

**I.N.P.S.
DIREZIONE CENTRALE PRESTAZIONI A
SOSTEGNO DEL REDDITO**

COORDINAMENTO GENERALE LEGALE

*Roma 3 aprile 2010
Circolare n. 32*

OGGETTO: INTERVENTO DEL FONDO DI GARANZIA DI CUI ALL'ART. 2 DELLA L. N. 297/82 – MODIFICHE ALLA CIRCOLARE 74 DEL 15 LUGLIO 2008

SOMMARIO: § 1. Premessa. § 2. Definizione di «datore di lavoro non soggetto alle disposizioni del RD 16 marzo 1942, n. 267» di cui all'art. 2, comma 5 della L. 297/82. § 3. Modalità di intervento del Fondo di garanzia nel caso in cui il Tribunale decreti di non procedere all'accertamento del passivo secondo la previsione dell'art. 102 LF. § 4. Istanze di riesame.

§ 1. Premessa.

Il funzionamento del Fondo di garanzia per il TFR, nel corso degli ultimi anni, ha evidenziato alcune difficoltà operative, per la maggior parte dovute ad una carenza di coordinamento tra la legge 29 maggio 1982, n. 297 - istitutiva del Fondo stesso - ed il nuovo diritto fallimentare introdotto dai decreti legislativi nn. 5/2006 e 169/2007.

In particolare sono risultate problematiche la definizione di «datore di lavoro non soggetto alle disposizioni del RD 16 marzo 1942, n. 267» di cui all'art. 2, comma 5 della L. n. 297/82 e le modalità di intervento del Fondo nel caso in cui il Tribunale disponga di non procedere all'accertamento del passivo ai sensi dell'art. 102 LF, dalle quali conseguirebbe l'impossibilità di accedere alle prestazioni del Fondo, in contrasto con lo scopo sociale perseguito dalla disciplina comunitaria (Direttiva 20 ottobre 1980 n. 987 attuato dal Decreto Legislativo 27 gennaio 1992, n. 80) ossia assicurare che vengano adottate le misure necessarie per tutelare gli interessi dei lavoratori subordinati e quelli delle persone che hanno già lasciato l'impresa o lo stabilimento del datore di lavoro alla data dell'insorgere della insolvenza di quest'ultimo attraverso la garanzia dei crediti di lavoro.

Ciò rende necessario, quindi, come concordato con il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, un'interpretazione sistematica delle nuove disposizioni in materia di procedure concorsuali (in particolare, del nuovo art. 102 R.D. 267 del 1942, L.F. come modificato dal Decreto Legislativo 12 Settembre 2007, n. 169) che, anche alla luce di quanto previsto dalla direttiva n. 2008/94/CE che ha codificato le disposizioni di cui alla direttiva 80/987/CEE sopra citata, in caso d'insolvenza assicuri la piena ed integrale attuazione del principio di tutela dei diritti dei lavoratori subordinati attraverso l'accesso alle prestazioni del Fondo.

In primo luogo deve essere considerato che il fine della L. 297/82 è quello di garantire a tutti i lavoratori subordinati il pagamento del TFR in caso di insolvenza del datore di lavoro e va pertanto previsto l'intervento del Fondo ai sensi del predetto art. 2, comma 5, in tutti i casi in cui il datore di lavoro non sia soggetto concretamente e non solo in astratto alle disposizioni della legge fallimentare; in secondo luogo si deve tener presente che la direttiva comunitaria (di cui tale legge costituisce la prima attuazione) ha armonizzato la nozione di "insolvenza" ai fini dell'applicazione della tutela in questione; infine occorre tenere in considerazione la necessità di interpretare la legislazione nazionale conformemente ai precetti dell'Unione Europea, anche quando successive modifiche intervenute nella disciplina delle procedure concorsuali (che costituiscono uno dei presupposti per l'intervento del Fondo), potrebbero avere l'effetto di privare alcune categorie di lavoratori di una tutela imposta dalle disposizioni comunitarie. Di conseguenza si ritiene ora di modificare alcune istruzioni a suo tempo impartite con circolare n. 74 del 15.7.2008.

