



Università
Ca' Foscari
Venezia

Corso di Laurea
in
Amministrazione
finanza e
controllo

Tesi di Laurea

Circolazione delle
aziende nelle procedure
concorsuali

Il destino dei lavoratori e dei loro diritti

Relatore

Ch. Prof. Gaetano Zilio Grandi

Correlatore

Ch. Prof. Marco Ticozzi

Laureando

Daniele Antonio

Marian

Matricola 845141

Anno Accademico

2016 / 2017

*Alla mia famiglia, alla mia ragazza ed in particolare a mio papà,
che in questo percorso di studi lungo e tortuoso mi ha sempre da lassù sostenuto.*

Indice

<i>Indice</i>	4
<i>Introduzione</i>	6
<i>Capitolo 1. Il trasferimento d'azienda</i>	8
1.1 <i>Il trasferimento di un ramo d'azienda</i>	11
1.2 <i>La cessione dell'intero complesso aziendale o di un singolo ramo</i>	14
1.3 <i>La fusione d'azienda</i>	18
1.4 <i>La scissione d'azienda</i>	19
1.5 <i>L'affitto d'azienda</i>	20
1.6 <i>L'usufrutto d'azienda</i>	21
1.7 <i>Il comodato d'uso</i>	22
1.8 <i>Il divieto di concorrenza</i>	23
1.9 <i>La successione nei contratti</i>	23
1.10 <i>La successione nei crediti e nei debiti</i>	25
<i>Capitolo 2. La tutela dei lavoratori nei trasferimenti d'azienda</i>	28
2.1 <i>L'evoluzione normativa dell'articolo 2112 c.c.</i>	29
2.2 <i>I contratti di lavoro relativi all'azienda ceduta</i>	35
2.3 <i>La responsabilità solidale tra cedente e cessionario</i>	36
2.4 <i>La successione nei contratti collettivi</i>	38
2.5 <i>Recesso del contratto da parte del lavoratore</i>	41
2.6 <i>L'obbligo di comunicazione ed informazione sindacale: l'articolo 47 l. 428/1990</i> . 42	
<i>Capitolo 3. Il Trasferimento delle aziende in crisi e deroghe all'articolo 2112 c.c.</i>	45
3.1 <i>Il trasferimento d'azienda quale strumento per superare la crisi d'impresa</i>	45
3.2 <i>Breve excursus normativo sulle deroghe all'articolo 2112 c.c.. Il punto tra normativa nazionale e comunitaria.</i>	47
3.2.1 <i>Deroghe ante legge 29 dicembre 1990, n. 428</i>	47
3.2.2 <i>La legge n. 428/1990 e la Direttiva n. 77/187</i>	48
3.2.3 <i>Le direttive n. 98/50/CE e n. 2001/23/CE</i>	52

3.2.4	<i>La sentenza di condanna C-561/2007 dell'11 giugno 2009</i>	57
3.3.	<i>Le modifiche all'articolo 47 l. n. 428/1990: i nuovi commi 4-bis e 5</i>	58
3.3.1	<i>Il comma 4-bis</i>	60
3.3.2	<i>Il comma 5</i>	61
3.4	<i>La convivenza giuridica tra l'articolo 47 l. n. 428/1990 e l'articolo 2112 c.c.</i>	63
3.5	<i>Il trasferimento delle aziende in crisi: l'affitto esofallimentare</i>	65
 <i>Capitolo 4. Il trasferimento d'azienda nelle procedure concorsuali</i>		71
4.1	<i>I presupposti del fallimento</i>	71
4.2	<i>Il programma di liquidazione</i>	74
4.3	<i>L'esercizio provvisorio dell'impresa</i>	76
4.4	<i>L'affitto d'azienda nelle procedure concorsuali: l'affitto endofallimentare</i>	79
4.5	<i>Vendita dell'intero complesso aziendale o di singoli rami nelle procedure concorsuali</i>	88
 <i>Capitolo 5. La sorte dei crediti di lavoro nel fallimento</i>		91
5.1	<i>La procedura di insinuazione al passivo</i>	91
5.2	<i>L'accesso al fondo di garanzia Inps</i>	97
 <i>Considerazioni finali</i>		105
 <i>Bibliografia</i>		107
 <i>Sitografia</i>		110

Introduzione

Il trasferimento d'azienda trova una sua disciplina all'interno del comma numero cinque dell'articolo 2112 cod. civ., intitolato "*mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda*". L'analisi di questo elaborato si sviluppa inizialmente sulla descrizione degli strumenti per attuare il trasferimento di aziende *in bonis* e successivamente concentrandosi su quelli che sono invece gli strumenti concessi per il trasferimento di aziende in crisi.

Per prima cosa si parte col definire quello che è l'oggetto del trasferimento, per l'appunto l'azienda, facendone una distinzione dal concetto di impresa. Successivamente si analizza la differenza che esiste tra ramo d'azienda e l'intero complesso aziendale. Il ramo d'azienda è visto infatti come un'articolazione funzionalmente autonoma, scissa dall'originario complesso aziendale, riconosciuto come tale dal cedente e dal cessionario nell'atto del trasferimento.

A questa definizione si è arrivati dopo diversi interventi normativi apportati sia dal legislatore interno che da quello comunitario, i quali hanno chiarito come gli strumenti concessi per attuare il trasferimento d'azienda possano essere utilizzati anche per un ramo di essa. Tali strumenti si riconoscono nella cessione, nella scissione, nell'affitto, nell'usufrutto e nel comodato d'uso.

Particolare attenzione va posta poi sugli effetti che il trasferimento può avere sui rapporti di lavoro. Richiamando l'articolo 2112 c.c. l'elaborato si concentra sulla sua evoluzione normativa puntando a descriverne i vari commi. L'effetto principale è quello di garantire al lavoratore ceduto la continuità del proprio rapporto di lavoro, mantenendo i diritti e le condizioni economiche maturate presso il cedente.

Con particolare attenzione ai lavoratori sottoposti alle dipendenze dell'intero complesso aziendale, o di un suo ramo, viene fatto richiamo ai primi commi dell'articolo 47 della l. n. 428/1990 che prevede, per le aziende che contano alle proprie dipendenze più di quindici lavoratori, l'obbligo di dare comunicazione alle organizzazioni sindacali. Le parti interessate hanno infatti il dovere di comunicare ai sindacati l'imminente trasferimento nel tentativo di evitare la condotta antisindacale.

Spesso tutte le tutele poste a favore dei lavoratori trasferiti condizionano non poco le scelte dell'investitore. L'art. 2112 c.c. offre infatti ai dipendenti una tutela forte e garantista ma per colui che vuole acquistare rappresenta invece un ostacolo che gli impedisce di svolgere al meglio la propria attività imprenditoriale.

La domanda di fondo si basa su come un potenziale acquirente possa muoversi al fine di aggirare tutte queste tutele, poiché potrebbero compromettere l'acquisto dell'intero complesso aziendale. Nell'intento di risolvere questo problema il legislatore ha disposto l'articolo 47 della legge n. 428/1990 allo scopo di poter derogare alle tutele codicistiche e consentire all'acquirente uno sgravio dei vincoli imposti. Nell'interesse comune di raggiungere un accordo per il trasferimento d'azienda si conviene nell'intavolare un accordo collettivo dove vi partecipano cedente, cessionario e le organizzazioni sindacali. Con questo accordo si offre la possibilità di derogare all'articolo del codice civile attraverso le disposizioni contenute ai co. 4-bis e 5 della suddetta legge.

Viste le condizioni di crisi aziendale in cui è possibile derogare all'articolo del codice civile, l'attenzione si sposta sulla situazione di insolvenza che si viene a creare. Durante il periodo di crisi le aziende faticano ad adempiere alle proprie obbligazioni, a causa dello stato di temporanea illiquidità. Se questo persiste nel tempo si trasforma in stato di insolvenza ed interviene il fallimento.

In un contesto dove lo strumento giuridico del trasferimento d'azienda ha preso sempre più importanza si vuole descrivere quali effetti possa avere quest'ultimo nei confronti dei lavoratori ceduti. L'analisi si sposta dunque sulla differenza tra il concetto di impresa in crisi e quello di impresa insolvente.

A tal proposito si descrivono i mezzi attraverso i quali si attua il trasferimento nelle procedure concorsuali: l'affitto d'azienda disciplinato dall'articolo 104-bis della Legge Fallimentare, la cessione dell'intero complesso aziendale o dei singoli beni disciplinata dall'articolo 105 della Legge fallimentare, ed infine l'ultimo e poco utilizzato strumento dell'esercizio provvisorio disciplinato dall'articolo 104 L.F. Tali strumenti consentono al Curatore di salvaguardare quanto più possibile il complesso aziendale e gli interessi del ceto creditorio, il tutto senza perdere di vista i diritti dei lavoratori coinvolti nel processo di trasferimento d'azienda.

Si conclude con il capitolo finale dove si analizza il destino dei crediti dei lavoratori coinvolti nel trasferimento di imprese insolventi. In particolar modo si descrive il privilegio che questi crediti assumono in ambito fallimentare e come questi vengono recuperati dal lavoratore. Si analizza quindi la procedura di ammissione al passivo, l'accesso al fondo di garanzia INPS e la relativa azione di surroga.

Capitolo 1. Il trasferimento d'azienda

SOMMARIO: 1.1 Il trasferimento di un ramo d'azienda - 1.2 La cessione dell'intero complesso aziendale o di un singolo ramo - 1.3 La fusione d'azienda. - 1.4 La scissione d'azienda. - 1.5 L'affitto d'azienda. - 1.6 L'usufrutto d'azienda. - 1.7 Il comodato d'uso. - 1.8 Il divieto di concorrenza. - 1.9 La successione nei contratti. - 1.10 La successione nei crediti e nei debiti.

Al fine di svolgere un'attenta analisi sul tema di trasferimento d'azienda, bisogna focalizzarsi innanzitutto sul suo concetto. Risulta infatti fondamentale capire e definire quale sia l'oggetto del trasferimento. Prima però di concentrarsi sulla sua definizione è opportuno fare una premessa: il concetto d'azienda è fortemente correlato al concetto d'impresa. Una prima definizione del concetto d'azienda è fornita dal codice civile all'art. 2555, che la descrive ai fini commercialistici ¹. Il concetto d'impresa invece è riconducibile all'articolo 2082 del codice civile, correlato alla figura di imprenditore ². L'impresa è vista come un'attività economico-professionale organizzata per scambiare prodotti e servizi, intesa come abituale e continua. Queste due definizioni, tra loro interdipendenti, costituiscono un rapporto strumentale dove l'azienda è il mezzo attraverso il quale l'imprenditore realizza gli scopi economici dell'impresa ³.

L'oggetto del trasferimento in tema di circolazione aziendale è appunto l'azienda. Questa racchiude a sé e coordina fattori produttivi, tecnologia ed informazioni al fine di creare prodotti e servizi atti a soddisfare i bisogni dei consumatori. E' composta da un insieme di elementi che ne determinano il valore, rappresentati da beni eterogenei che subiscono modificazioni qualitative e quantitative nel corso della gestione dell'attività di impresa e da beni economici che possono essere mobili, immobili, fungibili o infungibili. Si contraddistingue per essere composta da elementi di particolare rilevanza. Uno di questi è rappresentato dall'apporto umano, ovvero quei lavoratori che svolgono il proprio lavoro alle dipendenze dell'imprenditore, considerati una delle risorse fondamentali del patrimonio

¹ Art. 2555 c.c.: *"l'azienda è il complesso di beni organizzato dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa"* in <http://www.brocardi.it/codice-civile/libro-quinto/titolo-viii/capo-i/art2555.html>

² Art. 2082 c.c.: *"È imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi"* in <http://www.brocardi.it/codice-civile/libro-quinto/titolo-ii/capo-i/sezione-i/art2082.html>

³ Luca Prati, *La nozione di azienda*, Il trasferimento d'azienda, G. Giappichelli Editore, Torino, 2005;

aziendale. Un altro elemento qualificante è rappresentato dall'avviamento, che è quel maggior valore che, nel caso di trasferimento d'azienda, l'acquirente sostiene al momento dell'acquisto e si determina dalla differenza tra il valore economico del complesso di beni che costituisce l'azienda (in genere superiore) e il valore dei singoli beni. Esiste una concreta differenza tra avviamento oggettivo ed avviamento soggettivo. L'avviamento oggettivo è riferito al complesso dei beni che formano l'azienda e rimane anche nel caso in cui vi è un cambiamento nella persona dell'imprenditore. L'avviamento soggettivo riguarda invece la capacità imprenditoriale dell'imprenditore stesso. Rappresenta infatti il valore dell'azienda che l'imprenditore, attraverso l'impiego di risorse umane, economiche e temporali, ha saputo incrementare negli anni. L'avviamento soggettivo è pertanto legato alla persona dell'imprenditore e viene meno nel momento in cui si attua un cambio di proprietà ⁴.

Alla luce di quanto esposto si riconosce che gli elementi principali dell'azienda sono quei beni, servizi e rapporti definiti insostituibili ed essenziali, che consentono all'azienda trasferita di conservare la propria autonomia nell'adempire l'attività imprenditoriale ⁵.

La disciplina del trasferimento d'azienda è stata introdotta dal Codice Civile del 1942 ed è regolata agli articoli 2555-2561 dello stesso codice. Il concetto di trasferimento d'azienda è invece inserito al co. n. 5 dell'articolo 2112 c.c. ⁶. La definizione fornita dal legislatore comprende sia l'ipotesi di trasferimento dell'intero complesso aziendale, sia l'ipotesi di trasferimento di un singolo ramo aziendale. Dall'imposto legislativo risaltano gli elementi distintivi che individuano il trasferimento d'azienda, che avviene quando:

- cambia il titolare dell'attività preesistente;
- vengono trasferiti i beni facenti parte del complesso aziendale;
- vengono ceduti all'acquirente i contratti che si hanno con la clientela;
- il personale continua a lavorare per il nuovo datore di lavoro;
- vengono mantenuti lo stabile ed il luogo di lavoro precedenti all'operazione di trasferimento;

Maria Pia Nasti, *L'affitto di azienda*, Gruppo 24 Ore, Fondazione Italiana per il notariato, 2010.

⁴ Lucio Potito, *Le acquisizioni di aziende*, Le operazioni straordinarie nell'economia delle imprese, G. Giappichelli Editore Torino, 2013.

⁵ Luca Prati, *La nozione di azienda*, Il trasferimento d'azienda, G. Giappichelli Editore, Torino, 2005.

⁶ Art. 2112 c.c., co. n. 5, che definisce così il trasferimento d'azienda: "*qualsiasi operazione che, in seguito a cessione contrattuale o fusione, comporti il mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità a prescindere dalla tipologia negoziale o dal provvedimento sulla base del quale il trasferimento è attuato ivi compresi l'usufrutto o l'affitto di azienda*" in

- viene svolta la stessa attività che il cedente precedentemente svolgeva.

In base alla definizione del codice civile, il trasferimento d'azienda è riconducibile ad una qualsiasi operazione che comporti il cambio di proprietà di un'attività economica organizzata, preesistente al trasferimento e che conservi nell'atto del trasferimento la propria identità. Per qualificare come tale il trasferimento d'azienda è necessario che sussistano i seguenti elementi:

- l'oggetto del trasferimento dev'essere l'attività economica organizzata, intesa come un'organizzazione funzionante a tutti gli effetti, non solo potenzialmente;
- l'attività d'impresa dev'essere preesistente, atta alla produzione di beni e servizi;
- l'attività d'impresa deve continuare e conservare il proprio valore economico e produttivo anche dopo il trasferimento.

L'azienda fa sì che i singoli beni aziendali abbiano un valore diverso rispetto a quello che assumono nel loro complesso. Questi, essendo oggetto di singoli diritti, possono essere soggetti ad autonomi trasferimenti. L'imprenditore ha dunque piena facoltà di trasferire diritti di credito, di debito o contratti inerenti all'azienda, così come singoli beni aziendali, macchinari o fabbricati ⁷.

Per definire se un trasferimento rientra nell'ambito di una cessione d'azienda o di singole cessioni di beni, è necessario servirsi di criteri oggettivi di giudizio che stabiliscano il risultato realmente perseguito e realizzato. Inoltre bisogna comprendere appieno quale sia la volontà dei contraenti nell'atto di trasferimento di azienda ⁸.

Il trasferimento può avvenire secondo negozi giuridici diversi:

- a titolo definitivo attraverso la cessione d'azienda;
- a titolo temporaneo attraverso l'affitto;
- per atto unilaterale ad esempio con una donazione;
- oppure attraverso la stipulazione di un contratto.

<http://www.dircomm.it/2003/n.9.03/art.2112.html>.

⁷ Luca Prati, *La nozione di azienda*, Il trasferimento d'azienda, G. Giappichelli Editore, Torino, 2005.

⁸ Cass. 1 dicembre 2005 n. 26196 in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, Rep. 2005, pg. 86, Par. 32.a.

Inoltre ricorre quando è sostituita la persona del titolare, indipendentemente dal mezzo tecnico-giuridico attraverso il quale tale sostituzione viene effettuata ⁹. Può avvenire infatti secondo diverse forme:

- la cessione;
- la fusione;
- la scissione;
- l'usufrutto;
- l'affitto;
- il comodato d'uso;

In materia di trasferimento d'azienda rientrano nelle fattispecie elencate sia il conferimento di un'impresa individuale in una società, in quanto viene realizzato un trasferimento di beni ¹⁰, che la successione ereditaria, in quanto causa mutamento della proprietà dell'azienda con la morte del precedente titolare ¹¹. Non costituiscono invece forma di trasferimento d'azienda l'ipotesi di cessione di pacchetti azionari (anche se maggioritari), la trasformazione della denominazione societaria da un tipo ad un altro (da società di persone a società di capitali ad esempio), la modifica della denominazione sociale in quanto non avviene mutamento societario ed infine la successione degli appalti ¹².

1.1 Il trasferimento di un ramo d'azienda

Nel caso in cui l'impresa si occupi di più attività distinte, si suddivide in diversi rami caratterizzati da autonomia funzionale ed organizzativa. Si parla in questo caso di cessione di ramo d'azienda. La nozione di ramo d'azienda è stata introdotta dal d.lgs n. 18/2001, visto il continuo aumento delle operazioni di esternalizzazione delle funzioni produttive. Lo scopo dell'introduzione di questa nuova definizione va ricondotta alla volontà di estendere ai lavoratori subordinati le garanzie dell'articolo 2112 cod. civ., sfruttando l'automatico passaggio al nuovo datore di lavoro. In questo modo si è identificata la cessione di un singolo

⁹ Francis Lefebvre, *Trasferimento d'azienda*, Lavoro, 2015 nuova edizione, Memento pratico.

¹⁰ Cass. 15 giugno 1984 n. 3577; Cass. 10 marzo 1990 n. 1963, in Massimario di Giurisprudenza del Lavoro, pg. 61.

¹¹ Cass. 29 agosto 2005 n. 17418, in Massimario di Giurisprudenza del lavoro, Rep. 2005, pg. 86, paragrafo 32.a.

¹² Francis Lefebvre, *Trasferimento d'azienda*, Memento pratico, Ipsoa, 2015 nuova edizione.

ramo sulla base della cessione d'azienda nel suo complesso ¹³.

Una prima definizione di ramo d'azienda la si trova nella parte finale del co. n. 5 dell'articolo 2112 del codice civile, che stabilisce come la disciplina del trasferimento d'azienda vada applicata anche al ramo d'azienda ¹⁴.

Prima che il decreto L.gs n. 276/2003 (cosiddetta riforma Biagi) modificasse il comma numero 5 dell'articolo 2112 c.c., il legislatore aveva inserito espressamente il requisito della preesistenza del ramo d'azienda all'atto del trasferimento, sottolineando come questo dovesse avere una sua autonomia funzionale. Con il decreto sopracitato il legislatore ha confermato i requisiti "della preesistenza" e "della conservazione dell'identità del trasferimento" ma non invece di una sua "articolazione funzionalmente autonoma", ora identificata "come tale dal cedente e dal cessionario al momento del trasferimento".

Il ramo d'azienda svolge un'attività economica organizzata che deve essere in linea con l'attività dell'intera impresa ¹⁵. Deve trattarsi di un'entità economica organizzata in modo stabile e non destinata allo svolgimento di una sola opera ¹⁶.

I requisiti fondamentali al fine di riconoscere un ramo d'azienda sono ricondotti al verificarsi di un insieme di elementi: riassunzione del personale da parte della nuova impresa; trasferimento della clientela precedente; conformità tra le attività esercitate prima e dopo il trasferimento.

Può configurare infine trasferimento di ramo d'azienda anche quello che abbia ad oggetto un solo gruppo di dipendenti stabilmente coordinati e organizzati, le cui attività interagiscono tra di loro e sono capaci di tradursi in beni o servizi ben individuabili ¹⁷.

Spetta poi al giudice valutare le varie situazioni, stabilendo quando c'è autonomia organizzativa e quando invece c'è aggregazione disomogenea senza alcun scopo. Tante volte infatti dietro una cessione del ramo si nasconde in realtà soltanto la volontà di eliminare

¹³ A. Biagiotti, *Ripensando l'articolazione funzionalmente autonoma: una lettura controversa della nozione*, Rivista Italiana di diritto del lavoro, Giuffrè Editore, anno 2015, volume uno.

¹⁴ Art. 2112 c.c., co. n. 5: "La disciplina del trasferimento di un intero complesso aziendale si applica anche al cosiddetto ramo aziendale, inteso come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento".

¹⁵ Cass. 19 maggio 2014 n. 10926; Cass. 22 gennaio 2013 n. 1456 in Massimario di Giurisprudenza del Lavoro, pg. 108, paragrafo 32.d; Cass. 14 novembre 2011 n. 23808; Cass. 28 marzo 2011 n. 7044.

¹⁶ R. Diamanti., *Ramo d'azienda, Autonomia funzionale, Preesistenza, Necessità*, Rivista Italiana di diritto del lavoro, Giuffrè Editore, anno 2015 volume quarto.

¹⁷ A conferma di quanto detto, la corte di Cassazione, Sez. lav., 5 marzo 2008, n. 5932, ha stabilito che: "può configurarsi un trasferimento aziendale che abbia ad oggetto anche un solo gruppo di dipendenti stabilmente coordinati ed organizzati tra loro, la cui capacità operativa sia assicurata dal fatto di essere particolare know-how".

personale non più interessante per la società ¹⁸.

Nell'ambito di circolazione aziendale il concetto di ramo d'azienda è senza dubbio uno dei temi più dibattuti a livello giurisprudenziale. Il punto su cui sono sorti dei dubbi è sul significato da attribuire all'autonomia funzionale e se questa possa configurarsi senza essere preesistente.

Un primo orientamento afferma che la nozione di ramo d'azienda presuppone una preesistente realtà produttiva autonoma e funzionalmente esistente. Non dev'essere una struttura creata appositamente per il trasferimento o identificata come tale dalle parti ¹⁹. Il ruolo assegnato dalla legge a cedente e cessionario è il semplice riconoscimento di una capacità produttiva autonoma che deve già esistere e che non può essere creata strumentalmente al momento della cessione. Questo infatti faciliterebbe l'allontanamento dall'impresa dei lavoratori eccedenti poiché non verrebbero rispettate le garanzie previste dal rapporto di lavoro preesistente. Il trasferimento deve riguardare un complesso di beni tale che, sia prima che dopo il trasferimento, rimanga idoneo alla fornitura di un servizio ²⁰.

Un secondo orientamento sostiene invece che l'attività ceduta dev'essere dotata di una propria autonomia funzionale che però non dev'essere preesistente e va verificata solo al momento della cessione, visto che può trattarsi di una condizione solamente potenziale ²¹. Per questo motivo non costituisce cessione del ramo d'azienda la vendita di una struttura produttiva creata appositamente in occasione del trasferimento ²². Visti gli interventi del d.lgs. n. 276/2003, che hanno eliminato il requisito della preesistenza, è da ritenersi corretta la seconda tesi.

Nel caso di trasferimento di ramo d'azienda la disciplina d'azienda si applica limitatamente ai lavoratori stabilmente addetti al ramo trasferito che passano con i beni ceduti al nuovo imprenditore. Il datore di lavoro cedente ha la capacità di trattenere a sé i dipendenti che appartenevano al ramo trasferito. Deve però inserirli nella parte di impresa non ceduta ed inoltre deve tutelare loro le aspettative di professionalità, i diritti maturati dall'anzianità e la posizione creditoria. Questi lavoratori, continuando con il rapporto di lavoro presso il cedente,

¹⁸ Francis Lefebvre, *Trasferimento d'azienda, Lavoro*, Memento pratico, Ipsoa, 2015 nuova edizione

¹⁹ Cass. 15 aprile 2014 n. 8757; Cass. 21 novembre 2012 n. 20422 in Massimario di Giurisprudenza del Lavoro, Rep. 2012, pg. 94, par. 32.d; Cass. 8 aprile 2011 n. 8066; Cass. 29 dicembre 2011 n. 29688.

²⁰ Cass. 10 gennaio 2008 n. 271 in Massimario di Giurisprudenza del Lavoro, pg. 130, par. 32.d; Cass. 6 giugno 2007 n. 13270; Trib. Milano 30 giugno 2010 n. 2966.

²¹ Trib. Milano 7 marzo 2007 n. 1231; Trib. Padova 5 febbraio 2007 n. 1079.

²² Alice Biagiotti, *Giurisprudenza, Trasferimento d'azienda, Ramo d'azienda, Autonomia funzionale, Necessità, Preesistenza, Rilevanza*. Rivista Italiana di diritto del lavoro, Giuffrè Editore, 1/2015.

non possono vantare dei diritti nei confronti del cessionario.

1.2 La cessione dell'intero complesso aziendale o di un singolo ramo

La prima forma di trasferimento d'azienda è la cessione. La cessione dell'intera azienda si configura quando il cedente (colui che vende) trasferisce, dietro un corrispettivo in denaro, la propria azienda al cessionario (colui che acquista). Entrambi possono essere imprenditori individuali, società di persone o società di capitali.

Questo tipo di operazione rientra nella *business combination*, al pari delle operazioni di conferimento, fusione e scissione. In genere l'atto di cessione è preceduto da un contratto preliminare che non ha per oggetto il trasferimento dell'azienda, ma l'assunzione dell'impegno a trasferirla ²³.

Il trasferimento d'azienda sotto il profilo giuridico riveste la natura di contratto di compravendita disciplinato dall'art. 2556 del codice civile. Il testo di quest'articolo fissa che il contratto è valido solo se stipulato in conformità delle forme stabilite dalla legge, sia per il trasferimento di singoli beni che per la particolare natura del contratto. Il trasferimento di ciascun bene aziendale segue la regola dettata in via generale, in quanto manca un'autonoma disciplina sulla circolazione aziendale ²⁴.

L'art. 2556 c.c. al primo comma fa espressamente salve le forme prescritte *ad probationem* per il trasferimento dei singoli beni che compongono l'azienda e quelle richieste dalla particolare natura del contratto di volta in volta adottato.

Nell'ipotesi in cui l'azienda sia composta solo da beni mobili non si verifica alcun problema di forma. Nell'ipotesi in cui l'azienda comprenda anche beni immobili è necessaria la forma scritta *ad substantiam*. Questo per far sì che l'atto di cessione dell'azienda abbia piena validità ed efficacia ai sensi dell'art. 1350 cod. civ. ²⁵.

La forma scritta è richiesta per rendere valida l'alienazione dei beni immobili. Mentre la trascrizione è necessaria allo scopo di rendere opponibile il loro trasferimento ai terzi e ai creditori. Se in azienda non ci sono beni per i quali è richiesta una forma particolare, la cessione può avvenire anche in forma orale facendo prevalere il principio della libertà di

²³ Moreno Mancin, *La Cessione*, Operazioni straordinarie e aggregazioni aziendali, risvolti contabili, civilistici e fiscali, G. Giappichelli Editore, Torino, 2016.

²⁴ Luca Prati, *La forma del contratto di cessione d'azienda*, Il trasferimento d'azienda, G. Giappichelli Editore, Torino, 2005.

²⁵ Questo articolo fornisce un elenco di quegli atti che devono farsi per atto pubblico o scrittura privata, sotto pena di nullità.

forma. Occorre osservare attentamente sia la tipologia di beni ceduti che la particolare natura del contratto concluso dalle parti per stabilire quale sia la forma per la validità del contratto di cessione d'azienda ²⁶.

