di fuori della finalità istituzionale del fondo stesso”.

Una simile interpretazione, inoltre, pare non considerare

che le tutele dei lavoratori, in ipotesi di trasferimento d'azienda, formano oggetto di altre specifiche previsioni di derivazione comunitaria e di cui nel nostro ordinamento è espressione l'art.2112 c.c..

E pare non considerare neppure il principio pacifico, più volte affermato dalla giurisprudenza di legittimità e di cui si è detto sopra, che il credito per TFR prima della cessazione del rapporto di lavoro non è ancora esigibile, tant'è che neppure comincia a decorrere il termine di prescrizione; e che alla cessazione del rapporto il datore di lavoro cessionario risponderà per l'intero TFR (in via diretta quanto alla quota di t.f.r. maturata dopo la cessione; in via solidale quanto alla quota maturata precedentemente), laddove il datore di lavoro cedente risponderà solo per la quota di t.f.r. maturata prima della cessione (da ultimo Cass. n.2827/2018).

In definitiva, la Suprema Corte è giunta alla conclusione che l'intervento del Fondo di garanzia si riferisce all'ipotesi in cui sia stato dichiarato insolvente ed ammesso alle procedure concorsuali il datore di lavoro che è tale al momento in cui la domanda di insinuazione al passivo viene proposta ed, inoltre, poiché il TFR diventa esigibile solo al momento della cessazione del rapporto di lavoro, il fatto che (erroneamente) il credito maturato per TFR 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 TFR, sostenendo che esso non sia ancora esigibile, neppure in parte, e che quindi non opera ancora la garanzia dell'art. 2 della l.297/1982.

Diversamente opinando e aderendo alla tesi del lavoratore, si finirebbe per far ricadere sul Fondo presso l'INPS, e quindi sulla collettività, un rischio d'impresa che è normalmente oggetto di trattative prima della cessione e che deve ricadere, per legge, sull'imprenditore cessionario; inoltre, come già detto, non è neppure inverosimile una distorsione nel mercato, rendendo la tesi opposta a quella qui sposata, conveniente porre in essere, anche con accordo fraudolento, una cessione d'azienda e far fallire la cedente, liberandosi in questo modo sia la cedente che la cessionaria del debito, spesso ingente, del TFR dei lavoratori, e ciò magari con il pieno consenso dei medesimi lavoratori ceduti, per i quali il rischio della perdita del credito sarebbe del tutto inesistente: per il pregresso potrebbero pretendere l'intero credito dal Fondo di garanzia e, per la parte di prestazione svolta in favore della cessionaria, all'atto della cessazione del rapporto di lavoro, avrebbero ancora intatta la possibilità di essere integralmente pagati per la seconda quota o di ricorrere al Fondo di garanzia facendo fallire anche la cessionaria o, se impresa non soggetta al fallimento, provando l'incapienza del patrimonio.

Ha quindi ragione l'Inps quando rileva che i presupposti

rigorosi di accesso al Fondo di garanzia, ancorati all'insolvenza di chi sia il datore di lavoro al momento della cessazione, e la peculiarità della fattispecie in esame, contraddistinta dalla pacifica prosecuzione del rapporto di lavoro con la cessionaria, senza soluzione di continuità, e ciò addirittura **da prima** dell'ammissione della cedente alla procedura concorsuale, impediscono, in tesi e sul piano dei principi generali, l'accoglimento della domanda del lavoratore.

Il punto la sentenza di primo grado va rivista ed integrata.

.....

4) A questo punto, ricordati i principi che operano sul piano generale, occorre verificare se gli accordi conclusi ai sensi dell'art.47 della l.428 del 1990, invocati dallo Zubani, mutino il quadro sino ad ora descritto, derogando ai suddetti principi generali, e fondino il diritto del lavoratore di accedere al Fondo di garanzia.