§ 2. Definizione di «datore di lavoro non soggetto alle disposizioni del RD 16 marzo 1942, n. 267» di cui all'art. 2, comma 5 della L 297/82

La legge n. 297/82 ha previsto requisiti diversi per l'intervento del Fondo a seconda che il datore di lavoro sia soggetto o meno alle disposizioni della legge fallimentare.

Quanto al requisito dell'insolvenza del datore di lavoro, la Corte di Cassazione, con giurisprudenza consolidata, ha precisato che ogni qual volta il datore di lavoro sia un imprenditore commerciale privato – soggetto alle disposizioni della legge fallimentare ai sensi dell'art. 1

della stessa – lo stesso requisito va dimostrato unicamente mediante l'apertura di una procedura concorsuale.

Recentemente la Suprema Corte (Cass., Sez. Lav. 1178/09), pronunciandosi sul caso di datore di lavoro non più assoggettabile a fallimento per aver cessato l'attività di impresa da oltre un anno (art. 10 LF), ha affermato il seguente principio di diritto *«quando un datore di lavoro è assoggettabile a fallimento, ma in concreto non può essere dichiarato fallito per avere cessato l'attività di impresa da oltre un anno, esso va considerato <non soggetto> a fallimento e pertanto opera l'art. 2 comma 5 della Legge 297/82 (...)»*. Di conseguenza l'espressione «non soggetto alle disposizioni del RD 267/42» deve essere interpretata come "in concreto" non assoggettabile a fallimento.

Pertanto, quando il Tribunale decreti di non procedere all'apertura della procedura concorsuale sia per i motivi di cui all'art. 1 comma 2 L.F., sia per le cause previste dagli artt. 10, 11 e 15 comma 9 L.F., il lavoratore potrà aver accesso al Fondo di garanzia sulla base dei requisiti previsti dall'art. 2, comma 5 della L 297/82.

I requisiti per l'accesso al Fondo di garanzia previsti per i dipendenti da datori di lavoro non assoggettabili a procedura concorsuale sono dettagliatamente indicati al par. 3.1.2. della circolare n. 74 del 15 luglio 2008, alla quale si rinvia.

Ai fini della prova che il datore di lavoro non è soggetto alle procedure concorsuali, non è necessaria la presentazione del decreto di reiezione dell'istanza di fallimento nel caso in cui il lavoratore esibisca certificato o visura del registro delle imprese tenuto dalla C.C.I.A.A. dalla quale risulti che il datore di lavoro è stato cancellato da oltre un anno, rispetto alla data di presentazione della domanda di intervento del Fondo di garanzia.

Di conseguenza la lett. b) del par. 3.1.1 della circolare n. 74 del 15 luglio 2008 deve ritenersi non più valida nella parte in cui prevede:

«In talune ipotesi, che di seguito si esemplificano, non si fa luogo all'apertura della procedura concorsuale:

- *quando, a norma degli artt. 10 e 11 L.F. l'imprenditore non può essere dichiarato fallito essendo trascorso più di un anno dalla cancellazione dal registro delle imprese;*
- *nel caso, previsto dall'art. 15, comma 9, L.F. in cui risulti che il complessivo ammontare dei debiti scaduti e non pagati accertati nel corso dell'istruttoria prefallimentare è inferiore a Euro 30.000 . Questo*

limite non è riferito al singolo debito del lavoratore, o dei lavoratori, ma a tutti i debiti dell'azienda.

Allo stato, le richieste di intervento che rientrano in questa casistica non potranno trovare accoglimento.

Nelle segnalate ipotesi non potranno trovare accoglimento le domande presentate sulla base dei requisiti che devono far valere i dipendenti di datori di lavoro non soggetti alle procedure concorsuali».