Fatte le opportune premesse sulla forma contrattuale, si osserva nello specifico come l'art. 2556 c.c. fissi una serie di requisiti. Per prima cosa l'articolo circoscrive il proprio campo di applicazione ai contratti relativi ad imprese soggette a registrazione, prevedendo per il trasferimento di tali imprese la forma scritta *ad probationem* ²⁷. Per i contratti aventi ad oggetto il trasferimento della proprietà o di godimento di un'azienda di piccole dimensioni la prova scritta invece non è necessaria, prevedendo per questi la forma scritta *ad substantiam* ²⁸. Vista la complessità della materia la forma scritta viene usata anche per le imprese di piccole dimensioni non soggette all'iscrizione nel registro delle imprese. Fondamentale pertanto è distinguere queste due forme contrattuali. Nella forma contrattuale *ad probationem* se il negozio giuridico è privo della forma prevista, manca di un requisito costitutivo e risulta pertanto essere nullo. Nella forma contrattuale *ad substantiam*, nel caso di inosservanza della forma legale invece, il negozio è comunque valido ed efficace ²⁹.

Il secondo comma dell'art. 2556 c.c. stabilisce che i contratti aventi per oggetto il trasferimento della proprietà o il godimento dell'azienda devono essere depositati per l'iscrizione nel registro delle imprese. Questi contratti devono essere redatti in forma pubblica o per scrittura privata autenticata e sono depositati a cura del notaio per l'iscrizione. La norma ordina alle parti un onere di forma e per il notaio un obbligo di deposito e registrazione. Quando il trasferimento dell'azienda trovi ad esempio titolo in una donazione o costituisca oggetto di conferimento in una società di capitali, è necessario l'atto pubblico. Si può avere una deroga alla forma scritta *ad probationem* sia per i beni compresi nell'azienda, sia per il tipo di contratto deciso dalle parti per il trasferimento della stessa; la conseguenza vedrà la possibilità di appellarsi alla forma *ad substantiam* ³⁰.

Le motivazioni che spingono verso l'operazione di trasferimento possono assumere carattere aziendale oppure extra-aziendale. Le motivazioni aziendali sono legate a scelte strategiche e sono prese con l'intenzione di creare valore anche quando l'azienda attraversa periodi di crisi.

²⁶ Luca Prati, *La forma del contratto di cessione d'azienda*, Il trasferimento d'azienda, G. Giappichelli Editore, Torino, 2005.

²⁷ Questa forma non influisce sulla validità del negozio ma rappresenta l'unico mezzo per provarne l'esistenza.

²⁸ E' la forma richiesta per la validità dell'atto.

²⁹ Luca Prati, *La forma del contratto di cessione d'azienda*, Il trasferimento d'azienda, G. Giappichelli Editore, Torino, 2005. Maria Pia Nastri, *L'affitto di azienda*, Le Ricerche, Gruppo 24 Ore, 2010.

³⁰ A. e G. Bortoluzzi, *Il trasferimento d'azienda*, Torino, Utet Giuridica, 2010.

Le motivazioni extra-aziendali invece non si collegano alle logiche di creazione di valore ³¹.

Le principali motivazioni che spingono il cedente a cedere l'azienda sono:

- *difficoltà a gestire l'attività aziendale.* Il cedente opta per il ritiro dal mercato perché non ci sono dei successori adatti alla continuazione dell'attività aziendale oppure vi sono dei contrasti tra soci;
- *scelta strategica.* L'azionista decide di collocare le proprie risorse in altre attività giudicate a maggior profitto. Oppure può optare per la cessione di una parte dell'intero complesso aziendale, nel tentativo di concentrare le forze sul *core business*;
- *offerta non rifiutabile.* Il cedente ha convenienza a vendere in quanto il cessionario è disposto a pagare un prezzo superiore rispetto al valore reale di mercato;
- *far fronte ad una crisi.* La cessione può riguardare sia aziende in perdita che aziende in bonis, l'obiettivo è puntare al mantenimento della continuità aziendale.

Le principali motivazioni che spingono il cessionario ad acquistare l'azienda o parte di essa, invece, sono le seguenti:

- *concentrazione orizzontale.* Il cessionario intende acquistare le aziende che rientrano nello stesso segmento di mercato di cui si occupa la sua azienda. L'obiettivo è quello di ampliare la propria quota di mercato, eliminare la concorrenza e aumentare la produttività aziendale;
- *concentrazione verticale.* In questo caso il cessionario intende acquistare clienti e fornitori dell'azienda stessa attraverso delle operazioni di fusione;
- *diversificazione.* L'acquirente ha interesse a diversificare le proprie attività aprendosi a settori e aree diverse;
- *impiego di risorse finanziarie eccedenti.* La tendenza è quella di destinare le risorse in eccesso in un investimento alternativo. Lo scopo è massimizzare i ritorni attesi e differenziare il rischio in un'ottica finanziaria.

Nel contesto in cui si vuole analizzare la cessione d'azienda o di un suo ramo, bisogna sempre

³¹ Moreno Mancin, *La cessione*, Operazioni straordinarie e aggregazioni aziendali, risvolti contabili, civilistici e fiscali, G. Giappichelli Editore, Torino, 2016.

valutare in effettivo la cessione, al fine di salvaguardare il complesso aziendale e di garantire la continuità che l'azienda stessa richiede.

Come riportato nel paragrafo precedente, quando si parla di cessione di un ramo d'azienda si considera quale oggetto di trasferimento una struttura che ha una propria autonomia organizzativa e funzionale rispetto all'impresa precedente.

Come ribadito poc'anzi la giurisprudenza ha stabilito che il requisito dell'autonomia funzionale non deve più preesistere al momento del trasferimento, ma deve essere riconosciuto dal cedente e dal cessionario al momento dell'operazione di trasferimento. Il requisito della preesistenza, vigente sino alla modifica introdotta dall'art. 32 del d.lgs. 276/2003, viene sostituito con una modifica al testo dell'articolo 2112 co. n. 5 che riconosce come ramo d'azienda ciò che l'imprenditore cedente e l'imprenditore cessionario indicano *"come tale al momento del trasferimento"*. Tutto ciò a patto che sia conservata la sua identità nel passaggio di proprietà ³².

Sul tema si è pronunciata più volte anche la Corte di Cassazione. Da ciò ne è derivata l'applicazione della disciplina dettata dall'art. 2112 c.c. al comma n. 5 anche in caso di cessione di una parte dell'azienda, purché si tratti di un ramo diretto all'esercizio dell'attività di impresa e che abbia autonomia funzionale e produttiva ³³.

Fatta chiarezza sul punto, si può stabilire che la cessione del ramo d'azienda si concretizza nel momento in cui si attua un trasferimento parziale dell'azienda in grado di sostenere l'attività imprenditoriale del cessionario ³⁴. Questo tipo di trasferimento può essere posto in essere da tutte le società, tranne dalle società semplici.

³² Alice Biagiotti, *Trasferimento d'azienda, Ramo d'azienda, Autonomia funzionale, Necessità, Preesistenza, Rilevanza*, Rivista Italiana di diritto del lavoro, Giuffrè Editore, anno 2015 volume primo.

³³ La corte di Cassazione, 19/10/2014, n. 21503, ha definito così il ramo d'azienda: *"per ramo d'azienda, ai sensi dell'art. 2112 c.c., suscettibile di autonomo trasferimento riconducibile alla disciplina dettata per la cessione di azienda, deve intendersi ogni entità economica organizzata in maniera stabile, la quale, in occasione del trasferimento, conservi la sua identità. Il che presuppone una preesistente realtà produttiva autonoma e funzionalmente esistente, e non anche una struttura produttiva creata ad hoc in occasione del trasferimento, o come tale identificata dalle parti del negozio traslativo, essendo preclusa l'esternalizzazione come firma incontrollata di espulsione di frazioni non coordinate fa loro, di semplici reparti o uffici, di articolazioni non autonome, unificate soltanto dalla volontà dell'imprenditore e non dall'inerenza dei rapporti di lavoro ad un ramo di azienda già costituito"* in A. Biagiotti, *Ripensando l'articolazione funzionalmente autonoma: una lettura controversa della nozione*, Rivista Italiana di diritto del lavoro, Giuffrè Editore, anno 2015, volume uno.

³⁴ Maresca A., *L'oggetto del trasferimento: azienda e ramo d'azienda*, Trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro, volume 2, luglio-dicembre 2004.

1.3 La fusione d'azienda

Alle ipotesi di cessione, affitto, usufrutto e comodato d'uso, il legislatore all'art. 32, co. n. 1 del d.lgs. n. 276/2003, ha espressamente previsto l'ipotesi della fusione. La fusione rappresenta una delle forme previste dall'ordinamento giuridico italiano per realizzare operazioni di concentrazione e di acquisizione tra aziende. Prevede inoltre la possibilità di riorganizzare diversi gruppi di imprese. Attraverso questo strumento societario si giunge all'unificazione in un unico soggetto giuridico dei patrimoni e delle compagini sociali delle società che partecipano all'operazione.

Lo strumento giuridico della fusione è disciplinato dalla legge agli artt. 2501-2505-quater del codice civile. Nonostante la fusione fondi le proprie basi in ragioni economiche, non può che attuarsi se non nei modi previsti dal codice civile. A questo tipo di operazioni possono parteciparvi anche le società sottoposte a procedure concorsuali. Non possono parteciparvi però quelle in liquidazione, ovvero quelle società in cui è già iniziato il processo di ripartizione dell'attivo³⁵.

All'articolo 2501 del codice civile sono regolate le forme attraverso le quali può avvenire la fusione tra due o più società: per unione, o meglio conosciuta come propria, e per incorporazione. Nella fusione propria tutte le società che partecipano all'operazione si estinguono e ne viene costituita una nuova, che prende vita da quelle fuse. A questa nuova società sono ricondotte le attività e le passività delle società fuse e le relative compagini sociali. Quando la fusione avviene per incorporazione la società incorporata è destinata ad estinguersi. L'incorporante continua ad esistere e ad operare completando il proprio patrimonio con quello della società incorporata. La fusione per incorporazione è quella che trova maggiore diffusione nella prassi.

Si possono riassumere i principali effetti giuridici delle operazioni di fusione nei seguenti passaggi:

- in primo luogo si assiste all'estinzione delle società incorporate o fuse. Nel caso di fusione propria all'estinzione delle società fuse ne deriva la nascita della nuova società;
- in secondo luogo, si realizza il trasferimento all'incorporante dell'intero patrimonio delle società incorporate o fuse;

³⁵ Moreno Mancin, *La fusione: aspetti normativi e procedurali*, Operazioni straordinarie e

- infine si procede alla conversione delle partecipazioni di cui erano titolari i soci.

Un'altra distinzione che si affianca a quella del codice civile, riguarda invece due diversi tipi di fusione. La prima riguarda la fusione tra società indipendenti, ovvero che non hanno alcun tipo di partecipazione tra loro. La seconda riguarda invece la fusione tra società partecipate, che invece sono legate tra loro da rapporti di partecipazione.

1.4 La scissione d'azienda

Nonostante non sia espressamente indicata nell'art. 2112 c.c., la dottrina sembra non avere dubbi sulla possibilità che anche la scissione faccia parte della disciplina che regola il trasferimento d'azienda. Ciò che caratterizza l'operazione di scissione è una certa somiglianza con l'operazione di fusione, alla quale il legislatore fa riferimento. Grazie a questo tipo di strumento, una società è in grado di distribuire l'intero patrimonio a più società già costituite o di nuova costituzione.

Ciò che differenzia l'operazione di scissione da quella di fusione può essere riassunto in quanto segue: quando una società viene fatta confluire interamente in un'altra si assiste ad una fusione, mentre quando viene lasciata vivere autonomamente una parte si realizza una scissione.

Come per l'operazione di fusione, anche in questo caso vi è una distinzione tra scissione totale e quella parziale. Attraverso la scissione totale, tutto il patrimonio della società viene trasferito a più società già esistenti o di nuova costituzione. La società precedente si estingue e i suoi soci ricevono in cambio delle azioni della società scissa. È opportuno specificare inoltre che nel caso di scissione totale, esistono una serie di società beneficiarie. Al contrario si parlerebbe di fusione per incorporazione. Con la scissione parziale viene invece trasferita solo parte del patrimonio e la società che effettua l'operazione continua ad esistere.

Infine è importante sottolineare che, se l'unica società beneficiaria fosse costituita *ex novo*, ci si troverebbe di fronte ad un caso di "trasformazione" e non di scissione ³⁶.

aggregazioni aziendali, Risvolti contabili, civilistici e fiscali, G. Giappichelli Editore, Torino, 2016.

³⁶ Moreno Mancin, *La scissione*, Operazioni straordinarie e aggregazioni aziendali, risvolti contabili, civilistici e fiscali, G. Giappichelli Editore, Torino, 2016.

1.5 L'affitto d'azienda

L'affitto d'azienda è un'operazione attraverso la quale un'impresa detta locatrice, trasferisce, per un determinato periodo di tempo, il godimento di un'azienda o di un ramo d'azienda ad un altro soggetto detto locatario. In questo modo si determina un temporaneo distacco tra la proprietà dell'azienda affittata e il godimento della stessa. Il trasferimento dell'intero complesso aziendale o di un ramo a terzi avviene tramite il pagamento di un canone periodico³⁷.

L'affitto rappresenta un tipo di contratto molto utilizzato nell'ambito dei trasferimenti aziendali, in quanto fornisce dei vantaggi economici sia al proprietario che al soggetto affittuario. Il proprietario può conseguire infatti corrispettivo in denaro dietro la cessione di un diritto personale di godimento concesso ad un terzo. L'affittuario viceversa può godere della disponibilità di un complesso organizzato di beni e servizi, senza dover investire ingente capitale iniziale.

L'affitto d'azienda è disciplinato dall'articolo 2562 del codice civile, il quale rimanda all'articolo 2561 che regola l'usufrutto d'azienda. La norma civilistica definisce il campo entro il quale l'azione dell'affittuario si può sviluppare. Esso ha la facoltà di utilizzare il complesso aziendale come meglio crede nel tentativo di realizzare il proprio scopo economico. Allo stesso tempo però ha l'obbligo di conservare il patrimonio aziendale in uno stato idoneo affinché il locatore possa, al termine del contratto di locazione, proseguire nella gestione della propria impresa e gestirla senza modificarne la destinazione³⁸.

Come meglio si vedrà nei paragrafi successivi, l'art. 2557 del codice civile vieta espressamente al locatore di svolgere attività in concorrenza con quella appena ceduta. Se non è disposto diversamente dalle parti, all'affittuario spetta la facoltà di decidere la cessione o la sostituzione dei cespiti aziendali. Su tale questione è previsto che tutti i beni conferiti dall'affittuario vanno a far parte del complesso aziendale e al termine del contratto quest'ultimo ha diritto ad una differenza in denaro tra la consistenza dell'inventario all'inizio e al termine del rapporto³⁹. In genere al termine del contratto d'affitto l'azienda risulta infatti composta in tutto o in parte da beni diversi da quelli originari. E' previsto che venga redatto un inventario all'inizio e alla fine del contratto di affitto. Al termine del contratto quindi

³⁷ Moreno Mancin, *L'affitto d'azienda*, Operazioni straordinarie e aggregazioni aziendali, risvolti contabili, civilistici e fiscali, G. Giappichelli Editore, Torino, 2016.

³⁸ Maria Pia Nastro, *L'affitto di azienda*, Le Ricerche, Gruppo 24 Ore, 2010.

³⁹ Articolo 2561 c.c., quarto comma, in <http://www.brocardi.it/codice-civile/libro-quinto/titolo->

l'azienda presenterà valori diversi rispetto a quelli verificati all'inizio del rapporto. Tale differenza deriva dal consumo e dalla perdita di valore dei beni del complesso aziendale, dall'acquisto e dalla cessione di nuovi cespiti, dalle rimanenze e dalle altre risorse dell'azienda.

Secondo le regole dell'affitto nelle ipotesi di inadempimento vi è la possibilità di chiedere la risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 1618 c.c..

1.6 L'usufrutto d'azienda

L'usufrutto d'azienda è regolato dall'art. 2561 c.c., il quale disciplina alcune specifiche regole che si affiancano o derogano a quelle generalmente previste. Come si è detto in precedenza, rinviando l'articolo 2562 c.c. al 2561 c.c., si può affermare con assoluta certezza che l'usufrutto d'azienda risulta essere un'operazione analoga a quella di affitto d'azienda.

L'imprenditore nel cedere l'azienda può decidere di costituire un diritto di usufrutto. In tal caso si creano due diverse esigenze. Da un lato l'esigenza dell'usufruttuario di gestire l'azienda traendone dei vantaggi economici. Dall'altro l'esigenza del nudo proprietario che al termine del contratto vuole avere indietro la sua impresa nelle stesse condizioni in cui si trovava quando l'ha concessa in usufrutto.

L'usufrutto rappresenta un diritto reale di usare beni altrui traendone dei benefici ma rispettandone però la destinazione economica. In questo tipo di operazioni usufruttuario e nudo proprietario hanno dei diritti e allo stesso tempo degli obblighi da rispettare, stabiliti dalle norme del codice civile.

Per quanto concerne l'usufruttuario, questi ha l'obbligo di esercitare l'azienda dietro la ditta che la contraddistingue, senza modificarne la destinazione e deve inoltre conservare l'efficacia dell'organizzazione. Nello svolgere le attività di gestione che lo rendono a tutti gli effetti imprenditore, l'usufruttuario è libero di vendere qualsiasi bene aziendale e di acquistarne di nuovi. Questi diventeranno di proprietà del nudo proprietario a titolo originario. Sull'affittuario incombe inoltre ogni spesa, anche quelle straordinarie. Il nudo proprietario, come per l'affitto, è tenuto a non iniziare per il periodo di durata del contratto un'attività in concorrenza con quella svolta dall'azienda concessa in usufrutto. Questa disposizione non contrasta l'art. 2596 c.c. dove si stabilisce che il patto di non concorrenza non può avere una durata superiore ai 5 anni. Tra proprietà dell'azienda e nudo proprietario c'è un netto distacco.

Alla fine del periodo di usufrutto l'azienda ritornerà all'imprenditore. Mancando il presupposto della cessione a titolo definitivo dell'azienda, che caratterizza il patto di non concorrenza, i due articoli non si contrastano l'uno con l'altro.

Trattandosi di un diritto temporaneo, l'usufrutto non può eccedere la vita dell'usufruttuario. Il nudo proprietario può richiedere però la cessazione dell'usufrutto o rifiutarsi di includere nell'azienda i beni che sono stati acquistati in violazione dell'obbligo di conservazione dell'impresa. Un discorso simile va fatto per i beni funzionali della società, ceduti e non sostituiti adeguatamente⁴⁰.

Al termine dell'usufrutto l'azienda risulterà composta in tutto o in parte da beni diversi da quelli originari. Come per l'affitto infatti è previsto che venga redatto un inventario all'inizio e alla fine dell'usufrutto e che la differenza fra le due consistenze sia regolata in denaro⁴¹.

Per l'ipotesi in esame, così come per quelle viste in precedenza, vale l'articolo 2558 c.c. che prevede la successione dei contratti in caso di trasferimento d'azienda.

I crediti e i debiti si trasferiscono all'usufruttuario soltanto nel caso in cui sia espressamente previsto. Quando cessa l'usufrutto d'azienda i crediti si trasferiscono in capo al nudo proprietario, mentre i debiti gravano unicamente sull'usufruttuario⁴².

1.7 Il comodato d'uso

Il comodato d'uso in azienda è una forma poco utilizzata. Talvolta viene usata nelle procedure concorsuali nei casi in cui non è possibile pattuire un canone per il godimento d'azienda e per garantire la continuità dell'attività di impresa. Al comodato si applicano le disposizioni previste per l'affitto d'azienda.

Questa fattispecie rientra comunque nelle ipotesi di trasferimento previste, poiché la giurisprudenza riconosce che il trasferimento d'azienda ricorre nei casi in cui si abbia la sostituzione del soggetto titolare dell'impresa indipendentemente dallo strumento giuridico utilizzato⁴³.

⁴⁰ Maria Pia Nastri, *L'affitto di azienda*, Le Ricerche, Gruppo 24 Ore, 2010.

⁴¹ Sempre l'art. 2561 c.c. visto in precedenza, <http://www.brocardi.it/codice-civile/libro-quinto/titolo-viii/capo-i/art2561.html>.

⁴² Maria Pia Nastri, *L'affitto di azienda*, Le Ricerche, Gruppo 24 Ore, 2010.

⁴³ Il Tribunale di Reggio Emilia, con sentenza 23 marzo 1998, in *Orient. giur. lav.*, 1998, p. 125, ha riconosciuto infatti che: "l'ipotesi di trasferimento di azienda ai sensi dell'art. 2112 c.c. ricorre non solo nei casi di vendita, affitto ed usufrutto di azienda ma anche in tutte le altre ipotesi in cui, ferma restando l'organizzazione del complesso dei beni destinati all'esercizio dell'impresa, si abbia la sostituzione della persona del titolare, quale che sia il mezzo tecnico giuridico attraverso cui tale

1.8 Il divieto di concorrenza

L'articolo 2557 c.c. prevede espressamente il divieto di concorrenza nei confronti dell'alienante allo scopo di garantire all'acquirente l'effettiva utilizzazione dei beni che compongono l'azienda. Il divieto di concorrenza nasce con l'intento di stroncare sul nascere ogni tentativo da parte dell'alienante di provocare danno all'acquirente. Se non ci fosse il divieto di concorrenza a tutela dell'acquirente, l'alienante potrebbe facilmente sviare la clientela in virtù del rapporto e delle conoscenze stabilite coi clienti nel tempo.

Alla base del divieto di concorrenza vi è la tutela di due diverse esigenze: da un lato colui che acquista ha il diritto di godere di ciò che ha acquisito; dall'altro l'alienante ha il diritto di poter esercitare senza eccessivi vincoli la propria attività imprenditoriale.

L'articolo 2557 c.c. impone il divieto di concorrenza solo nei cinque anni successivi alla vendita del complesso o del ramo aziendale, con la possibilità di inserire una clausola nel contratto che prevede un divieto di concorrenza di durata maggiore. La condizione posta è che questo non ostacoli l'attività del cedente e in ogni caso non può essere maggiore di cinque anni dalla data di trasferimento⁴⁴. La norma è derogabile solo in senso più favorevole all'alienante e le parti possono eliminare o rendere meno pesante il divieto di concorrenza attraverso una clausola pattizia. Questo divieto ha termine quando, prima del compimento del quinquennio, si estingue l'azienda oggetto della cessione.

Nel caso di usufrutto o di affitto d'azienda, il divieto di concorrenza vale sia nei confronti del proprietario che nei confronti del locatore per la durata del contratto⁴⁵.

1.9 La successione nei contratti

Il legislatore attraverso il primo comma dell'articolo 2558 cod. civ. stabilisce che l'acquirente dell'azienda deve subentrare nei contratti stipulati per l'esercizio dell'azienda che non abbiano carattere personale, salvo diverse disposizioni.

Al secondo comma dispone che il terzo contraente può recedere dal contratto entro tre mesi dall'avvenuto trasferimento qualora sussista una giusta causa. La giusta causa deve basarsi solamente su dati oggettivi; c'è infatti inversione dell'onere della prova per il contraente che

sostituzione si verifica".

⁴⁴ art. 2557, 3° comma, c.c. in <http://www.brocardi.it/codice-civile/libro-quinto/titolo-viii/capoi/art2557.html>.

⁴⁵ Maria Pia Nastri, *L'affitto di azienda*, Le Ricerche, Gruppo 24 Ore, 2010.

deve provare la sussistenza di una giusta causa.

Il terzo comma conclude stabilendo che le stesse disposizioni sono applicate anche nei confronti dell'usufruttuario e dell'affittuario, per tutta la durata del contratto ⁴⁶.

All'atto del trasferimento d'azienda vi sono numerosi rapporti contrattuali in corso di esecuzione. Nel disciplinare la successione dei contratti aziendali il legislatore si preoccupa di favorire il mantenimento dell'unità economica, disponendo l'ingresso dell'acquirente nei rapporti contrattuali in corso di esecuzione. L'acquirente allo stesso tempo ha la possibilità di tutelarsi contro il pericolo di succedere nei contratti di cui ignori l'esistenza, mediante un'espressa pattuizione scritta. E' infatti consentito escludere uno o più contratti dalla successione purché non si pregiudichi la potenzialità produttiva dell'azienda oggetto di trasferimento.

Nel disciplinare la successione dei contratti aziendali il legislatore ha inteso favorire soprattutto la circolazione aziendale e la sua continuità, comprimendo i diritti normalmente riconosciuti a terzi.

Nel diritto privato si stabilisce che la cessione del contratto può avvenire soltanto se vi è il consenso del contraente ceduto in modo tale da tutelare in misura piena l'interesse di ciascuna parte. In questo caso invece l'effetto successorio nei contratti aziendali si verifica automaticamente per effetto del trasferimento d'azienda e il terzo contraente è tenuto ad eseguire le proprie prestazioni nei confronti del nuovo titolare dell'azienda. Nel contratto di locazione, il locatario può cedere la sua posizione contrattuale soltanto con il consenso del locatore proprietario dell'immobile. Nel contratto di trasferimento d'azienda invece, la successione nei contratti aziendali è automatica e non è necessario il consenso del contraente ceduto.

La disposizione di cui all'art. 2558 c.c. si applica ai soli contratti a prestazioni corrispettive ancora non completamente eseguiti. Nel caso in cui i contraenti abbiano interamente eseguito la prestazione, anche se residua un credito o un debito dell'alienante, si applicano le disposizioni di cui all'artt. 2559-2560 c.c. ⁴⁷.

⁴⁶ Art. 2558 c.c., co. nn. 1-3, in <http://www.brocardi.it/codice-civile/libro-quinto/titolo-viii/capoi/art2558.html>

⁴⁷ Luca Prati, *La successione nei contratti relativi all'azienda ceduta*, Il trasferimento d'azienda, G. Giappichelli Editore, Torino, 2005.

1.10 La successione nei crediti e nei debiti

Le disposizioni relative alla successione dei crediti e dei debiti sono inserite, come si è detto nel paragrafo precedente, agli artt. 2559 e 2560 del cod. civ.. Tali norme introducono alcune deroghe in materia di cessione dei crediti e successione nei debiti.

Nel trasferimento d'azienda particolare attenzione va posta alle posizioni debitorie che possono essere trasferite assieme all'azienda ceduta. A differenza di quanto avviene nella successione dei contratti, questa successione comporta la permanenza di una responsabilità solidale tra cedente e cessionario. Bisogna ben distinguere l'effetto del trasferimento per il cedente, dall'effetto del trasferimento per l'acquirente. In capo al cedente vi è solidarietà per le somme dovute ai creditori dell'azienda ceduta, escluse quelle di cui il cedente è stato liberato. In capo all'acquirente vi è responsabilità per i debiti anteriori al trasferimento dell'azienda che risultano dai libri contabili obbligatori.

L'articolo 2560 c.c., al primo comma, prevede che il cedente non sia liberato dei debiti anteriori al trasferimento che derivano dall'esercizio dell'impresa ceduta, salvo che i creditori acconsentano il trasferimento di quest'ultimi.

Al secondo comma prevede che anche l'acquirente debba rispondere dei debiti che risultano dai libri contabili obbligatori ⁴⁸.

Per la successione dei debiti relativi all'azienda ceduta è previsto un *accollo legale cumulativo* ⁴⁹ atto a favorire il creditore ceduto secondo la regola generale dell'articolo 1273 del codice civile ⁵⁰. Quest'articolo dispone che se il debitore originario non viene liberato, rimane obbligato in solido con l'acquirente. Il cedente dell'azienda pertanto continua ad essere obbligato in solido con l'acquirente per i debiti contratti nell'esercizio dell'azienda, ed è liberato solo se i creditori lo liberano. La previsione non fa riferimento ai rapporti tra le parti

⁴⁸ Art. 2560, co. nn. 1-2, in <http://www.brocardi.it/codice-civile/libro-quinto/titolo-viii/capoi/art2560.html>

⁴⁹ "L'accollo è inquadrato nello schema del contratto a favore dei creditori. Si distingue in liberatorio o cumulativo a seconda delle intenzioni del creditore. Quest'ultimo potrebbe liberare o meno il debitore originario". Luca Prati, *Il trasferimento d'azienda*, G. Giappichelli, 2005.

⁵⁰ Art. 1273 c.c.: "*Se il debitore e un terzo convengono che questi assuma il debito dell'altro, il creditore può aderire alla convenzione, rendendo irrevocabile la stipulazione a suo favore. L'adesione del creditore importa liberazione del debitore originario solo se ciò costituisce condizione espressa della stipulazione o se il creditore dichiara espressamente di liberarlo. Se non vi è liberazione del debitore, questi rimane obbligato in solido col terzo. In ogni caso il terzo è obbligato verso il creditore che ha aderito alla stipulazione nei limiti in cui ha assunto il debito, e può opporre al creditore le eccezioni fondate sul contratto in base al quale l'assunzione è avvenuta*" in <http://www.brocardi.it/codice-civile/libro-quarto/titolo-i/capovi/art1273.html?q=1273+cc&area=codici>

del contratto di cessione dell'azienda ma si rivolge ai terzi creditori, garantendogli un'ulteriore forma di garanzia.