In primo luogo, va chiarito che l'accordo sindacale del **14 febbraio 2017**, raggiunto in occasione dell'affitto di azienda, con passaggio dei dipendenti della Linkra alla cessionaria ai sensi dell'art.2112 c.c., non può comportare alcuna deroga dei principi posti da quest'ultima norma, sia in materia di passaggio dei lavoratori, sia in materia di responsabilità solidale di cedente e cessionario, come pare sostenere il lavoratore appellato.

L'affitto d'azienda è intervenuto **prima** dell'ammissione

alla procedura concorsuale dell'affittante, ancorché sia stato condizionato a questo evento, e, dunque, nella specie non possono certo trovare applicazione le previsioni, del tutto eccezionali, di cui ai commi 4bis e 5 dell'art.47, della l.428/1990, invocate dallo Zubani.

Queste norme prevedono sì la possibilità, entro certi limiti, di derogare alle disposizioni dell'art.2112 c.c., allorché l'accordo sindacale raggiunto in occasione del trasferimento d'azienda comporti il mantenimento, in tutto o in parte dell'occupazione, ma soltanto nei casi tassativi ivi previsti, che riguardano **unicamente** ipotesi di cessione di azienda intervenute **dopo l'ammissione della cedente ad una procedura concorsuale** e, dunque, **sotto la direzione ed il controllo degli organi della procedura medesima.**

Nel caso di trasferimento di azienda intervenuto tra aziende in bonis (seppure in crisi), operano i principi generali e, in particolare, non è consentita alcuna deroga dei principi di cui all'art.2112 c.c. ad opera dell'accordo sindacale che le parti possono raggiungere nell'ambito della procedura di cui al comma 1 del cit.art.47 della l.428/1990, procedura questa che le aziende che intendano effettuare, ai sensi dell'articolo 2112 c.c., un trasferimento d'azienda in cui sono complessivamente occupati più di quindici lavoratori, sono sempre tenute ad aprire.

In secondo luogo, l'**accordo individuale** intervenuto tra il lavoratore, l'ex datore di lavoro cedente e il nuovo datore di

lavoro cessionario, avente ad oggetto la rinuncia del lavoratore alla solidarietà del datore di lavoro cessionario per i crediti maturati nei confronti dell'ex datore di lavoro cedente, non può produrre alcun effetto nei confronti dell'Inps.

Si è già detto al precedente punto di motivazione che la prestazione che viene erogata dal Fondo di garanzia è una prestazione previdenziale e che il diritto di credito che il lavoratore vanta nei confronti del Fondo di garanzia è autonomo e diverso rispetto a quello che vanta nei confronti dell'ex datore di lavoro.

Ne deriva che gli accordi che il lavoratore, per libera autodeterminazione, raggiunge esclusivamente con le parti della cessione non possono incidere e spiegare effetti sul diritto di credito che il lavoratore può esercitare nei confronti del Fondo di garanzia, che è governato, come si è detto sopra, da proprie regole e presupposti, primi tra tutti quelli imprescindibili della risoluzione del rapporto di lavoro e dell'insolvenza di colui che alla data di questa risoluzione è il datore di lavoro.

A nulla rileva pertanto, e non può far scattare le garanzie previdenziali a carico del Fondo di garanzia, il fatto che il lavoratore, passando alle dipendenze del nuovo datore di lavoro cessionario ai sensi dell'art.2112 c.c., rinunci alla solidarietà nei confronti di quest'ultimo per i crediti maturati nei confronti del vecchio datore di lavoro cedente (con conseguente sussistenza di un unico debitore, ossia il datore di lavoro cedente, poi divenuto

insolvente).

Il lavoratore è libero di disporre di questo diritto, ma non può certo pretendere che avendone egli disposto rinunciando a farlo valere nei confronti del soggetto cessionario – solvibile - che per legge sarebbe obbligato, unitamente all'originario creditore – fallito -, possa poi ottenere il pagamento del credito da parte del Fondo di garanzia, in quanto non pagato da quest'ultimo.