§ 3. Modalità di intervento del Fondo di garanzia nel caso in cui il Tribunale decreti di non procedere all'accertamento del passivo secondo la previsione dell'art. 102 L.F.

La riforma del diritto fallimentare attuata con il decreto legislativo 9.1.2006, n. 5 (da ultimo modificato dal decreto legislativo n. 169/2007), ha determinato un'impasse al meccanismo di funzionamento del Fondo di garanzia.

In particolare la nuova formulazione dell'art. 102 L.F. "Previsione di insufficiente realizzo", al comma 1, ha introdotto la possibilità di non procedere alla verifica dello stato passivo, qualora risulti che non possa essere acquisito attivo da distribuire ad alcuno dei creditori che abbiano chiesto l'ammissione al passivo. In tal caso viene a mancare lo stato passivo cui l'art. 2, comma 2, della L. 297/82, riconnette il termine per la presentazione della domanda di intervento del Fondo di garanzia.

In tale contesto i dipendenti da datori di lavoro insolventi per i quali il Tribunale decida di non procedere all'accertamento del passivo resterebbero "di fatto" privi della tutela apprestata dal Fondo di garanzia.

Si pone quindi il problema di coordinare le citate disposizioni al fine di rendere comunque possibile l'accesso dei lavoratori al Fondo di garanzia e con ciò la realizzazione della tutela minima assicurata dalla direttiva comunitaria 80/987/CE come modificata dalla direttiva 2008/94/CE.

L'art. 2 della citata direttiva chiarisce che "un datore di lavoro si considera in stato di insolvenza" quando è stata chiesta l'apertura di una procedura concorsuale fondata sull'insolvenza del datore di lavoro e quando l'autorità competente ha deciso l'apertura del procedimento,

oppure ha constatato la chiusura definitiva dell'impresa e l'insufficienza dell'attivo disponibile per giustificare l'apertura del procedimento. Appare evidente che la fattispecie regolamentata dall'art. 102, comma 1 L.F. rientra nella definizione comunitaria di datore di lavoro insolvente.

La L. n. 297/82 richiede, ai fini dell'intervento del Fondo, che il credito del lavoratore sia accertato tramite ammissione nello stato passivo della procedura concorsuale aperta nei confronti del datore di lavoro insolvente.

In assenza del procedimento di accertamento del passivo (art. 102 comma 1 L.F.) il lavoratore potrà chiedere l'intervento del Fondo di garanzia purché il credito risulti accertato sulla base dell'art. 2 comma 5 L. n. 297/82.

Al fine di dimostrare il proprio diritto all'intervento del Fondo il lavoratore dovrà allegare alla domanda la seguente documentazione:

- copia di un documento di identità personale (se la domanda non è firmata in presenza di un funzionario dell'Istituto);
- originale del titolo esecutivo (decreto ingiuntivo o sentenza) con il quale il credito di lavoro è stato riconosciuto;
- copia del ricorso sulla base del quale è stato ottenuto il titolo esecutivo;
- copia autentica del decreto con il quale il Tribunale ha deciso di non procedere alla verifica del passivo;
- copia autentica del decreto di chiusura della procedura concorsuale;
- copia autentica del verbale di pignoramento negativo;
- visura o certificato della Conservatoria dei registri immobiliari dei luoghi di nascita e di residenza del datore di lavoro;
- certificato di residenza del datore di lavoro.
- mod. TFR3/bis SOST da compilare e sottoscrivere a cura del lavoratore in forma di dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà (cod. SR53).

§ 4. Istanze di riesame

Eventuali richieste di riesame dovranno essere accolte ove non sia intervenuta la decadenza dall'azione giudiziaria per ottenere le

prestazioni a carico del Fondo (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 nella L. n. 438/1992) ed, in ogni caso, a condizione che non sia intervenuta sentenza passata in giudicato.