Alienante e acquirente possono regolare come meglio credono la sorte dei debiti aziendali. Possono infatti convenire che i debiti spettino a colui che compra o che rimangano invece in capo a colui che cede, alla sola condizione che i debiti derivino dalle scritture contabili obbligatorie. La responsabilità dell'acquirente nei confronti dei terzi creditori non si estende ai debiti non iscritti ma comunque conosciuti dallo stesso. La giurisprudenza ha chiarito che chiunque voglia far valere dei crediti nei confronti dell'acquirente dell'azienda ceduta, ha l'onere di provare anche l'iscrizione nelle scritture contabili dei debiti per cui chiede di essere soddisfatto. Il giudice infatti non può rilevare d'ufficio l'esistenza o meno dei debiti non iscritti ai libri contabili obbligatori; è il cessionario dell'azienda che deve esaminare le scritture contabili obbligatorie relative all'azienda che intende acquistare prima di procedere all'acquisto. L'acquirente dell'azienda ha infatti la possibilità di tutelarsi dal potenziale rischio di trovarsi gravato di debiti non previsti tramite il semplice esame di tali scritture. Se però il cessionario non ha avuto modo di verificare le scritture contabili perché quest'ultime sono state nascoste dal venditore, non verrà riconosciuta responsabilità solidale tra cedente e cessionario ⁵¹.

In genere è meglio prevedere contrattualmente qualche forma di garanzia a favore del soggetto liberato dai debiti aziendali anche se rimane esposto ad eventuali azioni promosse dai creditori insoddisfatti dell'azienda ceduta. In mancanza di un accordo scritto tra cedente e cessionario relativo ai debiti aziendali, nelle norme del codice civile, non è previsto che i debiti passino sempre *ex lege* in capo all'acquirente dell'azienda. Risulta quindi fondamentale stabilire nel contratto di cessione se i debiti relativi all'azienda trasferita debbano essere soddisfatti dall'alienante o dall'acquirente, al fine di scongiurare potenziali contenziosi ⁵².

La disciplina che regola la sorte dei crediti aziendali nel trasferimento d'azienda è contenuta nell'articolo 2559 del codice civile. Quest'articolo riguarda solo la cessione dei crediti aziendali e si applica nei casi in cui manchi la corrispettività di una controprestazione del debitore. Se così non fosse, torna ad applicarsi, come detto in precedenza, l'articolo 2558.

La formulazione dell'articolo 2559 non specifica chiaramente quale sia la sua corretta formulazione. In primis non è chiaro se tale norma consideri la cessione dei crediti aziendali come un effetto naturale del trasferimento d'azienda. In secondo luogo non è chiaro se si

⁵¹ Luca Prati, *La forma del contratto di cessione d'azienda, Il trasferimento d'azienda*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2005.

⁵² Luca Prati, *La forma del contratto di cessione d'azienda, Il trasferimento d'azienda*, G. Giappichelli

limiti a disciplinare l'efficacia del trasferimento rispetto ai debitori ed ai terzi della cessione dei crediti aziendali, la quale rimarrebbe volontaria e dovrebbe perciò essere espressamente prevista nel contratto di cessione. La maggior parte della giurisprudenza sembra aderire alla prima tesi, mentre in dottrina permangono divisioni in merito.

L'art. 2559 c.c., al primo comma c.c. disciplina l'efficacia della cessione dei crediti aziendali sia nei confronti dei terzi e dei creditori del cedente, sia nei confronti del debitore ceduto, derogando alla disciplina di carattere generale dettata dagli artt. 1260 c.c. e seguenti ⁵³. La norma, tuttavia, non stabilisce se questi siano automaticamente trasferiti in forza del contratto di cessione dell'azienda o se, invece, debbano essere trasferiti con un'apposita clausola inserita all'interno del contratto di trasferimento: sul punto la dottrina è discorde, mentre la giurisprudenza propende per l'automaticità del trasferimento dei crediti con il contratto di cessione d'azienda.

La soluzione più opportuna sembra essere quella di prevedere una clausola specifica che identifica le diverse posizioni creditorie e debitorie e ne disciplina la sorte.

La cessione dei crediti ha effetto nei confronti di terzi dal momento in cui avviene l'iscrizione del trasferimento nel Registro delle Imprese ed in ogni caso è liberato dall'obbligazione il debitore che paga in buona fede all'alienante ⁵⁴.

Editore, Torino, 2005.

⁵³ Ai sensi dell'articolo 1260 c.c. al creditore spetta la facoltà di trasferire a titolo gratuito o oneroso il suo credito senza consenso alcuno da parte del debitore. Il debito però non dev'essere strettamente personale e vietato dalla legge.

⁵⁴ Luca Prati, *La forma del contratto di cessione d'azienda*, Il trasferimento d'azienda, G. Giappichelli Editore, Torino, 2005.

Capitolo 2. La tutela dei lavoratori nei trasferimenti d'azienda

SOMMARIO: 2.1 L'evoluzione normativa dell'articolo 2112 c.c.. - 2.2 I contratti di lavoro relativi all'azienda ceduta. - 2.3 La responsabilità solidale tra cedente e cessionario. - 2.4 La successione nei contratti collettivi. - 2.5 Recesso del contratto da parte del lavoratore. - 2.6 L'obbligo di comunicazione ed informazione sindacale: l'articolo 47 l. 428/1990

Il tema del trasferimento d'azienda è regolato da una normativa piuttosto complessa dove gli aspetti che assumono particolare rilevanza sono la disciplina dei rapporti di lavoro, la conservazione dei diritti dei lavoratori e i doveri in capo agli imprenditori coinvolti. La norma che regola il passaggio dei lavoratori al nuovo datore di lavoro è l'art. 2112 del codice civile che comprende una serie di disposizioni volte a favorire la collaborazione tra la normativa nazionale e sovranazionale. La materia in esame, oltre che esser stata modificata dalla normativa interna, è stata più volte rivista e commentata anche a livello comunitario attraverso direttive, pareri e sentenze. Dapprima è intervenuto l'art. 47 della legge n. 428 del 29 dicembre 1990, in attuazione della direttiva comunitaria n. 187 del 14 febbraio 1977. Poi la norma del codice civile ha subito modifiche dal d.lgs. n.18/2001, il quale ha riformulato l'esposto dell'art. 2112 c.c. allo scopo di allinearsi quanto più possibile alla direttiva n. 1998/50/CE. Infine la norma ha subito un'ulteriore modifica dalla cosiddetta riforma Biagi, con l'art. 32 del d. lgs. n. 276/2003. Con quest'ultimo decreto è stato sostituito il quinto comma e ne è stato aggiunto un sesto⁵⁵.

Di seguito sono riportati sinteticamente in tabella gli interventi comunitari e le relative correzioni apportate dalla normativa nazionale nel tentativo di adeguarsi alla norma europea.

⁵⁵ Luca Prati, *Cessione dell'azienda e rapporti di lavoro*, Il trasferimento d'azienda, G. Giappichelli, 2005, pg.129 e ss.; R. Romei, *Il trasferimento d'azienda e gli orientamenti della dottrina*, Trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro, pg.293 e ss., Dialoghi tra Dottrina e Giurisprudenza, Giuffrè Editore, 2005; G.P. Gogliettino, *Modifiche soggettive del rapporto di lavoro: anamnesi normativa, La versione storica*, Imprese in crisi o insolventi e tutela dei lavoratori, Giuffrè Editore, 2014, pg. 4 e ss..

Normativa comunitaria	Correzione normativa interna
Direttiva n. 187/1977	Art. 47, 15 dicembre 1990, n. 428.
Direttiva n. 50/1998	D. lgs. n. 18/2001
Direttiva n. 23/2001	D. lgs. n. 276/2003

2.1 L'evoluzione normativa dell'articolo 2112 c.c.

Il testo originario dell'articolo 2112 c.c. del 1942 ha fissato garanzie particolari per i rapporti di lavoro coinvolti nel trasferimento d'azienda. In questo testo il legislatore si è limitato a disciplinare solo alcuni aspetti, tralasciando quelli relativi alla conservazione del posto di lavoro e le informazioni da dare alle organizzazioni sindacali. E' la garanzia di poter dare una stabile occupazione però che consente di guardare con buon grado a questa norma ⁵⁶.

Nella sua originaria formulazione l'articolo prevedeva la successione degli effetti giuridici del contratto in esecuzione diretta della norma, senza la necessità di un atto di volontà del lavoratore o del datore di lavoro subentrante per far proseguire il rapporto di lavoro. Inoltre, ispirandosi al principio della continuità aziendale, stabiliva l'obbligo per l'acquirente di subentrare nei contratti di lavoro dei lavoratori trasferiti. Se da una parte l'ordinamento riconosceva all'impresa la successione automatica nel contratto e al lavoratore il principio dell'insostituibilità del debitore per l'adempimento dell'obbligazione di lavoro, dall'altra lasciava all'acquirente la facoltà di potersi accordare con il venditore per i contratti di carattere non personale e ai terzi la facoltà di poter recedere dal contratto solo per giusta causa, in deroga alla disciplina generale della successione dei contratti di cui *ex art.* 1406 c.c. ⁵⁷.

La prima versione del '42 rappresentava una tutela debole per il lavoratore perché dava facoltà al cedente di poter recedere dai contratti di lavoro dei propri dipendenti, in qualunque momento e per qualsiasi motivo, salvo presentare disdetta entro i termini stabiliti. L'articolo mostrava una certa insensibilità del rapporto di lavoro alle vicende circolatorie dell'azienda, pertanto si cercò di superare questa problematica con la legge 15 luglio 1966, n. 604 ⁵⁸.

⁵⁶ G.P. Gogliettino, *Modifiche soggettive del rapporto di lavoro: anamnesi normativa, La versione storica*, Imprese in crisi o insolventi e tutela dei lavoratori, Giuffrè editore, 2014, pg. 4 e ss.

⁵⁷ Luca Prati, *Cessione dell'azienda e rapporti di lavoro*, Il trasferimento d'azienda, 2005, Torino, G. Giappichelli, pg. 129 e ss. G.P. Gogliettino, *Modifiche soggettive del rapporto di lavoro: anamnesi normativa, La versione storica*, Imprese in crisi o insolventi e tutela dei lavoratori, Giuffrè editore, 2014, pg. 4 e ss.

⁵⁸ Art. 1, legge 1966 n. 604: "il licenziamento del prestatore di lavoro poteva avvenire solo per giusta

Questa legge, che tutelava i licenziamenti individuali, di fatto ha precisato che il trasferimento non poteva costituire giustificato motivo di licenziamento e su questa linea si è sviluppata tutta la giurisprudenza successiva. Si è ribadito in sostanza che il recesso non poteva più essere giustificato dal solo trasferimento, ma andava ricondotto a fatti che causavano l'impossibilità di mantenere la continuità del rapporto di lavoro. Ovviamente il problema non si verificava nel caso in cui il rapporto di lavoro si era sciolto in un periodo antecedente a quello del trasferimento d'azienda.

Era previsto inoltre che l'acquirente fosse obbligato in solido con l'alienante per tutti quei crediti a favore dei dipendenti che il prestatore di lavoro aveva al tempo del trasferimento, a patto che l'acquirente ne fosse a conoscenza o che i crediti risultassero dai libri contabili dell'azienda trasferita ⁵⁹. Infine riconosceva al prestatore di lavoro la facoltà di liberare l'alienante dalle obbligazioni che derivano da rapporti di lavoro.

La disciplina della circolazione aziendale è rimasta immutata per diversi anni ma grazie all'agire di dottrina e giurisprudenza interna, che si sono adeguate ai cambiamenti imposti dal quadro normativo comunitario, la sua ratio è profondamente cambiata.

La prima direttiva, risalente al 14 febbraio 1977, n. 187, del Consiglio delle Comunità Europee, ha riguardato il riavvicinamento delle leggi degli Stati membri sul mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimento. L'obiettivo della norma sovranazionale era puntare all'armonizzazione delle varie legislazioni comunitarie che tutelavano i diritti dei lavoratori soggetti al trasferimento aziendale.

Con l'emanazione delle successive direttive n.78/855 e n. 82/891, le tutele furono estese anche ai casi di fusione, incorporazione e scissione delle società per azioni ⁶⁰.

La direttiva europea da un lato forniva la definizione del trasferimento d'azienda o di un suo ramo, dall'altro riteneva insensibile il rapporto di lavoro rispetto alle vicende circolatorie dell'impresa. Invitava gli stati membri ad adottare le disposizioni necessarie per proteggere i lavoratori in caso di cambiamento dei titolari delle imprese coinvolte ed in particolare voleva

causa o ai sensi dell'articolo 2119 c.c. o per giustificato motivo" in http://www.provincia.pistoia.it/LAVORO/NORMATIVA/GestioneRapportoLavoro/Legge_604_66.pdf

⁵⁹ Luca Prati, *Cessione dell'azienda e rapporti di lavoro*, Il trasferimento d'azienda, 2005, Torino, G. Giappichelli, pg. 131; G. P. Gogliettino *Modifiche soggettive del rapporto di lavoro*, Imprese in crisi e tutela dei lavoratori, 2014, Giuffrè Editore, pg. 4 e ss.; Rosa di Meo, *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, parte II, pg. 448 e ss.

⁶⁰ R. Foglia, *L'evoluzione normativa e giurisprudenziale comunitaria in materia di trasferimento d'azienda*, Quaderni di Diritto del lavoro e delle relazioni industriali, Il trasferimento d'azienda, pg 190, Utet, 2004.

assicurare il mantenimento dei loro diritti ⁶¹. Infine prevedeva tre garanzie disposte per tutelare il lavoratore. La prima garantiva il trasferimento del rapporto di lavoro. La seconda mirava alla conservazione dei diritti e degli obblighi del lavoratore. La terza vietava il licenziamento dei lavoratori fondato su una motivazione riguardante il trasferimento d'azienda.

A questa disposizione europea l'Italia vi si è adeguata solo nel 1990, con l'art. 47 l. n. 428 del 29 dicembre. L'articolo venne emanato con un certo ritardo rispetto alla prima norma comunitaria in materia, quale direttiva n. 77/187/Cee del 14 febbraio 1977. Questo perché si voleva dar seguito alla condanna subita e si volevano stabilire le disposizioni conformi agli obblighi della direttiva.

Con l'introduzione di questo articolo si è tutelata ulteriormente la posizione soggettiva del lavoratore, si è riconosciuto come il trasferimento d'azienda non costituisca motivo di licenziamento ed infine si sono apportate le modifiche ai primi tre commi dell'art. 2112 c.c.. La previsione di questo articolo era recepita solo dalla giurisprudenza interna prima dell'intervento legislativo ad opera dell'articolo 2 del d.lgs. 2001, n. 18. In seguito alle modifiche apportate da quest'ultimo però venne recepita anche dalla norma lavoristica. In aggiunta a quanto detto, l'articolo 47 della legge 428/1990, introdusse il procedimento di informazione e consultazione sindacale come condizione vincolante per la validità dell'accordo in deroga ⁶².

Le modifiche apportate dal legislatore nazionale con l'articolo 47 hanno toccato per l'appunto tre diversi blocchi normativi.

Il primo blocco ha garantito il diritto all'informazione e alla consultazione sindacale, stabilendo che l'eventuale inadempimento di quest'obbligo comporta condotta antisindacale. Viene affiancato all'alienante, all'acquirente e al lavoratore trasferito un quarto soggetto, nel tentativo di imporre una tutela sindacale per i lavoratori interessati al trasferimento d'azienda. In capo a cedente e cessionario viene imposto l'obbligo di informazione e consultazione sindacale.

Il secondo blocco ha riguardato le garanzie individuali riconosciute ai dipendenti trasferiti oltre che i trattamenti collettivi applicabili. Le garanzie individuali non vengono modificate dal legislatore del 1990. Diverso è il discorso per quelle collettive.

Con la modifica del terzo comma dell'articolo 2112 infatti si è stabilito che l'effetto di

⁶¹ G. P. Gogliettino, *Modifiche soggettive del rapporto di lavoro*, Imprese in crisi e tutela dei lavoratori, Giuffrè Editore, 2014, pg. 6 e ss..

⁶² G. P. Gogliettino, *Modifiche soggettive del rapporto di lavoro*, Imprese in crisi e tutela dei

sostituzione contrattuale si poteva avere solamente tra contratti collettivi dello stesso livello⁶³. Sul punto era nato un dibattito vista l'incertezza sull'ambito di applicazione dei contratti collettivi. Non era chiaro infatti se il contratto collettivo dell'alienante andasse applicato anche ai lavoratori ceduti dopo il trasferimento e fino alla scadenza o se andassero applicati i contratti collettivi d'ingresso stipulati in sede congiunta tra le imprese e le rispettive organizzazioni sindacali.

Una prima tesi considerava il termine "*applicabili*" usato dalla norma come "*effettivamente applicati*"⁶⁴. Quindi se l'acquirente applicava il proprio contratto collettivo anziché quello del cedente, automaticamente si aveva la sostituzione alla data del trasferimento. Di conseguenza il contratto collettivo del cedente si applicava solo quando il cessionario non disponeva di un contratto collettivo.

La seconda sosteneva invece che il contratto collettivo del cedente dovesse continuare a trovare applicazione fino alla scadenza, dato che il terzo comma dell'articolo 2112 c.c. non consentiva l'applicazione automatica della disciplina collettiva dell'acquirente al fine di conservare le condizioni di lavoro del lavoratore trasferito. Tutto questo ha evidenziato come la sostituzione del contratto collettivo non sia automatica ma può intervenire solo se si trova un accordo tra le parti in sede di esame congiunto⁶⁵.

Delle due interpretazioni sembra essere più coerente la seconda perché da una parte esclude la sostituzione automatica della disciplina collettiva dell'alienante con quella dell'acquirente e dall'altra, l'applicazione della disciplina collettiva dell'alienante sino alla scadenza può essere modificata con accordi tra le parti.

Il terzo blocco infine ha modificato la disciplina specifica dei rapporti di lavoro nel caso di trasferimento di azienda in crisi prevista dall'articolo 47 ai commi 5 e 6⁶⁶.

Il processo normativo che ha portato al testo attuale dell'articolo 2112 c.c., ha avuto poi una nuova spinta nel 1998 con l'entrata in vigore della Direttiva 1998/50/Ce del Consiglio

lavoratori, 2014, Giuffrè Editore, pg. 1 e ss..

⁶³ Articolo 2112 c.c., co. 3, modifiche art. 47 l. n. 428/1990. "*Il cessionario è tenuto ad applicare i trattamenti economici e normativi previsti dai contratti collettivi nazionali, territoriali ed aziendali vigenti la data del trasferimento, fino alla loro scadenza, salvo che siano sostituiti da altri contratti collettivi applicabili all'impresa del cessionario*"

⁶⁴ Maresca, Tosi, Flammia, Perulli, Lambertucci, Cosio, in *La disciplina del rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda*, Il trasferimento d'azienda, Quaderni del diritto del lavoro e delle relazioni industriali, Utet, 2004, pg. 12.

⁶⁵ G.S. Passarelli, Foglia, Liebman, CastelVetri, in *La disciplina del rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda*, Il trasferimento d'azienda, Quaderni del diritto del lavoro e delle relazioni industriali, Utet, 2004, pg. 12.

⁶⁶ G.S. Passarelli, *La disciplina del rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda*, Il trasferimento d'azienda, Quaderni del diritto del lavoro e delle relazioni industriali, Utet, 2004, pg. 10 e ss.

dell'Unione Europea 29 giugno 1998, trasfusa poi nella direttiva n. 2001/23/Ce. Questa direttiva ha avuto il difficile compito di uniformare il concetto di trasferimento d'azienda, in quanto la sua definizione risultava sempre più discordante tra l'ordinamento interno e quello comunitario. In aggiunta a questo si riteneva fosse piuttosto evidente la necessità di rafforzare la tutela del lavoratore ceduto, sia in termini di trattamento economico che in termini di informazione sindacale ⁶⁷.

La direttiva in questione è stata recepita nell'ordinamento italiano con il d.lgs. n. 18 del 2 febbraio 2001, ed è entrata in vigore poi il primo luglio dello stesso anno ⁶⁸. Con questo decreto il legislatore nazionale ha dato attuazione alla direttiva comunitaria 98/50/CE relativa al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese, stabilimenti o parti di essi ⁶⁹. Il decreto ha posto la tutela dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda in una posizione di primaria importanza ed ha modificato il contenuto dell'articolo 2112 c.c., conformandolo alle direttive comunitarie. Ha altresì fornito una definizione giuslavoristica di azienda, che fino a quel momento veniva sempre ricondotta all'art. 2555 c.c.. Infine, rispetto alla posizione del lavoratore, ha concesso la possibilità di poter dare le dimissioni nel caso subisca un significativo cambiamento delle condizioni di lavoro nel trasferimento al nuovo datore di lavoro. Tutto ciò può intervenire senza necessità di preavviso, qualificando le motivazioni per giusta causa secondo l'art. 2119 c.c. e fatto salvo che quest'ultime vengano presentate entro tre mesi dalla cessazione.

Il testo dell'art. 2112 c.c. è stato in sostanza profondamente modificato.

Con l'articolo 2 ha poi modificato il testo dell'articolo 47, l. n. 428., modificando la regolamentazione delle informative e delle consultazioni sindacali. In ultimo, ha abrogato la disposizione già presente nell'articolo 47, c. 4, l. n. 428/1990 relativa all'illegittimità dei licenziamenti per ragioni riguardanti il trasferimento.

L'ultima modifica all'articolo 2112 c.c. in ordine cronologico la si è avuta per effetto dell'articolo 32 del d.lgs. n. 276 del 10 settembre 2003. L'intervento del legislatore, a differenza di quanto accaduto in passato con le altre direttive, non è visto come una risposta alla direttiva europea. Al contrario questo decreto ha abrogato le precedenti modifiche, riordinando nel complesso la materia. Grazie a queste modifiche si è arrivati alla sostituzione del quinto comma dell'art. 2112, riguardante la definizione di trasferimento di azienda o di un

⁶⁷ G. P. Gogliettino, *Modifiche soggettive del rapporto di lavoro, Imprese in crisi e tutela dei lavoratori*, 2014, Giuffrè Editore, pg. 6 e ss..

⁶⁸ Luca Prati, *Cessione dell'azienda e rapporti di lavoro, Il trasferimento d'azienda*, 2005, Torino, G. Giappichelli, pg. 131.

⁶⁹ D.lgs. n. 18 2001, art. 1-2-3, in http://www.confetra.it/it/prontuari/D.LGVO_18-2001.pdf

suo ramo. Si è introdotto un sesto comma, che regola l'ipotesi di utilizzo del ramo d'azienda ceduto nell'ambito d'un appalto tra impresa acquirente ed impresa cedente. Infine, sono state espressamente inserite la cessione contrattuale e la fusione conformemente alle diverse direttive europee e alla giurisprudenza di legittimità ⁷⁰.

In aggiunta a tutto ciò, va ricordata anche l'entrata in vigore dell'articolo 32, c. 4, l. 4 novembre 2012 n. 183, che ha modificato l'articolo 6 della legge n. 604/1966, riconoscendo la facoltà al lavoratore di impugnare il trasferimento, a pena di decadenza, entro il termine di 60 giorni dalla data di trasferimento dello stesso.

Le varie modifiche hanno portato quindi al nuovo testo dell'articolo 2112 c.c. ⁷¹ che consolida il principio di conservazione dei diritti del lavoratore. Questi diritti non riguardano più soltanto la conservazione dell'anzianità raggiunta, ma nuove garanzie poste a favore dei lavoratori trasferiti, che si analizzeranno nei paragrafi seguenti.

Oggetto di tutela di questo articolo infatti sono soprattutto i diritti relativi alle prestazioni ancora da eseguire e non soltanto le situazioni giuridiche maturate presso il cedente (quale la responsabilità solidale).

⁷⁰ G. P. Gogliettino *Modifiche soggettive del rapporto di lavoro*, Imprese in crisi e tutela dei lavoratori, Giuffrè Editore, 2014.

⁷¹ Art. 2112 cod. civ. dopo le modifiche: “1. In caso di trasferimento d'azienda, il rapporto di lavoro continua con il cessionario ed il lavoratore conserva tutti i diritti che ne derivano.

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

3. Il cessionario è tenuto ad applicare i trattamenti economici e normativi previsti dai contratti collettivi nazionali, territoriali ed aziendali vigenti alla data del trasferimento, fino alla loro scadenza, salvo che siano sostituiti da altri contratti collettivi applicabili all'impresa del cessionario. L'effetto di sostituzione si produce esclusivamente fra contratti collettivi del medesimo livello.

4. Ferma restando la facoltà di esercitare il recesso ai sensi della normativa in materia di licenziamenti, il trasferimento d'azienda non costituisce di per sé motivo di licenziamento. Il lavoratore, le cui condizioni di lavoro subiscono una sostanziale modifica nei tre mesi successivi al trasferimento d'azienda, può rassegnare le proprie dimissioni con gli effetti di cui all'articolo 2119, primo comma.

5. Ai fini e per gli effetti di cui al presente articolo si intende per trasferimento d'azienda qualsiasi operazione che, in seguito a cessione contrattuale o fusione, comporti il mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità a prescindere dalla tipologia negoziale o dal provvedimento sulla base del quale il trasferimento è attuato ivi compresi l'usufrutto o l'affitto di azienda. Le disposizioni del presente articolo si applicano altresì al trasferimento di parte dell'azienda, intesa come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento. ⁷¹

6. Nel caso in cui l'alienante stipuli con l'acquirente un contratto di appalto la cui esecuzione avviene utilizzando il ramo d'azienda oggetto di cessione, tra appaltante e appaltatore opera un regime di solidarietà di cui all'articolo 29, comma 2, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276”.

2.2 I contratti di lavoro relativi all'azienda ceduta

La nuova disposizione dell'articolo 2112 c.c. dispone la conservazione di tutti quei diritti che derivano da contratto di lavoro individuale e collettivo, disposti dal cedente e che possono esser fatti valere anche nei confronti dell'acquirente fino a quando non verrà sostituito il contratto individuale o collettivo. La ratio di quest'articolo consiste nell'assicurare ai dipendenti la conservazione del proprio posto di lavoro e dei propri diritti. Il principio generale di questa norma è inderogabile così come lo è l'impossibilità di rinunciare ai diritti conservati dai lavoratori ⁷².

In merito al primo comma dell'articolo in esame si è già detto tutto nel paragrafo precedente. Il percorso normativo, sia comunitario che nazionale, ha definito quello che ad oggi rappresenta la tutela dei lavoratori nel trasferimento d'azienda. L'effetto principale senza ombra di dubbio è quello di garantire al lavoratore trasferito la continuità del rapporto di lavoro. Il rapporto dei dipendenti dell'azienda ceduta, infatti, prosegue con il cessionario in tutti i suoi aspetti. Il lavoratore può far valere i propri diritti già in precedenza maturati esercitandoli nei confronti del cedente ⁷³.

La volontà del legislatore è mantenere diritti e condizioni economiche già acquisite dal lavoratore nel precedente rapporto di lavoro. Inoltre vuole garantire ai dipendenti il mantenimento del livello retributivo raggiunto, l'anzianità maturata negli anni e i diritti relativi alla qualifica e alle mansioni svolte. Lo stesso discorso va fatto anche per il trasferimento parziale dei lavoratori che non pregiudica le tutele poste dall'art. 2112 c.c..

Nonostante la conservazione dei diritti del lavoratore, le condizioni e le modalità della prestazione lavorativa possono mutare a seconda del contratto collettivo applicabile presso il cessionario. Particolare attenzione va posta sulla possibilità che il lavoratore ha di conservare il tfr maturato presso il cedente prima del trasferimento o meno.

Un orientamento minoritario afferma che il tfr è un diritto che nasce nel momento in cui vi è cessazione del rapporto di lavoro.

Un altro afferma invece che il tfr nasce con la stipula del contratto di lavoro, matura con l'andare del tempo e diventa esigibile nel momento in cui cessa il rapporto di lavoro.

La soluzione più corretta sembra essere proposta dalla seconda tesi, perché il lavoratore

⁷² Zilio Grandi. G., *La disciplina applicabile ai dipendenti ceduti, La disciplina della vendita nel codice civile*, La vendita dell'azienda, Art. 2112 – mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda, Giuffrè Editore, 2012.

⁷³ Francis Lefebvre, *Effetti sui rapporti di lavoro ceduti*, Trasferimento d'azienda, Memento Pratico,

trasferito vedrebbe garantito il tfr per la parte maturata nel periodo antecedente il trasferimento grazie alla responsabilità solidale di cui al co. n. 2 dell'articolo 2112 cod. civ.⁷⁴.