Una simile possibilità, oltre a non superare l'ostacolo dell'assenza dei presupposti di cui si è appena detto, indispensabili per far scattare la tutela previdenziale del Fondo di garanzia (cessazione del rapporto di lavoro e insolvenza di colui che è il datore di lavoro al momento della risoluzione del rapporto di lavoro), finirebbe per stravolgere la funzione propria dell'intervento del Fondo di garanzia, facendo gravare su questo Fondo e quindi sulla collettività, un rischio d'impresa che è normalmente oggetto di trattative prima della cessione e che per legge dovrebbe, e deve, ricadere sull'imprenditore cessionario.

Per quanto riguarda invece l'accordo concluso dalla procedura concorsuale in data **18 aprile 2019**, e relativo alla **vendita del ramo di azienda**, deve rilevarsi che lo stesso va ricondotto nell'ambito del comma **4 bis** del cit.art.47 della l.428 del 1990, essendo incontestato in giudizio che il ramo di azienda non è mai cessato, essendo stato oggetto inizialmente di affitto d'azienda, concluso prima dell'apertura della procedura

concorsuale, ed essendo l'affitto proseguito anche dopo l'avvio di questa procedura e sino alla definitiva cessione del ramo medesimo.

D'altro canto, lo stesso accordo si qualifica come accordo raggiunto ai sensi del citato art.4 bis.

Per quanto attiene al suo contenuto, l'accordo prevede una deroga alla regola della solidarietà di cui all'art. 2112 c.c., stabilendo che non siano trasferiti alla cessionaria e restino in carico alle cedenti tutti i crediti di lavoro maturati prima della data dell'affitto del ramo di azienda del 14 febbraio 2017, vantati dai lavoratori trasferiti e da quelli non trasferiti e retrocessi alle cedenti.

Ebbene, il comma **4 bis** dell'art. 47, introdotto dall'art. 19 quater d.l. 135/2009 e nella versione applicabile ratione temporis (ante modifica ad opera del d.l.gs.n.14 del 2019), così disponeva: “Nel caso in cui sia stato raggiunto un accordo circa il mantenimento, anche parziale, *dell'occupazione, l'art. 2112 del cod. civ. trova applicazione* nei termini e con le limitazioni *previste dall'accordo medesimo qualora il trasferimento* riguardi aziende : a) delle quali sia stato accertato lo stato di crisi *aziendale ai sensi dell'art.2, quinto comma, lettera c della legge 12 Agosto 1977 n. 675; b) per le quali sia stata disposta l'amministrazione straordinaria ai sensi del decreto legislativo 8 luglio 1999 n. 270 in caso di continuazione o di mancata cessazione dell'attività* ; b bis) per le quali vi sia stata la

dichiarazione di apertura della procedura; b ter) per le quali vi sia stata *l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti.*".

Al contrario, il **comma 5** dell'art.47, sempre nella versione applicabile *ratione temporis* (ante modifica ad opera del d.lgs.n.14 del 2019), prevedeva: "qualora il trasferimento riguardi imprese nei confronti delle quali vi sia stata dichiarazione di fallimento, omologazione di concordato preventivo consistente nella cessione dei beni, emanazione del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa, ovvero di *sottoposizione all'amministrazione straordinaria, nel caso in cui la continuazione dell'attività non sia stata disposta o sia cessata* e nel corso delle consultazioni di cui ai precedenti commi sia stato raggiunto un accordo circa il mantenimento *anche parziale dell'occupazione, al lavoratore il cui rapporto di lavoro continua con l'acquirente non trova applicazione l'art.2112, salvo che dall'accordo risultino* condizioni di miglior favore. Il predetto accordo può anche prevedere che il trasferimento non riguardi il personale eccedentario e che *quest'ultimo continui a rimanere in tutto in parte alle dipendenze dell'alienante*".