Per maggior chiarezza, considerato che sulla questione si sono recentemente pronunciate le Sezioni Unite della Corte di Cassazione^[1], si ricorda che la decadenza dall'azione giudiziaria interviene quando sia trascorso un anno:

- dalla data di comunicazione tempestiva dell'esito del ricorso amministrativo presentato nei termini;
- dal 91° giorno successivo alla data di presentazione del ricorso amministrativo, senza che sia intervenuta una decisione del Comitato, se il ricorso stesso è stato presentato nei termini^[2];
- dal 301° giorno successivo alla data di presentazione della domanda, nel caso in cui l'Istituto non abbia adottato alcun provvedimento –o abbia adottato un provvedimento tardivo-, o nel caso in cui l'assicurato non abbia presentato ricorso avverso il provvedimento di reiezione.

Il Direttore Generale
Nori

Allegato 1

R.D. 16 marzo 1942, n. 267 (testo in vigore dal 1.1.2008)

ESTRATTO

Art. 10 Fallimento dell'imprenditore che ha cessato l'esercizio dell'impresa

Gli imprenditori individuali e collettivi possono essere dichiarati falliti entro un anno dalla cancellazione dal registro delle imprese, se l'insolvenza si è manifestata anteriormente alla medesima o entro l'anno successivo.

In caso di impresa individuale o di cancellazione di ufficio degli imprenditori collettivi, è fatta salva la facoltà per il creditore o per il pubblico ministero di dimostrare il momento dell'effettiva cessazione dell'attività da cui decorre il termine del primo comma.

Art. 11 Fallimento dell'imprenditore defunto

L'imprenditore defunto può essere dichiarato fallito quando ricorrono le condizioni stabilite nell'articolo precedente.

L'erede può chiedere il fallimento del defunto, purché l'eredità non sia già confusa con il suo patrimonio; l'erede che chiede il fallimento del defunto non è soggetto agli obblighi di deposito di cui agli articoli 14 e 16, secondo comma, numero 3).

Con la dichiarazione di fallimento cessano di diritto gli effetti della separazione dei beni ottenuta dai creditori del defunto a norma del codice civile.

Art. 15 Procedimento per la dichiarazione di fallimento

Il procedimento per la dichiarazione di fallimento si svolge dinanzi al tribunale in composizione collegiale con le modalità dei procedimenti in camera di consiglio.

Il tribunale convoca, con decreto apposto in calce al ricorso, il debitore ed i creditori istanti per il fallimento; nel procedimento interviene il pubblico ministero che ha assunto l'iniziativa per la dichiarazione di fallimento.

Il decreto di convocazione è sottoscritto dal presidente del tribunale o dal giudice relatore se vi è delega alla trattazione del procedimento ai sensi del sesto comma. Tra la data della notificazione, a cura di parte, del decreto di convocazione e del ricorso e quella dell'udienza deve intercorrere un termine non inferiore a quindici giorni.

Il decreto contiene l'indicazione che il procedimento è volto all'accertamento dei presupposti per la dichiarazione di fallimento e fissa un termine non inferiore a sette giorni prima dell'udienza per la presentazione di memorie e il deposito di documenti e relazioni tecniche. In ogni caso, il tribunale dispone che l'imprenditore depositi i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi, nonché una situazione patrimoniale, economica e finanziaria aggiornata; può richiedere eventuali informazioni urgenti.

I termini di cui al terzo e quarto comma possono essere abbreviati dal presidente del tribunale, con decreto motivato, se ricorrono particolari ragioni di urgenza. In tali casi, il presidente del tribunale può disporre che il ricorso e il decreto di fissazione dell'udienza siano portati a conoscenza delle parti con ogni mezzo idoneo, omessa ogni formalità non indispensabile alla conoscibilità degli stessi.