2.3 La responsabilità solidale tra cedente e cessionario

Il secondo comma dell'articolo in esame prevede che tra cedente e cessionario vi sia un'obbligazione solidale per quanto riguarda i crediti di lavoro che il lavoratore vantava al tempo del trasferimento. Al momento del trasferimento il lavoratore conserva infatti tutti i diritti di credito che aveva maturato nei confronti dell'imprenditore cedente⁷⁵.

Si tratta di uno strumento che garantisce il maggior soddisfacimento possibile dei crediti dei lavoratori, capace di proteggere i lavoratori dall'insolvibilità dell'alienante⁷⁶.

A differenza della disciplina previgente, l'attuale formulazione del comma no. 2 prevede che non sia più richiesta la conoscenza dei crediti da parte del cessionario. In questo modo vengono meno i problemi relativi alla conoscibilità dei crediti da parte dell'acquirente⁷⁷.

Una recente sentenza ha stabilito che il co. n. 2 dell'articolo 2112 c.c. non vada applicato ai crediti derivanti da rapporti di lavoro conclusi in un periodo antecedente al trasferimento, prevedendo però la possibilità di applicare l'articolo 2560 c.c. per i debiti dell'azienda ceduta⁷⁸. L'articolo in esame infatti è paragonabile all'articolo 2560 c.c., che regola la successione dei debiti dell'azienda, con la differenza che in questo caso non serve il consenso del lavoratore per trasferire i crediti dal cessionario all'acquirente.

La cassazione ha stabilito inoltre che la disciplina dell'articolo 2112 c.c. si applica anche ai crediti di lavoro che pendevano sul cedente, per effetto dell'acquisto dell'azienda da un proprietario precedente⁷⁹.

2015 nuova edizione.

⁷⁴ G. S. Passarelli, *Trasferimento d'azienda: continuità del rapporto di lavoro e conservazione dei diritti anteriori al fallimento*, Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'impresa e di articolazione funzionalmente autonoma, Torino, 2014.

⁷⁵ Luigi de Angelis, *La tutela del lavoratore ceduto*, Trasferimento di ramo d'azienda e rapporti di lavoro, Dialoghi tra Dottrina e Giurisprudenza, Dott. A. Giuffrè Editore, 2005, pg. 172 e ss.

⁷⁶ Zilio Grandi. G., *La questione della responsabilità solidale*, La disciplina della vendita nel codice civile, La vendita dell'azienda, Art. 2112 – mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda, Giuffrè Editore, 2012.

⁷⁷ G. S. Passarelli, *Trasferimento d'azienda: continuità del rapporto di lavoro e conservazione dei diritti anteriori al fallimento*, Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'impresa e di articolazione funzionalmente autonoma, Torino, 2014.

⁷⁸ Sez. Lav. – 6 marzo 2015, n. 4601- Pres. Roselli – Est. Bronzini – P.M. Matera in Massimario della Giurisprudenza del Lavoro, pg. 397, numero 6, anno 2015.

⁷⁹ Cassazione civ., sez. lav., 17 luglio 2002, 10348: "l'art. 2112 c.c. si applica non solo ai crediti maturati dal lavoratore in relazione al periodo in cui ha prestato la propria attività presso l'azienda

Non è chiaro però quale sia l'ambito di applicazione della responsabilità solidale del cessionario per quei crediti derivanti dai rapporti di lavoro cessati prima del trasferimento dell'azienda.

Secondo una parte della più recente giurisprudenza, la responsabilità solidale del cessionario è limitata a quei crediti di lavoro maturati dai lavoratori il cui rapporto continua con il nuovo datore di lavoro; mentre trova applicazione l'art. 2560 c.c. nei confronti di quei crediti relativi a rapporti di lavoro cessati e iscritti alle scritture contabili obbligatorie.

Secondo la dottrina prevalente invece, la responsabilità solidale del cessionario riguarda tutti i crediti di lavoro esistenti alla data di trasferimento, sia che si riferiscano a rapporti di lavoro cessati o in essere.

Vista la necessità di garantire a tutti i lavoratori la permanenza di quelle garanzie costituite dall'azienda, sembrerebbe essere più corretta la seconda ipotesi poiché un'estromissione della responsabilità solidale sulla base della continuazione o meno del rapporto o sulla differenziazione dei crediti non sarebbe una scelta corretta⁸⁰.

Quindi per i crediti di lavoro che sussistono prima e durante il trasferimento d'azienda, cedente e cessionario sono obbligati in solido. Per i crediti derivanti da un rapporto di lavoro già cessato ed esaurito in un periodo anteriore al trasferimento, il cessionario dovrà rispondere solidamente, nonostante non sia il diretto responsabile. In questo caso ci sarà il diritto di rivalsa del cessionario nei confronti del cedente⁸¹.

Così disponendo il legislatore ha rafforzato la posizione creditoria del lavoratore trasferito: la solidarietà dell'acquirente vale per tutti quei crediti che il prestatore di lavoro aveva al tempo del trasferimento e anche per quelli maturati anteriormente⁸².

In un contesto simile è fondamentale precisare che la responsabilità solidale non rappresenta una forma di inderogabilità. Al contrario lo stesso comma prevede la possibilità di derogare attraverso gli artt. 410 e 411 del codice di procedura civile. Il lavoratore infatti può liberare il cedente dalle obbligazioni che derivano dal rapporto di lavoro stipulando un accordo con il

ceduta, ma anche a quelli che pendevano sul cedente per effetto dell'acquisto dell'azienda da un proprietario precedente" in L. Prati, *Cessione dell'azienda e rapporti di lavoro*, Il trasferimento d'azienda, 2005.

⁸⁰ Zilio Grandi. G., *La questione della responsabilità solidale*, La disciplina della vendita nel codice civile, La vendita dell'azienda, Art. 2112 – mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda, Giuffrè Editore, 2012.

⁸¹ L. Prati, *La successione nei contratti collettivi*, Il trasferimento d'azienda, G. Giappichelli editore, 2005.

⁸² G. S. Passarelli, *Trasferimento d'azienda: continuità del rapporto di lavoro e conservazione dei diritti anteriori al fallimento*, Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'impresa e di articolazione funzionalmente autonoma, Torino, 2014.

cedente secondo le procedure stabilite. Il cessionario rimane comunque responsabile nei confronti del lavoratore ⁸³.

Va ricordato che colui che trasferisce l'azienda continua a rispondere per i debiti anteriori al fallimento. Anche in questo caso si parla di responsabilità solidale tra acquirente e cessionario, ma riguarderà solo i debiti iscritti nei libri contabili obbligatori dell'impresa e non i debiti derivanti da scritture contabili facoltative o non registrate.

Infine altro problema di non facile soluzione è rappresentato dalla ripartizione della responsabilità solidale per i crediti da trattamento di fine rapporto. Se si opta per la distribuzione del compenso per tfr sin dal momento della costituzione del rapporto di lavoro, si avrà responsabilità sia del cedente che del cessionario. Nel momento in cui si opta per la corresponsione del tfr nel momento in cui si estingue il rapporto di lavoro, la responsabilità sarà soltanto del cessionario ⁸⁴.

2.4 La successione nei contratti collettivi

Accanto alla disciplina dei contratti individuali si trova quella relativa ai contratti collettivi in vigore nell'azienda oggetto di trasferimento che è inserita al terzo comma dell'articolo in esame. La previsione ha lo scopo di tutelare i lavoratori trasferiti offrendo loro ulteriori garanzie e stabilendo che il cessionario è tenuto ad applicare i trattamenti economici previsti dai contratti collettivi vigenti alla data del trasferimento. Quest'obbligo è a carico del cessionario a tempo indeterminato ma viene fatta salva la possibilità che vengano sostituiti da altri contratti collettivi applicabili all'impresa del cessionario mediante accordi appositi, cosiddetti di armonizzazione ⁸⁵ ⁸⁶. L'attuale disciplina del trasferimento dei contratti di lavoro dell'azienda ceduta garantisce il mantenimento della contrattazione collettiva preesistente a tutti i livelli, in quanto la nuova formulazione della norma prevede espressamente che la

⁸³ A. e D. Corrado, *La responsabilità solidale di cedente e cessionario: focus sui crediti per TFR*, Crisi d'impresa e rapporti di lavoro, Giuffrè Editore, 2016.

⁸⁴ G. S. Passarelli, *Trasferimento d'azienda: continuità del rapporto di lavoro e conservazione dei diritti anteriori al fallimento*, Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'impresa e di articolazione funzionalmente autonoma, Torino, 2014.

⁸⁵ Art. 2112 c.c., co. n. 3: *“Il cessionario è tenuto ad applicare i trattamenti economici e normativi previsti dai contratti collettivi nazionali, territoriali ed aziendali vigenti alla data del trasferimento, fino alla loro scadenza, salvo che siano sostituiti da altri contratti collettivi applicabili all'impresa del cessionario. L'effetto di sostituzione si produce esclusivamente fra contratti collettivi del medesimo livello”* in <http://www.brocardi.it/codice-civile/libro-quinto/titolo-ii/capo-i/sezione-iii/art2112.html>.

⁸⁶ A. e D. Corrado, *Il contratto collettivo applicabile*, Crisi di impresa e rapporti di lavoro, Giuffrè editore, 2016.

sostituzione automatica avvenga solo tra contratti del medesimo livello.

In primis la norma prevede che venga mantenuta in vigore la contrattazione collettiva già esistente presso il cedente, nel caso in cui il cessionario non applichi alcun contratto collettivo. Al contrario, se il cessionario applica un contratto collettivo diverso, questo troverà applicazione prevalendo su quelli già applicati dal cedente, purché si tratti di contratti collettivi del medesimo livello.

In base a quanto stabilito si può affermare che il lavoratore che godeva di un doppio livello di contrattazione collettiva presso il cedente (ad esempio nazionale ed aziendale), a differenza del cessionario che invece applica un solo livello di contrattazione (ad esempio solo nazionale), manterrà fino alla scadenza il trattamento economico e normativo previsto dal contratto collettivo aziendale vigente presso il cedente e pertanto l'effetto di sostituzione si avrà solamente a livello di contratto collettivo nazionale. Al fine di evitare un decremento della sua tutela, al lavoratore ceduto, è concesso di mantenere lo stesso trattamento, anche nel caso in cui il cessionario non abbia alcuna contrattazione aziendale. Il cessionario dovrà quindi garantirgli fino alla scadenza le stesse condizioni economiche e normative vigenti al momento del trasferimento ⁸⁷.

L'applicazione della contrattazione collettiva vigente presso il cessionario non ha efficacia retroattiva. La cassazione ha infatti stabilito che al lavoratore trasferito non spettano quei vantaggi attribuiti ai lavoratori dell'impresa cessionaria per fatti verificatosi anni antecedenti al fallimento ⁸⁸.

I lavoratori trasferiti conservano i diritti e l'anzianità maturati col precedente datore di lavoro. L'eventuale sostituzione della contrattazione collettiva del cedente con quella del cessionario non può diminuire le garanzie dei lavoratori, in alcuna misura. Non può pregiudicare i cosiddetti diritti quesiti. Il trasferimento d'azienda deve infatti avvenire senza alcuna soluzione di continuità che possa mettere in discussione i diritti quesiti dei lavoratori, che subiscono la cessione senza potersi opporre.

A differenza di quanto avviene per i diritti che derivano dal contratto individuale, è più difficile trovare la disciplina collettiva applicabile al lavoratore trasferito ⁸⁹. L'incertezza deriva dalla sostituzione dei contratti collettivi nell'impresa acquirente.

Il testo originario si limitava solamente a stabilire che l'acquirente dovesse applicare i trattamenti economici e normativi previsti dai contratti collettivi aziendali vigenti alla data del

⁸⁷ Luca Prati, *La successione nei contratti collettivi*, Il trasferimento d'azienda, G. Giappichelli editore, 2005.

⁸⁸ Cass. 5 giugno 1998 in Francis Lefebvre, *Memento Pratico*, 2015, Ipsoa.

trasferimento, che dovevano essere rispettati fino alla loro naturale scadenza.

La questione ha portato interpretazioni estensive e divergenti tra dottrina e giurisprudenza. Giurisprudenza minoritaria e autorevole dottrina sostenevano, da un lato, che l'applicabilità del contratto collettivo del cedente era possibile nel solo caso in cui il cessionario non applicava alcun contratto collettivo. In caso contrario la contrattazione collettiva dell'impresa cessionaria, anche se conteneva condizioni peggiorative per i lavoratori, sostituiva in toto quella precedente ⁹⁰. Secondo questo orientamento si riteneva che il lavoratore avrebbe mantenuto le garanzie poste dalla contrattazione collettiva in essere presso il cedente, a patto che il cessionario non disponesse di alcun contratto collettivo. Se al contrario, il cessionario applicava un contratto collettivo, la sostituzione era automatica ed integrale, senza specificazioni in merito ad un eventuale doppio livello di contrattazione. Questo significava in pratica che il lavoratore garantito presso il cedente da un doppio livello di contrattazione collettiva, nel passaggio all'impresa cessionaria, munita di un solo livello di contrattazione collettiva, avrebbe potuto perdere immediatamente tanto i vantaggi del proprio contratto collettivo di primo livello quanto l'applicazione del contratto collettivo di secondo livello ⁹¹.

Dall'altro, giurisprudenza e dottrina ritenevano invece che il contratto collettivo del cedente dovesse continuare ad applicarsi presso il cessionario sino alla sua naturale scadenza; salvo che le parti non vogliano intavolare un accordo collettivo cosiddetto di ingresso, secondo le procedure consultive ed informative di cui all'art. 47 l. n. 428/1990. In questo senso l'accordo collettivo disciplinerebbe un passaggio graduale dei lavoratori trasferiti alla contrattazione collettiva del cessionario. Una sorta di accordo ponte finalizzato ad armonizzare le differenze esistenti tra i due tipi di contratti. Questi contratti tuttavia hanno un'efficacia limitata. La giurisprudenza li concede solamente agli iscritti alle associazioni sindacali che hanno firmato l'accordo, disponendo altrimenti condotta antisindacale ⁹².

Nella prassi, la sostituzione della disciplina collettiva del cedente con quella del cessionario, è di frequente oggetto di cosiddetti "accordi di armonizzazione" da conseguire in sede di procedura sindacale. Questi accordi provvedono a semplificare il passaggio dei lavoratori

⁸⁹ Francis-Lefebvre, *Trasferimento d'azienda*, Memento pratico, 2015.

⁹⁰ Zilio Grandi. G., *La questione della responsabilità solidale, La disciplina della vendita nel codice civile*, La vendita dell'azienda, Art. 2112 – mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda, Giuffrè Editore, 2012.

⁹¹ Luca Prati, *La successione nei contratti collettivi*, Il trasferimento d'azienda, G. Giappichelli editore, 2005.

⁹² Zilio Grandi. G., *La questione della responsabilità solidale, La disciplina della vendita nel codice civile*, La vendita dell'azienda, Art. 2112 – mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda, Giuffrè Editore, 2012.

trasferiti che si trovano di fronte al passaggio dalle condizioni contrattuali proposte dal cedente a quelle proposte invece dal cessionario, nel tentativo di aiutare il trasferimento stabilendo particolari modalità circa gli effetti della sostituzione contrattuale.

Qualsiasi sostituzione immediata del contratto collettivo deve essere comunicata ai sindacati poiché si tratta di una conseguenza del trasferimento che va ad incidere sui rapporti di lavoro. I sindacati si occupano infatti di trovare una soluzione per l'armonizzazione tra vecchi e nuovi dipendenti, nel caso in cui i nuovi contratti risultino avere condizioni peggiorative rispetto a quelle applicate presso il cedente ⁹³.

Il cessionario quindi, fermo restando l'onere di conservare i cosiddetti diritti quesiti che spettano al lavoratore trasferito, può sostituire immediatamente ed in toto la contrattazione collettiva dell'impresa cedente con quella applicata presso la propria impresa, anche se più sfavorevole ⁹⁴.

Sulla scorta di quanto detto, è possibile affermare che la contrattazione del cessionario può derogare anche in senso peggiorativo alle condizioni previste dalla precedente contrattazione collettiva.

2.5 Recesso del contratto da parte del lavoratore

Secondo il quarto comma dell'articolo analizzato, non costituisce giustificato e legittimo motivo di licenziamento il trasferimento d'azienda. Tuttavia è concessa la possibilità al cedente di recedere dal contratto qualora siano rispettati i presupposti dettati dalla normativa sui licenziamenti. Con questo disposto il legislatore chiarisce che i motivi del licenziamento debbano essere ricercati necessariamente in eventi che non riguardino la cessione aziendale ⁹⁵. Secondo quanto stabilito dalla Corte di Cassazione ⁹⁶ si ha licenziamento illegittimo quando l'alienante recede dal rapporto di lavoro nel momento in cui il trasferimento è già avvenuto. In questo caso a rispondere di illegittimo licenziamento è l'acquirente che è anche costretto a continuare il rapporto di lavoro. Solo successivamente potrà esercitare il diritto di rivalsa nei confronti dell'alienante, come stabilito dal co. n. 2 dell'articolo 2112 c.c..

⁹³ Francis-Lefebvre, Trasferimento d'azienda, Memento pratico, 2015.

⁹⁴ Cass. 13 maggio 2011, n. 10614; Cass. 12 giugno 2007, n. 13726.

⁹⁵ G. S. Passarelli, *Trasferimento d'azienda: continuità del rapporto di lavoro e conservazione dei diritti anteriori al fallimento*, Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'impresa e di articolazione funzionalmente autonoma, Torino, 2014.

⁹⁶ Cassazione del 12 aprile 2010 n. 8641 in G.S. Passarelli, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'impresa e di articolazione funzionalmente autonoma*, Torino, 2014, p. 70.

Il legislatore riconosce al lavoratore la facoltà di rassegnare le proprie dimissioni ai sensi dell'articolo 2119 c.c.. La condizione necessaria per poterlo fare è che il suo contratto di lavoro abbia subito delle modifiche sostanziali nei tre mesi successivi a partire dal trasferimento ⁹⁷.

All'alienante è comunque concessa la possibilità di licenziare per motivi economici, tecnici e organizzativi, così come gli è concesso di attuare licenziamenti collettivi per riduzione del personale. Le motivazioni non devono però derivare dalla vicenda traslativa.

Nonostante questa facoltà concessa all'alienante, sarà comunque l'acquirente a procedere secondo quanto disposto dall'art. 47 co. n 1 e seguenti della l. n. 428/1990.

2.6 L'obbligo di comunicazione ed informazione sindacale: l'articolo 47 l. 428/1990

L'articolo 47 legge 29 dicembre 1990 n. 428, a conseguenza delle modifiche apportate dal d.lgs. n. 18/2001, prevede l'obbligo di attuare una procedura di consultazione sindacale. Questa dev'essere disposta ogni volta che si intenda effettuare, ai sensi dell'articolo 2112 c.c., un trasferimento d'azienda o di un suo ramo in cui sono occupati complessivamente più di quindici lavoratori ⁹⁸.

Cedente e cessionario devono dare comunicazione per iscritto alle organizzazioni sindacali almeno venticinque giorni prima in cui sia perfezionato l'atto del trasferimento. In mancanza delle rappresentanze sindacali indicate nell'articolo, vi è l'obbligo di comunicazione nei confronti dei sindacati di categoria più rappresentativi ⁹⁹. Il contenuto di tale informazione

⁹⁷ Articolo 2112 c.c., co. 4: *“le cui condizioni di lavoro subiscano una sostanziale modifica nei tre mesi successivi al trasferimento d'azienda, la facoltà di rassegnare le proprie dimissioni ai sensi dell'articolo 2119 c.c., primo comma e quindi col beneficio del preavviso”* in <https://www.laleggepertutti.it/codice-civile/art-2112-codice-civile-mantenimento-dei-diritti-dei-lavoratori-in-caso-di-trasferimento-dazienda>.

⁹⁸ A. e D. Corrado, *La procedura di informazione e consultazione sindacale ex art. 47, commi 1 e 2, l. n. 428/1990*, Crisi d'impresa e rapporti di lavoro, Giuffrè editore, 2016, pg. 200 e ss.

⁹⁹ Art 47 l.n. 428/1990, co. n. 1: *“Quando si intenda effettuare, ai sensi dell'articolo 2112 del codice civile, un trasferimento d'azienda in cui sono occupati più di quindici lavoratori, l'alienante e l'acquirente devono darne comunicazione per iscritto, almeno venticinque giorni prima, alle rispettive rappresentanze sindacali costituite, a norma dell'articolo 19 della legge 20 maggio 1970, n. 300, nelle unità produttive interessate, nonché alle rispettive associazioni di categoria. In mancanza delle predette rappresentanze aziendali, la comunicazione deve essere effettuata alle associazioni di categoria aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale. La comunicazione alle associazioni di categoria può essere effettuata per il tramite dell'associazione sindacale alla quale aderiscono o conferiscono mandato. L'informazione deve riguardare: a) i motivi del programmato trasferimento d'azienda; b) le sue conseguenze giuridiche, economiche e sociali per*

deve riguardare espressamente:

- la data o la proposta del trasferimento;
- i motivi del trasferimento d'azienda;
- le conseguenze giuridiche, economiche e sociali per i lavoratori;
- le eventuali misure previste nei confronti di questi ultimi.

A seguito della comunicazione che contiene i requisiti su scritti, cedente e cessionario devono avviare un esame congiunto con le organizzazioni sindacali. L'esame congiunto lo si tiene a seguito di richiesta scritta delle rappresentanze sindacali che lo richiedono entro sette giorni dal ricevimento della comunicazione di cui al comma uno. Grazie a questo esame le parti interessate alla vicenda traslativa hanno la possibilità di confrontarsi con le rappresentanze sindacali. La consultazione si intende conclusa nel caso in cui non si raggiunga un accordo nel termine di dieci giorni dalla sua apertura. Nel caso in cui non venga rispettato l'obbligo imposto dal legislatore al comma numero due, l'azione omissiva viene considerata come condotta antisindacale ¹⁰⁰.

L'esame congiunto è una fase che ha luogo solamente se i sindacati dei lavoratori ne fanno richiesta, inoltre, è piuttosto chiaro come questa possa concludersi con un mancato accordo. Se l'accordo non viene raggiunto, cedente e cessionario sono liberi di dar atto alla vicenda traslativa. Esaurita la procedura di consultazione sindacale cedente e cessionario possono procedere con la cessione ¹⁰¹.

Il testo attuale della norma è stato introdotto con l'art. 2 del d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 18, a decorrere dal primo luglio 2001. Ai sensi dell'articolo 47 il mancato rispetto degli obblighi previsti dal primo e dal secondo comma costituisce condotta antisindacale ai sensi dell'art. 28, legge 20 maggio 1970, n. 300. L'art. 28 dello statuto dei lavoratori è indicata come norma

i lavoratori; c) le eventuali misure previste nei confronti di questi ultimi” in <http://www.di-elle.it/leggi-voce-menu/129-1-428-90-trasferimento-d-azienda>.

¹⁰⁰ Art. 47, l. n. 428/1990, co. n. 2: “ *Su richiesta scritta delle rappresentanze sindacali aziendali o dei sindacati di categoria, comunicata entro sette giorni dal ricevimento della comunicazione di cui al comma 1, l'alienante e l'acquirente sono tenuti ad avviare, entro sette giorni dal ricevimento della predetta richiesta, un esame congiunto con i soggetti sindacali richiedenti. La consultazione si intende esaurita qualora, decorsi dieci giorni dal suo inizio, non sia stato raggiunto un accordo. Il mancato rispetto, da parte dell'acquirente o dell'alienante, dell'obbligo di esame congiunto previsto nel presente articolo costituisce condotta antisindacale ai sensi dell'articolo 28 della legge 20 maggio 1970, n. 300*” in <http://www.di-elle.it/leggi-voce-menu/129-1-428-90-trasferimento-d-azienda>

¹⁰¹ A. e D. Corrado, *La procedura di informazione e consultazione sindacale ex art. 47, commi 1 e 2, l. n. 428/1990*, Crisi d'impresa e rapporti di lavoro, Giuffrè editore, 2016, pg. 200 e ss.

sanzionatoria grazie alla quale i sindacati possono agire in giudizio chiedendo la cessazione e la rimozione degli effetti.

L'eventuale inadempimento di cui ai primi due commi dell'art. 47, causa incertezze sulla validità del negozio traslativo. Sul punto giurisprudenza e dottrina hanno aperto due tesi tra loro contrastanti.

La prima ritiene la procedura di informativa sindacale presupposto di legittimità del trasferimento, la cui violazione renderebbe nullo l'atto di trasferimento dell'azienda.

La seconda tesi, che ha trovato maggiori consensi in giurisprudenza, ritiene che la violazione degli obblighi informativi non pregiudica la validità della cessione ma si rivale sul passaggio della titolarità dei rapporti di lavoro, rimanendo in sospeso fino al momento in cui si risolve il vizio procedurale.

Esprimendosi sull'inadempimento degli obblighi di informazione sindacale, la Suprema Corte ha affermato che l'inadempimento di cui ai commi nn. 1 e 2 costituisce un comportamento che va a violare una posizione meritevole di una tutela giuridica, quale il sindacato. Questo è l'organo coinvolto, assieme ad acquirente e cessionario, nelle fasi di consultazioni sindacali che hanno per oggetto le conseguenze che derivano dal trasferimento del complesso aziendale e non il trasferimento aziendale quale negozio giuridico in sé. Va pertanto escluso che il rispetto di queste procedure assicuri presupposto di legittimità del negozio traslativo ¹⁰².

Fatta chiarezza sul punto si può conclusivamente affermare che il mancato coinvolgimento del sindacato rileva soltanto per l'antisindacalità della condotta, senza intaccare la validità del negozio traslativo che rimane valido e compie tutti i suoi effetti. Allo stesso tempo rimane inefficace sotto il profilo dei rapporti di lavoro, fino a quando i soggetti interessati non abbiano completato in modo corretto la procedura. La legittimazione ad agire in quel caso spetta ai sindacati che si muovono per far rimuovere gli effetti dei comportamenti secondo le disposizioni dell'art. 28 statuto dei lavoratori, come si è visto in precedenza ¹⁰³.

¹⁰² Se infatti le procedure sindacali non hanno ad oggetto il negozio di trasferimento della compagine aziendale, ma le conseguenze che ne derivano, e cioè a suo dire, i provvedimenti che l'alienante e l'acquirente hanno in animo di adottare successivamente ed in conseguenza del trasferimento, saranno caso mai questi ultimi ad essere interessati dal mancato adempimento degli obblighi imposti dalla legge e non mai il negozio di alienazione dell'azienda. Cass. Civ., sez. lav., 4 gennaio 2000, n. 23 in A. e D. Corrado, *Le conseguenze del mancato o non corretto svolgimento della procedura*, Crisi d'impresa e rapporti di lavoro, Giuffrè editore, 2016, pg. 203 e ss.

¹⁰³ A. e D. Corrado, *Le conseguenze del mancato o non corretto svolgimento della procedura*, Crisi d'impresa e rapporti di lavoro, Giuffrè editore, 2016, pg. 203 e ss.

Capitolo 3. Il Trasferimento delle aziende in crisi e deroghe all'articolo 2112 c.c.

SOMMARIO: 3.1 Il trasferimento d'azienda quale strumento per superare la crisi d'impresa - 3.2 Breve excursus normativo sulle deroghe all'articolo 2112. Il punto sulla normativa nazionale e comunitaria - 3.2.1 Le deroghe ante legge n. 29 dicembre 1990, n. 428. - 3.2.2. La legge n. 428/1990 e direttiva 77/187. - 3.2.3. Le direttive n. 98/50/Ce e n. 2001/23/CE. - 3.2.4. La sentenza di condanna C-561/2007 dell'11 giugno 2009 - 3.3. Le modifiche all'art. 47 l. n. 428/1990: i nuovi commi 4-bis e 5 - 3.3.1. Il comma 4-bis. - 3.3.2. Il comma 5 - 3.4. La convivenza giuridica tra l'art. 47 l. n. 428/1990 e l'art. 2112 c.c. - 3.5. Il trasferimento delle aziende in crisi: l'affitto esofallimentare.

3.1 Il trasferimento d'azienda quale strumento per superare la crisi d'impresa

A partire dagli anni ottanta i processi di esternalizzazione dell'impresa sono diventati una costante nelle strategie imprenditoriali, soprattutto per consentire una gestione più flessibile dell'assetto produttivo delle imprese¹⁰⁴. Grazie a tali processi si riescono a distribuire i rischi derivanti dalle situazioni economiche imprevedibili, si riducono gli investimenti alle imprese indirizzandoli verso attività di base ed infine si migliorano i processi di crescita¹⁰⁵.

Quando il trasferimento d'azienda riguarda imprese in crisi o in stato di insolvenza, l'attenzione si sposta dalla tutela del singolo rapporto di lavoro a quella dei lavoratori nella loro collettività, puntando al mantenimento dei livelli occupazionali. Il legislatore tende sempre a favorire il passaggio da una impresa in dissesto ad una realtà che è in grado di risollevarne le sorti, a discapito di alcuni dei diritti garantiti ai dipendenti¹⁰⁶.