Ritiene il Collegio che l'interpretazione delle due disposizioni, comma 4 bis e comma 5 dell'art. 47, vada necessariamente effettuata alla luce dei principi affermati dalla Corte di Giustizia che hanno sempre distinto l'ipotesi in cui la

cessione d'azienda avvenga nell'ambito di una impresa sottoposta a procedura concorsuale con finalità conservativa e nella prospettiva della continuazione dell'attività aziendale, rispetto a quella in cui la cessione avvenga da parte di impresa sottoposta a fallimento o ad altra procedura con finalità esclusivamente liquidatoria; solo in quest'ultimo caso è consentita la deroga alle garanzie previste per i lavoratori nel trasferimento d'azienda da parte della direttiva, mentre nel caso della continuazione dell'attività tale deroga non è consentita.

Ed infatti, mentre il comma 5 dell'art. 47 nel caso di trasferimento d'azienda nell'ambito di procedure liquidatorie prevede l'inapplicabilità dell'art. 2112 c.c., facendo salve solo eventuali condizioni di miglior favore, il comma 4 bis disciplina l'ipotesi inversa, in cui sia stata stabilita la continuazione dell'attività stabilendo, al contrario, l'applicabilità dell'art. 2112 c.c. seppur “nei termini e con le limitazioni previste dall'accordo medesimo”.

Simile interpretazione trova conforto nelle più recenti pronunce della Suprema Corte che, occupandosi della portata applicativa dell'art. 47, hanno affermato: *“nel contesto del comma 5 dell'art. 47, in caso di trasferimento di imprese o parti di imprese il cui cedente sia oggetto di una procedura fallimentare o di una procedura di insolvenza analoga aperta in vista della liquidazione dei beni del cedente stesso, **il principio generale** è (per i lavoratori trasferiti alle dipendenze del*

cessionario) **l'esclusione delle tutele di cui all'art. 2112 cod.civ.**, salvo che l'accordo preveda condizioni di miglior favore. La regola è dunque l'inapplicabilità, salvo deroghe; al contrario, **nel comma 4-bis la regola è di ordine positivo (‘trova applicazione’)**, per cui la specificazione ‘nei termini e con le limitazioni previste dall'accordo medesimo’ non può avere un significato sostanzialmente equivalente - con sovrapposizione di effetti - rispetto al comma 5, se non contraddicendo la ratio sottesa alla diversità testuale delle previsioni. Insomma, il comma 4-bis dell'art. 47 ammette solo modifiche, eventualmente anche in peius, all'assetto economico-normativo in precedenza acquisito dai singoli lavoratori, ma non autorizza una lettura che consenta anche la deroga al passaggio automatico dei lavoratori all'impresa cessionaria” (cfr. tra le altre Cass. sez. L. Ord. n. 20531 del 2022).

Seguendo simile impostazione, in sintesi, ove il trasferimento avvenga nell’ambito di una procedura che comporta la continuazione dell’attività, vanno necessariamente applicate le garanzie fondamentali di cui all’art. 2112 c.c., vale a dire il trasferimento dei lavoratori e la responsabilità solidale del cessionario, potendo l’accordo ex art. 47 comma 4 bis prevedere soltanto disposizioni, eventualmente anche in senso sfavorevole ai lavoratori, concernenti il mero trattamento economico o normativo dei lavoratori.

Del resto, non può essere ignorato che il D.Lgs. 12

gennaio 2019, n. 14 ("Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza in attuazione della L. 19 ottobre 2017, n. 155") all'art. 368, comma 4 (in vigore dal 15 luglio 2022 - v. disposizioni transitorie e finali ex art. 389-) nel disporre la sostituzione dei commi 4-bis e 5 dell'art.47, ha recepito l'interpretazione abbracciata dalla giurisprudenza di legittimità conforme al diritto dell'Unione.