Il tribunale può delegare al giudice relatore l'audizione delle parti. In tal caso, il giudice delegato provvede all'ammissione ed all'espletamento dei mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti d'ufficio.

Le parti possono nominare consulenti tecnici.

Il tribunale, ad istanza di parte, può emettere i provvedimenti cautelari o conservativi a tutela del patrimonio o dell'impresa oggetto del provvedimento, che hanno efficacia limitata alla durata del procedimento e vengono confermati o revocati dalla sentenza che dichiara il fallimento, ovvero revocati con il decreto che rigetta l'istanza.

Non si fa luogo alla dichiarazione di fallimento se l'ammontare dei debiti scaduti e non pagati risultanti dagli atti dell'istruttoria prefallimentare è complessivamente inferiore a euro trentamila. Tale importo è periodicamente aggiornato con le modalità di cui al terzo comma dell'articolo 1.

Art. 102 Previsione di insufficiente realizzo

Il tribunale, con decreto motivato da adottarsi prima dell'udienza per l'esame dello stato passivo, su istanza del curatore depositata almeno venti giorni prima dell'udienza stessa, corredata da una relazione sulle prospettive della liquidazione, e dal parere del comitato dei creditori, sentito il fallito, dispone non farsi luogo al procedimento di accertamento del passivo relativamente ai crediti concorsuali se risulta che non può essere acquisito attivo da distribuire ad alcuno dei creditori che abbiano chiesto l'ammissione al passivo, salva la soddisfazione dei crediti prededucibili e delle spese di procedura.

Le disposizioni di cui al primo comma si applicano, in quanto compatibili, ove la condizione di insufficiente realizzo emerge successivamente alla verifica dello stato passivo.

Il curatore comunica il decreto di cui al primo comma ai creditori che abbiano presentato domanda di ammissione al passivo ai sensi degli articoli 93 e 101, i quali, nei quindici giorni successivi, possono presentare reclamo alla corte di appello, che provvede con decreto in camera di consiglio, sentito il reclamante, il curatore, il comitato dei creditori ed il fallito.

Allegato 2

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 nella L. n. 438/1992

Esauriti i ricorsi in via amministrativa, può essere proposta l'azione dinanzi l'autorità giudiziaria ai sensi degli articoli 459 e seguenti del codice di procedura civile.

Per le controversie in materia di trattamenti pensionistici l'azione giudiziaria può essere proposta, a pena di decadenza, entro il termine di tre anni dalla data di comunicazione della decisione del ricorso pronunciata dai competenti organi dell'Istituto o dalla data di scadenza del termine stabilito per la pronuncia della predetta decisione, ovvero dalla data di scadenza dei termini prescritti per l'esaurimento del procedimento amministrativo, computati a decorrere dalla data di presentazione della richiesta di prestazione.

Per le controversie in materia di prestazioni della gestione di cui all'articolo 24 della **legge 9 marzo 1989, n. 88**, l'azione giudiziaria può essere proposta, a pena di decadenza, entro il termine di un anno dalle date di cui al precedente comma.

Dalla data della reiezione della domanda di prestazione decorrono, a favore del ricorrente o dei suoi aventi causa, gli interessi legali sulle somme che risultino agli stessi dovute.

L'Istituto nazionale della previdenza sociale è tenuto ad indicare ai richiedenti le prestazioni o ai loro aventi causa, nel comunicare il provvedimento adottato sulla domanda di prestazione, i gravami che possono essere proposti, a quali organi debbono essere presentati ed entro quali termini. È tenuto, altresì, a precisare i presupposti ed i termini per l'esperimento dell'azione giudiziaria.

[¹] Cass. Sez. Unite sentenza n. 19992 del 17.9.2009; Cass. Sez. Unite, sentenza 12718 del 29.5.2009.

[²] Il termine per presentare ricorso al Comitato provinciale è di 90 gg. dalla data di comunicazione del provvedimento (art. 46 della L. 88/89).