Il trasferimento d'azienda oggi è visto come l'ipotesi di sopravvivenza più diffusa tra quelle previste per superare le situazioni di crisi d'impresa. Come si è visto nel capitolo precedente, le tutele lavoristiche previste da questa soluzione coinvolgono tutte le ipotesi di operazioni

¹⁰⁴ Mariucci, *Le fonti del diritto del lavoro*, Torino, Giappichelli Editore, 2003, pg. 52.

¹⁰⁵ De Luca Tamajo, *I processi di esternalizzazione*, Napoli, Esi, 2002.

¹⁰⁶ A. e D. Corrado, L'originario art. 47, comma 5, l. n. 428/1990 e la possibilità di derogare alle tutele

straordinarie in forza all'art. 2112 c.c.. Rileva come il soggetto subentrante nell'atto del trasferimento non possa liberarsi totalmente dai debiti dei lavoratori in forza al momento del trasferimento. In risposta a tale questione esiste una particolare disciplina dedicata alle crisi accertate che ha lo scopo di alleggerire gli oneri derivanti dalle tutele imposte dal legislatore. Questa disciplina si attua attraverso la possibilità di deroga generata da una condivisione sindacale obbligatoria e collettiva ¹⁰⁷.

Il legislatore fallimentare del '42 non aveva previsto alcuna disciplina sul tema. Una prima stesura normativa in tal senso ha avuto origine con l'articolo 47 della legge 29 dicembre 1990, che fissava la normativa relativa alla cessione di aziende in crisi o insolventi ai commi 5 e 6 della sua disposizione. Il testo di legge che invece regolava, e tutt'ora regola, il trasferimento d'aziende *in bonis* è l'articolo 2112 c.c.. Ciò che il legislatore ha disposto si è reso necessario poiché la disapplicazione delle garanzie ex art. 2112 c.c. non è automatica per effetto dell'articolo 47, della L.29 dicembre 1990, n. 428. Necessita infatti di due requisiti particolari: la sussistenza di uno stato di insolvenza o di grave crisi aziendale e il raggiungimento di un accordo sindacale trilaterale secondo la procedura prevista ai primi due commi dello stesso art. 47 ¹⁰⁸.

Pur caratterizzandosi i commi finali dell'articolo 47 rispetto all'articolo 2112 c.c. per la loro diversità di funzione e finalità, tra le due norme si viene a creare un certo rapporto di dipendenza.

L'articolo 47 rappresentava una normativa speciale che ha riconosciuto il trasferimento d'azienda o parti di essa come una strategia per superare la crisi, con il principale obiettivo di salvaguardare almeno in parte l'occupazione. Definire una disciplina che regoli il trasferimento dell'impresa in crisi è stata la principale volontà del legislatore poiché sperava permettesse di sacrificare parte degli interessi del singolo lavoratore a favore del cessionario, rispetto a quelli dei lavoratori intesi come collettività interessata al mantenimento dei livelli occupazionali.

In questo senso si mosse e, ancora oggi si muove, la ratio della disposizione derogatoria che si preoccupa di eliminare quei costi lavoristici che possono compromettere l'acquisto dell'azienda da parte del potenziale acquirente, pregiudicando la continuazione dell'attività

di cui all'articolo 2112 c.c., Crisi di impresa e rapporti di lavoro, Giuffrè Editore, 2016.

¹⁰⁷ Riccardo Giroto, *Gestire gli accordi in deroga per agevolare la resurrezione dell'azienda in crisi*, Il giurista del lavoro n. 5/15.

¹⁰⁸ G. P. Gogliettino, *Le vicende circolatorie delle imprese in crisi e insolventi: disciplina in deroga*, Imprese in crisi o insolventi, Milano, Giuffrè Editore, 2014.

economica e la sua vendibilità ¹⁰⁹.

Questa finalità ha trovato la sua corrispondenza nella recente riforma delle procedure concorsuali, che si è posta il problema di anteporre la necessità di conservare le componenti positive dell'impresa alla necessità dei singoli lavoratori di conservare e continuare con il rapporto di lavoro in essere, senza compromettere per altro la tutela del ceto creditorio. Ed è appunto per questa ragione che il diritto fallimentare, seppur con un certo ritardo rispetto al diritto del lavoro, considera la circolazione dell'azienda uno strumento privilegiato per superare la crisi e una leva strategica per perseguire gli obiettivi della procedura.

3.2 Breve excursus normativo sulle deroghe all'articolo 2112 c.c.. Il punto tra normativa nazionale e comunitaria

3.2.1 Deroghe ante legge 29 dicembre 1990, n. 428

Ciò che ha contraddistinto la disciplina derogatoria ante l. n. 428/90 è certamente la legislazione dell'emergenza. Questa si caratterizzò principalmente per preferire la salvaguardia dell'occupazione rispetto alla continuità dei singoli rapporti di lavoro. Era vista dalla dottrina più come un ammortizzatore sociale che una soluzione al risanamento dell'impresa e fu pertanto aspramente criticata ¹¹⁰.

Prima dell'entrata in vigore dell'articolo 47 della l. n. 428/1990, il legislatore attuò dei decreti in merito alla disposizione lavoristica dell'emergenza che consentirono di derogare, seppur parzialmente, all'articolo 2112 c.c.. Tra questi meritano particolare attenzione il D.L. 30 marzo 1978 n. 80 ¹¹¹ e il D.L. 9 dicembre 1986 n. 835 ¹¹².

Il primo prevedeva, a conseguenza dell'accertato stato di crisi aziendale da parte del CIPI e del raggiungimento di un accordo con i sindacati maggiormente rappresentativi, la possibile disapplicazione del primo comma del 2112 c.c. in caso di trasferimento d'azienda. Fissava il trasferimento come un efficace rimedio per il superamento della crisi aziendale.

Il secondo invece definiva le norme per le imprese in crisi sottoposte ad amministrazione

¹⁰⁹ V. G. Santoro Passarelli, *La disciplina nel rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda: evoluzione e prospettive*, in DL, 2003.

¹¹⁰ Maurizio Ricci, *Trasferimento d'azienda in crisi e rapporti di lavoro*, Trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro, Dialoghi tra Dottrina e Giurisprudenza, Vol. 2- luglio-dicembre, 2005, Dott. A. Giuffrè Editore..

¹¹¹ Convertito con modifica dalla l. 26 maggio 1978, n. 215.

¹¹² Convertito con modifica dalla l. 6 febbraio 1987, n. 19.

straordinaria ¹¹³. In quest'ultimo caso la disapplicazione dell'articolo 2112 c.c., rispetto alla continuità del rapporto di lavoro, riguardava solamente quei lavoratori esclusi dal passaggio all'acquirente e non anche coloro che di fatto passavano con la cessione, a patto che il subentrante si fosse obbligato alla continuazione dell'attività per almeno due anni dalla cessione e al mantenimento di precisi livelli occupazionali ¹¹⁴.

Il decreto legge dell'87 precedette solamente il comma 6 dell'articolo 47, l. n. 428/1990 che stabiliva come i lavoratori passati al cessionario in un momento successivo al trasferimento erano privati dalle tutele ex art. 2112 c.c.. Allo stesso tempo però specificava la disapplicazione delle garanzie in maniera totale, cosa che invece era carente nel decreto del 1987.

3.2.2 La legge n. 428/1990 e la Direttiva n. 77/187

La disposizione che fissò una prima normativa che limitò quell'ampio potere derogatorio, oltre che a superare le incoerenze del sistema normativo previgente era rappresentata, e ancora oggi lo è, dall'articolo 47 della legge 29 dicembre 1990, n. 428.

Grazie a questa legge si individuarono in maniera chiara e tassativa le specifiche ipotesi derogatorie e le condizioni per la loro percorribilità. Attraverso queste deroghe si poteva infatti giustificare il sacrificio delle garanzie individuali, fissate dalla normativa generale in materia di trasferimento d'azienda ¹¹⁵.

La legge n. 428 del 29 dicembre 1990, rappresenta una norma speciale rispetto all'articolo 2112 c.c.. La sua ratio mira ad agevolare la cessione dell'intero complesso aziendale oltre che il risanamento di imprese insolventi o in crisi, senza peraltro perdere di vista il mantenimento di un certo livello occupazionale ¹¹⁶.

La prima versione dell'articolo 47 stabiliva i requisiti da rispettare al fine di poter derogare all'articolo 2112 c.c., consentendo il trasferimento del complesso aziendale o di rami di esso

¹¹³ Maria Luisa Serrano, *Il trasferimento dell'azienda in crisi tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale: ultimo atto?*, Rivista giuridica del diritto del lavoro e della previdenza sociale.

¹¹⁴ In giurisprudenza non sono mancate pronunce che di fatto estesero la disapplicazione delle garanzie dell'articolo 2112 c.c.. Nota dell'autore Gian Piero Gogliettino, *Il trasferimento delle aziende in crisi o insolventi*, Giuffrè editore, 2014.

¹¹⁵ Gian Piero Gogliettino, *Le vicende circolatorie delle imprese in crisi e insolventi: disciplina in deroga*, Il trasferimento delle aziende in crisi o insolventi, Giuffrè Editore, 2014.

¹¹⁶ Alberto Pizzoferrato, *Il trasferimento d'azienda nelle imprese in crisi*, Il trasferimento d'azienda, Quaderni del diritto del Lavoro e delle relazioni industriali, Utet, 2004.

¹¹⁷. I presupposti fissati dal legislatore d'un tempo al fine di poter attuare la deroga all'articolo del codice civile erano i seguenti:

- il trasferimento deve avere ad oggetto aziende delle quali il CIPI abbia accertato lo stato di crisi aziendale o imprese nei confronti delle quali vi sia stata dichiarazione di fallimento, omologazione di concordato preventivo, emanazione di liquidazione coatta amministrativa o di sottoposizione di amministrazione straordinaria;
- la continuazione dell'attività di impresa non dev'esser stata disposta o cessata;
- deve essere stipulato un contratto collettivo finalizzato al mantenimento anche parziale dell'occupazione;

Oltre al quinto comma, l'articolo 47, prevedeva nel suo testo originario un sesto comma. Questo stabiliva che i dipendenti, non passati alle dipendenze dell'acquirente nell'atto di trasferimento, godessero di un diritto di prelazione nelle assunzioni che il cessionario intendeva fare nell'arco dell'anno successivo a quello del trasferimento. Inoltre ribadiva per questi dipendenti, assunti in un periodo posteriore all'atto del trasferimento, che non andassero applicate le disposizioni di cui all'art. 2112 c.c. ¹¹⁸.

La prima cosa da sottolineare è come la sussistenza di tali elementi comporti la mancata applicazione dell'articolo 2112 c.c., ma non delle procedure di consultazione e informazione sindacale previste invece nei primi due commi della stessa legge n. 428/1990.

La seconda è che disponendo in questo modo il legislatore nazionale ha equiparato la

¹¹⁷ Prima versione dell'articolo 47, legge 29 dicembre 1990, n. 428, co. n. 5: *"Qualora il trasferimento riguardi aziende o unità produttive delle quali il CIPI abbia accertato lo stato di crisi aziendale a norma dell'articolo 2, comma 5, lettera c), della legge 12 agosto 1977, n. 675, o imprese nei confronti delle quali vi sia stata dichiarazione di fallimento, omologazione del concordato preventivo consistente nella cessione di 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 nel corso della consultazione di cui ai precedenti commi sia stato raggiunto un accordo circa il mantenimento anche parziale dell'occupazione, ai lavoratori il cui rapporto di lavoro continua con l'acquirente non trova applicazione l'articolo 2112 del c.c., salvo che dall'accordo risultino condizioni di miglior favore. Il predetto accordo può altresì prevedere che il trasferimento non riguardi il personale eccedente e che quest'ultimo continui a rimanere, in tutto o in parte, alle dipendenze dell'alienante"* in <http://www.di-elle.it/leggi-voce-menu/129-1-428-90-trasferimento-d-azienda>

¹¹⁸ Prima versione dell'articolo 47, legge 29 dicembre 1990, n. 428, co. n. 6: *"I lavoratori che non passano alle dipendenze dell'acquirente, dell'affittuario o del subentrante hanno diritto di precedenza nelle assunzioni che questi ultimi effettuino entro un anno dalla data del trasferimento, ovvero entro il periodo maggiore stabilito dagli accordi collettivi. Nei confronti dei lavoratori predetti, che vengano assunti dall'acquirente, dall'affittuario o dal subentrante in un momento successivo al trasferimento d'azienda, non trova applicazione l'articolo 2112 del codice civile"* in <http://www.di-elle.it/leggi->

situazione di crisi a quella di insolvenza. L'elenco delle imprese in crisi infatti appariva poco chiaro, in quanto non c'era omogeneità tra impresa dichiarata in crisi e quella soggetta a procedura concorsuale. La prima presenta un forte rischio per l'occupazione mentre la seconda ravvisa uno stato di insolvenza ¹¹⁹. Questo atteggiamento leggero da parte del legislatore nazionale ha posto non pochi dubbi di legittimità rispetto al diritto comunitario. La Corte di Giustizia si mosse in questo senso attraverso tre significative sentenze. Voleva verificare se la direttiva n. 77/187, che regolamentava il mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'impresе, potesse applicarsi anche ai casi di trasferimento d'azienda in crisi.

La prima in ordine cronologico è la sentenza Abels ¹²⁰, dove la corte di Lussemburgo ha avuto modo di ritenere non applicabile la direttiva, prevedendo la possibilità di deroga alla normativa che tutela i diritti dei lavoratori coinvolti in trasferimenti di imprese soggette a procedure concorsuali. La corte è giunta a tali conclusioni basandosi su due importanti ragioni. La prima riguarda l'interpretazione letterale del testo di legge, che non menziona le procedure concorsuali tra i presupposti per poter applicare la direttiva. La seconda vuole evitare che lo scopo della direttiva sia distratto dall'applicazione delle norme nel caso di trasferimenti riguardati imprese soggette a procedure fallimentari ¹²¹.

La seconda è la sentenza D'Urso ¹²². In questo caso la Corte di Giustizia ha affermato la possibilità di applicare la direttiva n. 77/187 nel caso in cui sia disposta la continuazione dell'attività produttiva nell'ambito di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza. Nella specifica ipotesi della continuazione, poiché l'obiettivo principe del legislatore è quello di restituire all'impresa un equilibrio che gli garantisca un'attività futura, non si poteva giustificare la totale disapplicazione della direttiva. Viceversa qualora non fosse stata disposta la continuazione dell'attività produttiva, poteva invece trovare accoglimento il sacrificio dei diritti individuali apprestati dalla norma comunitaria ¹²³.

voce-menu/129-1-428-90-trasferimento-d-azienda.

¹¹⁹ Maurizio Ricci, *Trasferimento d'azienda in crisi e rapporti di lavoro*, Trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro, Dialoghi tra Dottrina e Giurisprudenza, Vol. 2- luglio-dicembre, 2005, Dott. A. Giuffrè Editore.

¹²⁰ Corte di Giustizia, sentenza 7 febbraio 1985, causa C-135/83, Abels.

¹²¹ A. e D. Corrado, *La compatibilità dell'art. 47, co. n. 5, l. n. 428/1990 con il diritto comunitario alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia*, Crisi d'impresa e rapporti di lavoro, Giuffrè Editore, 2016.

¹²² Corte di Giustizia, sentenza 25 luglio 1991, causa C-362, D'Urso.

¹²³ Gian Piero Gogliettino, *Le vicende circolatorie delle imprese in crisi e insolventi: disciplina in deroga*, Il trasferimento delle aziende in crisi o insolventi, Giuffrè Editore, 2014.

Infine la terza sentenza significativa è quella riferita al caso Spano ¹²⁴. In questa sentenza la Corte di Giustizia ribadisce che la continuazione dell'attività è il presupposto per l'applicazione della direttiva. Inoltre si è posta il problema sulla conformità dell'art. 47, co. n. 5, l. n. 428/1990 alla direttiva n. 77/187, relativamente al trasferimento di imprese dove lo stato di crisi è accertato. Sul punto si è rilevata la non conformità della normativa italiana, in quanto la finalità della procedura in questa ipotesi risiede nel risanamento della situazione economico finanziaria e nella continuazione dell'attività.

La Corte, nell'affrontare questa problematica, ebbe modo di precisare che, contrariamente a quanto accade con il fallimento, il procedimento di accertamento dello stato di crisi è volto a consentire il risanamento della situazione economico finanziaria dell'impresa e mira soprattutto al mantenimento dell'attività d'impresa. Stabili quindi che tale direttiva andasse applicata ugualmente. Al contrario la continuazione dell'attività risulta irrilevante per le aziende assoggettate a una delle procedure concorsuali, in quanto esse mirano sempre a finalità liquidatorie.

In sostanza la Corte di Giustizia ha voluto tracciare le linee guida da seguire al fine di poter derogare all'articolo 2112 c.c.. Per la corte è risultato non essere determinante l'elemento della continuazione o meno dell'esercizio dell'impresa quando si tratta di procedure concorsuali, così come è irrilevante la cessazione o la sospensione dell'attività nel corso di procedure che non puntano alla disgregazione del patrimonio. Per quei casi in cui la situazione economica di impresa risulta essere irreversibile si è disposto la disapplicazione della direttiva. Per quei casi in cui si punta al risanamento aziendale e al riequilibrio economico si è disposto l'inclusione dell'applicazione della direttiva. Nulla rileva pertanto sull'eventuale sospensione o interruzione dell'attività economica ¹²⁵.

Lo scopo che il legislatore puntava a perseguire è salvare il complesso aziendale piuttosto che liquidarlo. All'atto pratico della sentenza sopra citata, emerse un unico principio fondamentale: ciò che effettivamente contava era la finalità della procedura. In definitiva si stabilì quindi che il criterio che andava seguito era rappresentato dall'obiettivo perseguito dal procedimento.

Da qui nacque un contrasto tra la normativa italiana e quella comunitaria. Sul punto si suddivisero in dottrina due correnti di pensiero. Uno sosteneva che la direttiva n. 77/187 dovesse prevalere sulla l. n. 428/1990, obbligando il giudice interno a disapplicare la

¹²⁴ Corte di giustizia, sentenza 7 dicembre 1995, causa C-472/93, Spano.

¹²⁵ Maurizio Ricci, *Trasferimento d'azienda in crisi e rapporti di lavoro*, Trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro, Dialoghi tra Dottrina e Giurisprudenza, Vol. 2- luglio-dicembre, 2005,

normativa nazionale. L'altro considerava la direttiva direttamente inefficace nei rapporti tra privati ¹²⁶.

Sulla scorta di tali considerazioni, la Corte di giustizia ha sostenuto che l'obiettivo economico-sociale perseguito dal procedimento di trasferimento delle aziende in crisi non può giustificare il fatto che i suoi lavoratori vengano privati dei diritti che la direttiva fornisce loro. In questo modo ha quindi censurato la normativa italiana ¹²⁷.

3.2.3 Le direttive n. 98/50/CE e n. 2001/23/CE

Il conflitto tra il livello normativo europeo e quello italiano nasce pertanto già rispetto alla normativa 77/187, poiché la norma italiana consentiva indistintamente la disapplicazione dell'articolo 2112 c.c., sia nel caso di crisi aziendale che in situazione di insolvenza, a prescindere dalla finalità di ciascuna procedura. La direttiva n. 77/187 ha di fatto reso ininfluenza, ai fini dell'operatività o meno delle deroghe alle tutele individuali, l'elemento della prosecuzione dell'attività.

Con la direttiva del 29 giugno 1998, n. 50, il Consiglio Europeo, modificando la precedente n. 77/187, per poi essere abrogata e trasfusa nella direttiva n. 2001/23/CE del marzo 2001, regolamentò espressamente le fattispecie in deroga. Inizialmente si pensava che con l'entrata in vigore della direttiva 98/50 il contrasto tra i due distinti ordinamenti sarebbe stato superato. In realtà, in direzione della condanna europea del 2009 di non conformità della norma italiana rispetto a quella comunitaria, tutto ciò non fu risolto. Al contrario il comportamento dell'Italia è stato oggetto di censura da parte della commissione europea, che però non riuscì a sfociare in una corrispondente condanna della Corte di Giustizia, dichiarando irricevibile il ricorso presentato dalla stessa Commissione per via di un vizio procedurale ¹²⁸.

Diventa a questo punto fondamentale analizzare, comparandole con il diritto interno, quelle che sono le ipotesi in deroga contenute dalla normativa sovranazionale e più precisamente nell'articolo 4-bis della direttiva n. 98/50, poi trasposte, come detto in precedenza,

Dott. A. Giuffrè Editore.

¹²⁶ A. e D. Corrado, *La compatibilità dell'art. 47, co. n. 5, l. n. 428/1990 con il diritto comunitario alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia*, Crisi d'impresa e rapporti di lavoro, Giuffrè Editore, 2016.

¹²⁷ Maria Luisa Serrano, *Opinioni a Confronto, Il trasferimento dell'azienda in crisi tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale: ultimo atto?*, Rivista giuridica del diritto del lavoro e della previdenza sociale.

¹²⁸ Gian Piero Gogliettino *in riferimento a Corte di Giustizia Ue 5 giugno 2003, causa C-145/01, Il trasferimento delle aziende in crisi o insolventi*, Giuffrè Editore, 2014.

nell'articolo 5 della successiva direttiva n. 2001/23.

All'interno di un tale scenario l'articolo 4-bis, da un lato riprende i concetti di procedura fallimentare, di procedura di insolvenza e di situazione di grave crisi economica aperta al controllo giudiziario; dall'altro allarga i confini di derogabilità ammettendo procedure non propriamente adatte alla liquidazione dei beni dell'azienda insolvente ¹²⁹.

Con la direttiva n. 2001/23/Ce sono state tracciate le linee guida che gli stati membri devono perseguire al fine di disapplicare le garanzie comunitarie poste a favore dei lavoratori dipendenti coinvolti nel processo di circolazione aziendale. In questo modo si consente un intervento sul piano delle tutele individuali ma non su quelle collettive, relative invece alle procedure di informazione e consultazione sindacale.

Gli effetti conseguenti la modifica della direttiva 98/50 hanno disegnato un sistema derogatorio che si sviluppa in tre distinte fattispecie. Queste modifiche consentono interventi in misura variabile sui diritti individuali dei lavoratori ¹³⁰. Nello specifico è stato disposto che le tutele individuali sono inapplicabili *tout court*, salvo che lo stato membro non disponga nel senso più favorevole ai lavoratori. Le ipotesi che consentono agli Stati Membri la possibilità di derogare agli art. 3 e 4 della direttiva 2001/23/Ce sono tre. Gli articoli 3 e 4 della direttiva non si applicano:

1. nel caso in cui il cedente è soggetto a fallimento o a procedure di insolvenza, aperte in vista della liquidazione dei beni del cedente, il cui procedimento si svolge sotto il controllo di un'autorità pubblica competente. Nei confronti di tali imprese la deroga rispetto alla tutela individuale è automatica ¹³¹;
2. quando il trasferimento riguarda imprese sottoposte a procedura di insolvenza, non necessariamente finalizzate alla liquidazione dei beni del cedente ¹³²;
3. ad imprese che presentano una situazione di grave crisi economica dichiarata da un'autorità pubblica competente e che siano aperte al controllo giudiziario. Per far sì che non venga applicata la direttiva inoltre è necessario che queste disposizioni siano

¹²⁹ Alberto Pizzoferrato, *Il trasferimento d'azienda nelle imprese in crisi, Il trasferimento d'azienda*, Quaderni del diritto del Lavoro e delle relazioni industriali, 2004, Utet.

¹³⁰ A. Pizzoferrato, *Il trasferimento d'azienda nelle imprese in crisi*, Il trasferimento d'azienda, Quaderni del diritto del Lavoro e delle relazioni industriali, 2004, Utet.

¹³¹ Ex art 4-bis, comma 1, art 5, n. 1, Direttiva n. 23/2001 in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:082:0016:0020:it:PDF>.

¹³² Ex articolo 4-bis comma 2, art 5, n. 2, Direttiva n. 23/2001 in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:082:0016:0020:it:PDF>.

vigenti alla data del 17 luglio 1998 ¹³³.

Alle imprese citate nell'ultimo punto, il legislatore nazionale ammette deroghe tassative che consentano al cessionario, al cedente e alle organizzazioni sindacali di stipulare un accordo collettivo che comporti modifiche alle condizioni di lavoro dei lavoratori, intese a salvaguardare le opportunità occupazionali garantendo la sopravvivenza dell'impresa, di stabilimenti o parti di essi ¹³⁴.

Per quanto riguarda invece le tutele collettive previste dalla direttiva si può affermare come queste vadano applicate sempre in caso di trasferimento d'azienda, indipendentemente dal fatto che il trasferimento abbia ad oggetto un'impresa fallita o sottoposta a procedura concorsuale ¹³⁵.

Con la direttiva in oggetto è possibile osservare quale sia l'intenzione del legislatore che consiste nel cercare di rendere quanto più conveniente possibile il subentro del cessionario in un'azienda insolvente, a prescindere dalla finalità liquidatoria della procedura, accordando alle parti coinvolte però meno opportunità di manovre in deroga.

La direttiva sembrava adattarsi alla normativa italiana, la quale consente, tramite accordo circa il mantenimento anche parziale dei lavoratori, la disapplicazione dell'articolo 2112 c.c. sia nelle ipotesi di procedure concorsuali liquidative (fallimento, omologazione di concordato preventivo e liquidazione coatta amministrativa), sia nei casi in cui viene accertato lo stato di crisi aziendale o lo stato di amministrazione straordinaria.

Premesso pertanto che la presenza o meno dell'elemento della continuazione dell'attività non aiuta a risolvere la questione, il legislatore ha ritenuto opportuno operare una distinzione tra procedure meramente liquidatorie e procedure con finalità di risanamento e di conservazione. Ne è risultato che se il trasferimento dell'azienda avviene in un contesto liquidatorio, allora troverà applicazione la fattispecie delle deroghe totali; viceversa, troveranno applicazione le deroghe parziali se il fenomeno circolatorio interesserà imprese assoggettate sia a una procedura priva del carattere liquidatorio, tale da rendere chiara la sua conservazione e il risanamento del complesso aziendale, sia a un procedimento rispetto al quale non è astrattamente individuabile l'esito, così da comprendere anche quelle procedure pre-

¹³³ Ex art 4-bis, comma 3, art. 5, n. 3, Direttiva n. 23/2001 in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:082:0016:0020:it:PDF>.

¹³⁴ Ex articolo 4-bis comma 2, art 5, n. 2 b), Direttiva n. 23/2001 in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:082:0016:0020:it:PDF>

¹³⁵ A. Pizzoferrato, *Il trasferimento d'azienda nelle imprese in crisi*, Il trasferimento d'azienda, Quaderni del diritto del lavoro e delle relazioni industriali.

fallimentari ¹³⁶.

Il quadro di riferimento apportato dal legislatore sembra essere piuttosto chiaro, nonostante un inciso che ha complicato anziché semplificare ¹³⁷. Questo trova ragione sia nella volontà di stabilire che esistono spazi derogatori anche in presenza di procedura di insolvenza sprovviste di finalità liquidatorie, sia per coprire quelle procedure pre-fallimentari in cui non è chiara la finalità liquidativa.

Per quanto concerne il meccanismo della continuazione del rapporto di lavoro, si è posta la domanda se i lavoratori che passano senza soluzione di continuità alle dipendenze del cessionario debbano essere preventivamente licenziati dal cedente. Nella norma non è stato evidenziato alcun obbligo in tal senso, per cui la cessazione del rapporto di lavoro e la successiva riassunzione del lavoratore trasferito si realizzano *ex lege*. Una volta eseguito il trasferimento secondo i termini fissati dall'accordo sindacale, non vi è nemmeno il problema del preavviso poiché non si tratta di licenziamento ¹³⁸.

I punti di contatto tra i due livelli normativi si ravvisano laddove la norma interna non solo rimanda ai primi commi dell'articolo 47, ma sancisce anche l'obbligo del raggiungimento di un accordo sindacale trilaterale, tra cedente, cessionario e organizzazioni sindacali dei lavoratori, apprestando così una normativa di vantaggio per i prestatori di lavoro subordinato, vista sempre con favore da qualunque ordinamento ¹³⁹.

Sulla questione della conformità tra la normativa italiana e quella europea sono state sviluppate in dottrina due diverse tesi.