Ed invero, il nuovo **comma 4 bis** dell'art. 47 dispone che “nel caso in cui sia stato raggiunto un accordo, nel corso delle consultazioni di cui ai precedenti commi, con finalità di salvaguardia dell'occupazione, **l'articolo 2112 del codice civile**, fermo il trasferimento al cessionario dei rapporti di lavoro, **trova applicazione, per quanto attiene alle condizioni di lavoro, nei termini e con le limitazioni previste dall'accordo medesimo**, da concludersi anche attraverso i contratti collettivi di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n.81, qualora il trasferimento riguardi aziende: ... c) per le quali è stata disposta l'amministrazione straordinaria, ai sensi del decreto legislativo 8 luglio 1999, n.270, in caso di continuazione o di mancata cessazione dell'attività”.

Il **comma 5**, invece, è stato sostituito in questi termini: “qualora il trasferimento riguardi imprese nei confronti delle quali vi sia stata apertura della liquidazione giudiziale o di concordato preventivo liquidatorio, ovvero emanazione del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa, nel caso in

cui la continuazione dell'attività non sia stata disposta o sia cessata, i rapporti di lavoro continuano con il cessionario. Tuttavia, in tali ipotesi, nel corso delle consultazioni di cui ai precedenti commi, **possono comunque stipularsi**, con finalità di salvaguardia dell'occupazione, **contratti collettivi** ai sensi dell'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, **in deroga all'articolo 2112, commi 1, 3 e 4, del codice civile**”.

Dunque, ancora una volta, il legislatore ha ripetuto che nel caso di procedura concorsuale con continuazione dell'attività di impresa, l'art.2112 c.c. non può essere derogato se non limitatamente alle condizioni di lavoro, laddove l'art.2112 c.c. può essere invece derogato nel caso di procedure concorsuali liquidatorie, seppure, è bene precisarlo, anche in questo caso l'eventuale deroga non può comunque riguardare la responsabilità solidale del cessionario per i crediti che il lavoratore aveva al tempo del trasferimento dell'azienda, prevista dal comma 2 dell'art.2112, c.c., posto che questo comma non è richiamato tra quelli dell'art.2112 che il legislatore, con la nuova disposizione normativa, ha ritenuto suscettibili di deroga ad opera dei ‘contratti collettivi’.

Inoltre, il **comma 5-ter**, pure introdotto dal legislatore del 2019, con specifico riferimento all'ipotesi dell'amministrazione straordinaria ha sancito, ancora una volta, che soltanto qualora **la continuità dell'attività non sia stata disposta o sia cessata**, e siano stati conclusi accordi che

mantengano anche soltanto parzialmente l'occupazione, l'art.2112 non trova applicazione, salvo che risultino condizioni di miglior favore.

Così stando le cose, l'accordo del **18 aprile 2019**, con cui le parti hanno derogato alla solidarietà del cessionario per i crediti dei lavoratori trasferiti, maturati alle dipendenze della cedente in epoca antecedente all'affitto di azienda, non è idoneo a produrre effetti nei confronti dell'ente previdenziale: trattandosi di accordo da ricondurre nell'ambito del comma 4 bis, l'art. 2112 c.c., per espressa previsione di legge, andava necessariamente applicato e non poteva essere derogato dalle parti; era fatta salva solo la possibilità per le parti di concordare diverse condizioni di impiego, anche in senso peggiorativo per il lavoratori, ma non di derogare alla regola della solidarietà del cessionario per i crediti di lavoro gravanti sul cedente di cui all'art. 2112 comma 2 c.c..

L'accordo, nella parte in cui le parti hanno pattuito l'esonero della cessionaria dall'obbligo del pagamento dei debiti della cedente contratti verso i lavoratori, è dunque inopponibile all'Inps, che, peraltro, ne è pure rimasto estraneo.