La prima ritiene che la disposizione vada letta nel senso di consentire modifiche al trattamento economico e normativo dei lavoratori, senza peraltro garantirgli la continuità giuridica del rapporto di lavoro ¹⁴⁰. Il tutto è sostenuto in considerazione della ratio della

¹³⁶ V. Bellè, Il concordato preventivo; Pizzoferrato, il trasferimento delle imprese in crisi; Menghini. L'attenuazione delle tutele individuali dei lavoratori nel caso di trasferimento d'azienda in impresa in crisi o soggetta a procedure concorsuali dopo la direttiva 98/50 e il D.lgs. 270799; Nappi, Negozi traslativi dell'impresa e rapporti di lavoro in G.P. Gogliettino, *Le vicende circolatorie delle imprese in crisi e insolventi: disciplina in deroga*, Trasferimento d'impresa in crisi o insolventi, Dott. Giuffrè editore, 2014.

¹³⁷ "indipendentemente dal fatto che la procedura sia stata aperta in vista della liquidazione dei beni del cedente stesso"

¹³⁸ A. e D. Corrado, *I rapporti di lavoro nel fallimento*, Giappichelli, 2007, 242.

¹³⁹ Maurizio Ricci, *Il dibattito: Trasferimento d'azienda in crisi*, Trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro, Dialoghi tra Dottrina e Giurisprudenza, volume n. 2 luglio-dicembre 2004, Dott. A. Giuffrè editore.

¹⁴⁰ "Per modifiche al trattamento economico e normativo s'intende: azzeramento totale o parziale dei diritti di anzianità, inquadramenti professionali bassi, esonero per il cessionario della responsabilità per i crediti dei lavoratori che hanno prestato la loro attività precedentemente presso il cedente", in A. e D. Corrado, *La compatibilità dell'art. 47, co. n. 5, l. n. 428/1990 con il diritto comunitario alla*

direttiva comunitaria, che è quella di salvaguardare le opportunità occupazionali con la sopravvivenza dell'impresa. Infatti la disposizione comunitaria sembrava aver sanato il contrasto con la normativa italiana.

Diversa dottrina invece intende limitare la deroga unicamente al trattamento economico e normativo in precedenza acquisito dai singoli lavoratori presso il cedente. Non consente quindi alle parti sociali di intervenire sulla continuità dei rapporti di lavoro e sui livelli occupazionali che devono rimanere inalterati, in ragione del fatto che se il legislatore avesse inteso in questo senso avrebbe usato ad una terminologia più esplicita e chiarificatrice in tema di disapplicazione¹⁴¹. L'ordinamento italiano difatti sembrava non rispettare i limiti imposti dalla direttiva comunitaria. L'art. 47, co. n. 5, non si limitava a disapplicare la conservazione dei diritti spettanti ai lavoratori trasferiti (così come disponeva invece la direttiva) ma permetteva anche la disapplicazione della regola di continuità dei rapporti di lavoro. Di conseguenza le tutele individuali e collettive fissate dal legislatore europeo non coincidevano con quelle italiane¹⁴².

Alla luce dell'esposizione fatta sembra più plausibile la seconda tesi, così come dottrina e giurisprudenza hanno poi confermato. La scelta è giustificata dal fatto che, in maniera ancora più restrittiva, sia intervenuta di recente la Corte di Giustizia con la sentenza dell'11 giugno 2009, causa C-561/07. Attraverso questa sentenza l'Italia è stata condannata per essere venuta meno agli obblighi previsti dalla direttiva n. 2001/23 ed è stata fornita una definizione ad hoc delle "modifiche delle condizioni di lavoro" contenuto implicitamente nell'articolo 5, par. 3. I giudici della Corte hanno così stabilito che l'intervento derogatorio non può tuttavia compromettere la continuità giuridica del rapporto di lavoro¹⁴³.

luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia, Crisi d'impresa e rapporti di lavoro, Giuffrè Editore, 2016.

¹⁴¹ Maria Luisa Serrano, *Opinioni a Confronto, Il trasferimento dell'azienda in crisi tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale: ultimo atto?*, Rivista giuridica del diritto del lavoro e della previdenza sociale.

¹⁴² A. e D. Corrado, *La compatibilità dell'art. 47, co. n. 5, l. n. 428/1990 con il diritto comunitario alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia*, Crisi d'impresa e rapporti di lavoro, Giuffrè Editore, 2016.

¹⁴³ Gian Piero Gogliettino, *Le vicende circolatorie delle imprese in crisi ed insolventi: disciplina in deroga*, Il trasferimento delle aziende in crisi o insolventi, Giuffrè Editore, 2014.

3.2.4 La sentenza di condanna C-561/2007 dell'11 giugno 2009

In un contesto simile, con sentenza dell'11 giugno 2009, la Corte di Giustizia si è nuovamente pronunciata sulla non conformità esistente tra normativa comunitaria e normativa nazionale italiana, in tema di trasferimento d'azienda in crisi ¹⁴⁴.

La Corte di Giustizia Europea ha condannato la Repubblica italiana per aver mantenuto in vigore le disposizioni di cui all'articolo 47, commi 5 e 6 della l. n. 428/1990, che in caso di crisi aziendale accertata non garantiscono i diritti riconosciuti ai lavoratori dalla direttiva 2001/23.

La Corte ha deciso accogliendo il ricorso con cui la Commissione delle Comunità europee aveva obiettato la disapplicazione dell'art. 2112 c.c., prevista dall'art. 47, commi 5 e 6, della l. n. 428/1990, che non rispettava i diritti riconosciuti ai lavoratori dagli artt. 3 e 4 della direttiva 2001/23/CE, e che quindi lo Stato italiano era venuto meno agli obblighi derivanti dalla direttiva stessa. Tale norma secondo la Corte di Giustizia privava i lavoratori, delle garanzie previste dagli articoli 3 e 4 della Direttiva e non si limitava a una modifica delle sole condizioni di lavoro, così come autorizzata dall'art. 5, n. 3 della Direttiva stessa ¹⁴⁵.

Nel quadro della situazione esposta, al fine di attuare la pronuncia della Corte di Giustizia, il legislatore italiano è intervenuto sul testo dell'art. 47 l. n. 428/1990 con l'art. 19-quater del d.l. 25 settembre 2009, n. 135 ¹⁴⁶. Con questo articolo il legislatore ha voluto eliminare dal comma 5 dell'articolo il riferimento all'impresa dichiarata in crisi ai sensi dell'articolo 2 l. 675/77, e nel contempo ha introdotto nell'articolo un comma 4-bis dedicato appunto a tale fattispecie ¹⁴⁷.

Fatto questo breve excursus normativo, che ha portato al testo attualmente in vigore, risulta doveroso analizzare nel dettaglio le modifiche apportate ai due commi, constatando per altro che ulteriori modifiche all'art. 47 sono state apportate nel 2012 dall'art. 46-bis, comma 2, del D.L. 22 giugno 2012, n. 83 ¹⁴⁸.

¹⁴⁴ Maria Luisa Serrano, *Opinioni a Confronto, Il trasferimento dell'azienda in crisi tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale: ultimo atto?*, Rivista giuridica del diritto del lavoro e della previdenza sociale.

¹⁴⁵ Maurizio Ricci, *Il dibattito: Trasferimento d'azienda in crisi*, Trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro, Dialoghi tra Dottrina e Giurisprudenza, volume n. 2 luglio-dicembre 2004, Dott. A. Giuffrè editore.

¹⁴⁶ Convertito con modifiche in l. 20 novembre 2009, n. 166.

¹⁴⁷ Maria Luisa Serrano, *Opinioni a Confronto, Il trasferimento dell'azienda in crisi tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale: ultimo atto?*, Rivista giuridica del diritto del lavoro e della previdenza sociale.

¹⁴⁸ Convertito, con modifiche, nella Legge 7 agosto 2012, n. 134 recante "Misure urgenti per la

3.3. Le modifiche all'articolo 47 l. n. 428/1990: i nuovi commi 4-bis e

5

Quanto descritto nei paragrafi precedenti, consente ora di avere abbastanza elementi per esaminare la recente normativa in merito al trasferimento d'aziende in crisi. Nonostante tutt'ora non sia presente una conformità tra disposizione nazionale e disciplina comunitaria, la deroga ex art. 47, co. n. 5, ha continuato a sopravvivere.

Prima di procedere con la disamina delle modifiche apportate recentemente va evidenziata la differenza tra il concetto di disapplicazione e quello di flessibilizzazione, fattispecie che interessa le procedure di insolvenza con finalità conservativa. Si parla di disapplicazione quando non vengono applicate le tutele ex art. 2112 c.c.. Diversamente si definisce flessibilizzazione la procedura che consente alle tutele codicistiche di trovare applicazione, salvo poi limitarle secondo i termini dell'accordo sindacale.

Particolare attenzione va data al parere della dottrina che, quasi all'unanimità, ha posto ancora delle perplessità sul comma 4-bis recentemente riformulato. Sul punto si è espressa ritenendo la disciplina derogatoria per certi versi conforme alla normativa comunitaria, ma con riserva. Il legislatore nazionale infatti non definisce i confini entro i quali tali limitazioni rientrano nell'accordo sindacale. L'accordo non si limita infatti a prevedere solamente le modifiche alle condizioni di lavoro ma giunge fino a compromettere il principio di continuità dei rapporti di lavoro contenuto nel comma 1 dell'articolo 2112 c.c.. Si tratta dunque di un'interpretazione del legislatore italiano che, pur allineandosi letteralmente alle disposizioni contenute nella disposizione comunitaria, consente di intervenire sulle garanzie individuali, non rispettando i limiti posti sia dal legislatore sovranazionale che dai giudici europei con la sentenza di condanna del 2009¹⁴⁹. Inoltre ha notato come non sia stato risolto il problema della mancanza del controllo giudiziale continuativo richiesto dalla giurisprudenza comunitaria per attuare la deroga di cui all'art. 5 della direttiva 2001/23. Il procedimento di accertamento di crisi è rimasto di fatto inalterato con la modifica legislativa recentemente attuata.

Alla luce delle considerazioni esposte non è da escludersi pertanto un prossimo intervento normativo da parte della Corte di Giustizia in materia, che condanni nuovamente la norma

crescita del Paese” che ha aggiunto al comma 4-bis le lettere b-bis) e b-ter)¹⁴⁸.

¹⁴⁹ Maria Luisa Serrano, *Opinioni a Confronto, Il trasferimento dell'azienda in crisi tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale: ultimo atto?*, Rivista giuridica del diritto del lavoro e della previdenza sociale

italiana¹⁵⁰.

Fatte le giuste premesse risulta opportuno vedere nello specifico cosa stabilisce la norma derogatoria.

In merito all'articolo 47 della legge n. 428/1990 si è espresso anche il Ministero del Lavoro, il quale ha avuto modo di affrontare il tema degli accordi stipulati in deroga all'articolo 2112 c.c. con l'interpello n. 32 del 17 dicembre 2014.

Le garanzie contenute nell'articolo riguardano la continuazione del rapporto di lavoro, i diritti che ne derivano, e la responsabilità solidale tra cedente e cessionario per tutti i crediti che il lavoratore aveva al tempo del trasferimento. La possibilità concessa dal legislatore di intervenire sui diritti quesiti dei lavoratori rende più facile il trasferimento dell'azienda o di un suo ramo poiché permette di alleggerire notevolmente i costi legati all'avviamento per l'imprenditore subentrante.

L'analisi riguarda quei casi in cui lo stato di crisi dell'impresa non limita totalmente la continuazione dell'attività, puntando a salvaguardare almeno parzialmente i livelli occupazionali. Al fine di limitare gli effetti conservativi è possibile stipulare due diversi accordi:

- individuali, che vanno definiti e fatti sottoscrivere a ogni lavoratore per mezzo delle procedure ex artt. 410 - 411 c.p.c.. Il vantaggio è dato dall'immediato effetto dell'accordo. Il rischio invece è ricondotto al fatto che questo tipo di accordo potrebbe non essere condiviso da tutta l'azienda;
- collettivi, possibili nel rispetto di quanto previsto per le aziende in condizioni di crisi ex art. 47 co. nn. 4-bis e 5, l. 428/90. Il vantaggio è di avere una trattativa già condivisa con il sindacato, che coinvolge sia i lavoratori trasferiti che quelli non trasferiti.

L'art. 47 illustra la procedura obbligatoria che le aziende, coinvolte in un trasferimento d'azienda, devono seguire qualora la cedente occupi più di 15 lavoratori. Il campo di applicazione dell'art. 47 non si limita ai soli casi del fallimento, emerge infatti anche la necessità di accertare lo stato di crisi ai sensi dell'art. 2, co. 5, lett. c), l. n. 675/77, espressamente richiamata al co. 4-bis. Non dovrebbe quindi emergere nessun dubbio circa

¹⁵⁰ A. e D. Corrado, *La compatibilità dell'art. 47, co. n. 5, l. n. 428/1990 con il diritto comunitario alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia*, Crisi d'impresa e rapporti di lavoro, Giuffrè Editore, 2016.

l'applicabilità della deroga anche alle aziende in crisi, a patto che lo stato di crisi non sia autodeterminato e che siano preservati, almeno parziale, i livelli occupazionali ¹⁵¹.

3.3.1 Il comma 4-bis

Il primo percorso derogatorio in caso di trasferimento di aziende in crisi è contenuto nell'art. 47, comma 4-bis della Legge n. 428/1990 ¹⁵². Quest'articolo prevede che, attraverso un accordo circa il mantenimento anche parziale dell'occupazione, possano essere operate limitazioni alle previsioni di cui all'art. 2112 c.c. rispetto alle tutele individuali dei lavoratori.

Il comma 4 bis è applicabile alle imprese a cui sia stato accertato lo stato di crisi o alle quali sia stata disposta l'amministrazione straordinaria in caso di continuazione dell'attività o di una sua mancata cessazione. Oltre a questi il nuovo comma ha stabilito che l'articolo 2112 c.c. può subire delle limitazioni nella sua applicazione nei casi in cui sia disposta la dichiarazione di apertura del procedimento di concordato preventivo o di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti. Tutto ciò può disporsi salvo il raggiungimento di un accordo sindacale, ai sensi dell'articolo 47 comma 1 e 2 della legge n. 428/1990, che realizzi il mantenimento almeno parziale dell'occupazione ¹⁵³.

Così come per le aziende sottoposte ad amministrazione straordinaria anche per le aziende sottoposte alla procedura di concordato preventivo, la disciplina derogatoria è richiamata ugualmente sia al co. n. 4-bis che al co. n. 5. Questo in ragione del criterio di distinzione che la disciplina comunitaria ha fornito nel tempo. Da un lato si hanno aziende sottoposte a procedure aventi finalità liquidatorie, dall'altro si hanno aziende sottoposte a procedure che puntano al risanamento dell'attività aziendale e ad una sua continuazione. Di conseguenza

¹⁵¹ Riccardo Girotto, *Gestire gli accordi in deroga per agevolare la resurrezione dell'azienda in crisi*, Il giurista del lavoro n. 5/15.

¹⁵² Art. 47 co. n. 4-bis, l. n. 428/1990: *“Nel caso in cui sia stato raggiunto un accordo circa il mantenimento, anche parziale, dell'occupazione, l'articolo 2112 del codice civile 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'articolo 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 di concordato preventivo;

b-ter) per le quali vi sia stata l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti” in <https://francescocolaci.wordpress.com/2013/01/31/testo-vigente-art-47-legge-n-42890-relativo-trasferimento-azienda-dopo-legge-n-13412/>

¹⁵³ Andrea Allamprese, *Contratto collettivo ex. art 47, legge n. 428/1990, nel trasferimento di azienda in crisi*, Rivista giuridica del diritto del lavoro e della previdenza sociale, Saggi, Parte I, Dottrina.

trova applicazione il co. n. 4-bis per le aziende sottoposte a concordato preventivo dove sia disposta la continuità aziendale, viceversa, per le aziende sottoposte a concordato preventivo con finalità liquidatorie troverà applicazione il co. n. 5¹⁵⁴.

La legittima applicazione della disciplina derogatoria in caso di trasferimento d'azienda richiede, rispetto al concordato preventivo, che l'accordo sindacale si realizzi anche prima dell'omologa, ma comunque dopo l'avvenuta dichiarazione di apertura della procedura. Nel caso dell'accordo di ristrutturazione dei debiti invece, l'opzione derogatoria può essere attivata solo dopo l'atto di omologazione da parte del Tribunale, in quanto solo con il provvedimento di omologa viene soddisfatto il requisito del controllo giudiziario.

Circa il possibile contenuto della deroga all'art. 2112 c.c., la legge sostiene che l'accordo sindacale possa incidere solamente sulle modalità del rapporto di lavoro, non potendo in alcun modo intervenire per modificare l'applicazione delle tutele previste dall'art. 2112 c.c. ai primi due commi, quali la continuazione del rapporto di lavoro o il principio di solidarietà tra cedente e cessionario. Pronunciandosi sul tema dottrina e giurisprudenza hanno affermato che la disposizione in esame non si può estendere fino alla disapplicazione totale delle tutele, osservando come questo porterebbe a conflitti con la disciplina comunitaria. Una parte minoritaria della dottrina prevede però la possibilità di estendere le deroghe, consentendo il passaggio quantomeno parziale dei dipendenti nel trasferimento d'azienda¹⁵⁵.

3.3.2 Il comma 5

Il comma 5 riguarda invece il trasferimento delle imprese nei confronti delle quali vi sia stata dichiarazione di fallimento, concordato preventivo consistente nella cessione di beni, liquidazione coatta amministrativa e sottoposizione ad amministrazione straordinaria. Questo comma stabilisce che, nel caso in cui la continuazione dell'attività non sia stata disposta o sia cessata, l'articolo 2112 c.c. non vada applicato ai lavoratori il cui rapporto di lavoro continua con il cessionario, salvo che questo accordo non preveda condizioni di miglior favore. Inoltre prevede il raggiungimento di un accordo collettivo con il sindacato al fine di ottenere il mantenimento almeno parziale dell'occupazione.

Dal testo della disposizione si nota la caratteristica peculiare che, in presenza di procedure di

¹⁵⁴ A. e D. Corrado, *L'art. 47, co. n. 4-bis, l. n. 428/1990 e la flessibilizzazione delle tutele di cui all'art. 2112 c.c., Crisi di impresa e rapporti di lavoro*, Giuffrè Editore, 2016.

¹⁵⁵ A. e D. Corrado, *L'art. 47, co. n. 4-bis, l. n. 428/1990 e la flessibilizzazione delle tutele di cui all'art. 2112 c.c., Crisi di impresa e rapporti di lavoro*, Giuffrè Editore, 2016.

insolvenza con dichiarata finalità liquidatoria e di un accordo collettivo finalizzato al mantenimento anche parziale dei posti di lavoro, non trovano applicazione le garanzie individuali fissate dall'art. 2112 c.c.. Sul piano pratico, pertanto, sarà possibile evitare:

- la prosecuzione dei rapporti di lavoro presso il cessionario;
- l'applicazione del principio della responsabilità solidale tra cedente e cessionario rispetto agli obblighi derivanti dal rapporto di lavoro e preesistenti al trasferimento,
- l'obbligo per il cessionario di rispettare le condizioni di lavoro risultanti dai contratti collettivi applicati dal cedente fino alla loro scadenza.

L'accordo sindacale può, altresì, prevedere che il trasferimento non riguardi il personale eccedentario e che quest'ultimo continui a rimanere, in tutto o in parte, alle dipendenze del cedente.

Tale opzione derogatoria necessita della ricorrenza di due requisiti, quali lo stato di crisi o di insolvenza aziendale e il raggiungimento di un accordo trilaterale, da perfezionarsi secondo la procedura prevista dai primi due commi dell'articolo 47¹⁵⁶.

Per far sì quindi che il co. n. 5 dell'art. 47 venga applicato e che quindi si possa derogare all'art. 2112 c.c. bisogna che sussistano determinati requisiti. Il primo riguarda la continuazione dell'attività che non deve essere disposta o cessata. Mentre la continuazione dell'attività è ritenuta irrilevante per le procedure concorsuali di tipo liquidatorio, discorso diverso viene fatto per l'amministrazione straordinaria. Per quest'ultimo caso la condizione che l'attività cessi o non continui è obbligatoria.

Il secondo requisito attiene alle dimensioni dell'impresa poiché per esperire la procedura sindacale di cui ai primi due commi dell'art. 47 è necessario che l'impresa coinvolta nel trasferimento d'azienda abbia alle proprie dipendenze più di quindici dipendenti¹⁵⁷.

A tal proposito, parte della dottrina si è interrogata sulla possibile applicazione delle deroghe alle aziende che vantano alle proprie dipendenze meno di 15 lavoratori. Se da una parte la procedura sindacale è prevista espressamente per le operazioni che interessano aziende con più di 15 dipendenti, dall'altra non si può negare come le tutele dell'art. 2112 interessino indistintamente tutte le aziende e tutti i lavoratori interessati dal passaggio aziendale,

¹⁵⁶ Andrea Allamprese, *Contratto collettivo ex art 47, legge n. 428/1990, nel trasferimento di azienda in crisi*, Rivista giuridica del diritto del lavoro e della previdenza sociale, Saggi, Parte I, Dottrina.

¹⁵⁷ A. e D. Corrado, *L'art. 47, co. n. 4-bis, l. n. 428/1990 e la flessibilizzazione delle tutele di cui all'art. 2112 c.c.*, Crisi di impresa e rapporti di lavoro, Giuffrè Editore, 2016.

indipendentemente dal requisito occupazionale.

Di fronte a tale scenario, un'ipotesi di non applicazione finirebbe per discriminare i passaggi di aziende in crisi in cui i dipendenti sono meno di quindici. Tali aziende per altro risulterebbero vincolate dal rispetto delle tutele, salvo accordarsi direttamente con ogni lavoratore, limitandone quindi i possibili sbocchi a garanzia della continuità.

Un'interpretazione diversa da questa andrebbe a scontrarsi con l'art. 3 della Costituzione, in quanto i lavoratori occupati nelle imprese che non vantano almeno quindici dipendenti risulterebbero pregiudicati nella potenziale conservazione del proprio rapporto di lavoro, rendendo l'azienda meno appetibile a potenziali acquirenti poiché non gli è consentito di sgravarsi dai crediti totali e dai diritti acquisiti. La risposta al quesito può dirsi dunque affermativa ¹⁵⁸.

3.4 La convivenza giuridica tra l'articolo 47 l. n. 428/1990 e l'articolo 2112 c.c.

Le possibilità di poter derogare dall'art. 2112 c.c. sono rappresentate, come si è visto in precedenza, dai commi 4-bis e 5. Entrambi prevedono la stipula di un accordo collettivo dove il co. n. 4-bis consente di applicare la disciplina in deroga all'art. 2112 c.c. e il co. n. 5 consente di disapplicare l'articolo del codice civile ¹⁵⁹.

La differenza tra i due commi non è di poco conto. Tramite il co. n. 4-bis la deroga prevede una parziale disapplicazione o una gestione della tutela codicistica.

Per il comma 5 invece il discorso è diverso. Se si disapplica la tutela del codice civile trova applicazione l'art. 2558 c.c., secondo il quale l'acquirente subentra nei contratti stipulati per l'esercizio dell'azienda stessa che non abbiano carattere personale, così come si è già visto nel capitolo due. Rispetto all'art. 2112 c.c., l'articolo citato ammette pattuizioni in deroga anche in ordine ai diritti maturati dal lavoratore e non prevede l'illegittimità dei licenziamenti a conseguenza di trasferimenti d'azienda. L'ipotesi alla quale si ricorre più spesso per arrivare alla risoluzione del contratto è il licenziamento per motivi economici.

L'art. 2112 c.c. prevede poi, al comma 3, il mantenimento del contratto collettivo applicato

¹⁵⁸ Riccardo Giroto, *Gestire gli accordi in deroga per agevolare la resurrezione dell'azienda in crisi*, Il giurista del lavoro n. 5/15.

¹⁵⁹ Riccardo Giroto, *Gestire gli accordi in deroga per agevolare la resurrezione dell'azienda in crisi*, Il giurista del lavoro n. 5/15; *Tfr in cassa integrazione e deroghe all'art.2112 cod.civ.: chiarimenti per assistere la crisi d'impresa*, La circolare di lavoro e previdenza n.4 del 30 gennaio 2015.

all'azienda trasferita, salvo che l'azienda subentrante ne applichi uno diverso. Per la variazione del contratto collettivo non è necessario nessun accordo preventivo con il dipendente, né il rispetto della scadenza della contrattazione collettiva in essere.

Oltre alla variazione del contratto collettivo applicato, emerge spesso nelle aziende in crisi la necessità di disporre di altri diritti propri dei lavoratori. La tutela codicistica garantisce la continuità del rapporto, nonché la solidarietà tra cedente e cessionario relativamente ai crediti maturati dai lavoratori alla data del passaggio. A tal proposito nulla vieta di trovare accordi utili ad alleggerire il peso di rapporti di lavoro consolidati, salvo la piena disponibilità del lavoratore. La rinuncia totale o parziale a diritti dei lavoratori necessita di una trattativa con il sindacato lunga ed incerta nel risultato. Per contro, le deroghe o disapplicazioni collettive, permettono di comprimere i diritti citati, senza la necessità di accordi individuali con tutti i lavoratori.

Recentemente la Suprema Corte, con sentenza n. 23473/14, ha sancito come la variazione delle condizioni di lavoro per tutta la popolazione aziendale, in caso di azienda insolvente, sia legittimata dalla garanzia della conclusione di un accordo collettivo idoneo a costituire una norma derogatoria della fattispecie ¹⁶⁰. Questo aspetto offre una serie di vantaggi, tra i quali la velocità nella definizione del passaggio dei lavoratori. Trattare con i sindacati che rappresentano i lavoratori sicuramente restringe i tempi della trattativa rispetto a quando si tratta singolarmente con ogni lavoratore. In aggiunta va detto come l'accordo coinvolge tutti i lavoratori dell'azienda ¹⁶¹.

Le situazioni dichiarate e riconosciute da precisa disciplina derogatoria non presentano dubbi interpretativi, poiché sono dichiarate da un soggetto estraneo all'interesse aziendale. Le situazioni di crisi devono essere invece definite. Un soggetto infatti non può determinare in autonomia una situazione di crisi e sfruttare l'applicazione agevolata della legge. Sul punto si è mostrato concorde anche il Ministero del Lavoro disponendo due principi. Con il primo ha posto la necessità che la crisi debba essere certificata e non autodeterminata; con il secondo ha dichiarato sufficienti, per definire la crisi, le pronunce del Tribunale. Questa situazione da un lato può ritenersi condivisibile, dall'altro invece il richiamo dei testi applicabili non è così chiaro. Il Ministero infatti non distingue i due commi, tralasciando il fatto che solo il 4-bis richiama la crisi in senso generale, mentre il 5 elenca espressamente le ipotesi di disapplicazione dell'art. 2112 cod. civ..

¹⁶⁰ Cass. n.19282/11, n.5929/08.

¹⁶¹ Riccardo Giroto, *Gestire gli accordi in deroga per agevolare la resurrezione dell'azienda in crisi*, Il giurista del lavoro n. 5/15; *Tfr in cassa integrazione e deroghe all'art.2112 cod.civ.: chiarimenti per*

3.5 Il trasferimento delle aziende in crisi: l'affitto esofallimentare

Il trasferimento di aziende in difficoltà rappresenta sempre delle incognite per coloro che intendono proseguire con l'attività aziendale. I potenziali acquirenti difatti sono titubanti nel voler acquisire le aziende fortemente esposte.

Oltre che alla cessione di aziende in crisi, il legislatore nazionale ha proposto l'utilizzo di uno strumento quale l'affitto d'azienda. Il legislatore nazionale, per l'appunto, ha disposto una particolare disciplina per questa fattispecie, che regola sia gli effetti derivanti da una fase pre-concorsuale che quelli derivanti dalla fase successiva alla dichiarazione di fallimento. Per la prima fattispecie si parla di affitto esofallimentare. Per la seconda fattispecie si parla invece di affitto endofallimentare. Queste due particolari tematiche sono regolate dalla Legge Fallimentare rispettivamente all'articolo 79 e all'articolo 104-bis, come conseguenza della riforma fallimentare introdotta con il d.lgs. n. 5/2006.

Prima della citata riforma l'affitto endofallimentare era visto come una procedura gestionale legittima e praticabile dagli organi concorsuali; l'affitto esofallimentare, al contrario, era spesso ricondotto a finalità di pregiudizio e di vera e propria frode nei confronti del ceto creditorio ¹⁶². Il legislatore fallimentare con l'introduzione della riforma ha voluto incentivare l'utilizzo di tali strumenti, in quanto rivestono un'importanza fondamentale per salvaguardare le componenti economiche ed occupazionali delle imprese in stato di insolvenza ¹⁶³.

Vista la tematica trattata in questo capitolo si analizza in seguito la fattispecie relativa all'affitto esofallimentare, lasciando spazio all'affitto endofallimentare nel capitolo successivo.

Come si è visto in precedenza, l'imprenditore che versa in uno stato di crisi aziendale ricorre di buon grado all'utilizzo di questo tipo di contratto. Questo perché gli consente di dare in gestione la propria azienda ad una società affittuaria lasciando i debiti in capo alla società concedente, ma allo stesso tempo gli dà il diritto di poter rientrare in possesso dell'azienda nel momento in cui avviene la cessazione del contratto. Attraverso questa fattispecie si concede la possibilità all'imprenditore di affidare temporaneamente la propria attività, in vista di una

assistere la crisi d'impresa, La circolare di lavoro e previdenza n.4 del 30 gennaio 2015.

¹⁶² Riccardo Rossi, *L'affitto d'azienda stipulato prima della dichiarazione di fallimento*, Il diritto fallimentare e delle società commerciali, Rivista bimestrale di dottrina e giurisprudenza, Cedam, 2010, pg. 374.

¹⁶³ A. Corrado, *Continuazione dell'attività di impresa con l'affitto dell'azienda, l'introduzione di una disciplina concorsuale espressa in materia di affitto d'azienda: gli artt. 79 e 104-bis L.F.*, Crisi di impresa e rapporti di lavoro, Giuffrè editore, 2016.

proposta di concordato preventivo, di un accordo di ristrutturazione dei debiti *ex art.* 182-bis o di altre soluzioni la cui finalità è quella di ridurre il livello di indebitamento della società ¹⁶⁴. Inoltre può evitare che si blocchi l'attività d'impresa consentendo la soddisfazione del ceto creditorio ¹⁶⁵.

Ciò che contraddistingue l'affitto esofallimentare da quello endofallimentare è che il contratto di affitto di azienda è stato concluso dall'imprenditore che versa in uno stato di crisi aziendale, ma non è ancora stato dichiarato fallito. Se nell'ipotesi appena descritta sopraggiunge la sentenza dichiarativa di fallimento nei confronti del locatore che ha ceduto in affitto l'attività, entrano in gioco le disposizioni che il legislatore fallimentare ha fornito nel tentativo di disciplinare tali circostanze. In questa fattispecie si deve ricorrere agli artt. 72-83 della Legge Fallimentare ed in particolar modo all'articolo 79 della medesima. Gli articoli 72-83 L.F. regolano la disciplina dei contratti in corso di esecuzione, ovvero dei contratti non ancora del tutto eseguiti. In generale l'esecuzione dei contratti rimane sospesa almeno fino a quando il Curatore, con l'autorizzazione del Comitato dei Creditori, dichiara di subentrare nel contratto in luogo del fallito assumendosi tutti i relativi obblighi, oppure decide di sciogliersi dal medesimo. Tra i contratti la cui esecuzione non si sospende si trova appunto il contratto di affitto di azienda e il contratto di locazione di immobili ¹⁶⁶.

Il legislatore fallimentare ha omissis l'ambito di applicazione della norma. Non è chiaro infatti se la disposizione riguardi il fallimento del locatore oppure quello dell'affittuario o entrambi. Sul punto si sono espressi vari pareri in dottrina. Ne è conseguito che l'art. 79 L.F. vada applicato sia al fallimento del locatore che al fallimento dell'affittuario, con conseguente prosecuzione automatica del contratto di affitto di azienda in seguito della sentenza dichiarativa di fallimento ¹⁶⁷. La conclusione che è giunta dalla dottrina è giustificata dal fatto che il legislatore con la riforma ha voluto marcare la differenza esistente tra la disciplina del contratto d'affitto e quella sui contratti pendenti al momento del fallimento.

L'articolo 79 L.F. stabilisce che il contratto di affitto d'azienda continua anche con l'intervento del fallimento ed allo stesso tempo il Curatore vi subentra a condizione che il contratto sia pendente, opponibile alla procedura e valido. L'opponibilità del contratto alla procedura fallimentare è da ricondursi all'articolo 45 L.F. e stabilisce che si ritiene opponibile

¹⁶⁴ Paolo Meneghetti, *L'affitto d'azienda dribbla la crisi*, 27 ottobre 2014, www.ilssole24ore.it.

¹⁶⁵ Rag. Maria Teresa Bernardi, *Affitto e Cessione di azienda nel fallimento*, ODCEC Modena, 2016.

¹⁶⁶ A. e D. Corrado, *Continuazione dell'attività di impresa con l'affitto dell'azienda, Sull'ambito di applicazione della norma*, Crisi di impresa e rapporti di lavoro, Giuffrè Editore, 2016.

¹⁶⁷ A. e D. Corrado, *Continuazione dell'attività di impresa con l'affitto dell'azienda, Sull'ambito di applicazione della norma*, Crisi di impresa e rapporti di lavoro, Giuffrè Editore, 2016.

quell'atto scritto avente data certa anteriore al fallimento. Il curatore qualora verifichi che il contratto di affitto non rispetti le formalità di cui all'articolo 45 L.F. potrà avvalersi dei rimedi previsti anziché esercitare il recesso stabilito all'articolo 79 L.F..^{168 169}

Il contratto di affitto non si scioglie con il fallimento, ma consente al Curatore di subentrarvi e a ciascuna delle parti di recedere entro il termine perentorio di 60 giorni. La decorrenza del termine iniziale è rappresentata dalla data di pubblicazione della sentenza di fallimento, anche se per il contraente *in bonis* il termine decorre dall'iscrizione della sentenza nel registro delle imprese ai sensi dell'articolo 16 L.F., ultimo comma. La decisione di recedere dal contratto o subentrare al contratto di affitto in corso di esecuzione è un atto di straordinaria amministrazione e di conseguenza vincola il curatore all'autorizzazione del Comitato dei Creditori o del Giudice Delegato, a norma dell'articolo 35 della Legge Fallimentare¹⁷⁰.

Il recesso dal contratto è una clausola posta per poter valutare quale sia la soluzione migliore da adottare per la procedura.

In riferimento all'ipotesi di fallimento del locatore si valuta come il subentro del Curatore nel rapporto negoziale potrebbe rendere difficoltosa la liquidazione dell'azienda e allo stesso tempo impedisce di stipulare un nuovo contratto a condizioni magari più favorevoli. Inoltre la continuazione del contratto in capo al Curatore non è favorevole nel caso in cui il contratto è stato stipulato con un imprenditore che versava già in uno stato di crisi e che aveva deciso di affittare la sua azienda al solo scopo di distrarre i beni aziendali. Infine non può dirsi favorevole la continuazione nel caso in cui l'affittuario non garantisca l'adempimento degli obblighi contrattuali relativi al canone di locazione e alla conservazione del complesso aziendale.

Quanto invece al fallimento dell'affittuario, va valutato come il subentro nel contratto da parte del Curatore, nel caso in cui l'esercizio provvisorio non venga disposto, possa causare diversi problemi. Guardando il rovescio della medaglia la prosecuzione del contratto con il Curatore potrebbe essere insoddisfacente per il locatore. Quest'ultimo infatti per paura che la curatela non sia in grado di far fronte alle obbligazioni contrattuali può recedere sempre nei termini

¹⁶⁸ Art. 79 L.F.: *“Il fallimento non è causa di scioglimento del contratto di affitto d'azienda, d'azienda, ma entrambe le parti possono recedere entro sessanta giorni, corrispondendo alla controparte un equo indennizzo, che, nel dissenso tra le parti, è determinato dal giudice delegato, sentiti gli interessati. L'indennizzo dovuto dalla curatela è regolato dall'articolo 111, n. 1”* in Codice dell'udienza fallimentare, A. Caiafa, O. Dike, 2015.

¹⁶⁹ A. Corrado, *Continuazione dell'attività di impresa con l'affitto dell'azienda, Sull'ambito di applicazione della norma*, Crisi di impresa e rapporti di lavoro, Giuffrè editore, 2016.

¹⁷⁰ Riccardo Rossi, *L'affitto d'azienda stipulato prima della dichiarazione di fallimento*, Il diritto fallimentare e delle società commerciali, Rivista bimestrale di dottrina e giurisprudenza, Cedam, 2010, pg. 398 e ss.

stabiliti dalla legge ¹⁷¹.

La parte finale dell'articolo 79 L.F. stabilisce che, qualora si opti per la rescissione del contratto, alla controparte spetti un equo indennizzo che lo compensi del pregiudizio subito a causa della cessazione anticipata del rapporto. Se il compenso è disposto invece dalla curatela è regolato all'articolo 111, n. 1, L.F.. Nel caso in cui il recesso sia esercitato dall'affittante, il danno subito dalla controparte va ricondotto all'impossibilità di concludere il ciclo produttivo in corso e alla mancata percezione degli utili. Nel caso in cui il recesso venga esercitato dall'affittuario, il danno va ricondotto alla mancata percezione dei canoni d'affitto per la controparte ma allo stesso tempo va compensato con la possibilità di rientrare in possesso dell'azienda nell'immediato.

L'indennizzo ha natura indennitaria e non risarcitoria. Rappresenta un diritto rinunciabile poiché è di fatto un diritto disponibile. Inoltre quest'ultimo va determinato con criteri equitativi e va concordato tra le parti. E' necessaria inoltre l'autorizzazione ex art. 35 L.F. per poterlo disporre e va classificato come un credito prededucibile.

La misura dello stesso non corrisponde all'effettivo pregiudizio derivante dal recesso ma viene determinato approssimativamente secondo le perdite che si presumono. Non sarà quindi mai pari all'ammontare delle sue perdite e dovrà essere tale da poter essere sostenibile dalla procedura concorsuale, in linea con le finalità, i limiti e le disponibilità economiche della stessa.

Ai fini della determinazione dell'indennizzo bisogna quindi prendere in considerazione il carattere indennitario della prestazione, il richiamo al concetto di equità e il ruolo ricoperto dal Giudice Delegato in caso di mancato accordo tra le parti. In quest'ultima ipotesi sarà il Giudice Delegato a stabilirne l'ammontare attraverso un decreto motivato che deriva da un procedimento camerale del contraddittorio tra gli interessati ¹⁷².

Il rapporto funzionale tra efficacia del recesso e pagamento dell'equo indennizzo può assumere diverse configurazioni a seconda di chi eserciti il diritto di recesso. In caso di fallimento del locatore e qualora a recedere sia la curatela va privilegiato l'interesse della massa. Il recesso sarà immediatamente efficace anche nel caso in cui il pagamento

¹⁷¹ Riccardo Rossi, *L'affitto d'azienda stipulato prima della dichiarazione di fallimento*, Il diritto fallimentare e delle società commerciali, Rivista bimestrale di dottrina e giurisprudenza, Cedam, 2010, pg. 398 e ss.; A. Corrado, *Continuazione dell'attività di impresa con l'affitto dell'azienda*, Sulla natura del termine di cui all'articolo 79 l.f., Crisi di impresa e rapporti di lavoro, Giuffrè editore, 2016.

¹⁷² A. Corrado, *Continuazione dell'attività di impresa con l'affitto dell'azienda*, Sulla natura ed i criteri di determinazione dell'equo indennizzo, Crisi di impresa e rapporti di lavoro, Giuffrè editore, 2016.

dell'indennizzo alla controparte in bonis sia impedito a causa di disponibilità monetarie della procedura insufficienti. Viceversa, nell'ipotesi di fallimento del conduttore, il recesso esercitato dal locatore potrebbe entrare in conflitto con l'interesse della procedura a proseguire l'attività aziendale. Ne consegue che la curatela potrà trattenere e gestire l'azienda nell'ambito della massa fino a quando non sarà accertato il pagamento dell'indennizzo ¹⁷³.

A differenza dell'affitto endofallimentare, questa fattispecie non prevede l'esclusione, per la procedura fallimentare, dalla responsabilità per i debiti maturati sino alla retrocessione, non consentendo quindi di derogare gli art. 2112 e 2560 c.c..

Quando interviene il fallimento, l'azienda sottoposta al contratto di affitto esofallimentare si dice venga sottoposta ad un processo cosiddetto retrocessione d'azienda. La fattispecie in esame rileva allo scopo di stabilire in che misura gli effetti economici e giuridici dell'attività dell'affittuario ricadano sul fallimento. In generale per i debiti contratti dallo stesso nel corso dell'esercizio dell'impresa, la responsabilità solidale del concedente per questi viene esclusa. Lo stesso non si può dire per i debiti da lavoro dipendente. Secondo l'orientamento maggioritario della dottrina infatti si è stabilito che venga disposta la prosecuzione di tali contratti ancora in vigore al momento della retrocessione e l'accollo di tutti i debiti non pagati dall'affittuario durante lo svolgimento del contratto. Il fallimento potrà attivare, subentrando nei rapporti di lavoro dipendente e nel rispetto delle procedure e delle tutele derivanti dalle dimensioni aziendali, tutti i rimedi consentiti dall'ordinamento. L'obiettivo è ricondotto al fine di evitare o limitare il relativo onere economico: dalla integrazione salariale straordinaria, alla collocazione in mobilità del personale eccedente la potenzialità produttiva del complesso aziendale, fino alla soluzione estrema del licenziamento. Ferma restando, la possibilità data alla procedura di stipulare un nuovo contratto di affitto con un diverso imprenditore ai sensi dell'articolo 104-bis L.F., per salvaguardare in tutto o in parte i livelli occupazionali ¹⁷⁴.

Lo strumento della retrocessione dell'azienda prevede infine l'applicazione dell'articolo 2558 c.c. per i contratti in corso di esecuzione non aventi carattere personale e stipulati tra l'affittuario e l'imprenditore *in bonis* prima del fallimento. La regola del subentro automatico imposta dall'articolo del codice civile, deve ritenersi valida a condizione che il contratto pendente non ecceda la potenzialità produttiva dell'azienda e nemmeno gli eventuali limiti

¹⁷³ Riccardo Rossi, *L'affitto d'azienda stipulato prima della dichiarazione di fallimento*, Il diritto fallimentare e delle società commerciali, Rivista bimestrale di dottrina e giurisprudenza, Cedam, 2010, pg. 408 e ss.

¹⁷⁴ Riccardo Rossi, *L'affitto d'azienda stipulato prima della dichiarazione di fallimento*, Il diritto fallimentare e delle società commerciali, Rivista bimestrale di dottrina e giurisprudenza, Cedam, 2010, pg. 424 e ss.

stabiliti dalle parti.

I limiti imposti all'affittuario per la gestione dell'attività presa in affitto vengono imposti principalmente per garantire al concedente l'utilizzo immediato ed indefinito della sua attività d'impresa e per facilitare il compito della procedura fallimentare, che deve realizzare il valore dell'attività nel più breve tempo possibile, nel caso in cui ci sia retrocessione dell'azienda. Se l'assetto aziendale è rimasto immutato al momento della retrocessione non si applica l'automatica prosecuzione dei contratti pendenti nei confronti della procedura. Al contrario rileverà nel caso in cui ci siano gravi alterazioni strutturali dell'impresa, consentendo al Curatore di poter recedere dal contratto e esercitare quanto disposto agli artt. 1467 e 1618 c.c.

¹⁷⁵.

¹⁷⁵ Riccardo Rossi, *L'affitto d'azienda stipulato prima della dichiarazione di fallimento*, Il diritto fallimentare e delle società commerciali, Rivista bimestrale di dottrina e giurisprudenza, Cedam, 2010, pg. 430 e ss.

Capitolo 4. Il trasferimento d'azienda nelle procedure concorsuali

SOMMARIO: 4.1 I presupposti del fallimento. - 4.2 Il programma di liquidazione. - 4.3 L'esercizio provvisorio dell'impresa. - 4.4 L'affitto d'azienda nelle procedure concorsuali: l'affitto endofallimentare - 4.5 Vendita dell'intero complesso aziendale o di singoli rami nelle procedure concorsuali.

4.1 I presupposti del fallimento

Nei capitoli precedenti si è visto come avviene il trasferimento delle aziende *in bonis* e si sono analizzati gli aspetti principali delle diverse tipologie di trasferimento. Si è fatto un *excursus* normativo sulle garanzie apprestate ai lavoratori interessati al trasferimento. Inoltre si è studiato in quali modi è possibile derogare da queste, consentendo all'acquirente di utilizzare lo strumento del trasferimento d'azienda senza costi eccessivi. Si è visto poi cosa succede nel caso in cui ci sia trasferimento tra aziende in crisi e quale è l'atteggiamento assunto dal legislatore sul tema. In particolar modo ci si è soffermati sul caso dell'affitto d'azienda esofallimentare. La situazione riguarda il caso in cui il contratto d'affitto d'azienda è già stato stipulato e nel frattempo incorre la sentenza dichiarativa di fallimento. In questo capitolo, al contrario, si tratta il trasferimento d'azienda nel caso in cui il fallimento sia già sopravvenuto e quindi si analizzano gli strumenti giuridici che la procedura fallimentare può utilizzare allo scopo di salvaguardare il patrimonio aziendale senza peraltro compromettere gli interessi del ceto creditorio.

Prima di iniziare la disamina dei suddetti strumenti, va fatta chiarezza in merito alla differenza che sussiste tra impresa in crisi e impresa in stato di insolvenza. La crisi d'impresa in genere è correlata alla perdita di capacità reddituale.

Quando un imprenditore si trova in una situazione di squilibrio finanziario dove i costi sono superiori ai ricavi, questo può lo stesso far fronte alle proprie obbligazioni: attraverso il ricorso a risorse extra aziendali o sfruttando i mezzi propri non ancora compresi nelle perdite. In tal caso il problema ricade sull'imprenditore o sui suoi soci che possono liquidare l'impresa

o in alternativa tentare il recupero ¹⁷⁶. Non è detto quindi che tale situazione comporti la necessità di regolare la crisi con una procedura concorsuale. Al contrario, quest'ultima esigenza nasce nel momento in cui si verifica una situazione di insolvenza dove l'imprenditore mostra di non essere più in grado di far fronte alle proprie obbligazioni.

Si parte quindi dal concetto di crisi d'impresa per arrivare a quello di insolvenza, che è la forma di crisi più grave. Ciò che contraddistingue le due diverse situazioni è rappresentato dal concetto di stato di insolvenza. L'insolvenza è regolata dall'articolo 5 L.F. ¹⁷⁷, il quale la definisce come una situazione che si viene a creare quando l'imprenditore non è più in grado di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni e pertanto viene dichiarato fallito. Nell'articolo è ben marcato il concetto di "regolarmente" poiché stabilisce come l'imprenditore dovrebbe adempiere alle obbligazioni: con mezzi normali ed entro determinate scadenze.

La situazione d'insolvenza è vista come una situazione non transitoria ed irreversibile, dove non c'è liquidità. Può presentarsi quando si ha uno sbilanciamento tra attivo e passivo, ma questa non è sempre causa di insolvenza. Quando l'attivo è superiore al passivo e non si riesce a far fronte alle obbligazioni a causa di mancanza di liquidità si verifica stato d'insolvenza. Quando invece il passivo è superiore all'attivo non si presenta lo stato di insolvenza, salvo che questa situazione non sia per troppo tempo prolungata. La soluzione a questa affermazione va ricondotta alla situazione economica del soggetto che potrebbe avere delle liquidità che gli consentano di far fronte alle proprie obbligazioni ¹⁷⁸. La differenza tra stato di crisi e stato di insolvenza la fa pertanto la mancanza di liquidità.

Fatta chiarezza su tale aspetto è importante poi sottolineare quali sono i presupposti del fallimento. I presupposti del fallimento sono individuati all'articolo 1 della Legge Fallimentare. L'articolo stabilisce che sono soggetti al fallimento e al concordato preventivo gli imprenditori che esercitano attività commerciale, esclusi gli enti pubblici, specificando che non sono soggetti al fallimento coloro che dimostrano il possesso congiunto di tre requisiti particolari. Il soggetto per non essere dichiarato fallito deve: *"nei tre esercizi precedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento o di inizio dell'attività se di durata inferiore, avere:*

¹⁷⁶ Lino Guglielmucci, *Introduzione allo studio delle procedure concorsuali*, Diritto Fallimentare, settima edizione, G. Giappichelli Editore, 2015, pg. 1 e ss..

¹⁷⁷ Articolo 5 L.F., *"L'imprenditore che si trova in uno stato di insolvenza è dichiarato fallito. Lo stato d'insolvenza si manifesta con inadempimenti esteriori, i quali dimostrano che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni"* in Codice dell'udienza fallimentare, A. Caiafa, Oscar Dike, pg. 29.

¹⁷⁸ Lino Guglielmucci, *I presupposti del fallimento*, Diritto Fallimentare, settima edizione, G. Giappichelli Editore, 2015, pg. 30-35.

1. *un attivo patrimoniale complessivo annuo non superiore a 300.000 €;*
2. *ricavi lordi per un ammontare complessivo annuo non superiore a 200.00 €;*
3. *un ammontare di debiti anche non scaduti non superiore a 500.000 €”¹⁷⁹.*

Oltre a questi requisiti, va aggiunto quello previsto all'ultimo comma dell'art. 15 L.F.¹⁸⁰ che stabilisce la non assoggettabilità al fallimento per quei soggetti che hanno un ammontare di debiti scaduti e non pagati non superiore ai 30.000 €¹⁸¹.

Il fallimento viene dichiarato dal tribunale ai sensi dall'articolo 16 della L. Fall., attraverso la sentenza dichiarativa di fallimento. Questa sentenza produce i suoi effetti dalla data della sua pubblicazione. Contiene la nomina del Giudice Delegato alla procedura e del Curatore. Ordina al fallito il deposito delle scritture contabili e dei bilanci entro tre giorni. Stabilisce il luogo, il giorno e l'ora dell'adunanza in cui si procede all'esame di stato passivo. Infine assegna ai creditori e ai terzi il termine perentorio di trenta giorni per la domanda di insinuazione allo stato passivo della procedura.

Il Curatore è l'organo principale della procedura fallimentare e ad esso è affidata l'amministrazione del patrimonio fallimentare. Viene nominato nella sentenza dichiarativa di fallimento. Il suo ruolo è ben definito dall'articolo 31 L.F.. In particolare gli è riservato il compito di:

- conservare il patrimonio del fallito;
- recuperare la garanzia patrimoniale dei beni e diritti dei quali il fallito ha disposto anteriormente al fallimento;
- gestire la sorte dei contratti in corso, sfruttando l'azienda mediante un contratto di affitto o disponendo l'esercizio provvisorio;
- liquidare il patrimonio secondo le modalità e i tempi scelti da lui stesso.

Un tempo l'intera procedura era affidata al giudice delegato, ora è il Curatore che gode di una certa autonomia nel gestire la liquidazione del patrimonio, limitata però da disposizioni e da

¹⁷⁹ Art. 1 L.F., in Codice dell'udienza fallimentare, A. Caiafa, Oskar Dike, pg. 7.

¹⁸⁰ Art. 15 L.F., ultimo comma: *“non si è soggetti alla dichiarazione di fallimento se il totale dei debiti scaduti e non pagati, che derivano dagli atti dell'istruttoria prefallimentare, è inferiore a 30.000 €”*, in Codice dell'udienza fallimentare, A. Caiafa, Oscar Dike, pg. 66.

¹⁸¹ Lino Guglielmucci, *I presupposti del fallimento*, Diritto Fallimentare, settima edizione, G. Giappichelli Editore, 2015, pg.30-35.

controlli che il Giudice Delegato e il Comitato dei Creditori hanno il compito di fare. E' visto come l'organo motore e di impulso delle scelte; sostituisce con la nuova riforma il G.D. nella procedure di liquidazione ¹⁸². Può essere nominato solamente se possiede i requisiti stabiliti dall'articolo 28 L.F. ¹⁸³. Per compiere atti di straordinaria amministrazione deve chiedere sempre l'autorizzazione al Comitato dei Creditori e non può delegare le proprie funzioni. Infine si esprime attraverso il programma di liquidazione regolato dall'articolo 104-ter della Legge Fallimentare ¹⁸⁴.

4.2 Il programma di liquidazione

Come detto in precedenza al Curatore è affidato il compito di amministrare il patrimonio fallimentare al fine di ripartirlo ai vari creditori. A lui spetta il compito di inventariare, assieme al cancelliere e nel più breve tempo possibile, tutto ciò che può esser fatto rientrare nel fallimento e allo stesso tempo disporre il programma di liquidazione. Nel processo di inventariazione vanno compresi tutti quei beni trovati nei luoghi che appartengono al fallito, anche se di terzi. Dovranno infatti essere quest'ultimi a rivendicare la proprietà su tali beni, attraverso l'insinuazione allo stato passivo della procedura.

La disciplina della liquidazione dell'attivo è contenuta nel capo VI della Legge Fallimentare, negli artt. 104-109 della stessa. Questa è stata oggetto di diversi interventi quali d. lgs. n. 5 nel

¹⁸² Dario Finardi, *La nuova disciplina della liquidazione dell'attivo: in particolare sulle novità del cosiddetto correttivo 2007*, Il diritto fallimentare e delle società commerciali, volume 1, 2008, pg. 410.

¹⁸³ Art. 28 L.F.: “*Possono essere chiamati a svolgere le funzioni di curatore: a) avvocati, dottori commercialisti, ragionieri e ragionieri commercialisti; b) studi professionali associati o società tra professionisti, sempre che i soci delle stesse abbiano i requisiti professionali di cui alla lettera a). In tale caso, all'atto dell'accettazione dell'incarico, deve essere designata la persona fisica responsabile della procedura; c) coloro che abbiano svolto funzioni di amministrazione, direzione e controllo in società per azioni, dando prova di adeguate capacità imprenditoriali e purché non sia intervenuta nei loro confronti dichiarazione di fallimento. Non possono essere nominati curatore il coniuge, i parenti e gli affini entro il quarto grado del fallito, i creditori di questo e chi ha concorso al dissesto dell'impresa durante i due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento, nonché chiunque si trovi in conflitto di interessi con il fallimento.*”

Il curatore è nominato tenuto conto delle risultanze dei rapporti riepilogativi di cui all'articolo 33, quinto comma. È istituito presso il Ministero della giustizia un registro nazionale nel quale confluiscono i provvedimenti di nomina dei curatori, dei commissari giudiziali e dei liquidatori giudiziali. Nel registro vengono altresì annotati i provvedimenti di chiusura del fallimento e di omologazione del concordato, nonché l'ammontare dell'attivo e del passivo delle procedure chiuse. Il registro è tenuto con modalità informatiche ed è accessibile al pubblico” in Codice dell'udienza fallimentare, A. Caiafa, Oscar Dike, pg. 131 e ss.

¹⁸⁴ Lino Guglielmucci, *Gli organi preposti al fallimento: segue d) curatore*, Diritto Fallimentare, settima edizione, G. Giappichelli Editore, 2015, pg. 78-80; Stefania Pacchi, *La liquidazione dell'attivo con particolare riferimento all'azienda*, Il diritto fallimentare e delle società commerciali, 1/2016,

2006, d.lgs. n. 169 del 2007 ed infine il più recente d.l. n. 83 del 2015 ¹⁸⁵. Il programma di liquidazione è una delle novità più rilevanti della riforma apportata al diritto fallimentare. E' un atto che si dice essere tempestivo, in quanto redatto dal Curatore e approvato dal Comitato dei Creditori entro sessanta giorni dalla stesura dell'inventario e non oltre centottanta dalla sentenza dichiarativa di fallimento. La redazione del programma non viene disposta qualora vi sia una previsione di insufficiente realizzo ed inoltre la sua stesura non può essere delegata ad un terzo. Il programma, disciplinato dall'articolo 104-ter della Legge Fallimentare, deve contenere:

- la possibilità di poter disporre l'esercizio provvisorio dell'impresa o di singoli rami di questa ai sensi dell'articolo 104 L.F.;
- la possibilità di disporre l'affitto dell'azienda o di rami di essa ai terzi e ai sensi dell'articolo 104-bis;
- la sussistenza di proposte di concordato ed il loro contenuto;
- le azioni risarcitorie, recuperatorie e revocatorie che è possibile attuare;
- le possibilità di vendere il complesso aziendale per il suo complesso o in singoli rami, i beni o i rapporti giuridici individuabili in blocco, ai sensi dell'articolo 105 L.F.;
- le condizioni di vendita dei singoli cespiti;
- il termine entro cui sarà completata la liquidazione dell'attivo fallimentare che non può eccedere due anni dal deposito della sentenza dichiarativa di fallimento.

Il programma di liquidazione disposto dalla procedura deve essere finalizzato alla conservazione del valore dell'azienda. Il Curatore ha il compito di valutare pertanto la possibilità di disporre l'esercizio provvisorio, l'affitto o la cessione unitaria dell'azienda nel suo complesso o in singoli rami, e solo in difetto di tutto questo può procedere alla vendita dei singoli beni. Redatto il programma deve ottenere l'approvazione del Comitato dei Creditori che può proporre modifiche al programma presentato. Il comitato dovrà esprimersi entro quindici giorni dalla richiesta del parere oppure nei termini previsti dal Giudice Delegato. Ottenuta l'approvazione il programma va comunicato al Giudice Delegato che autorizza l'esecuzione dei relativi atti. L'approvazione vincola il Curatore in quanto potrà modificare il piano solamente per sopravvenute esigenze. Infine va ricordato come la procedura possa non

Cedam, pg. 10 e ss.