In questo senso si è espressa la Suprema Corte nella cit.sentenza n.37789/2022, affermando che addirittura l'accordo concluso ai sensi del comma 5 dell'art.47 (ossia nell'ambito delle procedure liquidatorie con riferimento alle quali, come appena visto, il legislatore, ante riforma del 2019, ammetteva la

possibilità di non applicare l'art.2112 c.c., salve condizioni di miglior favore), non può vincolare l'Inps, sia per essere l'accordo res inter alios acta, sia per l'impossibilità dell'accordo di alterare la disciplina eminentemente pubblicistica che presiede l'intervento del Fondo di garanzia, sia perché un simile accordo, nel far gravare sull'ex datore di lavoro ammesso alla procedura concorsuale anche i debiti concernenti il TFR, non potrebbe mai determinare l'immediata esigibilità del relativo credito, che consegue soltanto alla cessazione del rapporto di lavoro, cessazione questa che non avviene quando il rapporto di lavoro continua con il cessionario (se questi principi valgono per l'accordo concluso ai sensi del comma 5 dell'art.47, a maggior ragione valgono per l'accordo ai sensi del comma 4 bis, ove, al contrario, il legislatore espressamente prevedeva l'applicabilità dell'art.2112 c.c.).

Non a caso, il legislatore del 2019, oltre a modificare il comma 4 bis e il comma 5 dell'art.47 nei termini sopra riportati, ha introdotto il comma **5 bis** che espressamente prevede che nel caso degli accordi conclusi ai sensi del **comma 5** (procedure liquidatorie senza prosecuzione dell'attività aziendale o con cessazione della stessa), e soltanto in questo caso (non anche nel caso degli accordi di cui al comma 4 bis), “non si applica l'art.2112 c.c., comma 2, e il trattamento di fine rapporto è esigibile nei confronti del cedente dell'azienda”, aggiungendo che in questa ipotesi il Fondo di garanzia, in presenza di tutti i

requisiti, interviene anche a favore dei lavoratori che passano alle dipendenze dell'acquirente.

In pratica, è stata necessaria una previsione espressa per superare l'orientamento giurisprudenziale di legittimità di cui si è trattato sino ad ora, e per sancire, a determinate condizioni e soltanto nel caso di accordi raggiunti nell'ambito delle procedure liquidatorie, l'immediata esigibilità del credito per TFR nei confronti del cedente ed equiparare il trasferimento dei lavoratori all'acquirente dell'azienda ad una cessazione del rapporto di lavoro, anche quando il rapporto prosegue senza cesure, con correlata possibilità di accedere al Fondo di Garanzia (cfr. la cit. Cass. 37789/2022, in motivazione).

La questione giuridica oggetto di causa, in definitiva, va risolta in senso favorevole all'Inps.

Quest'ultimo ente, infatti, convenuto in giudizio per il pagamento della prestazione da parte del Fondo di Garanzia, ha fondatamente contestato, come ben può fare, l'insussistenza dei presupposti per l'intervento del Fondo, nonostante l'ammissione allo stato passivo del credito del lavoratore, posto che il rapporto di lavoro dell'appellato è proseguito con la cessionaria rimasta ex lege obbligata al pagamento anche della quota di TFR relativa al periodo di rapporto pregresso e, in generale, dei crediti di lavoro maturati dai dipendenti presso la cedente, stante altresì l'inopponibilità all'ente medesimo degli accordi sindacali conclusi in occasione dell'affitto e della cessione del ramo di

azienda cui appartiene lo Zubani.

Ne deriva la riforma della decisione di primo grado, con conseguente rigetto delle domande proposte dallo Zubani.

.....

La complessità del caso e la novità della questione giuridica affrontata, con riferimento alla quale il primo decisivo precedente in termini della giurisprudenza di legittimità è intervenuto soltanto nelle more del presente giudizio di appello, giustificano l'integrale compensazione delle spese di entrambi i gradi di giudizio.

PQM

Riforma la sentenza n.166/2023 del Tribunale di Brescia e respinge il ricorso di primo grado;

dichiara interamente compensate tra le parti le spese di entrambi i gradi di giudizio.

Brescia, 2 novembre 2023

Il Consigliere est.

(dott.ssa Giuseppina Finazzi)

Il Presidente

(dott. Antonio Matano)