¹⁸⁵ Stefania Pacchi, *La liquidazione dell'attivo con particolare riferimento all'azienda*, Il diritto fallimentare e delle società commerciali, 1/2016, Cedam, pg. 1 e ss.

acquisire all'attivo fallimentare dei beni che sono ritenuti “*non convenienti*” sempre previo parere del Comitato dei Creditori ¹⁸⁶.

4.3 L'esercizio provvisorio dell'impresa

Con i nuovi articoli 104, 104-bis, 104-ter e 105 L.F. si giunge alla conclusione di un percorso legislativo segnato da interventi normativi occasionali che prima della riforma 2006 non avevano fornito una disciplina specifica e definitiva per le vicende circolatorie del complesso aziendale dell'impresa fallita, se non per quelle aziende cosiddette “rilevanti” ¹⁸⁷.

Tra questi, ai sensi dell'articolo 104 della Legge Fallimentare, c'è la possibilità per la procedura fallimentare di predisporre l'esercizio provvisorio dell'impresa. Questo istituto è stato oggetto di una riforma certosina che ne ha comportato la modifica nella destinazione e nell'utilizzo. Prima della riforma l'esercizio provvisorio dell'impresa era disciplinato dall'articolo 90 della L.F. e trovava scarsa applicazione: da un lato il curatore non era preparato per assumersi il compito di gestire un'intera impresa; dall'altro questo istituto era visto con molta diffidenza dall'autorità giudiziaria. Questo sia perché la continuazione dell'attività implicava un aggravamento del dissesto, sia perché i tempi per la liquidazione dell'attivo si allargavano notevolmente vista la necessità di mantenere l'integrità del complesso aziendale ¹⁸⁸.

Il tema della conservazione dell'azienda, oggi molto dibattuto, non rientrava nella disciplina del '42 perché c'era la convinzione di fondo che non potesse trovare spazio alcuna iniziativa di mantenere integro il complesso aziendale nella prospettiva di una cessione, senza necessariamente provvedere ad una sua disgregazione. L'istituto in passato trovò infatti scarsissima applicazione per il semplice fatto che non era ritenuto uno strumento di conservazione, ma veniva utilizzato per impedire il verificarsi di quel danno grave ed irreparabile che andava valutato tenendo presenti gli interessi dei creditori. Non è un caso difatti che l'affitto d'azienda, non previsto nella norma previgente, abbia trovato una propria ragion d'essere nel fatto che la continuazione temporanea presso un terzo poteva comportare

¹⁸⁶ Lino Guglielmucci, *Liquidazione dell'attivo, Il programma di liquidazione*, Diritto Fallimentare, settima edizione, G. Giappichelli Editore, 2015, pg. 232-235.

¹⁸⁷ A. e D. Corrado, *La continuità diretta: l'esercizio provvisorio nel fallimento*, Crisi d'impresa e rapporti di lavoro, Giuffrè Editore, 2016, cit. pg. 34.

¹⁸⁸ Emma Sabbatelli, *L'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento tra interessi concorsuali, interessi particolari dei creditori e interessi cosiddetti sociali*, Il diritto Fallimentare e delle società commerciali, Rivista bimestrale di dottrina e giurisprudenza, Cedam, marzo-aprile 2011, pg. 127-128.

una situazione molto più favorevole. La giurisprudenza osservò infatti che l'affitto dava luogo ad una forma non troppo diversa rispetto all'esercizio provvisorio, in quanto provvedeva alla conservazione del patrimonio del fallito diretta ad evitare la dispersione dei componenti dell'azienda. Il tutto favoriva una successiva vendita e offriva la possibilità di ottenere un maggior guadagno ¹⁸⁹.

Quindi nel corso degli anni si è progressivamente sviluppata la consapevolezza che all'impresa poteva essere riconosciuto un valore oggettivo e che la sua riallocazione sul mercato poteva offrire ai creditori concorsuali maggiori prospettive di soddisfacimento. Si è pertanto preferito fare ricorso all'affitto endofallimentare piuttosto che all'istituto espressamente disciplinato dal legislatore dell'esercizio provvisorio ¹⁹⁰.

Lo scopo del trasferimento d'azienda, o di suoi rami, è quello di evitare la cessazione dell'attività e la disgregazione del patrimonio. Le procedure concorsuali dopo la riforma sono state ridisegnate non in termini liquidatori e sanzionatori, ma come procedure conservative atte a preservare i mezzi organizzativi dell'impresa. La norma attuale, all'articolo 104 L.F. comma 1 ¹⁹¹, attribuisce al Tribunale la facoltà di disporre, con la sentenza dichiarativa di fallimento, l'esercizio provvisorio dell'azienda anche limitatamente a suoi rami specifici. Il provvedimento però può essere disposto solamente quando ricorrono due presupposti: che dall'interruzione dell'attività derivi un danno grave e che la prosecuzione della stessa non provochi pregiudizio ai creditori. In modo deciso viene rimarcato quindi il concetto che la continuazione dell'attività non può mai risolversi a svantaggio del ceto creditorio ¹⁹².

Il comma due dello stesso articolo considera la possibilità che l'esercizio provvisorio dell'impresa sia autorizzato successivamente alla dichiarazione di fallimento. Tale comma non implica però in quali circostanze si può autorizzare la prosecuzione dell'attività d'impresa. Il curatore propone l'iniziativa, facendo chiarezza in merito alla situazione

¹⁸⁹ Antonio Caiafa, *Esercizio provvisorio dell'impresa e contratti di lavoro*, Il diritto Fallimentare e delle società commerciali, Rivista bimestrale di dottrina e giurisprudenza, Cedam, 2008, cit. pg. 829.

¹⁹⁰ Emma Sabbatelli, *L'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento tra interessi concorsuali, interessi particolari dei creditori e interessi cosiddetti sociali*, Il diritto Fallimentare e delle società commerciali, Rivista bimestrale di dottrina e giurisprudenza, Cedam, marzo-aprile 2011, cit. pg. 128.

¹⁹¹ Articolo 104 L.F., co. n. 1: "Con la sentenza dichiarativa del fallimento, il tribunale può disporre l'esercizio provvisorio dell'impresa, anche limitatamente a specifici rami dell'azienda, se dalla interruzione può derivare un danno grave, purché non arrechi pregiudizio ai creditori. in Codice dell'udienza fallimentare", A. Caiafa, Oscar Dike, pg. 336 e ss.

¹⁹² A. e D. Corrado, *La continuità diretta: l'esercizio provvisorio nel fallimento*, Crisi d'impresa e rapporti di lavoro, Giuffrè Editore, 2016, cit. pg. 36. Emma Sabbatelli, *L'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento tra interessi concorsuali, interessi particolari dei creditori e interessi cosiddetti sociali*, Il diritto Fallimentare e delle società commerciali, Rivista bimestrale di dottrina e giurisprudenza, Cedam, marzo-aprile 2011, cit. pg. 132;

patrimoniale, finanziaria e gestionale del fallito. Il comitato dei creditori lo autorizza. Il Giudice delegato ne dà attuazione con decreto motivato. Su quest'ultimo punto, va riconosciuta la facoltà al Giudice Delegato di rigettare la proposta del Curatore qualora reputi inopportuna la sua disposizione. Il termine di durata dell'esercizio provvisorio disposto dal Giudice, a differenza di quello disposto dal Tribunale, è normalmente individuato dal Curatore ma non è detto che a disporlo non sia lo stesso Tribunale ¹⁹³.

Riassumendo brevemente si può affermare che l'esercizio provvisorio dell'azienda può essere disposto sia dal Tribunale attraverso sentenza dichiarativa di Fallimento, che dal Giudice Delegato su proposta del Curatore previo parere vincolante del Comitato dei Creditori. Nell'ipotesi in cui quest'ultimo parere sia negativo, G.D. e Curatore saranno vincolati a tale decisione. Nella prassi è il Giudice Delegato a disporre l'esercizio provvisorio.

L'intera gestione dell'attività d'impresa nell'istituto dell'esercizio provvisorio è affidata al Curatore. Quest'ultimo gestisce e amministra l'attività d'impresa ma la proprietà della stessa rimane in capo al fallito ¹⁹⁴.

Il terzo comma dell'art. 104 L.F. ¹⁹⁵ invita il Curatore a convocare il Comitato dei Creditori periodicamente al fine di informarlo sulla gestione dell'attività. Quest'ultimo, sulla scorta delle informazioni ricevute, decide se proseguire o meno con l'esercizio provvisorio dell'attività. In ogni caso è il Giudice Delegato che ne ordina o meno la cessazione ¹⁹⁶. Facoltà questa che spetta anche al Tribunale ¹⁹⁷. I crediti sorti nel corso del fallimento vanno riconosciuti come prededucibili ai sensi dell'articolo 111 c.c.. L'ultimo comma, infine, chiude l'articolo stabilendo che nel momento in cui cessa l'esercizio provvisorio vadano applicate le

¹⁹³ Emma Sabbatelli, *L'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento tra interessi concorsuali, interessi particolari dei creditori e interessi cosiddetti sociali*, Il diritto Fallimentare e delle società commerciali, Rivista bimestrale di dottrina e giurisprudenza, Cedam, marzo-aprile 2011, cit. pg. 136-137.

¹⁹⁴ A. e D. Corrado, *La gestione dell'impresa durante l'esercizio provvisorio*, Crisi d'impresa e rapporti di lavoro, Giuffrè Editore, 2016, cit. pg. 43.

¹⁹⁵ Art. 104 L.F., co. n. 3: *“durante l'esercizio provvisorio ogni tre mesi viene convocato il comitato dei creditori direttamente dal Curatore per essere informato sull'andamento della gestione”* in Codice dell'udienza fallimentare, A. Caiafa, Oscar Dike, pg. 366 e ss.

¹⁹⁶ Art. 104 L.F., co. n. 4: *“Se il comitato dei creditori non ravvisa l'opportunità di continuare l'esercizio provvisorio, il giudice delegato ne ordina la cessazione. Ogni semestre, o comunque alla conclusione del periodo di esercizio provvisorio, il curatore deve presentare un rendiconto dell'attività mediante deposito in cancelleria. In ogni caso il curatore informa senza indugio il giudice delegato e il comitato dei creditori di circostanze sopravvenute che possono influire sulla prosecuzione dell'esercizio provvisorio”* in Codice dell'udienza fallimentare, A. Caiafa, Oscar Dike, pg. 366 e ss.

¹⁹⁷ Art. 104 L.F., co. n. 5: *“Il Tribunale può ordinare la cessazione dell'esercizio provvisorio in qualsiasi momento laddove ne ravvisi l'opportunità, con decreto in camera di consiglio non soggetto a reclamo sentiti il curatore ed il comitato dei creditori”*. in Codice dell'udienza fallimentare, A. Caiafa,

disposizioni relative ai contratti pendenti, previste dalla L. fallimentare agli artt. 72-83 ¹⁹⁸.

Evidenziate le più importanti novità introdotte nella disciplina dell'esercizio provvisorio va posta ora particolare attenzione alla sorte dei rapporti di lavoro pendenti. A questo risponde il disposto del comma numero 6 ¹⁹⁹ dell'articolo in esame che rappresenta un'eccezione rispetto al principio generale della sospensione dei rapporti giuridici pendenti, disciplinato all'articolo 72 della L.F.. Si stabilisce infatti che i rapporti di lavoro proseguano anche con l'esercizio provvisorio e pertanto che il Curatore dovrà dare comunicazione della continuazione del rapporto di lavoro ai lavoratori ancora sotto l'impresa fallita, senza soluzione di continuità alle dipendenze della procedura fallimentare ²⁰⁰.

4.4 L'affitto d'azienda nelle procedure concorsuali: l'affitto endofallimentare

Il nuovo articolo 104-bis della Legge Fallimentare regola l'affitto d'azienda o di suoi rami. La scelta del legislatore è quella di consentire la disposizione dell'affitto d'azienda fin dall'inizio della procedura concorsuale, salvo che il Curatore o il Giudice Delegato abbiano individuato delle potenzialità nell'azienda. L'affitto endofallimentare è visto con maggior favore da parte della procedura rispetto all'esercizio provvisorio, poiché espone il fallimento a minori rischi. I due strumenti possono però supportarsi a vicenda nell'obiettivo della vendita unitaria, perché talvolta l'esercizio provvisorio viene utilizzato come soluzione temporanea nell'attesa che si realizzino le condizioni per predisporre l'affitto d'azienda. L'affitto diventa così uno strumento ordinario a disposizione del Curatore per assicurare la massima soddisfazione del ceto creditorio, quale alternativa all'esercizio provvisorio ²⁰¹.

Con l'articolo 104-bis il legislatore introduce tutele volte a favorire più una protezione dei creditori che a rendere allettante l'affitto d'azienda ²⁰². La recente riforma fallimentare ha previsto che questa fattispecie rientri tra quegli atti di gestione, sia conservativa che

Oscar Dike, pg. 366 e ss.

¹⁹⁸ Sezione IV Capo III del Titolo II.

¹⁹⁹ Art. 104 L.F., co. n. 6 articolo 104 L.F. "Durante l'esercizio provvisorio i contratti pendenti proseguono, salvo che il Curatore non intenda sospendere l'esecuzione o scioglierli", in Codice dell'udienza fallimentare, A. Caiafa, Oscar Dike.

²⁰⁰ A. e D. Corrado, *Continuazione dell'attività d'impresa con l'affitto d'azienda*, Crisi d'impresa e rapporti di lavoro, Giuffrè Editore, 2016, cit. pg. 104 e ss.

²⁰¹ A. e D. Corrado, *Continuazione dell'attività d'impresa con l'affitto d'azienda*, Crisi d'impresa e rapporti di lavoro, Giuffrè Editore, 2016, cit. pg. 104 e ss.

²⁰² Stefania Pacchi, *La liquidazione dell'attivo con particolare riferimento all'azienda*, *Il diritto*

liquidativa, aventi ad oggetto il complesso dei beni organizzati nella sua unità. Lo strumento è utilizzato al fine di recuperare e conservare l'attivo aziendale, in modo da consentire la massimizzazione del prezzo di vendita dell'azienda ²⁰³. Si viene a creare quindi una nuova figura di azienda "come potenziale organizzazione di beni e di persone" che non deve disgregarsi nonostante l'insolvenza che causa il fallimento ²⁰⁴. L'affitto inoltre, a differenza del passato, non è più visto come una procedura che va a ritardare la tempestiva vendita del complesso aziendale ma al contrario può essere predisposto proprio per velocizzarla ²⁰⁵.

L'articolo in esame dispone che prima della presentazione del programma di liquidazione, su proposta del Curatore e previo parere del Comitato dei Creditori, il Giudice Delegato autorizzi l'affitto dell'azienda del fallito a terzi anche limitatamente a specifici rami quando appaia utile al fine della più proficua vendita dell'azienda o di parti della stessa ²⁰⁶.

Questa procedura è proposta dal Curatore, deve trovare parere positivo da parte del C.d.C. e deve essere autorizzata dal G.D.. In quest'ultimo punto si nota come il potere autorizzativo del Giudice sia coerente con i poteri attribuitogli dalla riforma per la vigilanza e il relativo controllo di legalità che lo hanno spogliato del suo potere di gestione ²⁰⁷. La scelta di disporre o meno l'affitto d'azienda da parte del Curatore deve essere motivata e deve essere fatta sulla base di stima che tiene conto:

- del valore dell'azienda in un preciso momento. Questo determina il canone di affitto e la base sulla quale il terzo affittuario può disporre. Il terzo affittuario con la sua gestione andrà ad aggiungere o togliere valore al complesso aziendale, viste le condizioni temporali, economiche ed industriali stabilite dal contratto;
- dell'andamento del mercato. Se gli affari andranno bene gli imprenditori sono incentivati ad investire nell'attività di impresa apportando migliorie. Viceversa non pare essere conveniente affittare il complesso aziendale;

fallimentare e delle società commerciali, 1/2016, Cedam, pg. 20-21.

²⁰³ A. e D. Corrado, *Continuazione dell'attività d'impresa con l'affitto d'azienda*, Crisi d'impresa e rapporti di lavoro, Giuffrè Editore, 2016, cit. pg. 104 e ss.

²⁰⁴ Dario Finardi, *La nuova disciplina della liquidazione dell'attivo: in particolare sulle novità del correttivo del 2007*, *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1/2008, Cedam, pg. 414 e ss.

²⁰⁵ Francesco Fimmanò, *L'affitto endofallimentare dell'azienda*, *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1/2007, Cedam, pg. 438 e ss.

²⁰⁶ Federico Martorano, *La circolazione di ritorno dell'azienda nell'affitto endofallimentare*, *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1/2010, Cedam, pg. 20-21.

²⁰⁷ Dario Finardi, *La nuova disciplina della liquidazione dell'attivo: in particolare sulle novità del correttivo del 2007*, *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1/2008, Cedam, pg. 414 e ss.

- del settore in cui opera l'azienda affittata. Aiuta a capire se e in quanto tempo sarà possibile vendere l'intero complesso aziendale;
- dell'aspirante affittuario. Consente alla procedura di conoscere il potenziale acquirente e quanto questo saprà sfruttare le risorse dell'impresa;

Tutte queste valutazioni saranno poi confrontate con la realtà del fallimento vero e proprio. Il curatore dovrà infatti valutare l'eventuale rallentamento della procedura di liquidazione. La legge prevede che il contratto d'affitto contenga clausole da far rientrare nella stesura del contratto d'affitto. Queste devono garantire la salvaguardia del complesso aziendale e allo stesso modo garantire un impegno per lo sviluppo dell'azienda. Se non vengono inserite nel contratto, questo sarebbe soggetto a nullità parziale secondo l'articolo 1419 c.c.. Le clausole che non salvaguardano il complesso aziendale e che non sono inserite a favore della procedura, si sostituiscono con quelle previste dall'articolo 104 L.F.²⁰⁸.

Il co. n. 2 dell'articolo 104-bis attribuisce alla Curatela l'esclusivo compito di scegliere l'affittuario ai sensi dell'articolo 107 L.F.. Sentendo il parere del Comitato dei Creditori, il Curatore deve garantire la massima informazione possibile, adeguate forme di pubblicità e partecipazione degli interessati. La scelta dell'affittuario avviene tramite procedure competitive e stima da parte di esperti. I criteri per scegliere l'affittuario ricadono:

- sulle garanzie relative ai canoni d'affitto ed il loro ammontare valutate;
- sulle garanzie prestate per la conservazione dei valori aziendali;
- sulle garanzie date per un'appropriata manutenzione delle attrezzature e degli immobili;
- sull'affidabilità del terzo affittuario di proseguire nell'attività;
- sulla disponibilità mostrata dall'affittuario per la conservazione dei livelli occupazionali.

Il legislatore richiama come primo elemento la convenienza economica. Il secondo richiamo è diretto alle garanzie offerte, visto lo scopo di ridurre il più possibile i rischi connessi alla stipulazione del contratto d'affitto. In ultimo si preoccupa di garantire un livello di occupazione elevato all'interno dell'impresa in attuazione di un piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali. In merito all'ultimo punto va sottolineato come questo tema sia del

²⁰⁸ Stefania Pacchi, *La liquidazione dell'attivo con particolare riferimento all'azienda*, Il diritto

tutto nuovo in materia fallimentare e come sia un criterio esclusivo per questo tipo di strumento concesso alla procedura fallimentare. Infatti il legislatore nulla dispone in merito all'articolo 105 della L. Fallimentare che disciplina la vendita unitaria del complesso aziendale ²⁰⁹.

Il legislatore però non ha previsto un ordine di importanza specifico da assegnare ad ogni criterio e questo ha determinato opinioni contrastanti in dottrina. Ne è conseguito che il criterio che riveste maggiore importanza è quello relativo al mantenimento di un certo livello occupazionale. A differenza della cessione d'azienda può essere accettato un canone inferiore a fronte di migliori garanzie di mantenimento degli impegni occupazionali e di prosecuzione di attività imprenditoriali. Questo perché l'affitto endofallimentare viene disposto al fine indiretto di una più proficua vendita dell'azienda ²¹⁰.

Il Curatore ha poi il compito di controllare costantemente la gestione dell'affittuario al fine di capire se quest'ultimo ha adempiuto correttamente alle varie obbligazioni contrattuali. Grazie a questa funzione la procedura ha la situazione dell'attività aziendale sotto controllo ed inoltre ha la possibilità di intervenire tempestivamente per evitare gravi danni derivanti da una mala gestione dell'affittuario.

Al Curatore è consentito di recedere liberamente dal contratto di affitto con la conseguenza di dover disporre alla controparte un equo indennizzo in prededuzione. Per liberamente si intende che il Curatore possa recedere senza obbligo di fornire preavviso e motivazioni, in ogni momento e per tutta la durata del contratto, così come stabilito all'articolo 1373 del cod. civ.. A differenza di quanto stabilito per la disposizione dell'affitto però il parere del CdC per il recesso dal contratto non sembra essere vincolante, in quanto il legislatore usa il termine *“sentito il Comitato dei Creditori”* e non *“previo parere favorevole del Comitato dei Creditori”* così come nel co. n. 1. Il recesso è comunque un atto che rientra tra i poteri concessi al Curatore ed è pertanto reclamabile.

Quanto all'indennizzo che spetta all'affittuario, valgono le stesse condizioni di cui si è scritto nell'ultimo paragrafo del precedente capitolo dell'elaborato. La differenza con l'affitto esofallimentare è che in questa fattispecie di contratto d'affitto la rescissione è vista come una clausola contrattuale e l'equo indennizzo va pertanto stabilito nel suo esatto ammontare ancor

fallimentare e delle società commerciali, 1/2016, Cedam, pg. 21 e ss.

²⁰⁹ Dario Finardi, *La nuova disciplina della liquidazione dell'attivo: in particolare sulle novità del correttivo del 2007*, Il diritto fallimentare e delle società commerciali, 1/2008, Cedam, pg. 414 e ss; A. e D. Corrado, *Continuazione dell'attività d'impresa con l'affitto d'azienda*, Crisi d'impresa e rapporti di lavoro, Giuffrè Editore, 2016, cit. pg. 110 e ss.

²¹⁰ Francesco Fimmanò, *L'affitto endofallimentare dell'azienda*, Il diritto fallimentare e delle società

prima di stipulare il contratto. Sul punto però la dottrina ha sottolineato come non sia sempre possibile determinare l'esatto ammontare dell'equo indennizzo. Ne deriva che nel caso non sia possibile quantificare un indennizzo che vada bene ad entrambe le parti, si opti o per l'azione ordinaria o per l'estensione di cui all'articolo 79 L.F..

L'opinione condivisa dalla maggioranza della dottrina riconosce in questo caso che la scelta più legittima e sensata ricada sull'estensione all'articolo 79, dove sarà il Giudice Delegato ad occuparsi di determinare l'ammontare più congruo e soddisfacente per le parti ²¹¹.

Tra le altre clausole, che vanno inserite nel contratto pur non rientrando nel contenuto minimo, trovano spazio: quella relativa al scioglimento del contratto di affitto in caso di revoca di fallimento che evita all'imprenditore tornato *in bonis* di trovarsi nella situazione di non poter usufruire di un suo bene; quella che limita il subentro del Curatore solamente in contratti risultati dalla comunicazione dell'affittuario; ed infine quella relativa ad un rimborso a favore dell'affittuario per tutti i miglioramenti apportati e i costi sostenuti durante la gestione dell'azienda ²¹².

Oltre a queste, particolare attenzione va prestata alla clausola relativa alla prelazione di vendita che il Curatore fallimentare può riservare nei confronti dell'affittuario, previo parere favorevole di G.D. e C.d.C.. Convenzionale perché si pensa che l'affittuario s'impegno ad investire nell'azienda incrementandone il valore, il tutto a favore sia suo che della procedura. Sul punto però si riscontravano dei problemi. L'orientamento della Suprema Corte e la Cassazione ritenevano inammissibile l'inserimento nel contratto di una simile clausola, in quanto condizionava e non di poco la procedura di liquidazione. Il suo inserimento causava infatti conflitto di interesse per l'affittuario, visto che poteva ridurre il valore economico del complesso aziendale per poterselo poi assicurare a meno soldi e tendeva a ridurre il numero di potenziali acquirenti interessati all'acquisto dell'azienda piuttosto che ad invogliarli a comprare. Questi problemi sono stati risolti dal legislatore, in primo luogo, stabilendo che il contratto d'affitto può essere disposto solo se il comitato dei creditori ne ha dato parere positivo vincolante e che questo debba essere stipulato dopo la dichiarazione di fallimento, tutelando nei limiti del possibile l'affittuario e i suoi investimenti. In secondo luogo stabilendo che il diritto di prelazione può essere esercitato solo dopo che si sia eseguito un determinato procedimento che stabilisca il prezzo di vendita dell'azienda. In questo modo il

commerciali, 1/2007, Cedam, pg. 446 e ss.

²¹¹ A. e D. Corrado, *Continuazione dell'attività d'impresa con l'affitto d'azienda*, Crisi d'impresa e rapporti di lavoro, Giuffrè Editore, 2016, cit. pg. 117 e ss.

²¹² Francesco Fimmanò, *L'affitto endofallimentare dell'azienda*, Il diritto fallimentare e delle società commerciali, 1/2007, Cedam, pg. 446 e ss.

Curatore può determinare il prezzo di vendita secondo adeguate forme di pubblicità che gli consentono di individuare il miglior offerente.

Il prezzo di vendita è stabilito secondo l'art. 107 L.F.. Una volta concluso questo processo, il Curatore comunica all'affittuario il prezzo entro dieci giorni e quest'ultimo dovrà esercitare o meno il diritto di prelazione nel termine di cinque giorni dal momento in cui ha ricevuto la comunicazione. La comunicazione prende il nome di *denuntiatio*. Nel bando che dispone la vendita va espressamente detto che l'azienda è stata affittata nel corso della procedura. Non c'è un eventuale asta tra aggiudicatario provvisorio e prelazionario, poiché il legislatore attraverso le sue disposizioni ha stabilito per l'affittuario un particolare diritto di prelazione²¹³.

Al quarto comma dell'articolo in esame il legislatore dispone che: "*la durata dell'affitto deve essere compatibile con le esigenze della liquidazione dei beni*"²¹⁴. La volontà è quella di preferire brevi scadenze ed escludere rinnovi automatici.

Quanto detto finora consente di analizzare quale sorte è riservata ai crediti, ai debiti e ai rapporti pendenti nell'affitto d'azienda stipulato nel corso della procedura concorsuale.

L'affittuario non è responsabile per i debiti aziendali anteriori al fallimento e che si riferiscono all'esercizio dell'azienda ceduta, fatta eccezione però per quelli che derivano da rapporto di lavoro subordinato. Il secondo comma dell'art. 2560 c.c. infatti fa riferimento solo al trasferimento d'azienda e non ai casi di godimento d'azienda come quello analizzato, pertanto non viene applicato. Nemmeno i crediti anteriori al fallimento vanno trasferiti automaticamente in capo all'affittuario, salvo accordi tra le parti che dispongano diversamente.

I rapporti giuridici pendenti sono regolati dall'art. 2558 cod. civ. secondo quanto previsto ai commi n. 1 e 3. Di norma l'affittuario subentra nei rapporti contrattuali di carattere non personale, a prestazioni corrispettive e non completamente eseguiti da entrambe le parti. Questa norma va coordinata con l'art. 72 L. Fall. che disciplina i rapporti pendenti nel fallimento e l'articolo 1615 cod. civ. che disciplina il tema dell'affitto. Il nuovo articolo 72 L.F., al primo comma stabilisce che l'esecuzione dei contratti sopradescritti rimane sospesa fino a quando il Curatore decide di subentrare o sciogliersi dal contratto del fallito, previa autorizzazione del Comitato dei Creditori. Individua inoltre quale tipo di contratto prosegue o

²¹³ A. e D. Corrado, *Continuazione dell'attività d'impresa con l'affitto d'azienda*, Crisi d'impresa e rapporti di lavoro, Giuffrè Editore, 2016, cit. pg. 124 e ss. Francesco Fimmanò, *L'affitto endofallimentare dell'azienda*, Il diritto fallimentare e delle società commerciali, 1/2007, Cedam, pg. 463 e ss.

²¹⁴ Articolo 104-bis L.F., co. n. 3 in Codice dell'udienza fallimentare, A. Caiafa, Oscar Dike, pg. 338.

si scioglie automaticamente dopo la sopravvenuta dichiarazione di fallimento.

Il secondo comma, sempre dello stesso articolo, consente al contraente di mettere in mora il Curatore attraverso il G.D. che gli ordina di decidere entro un termine di sessanta giorni sulla prosecuzione o meno del contratto in corso. Decorso questo termine il contratto si scioglie. Infine per ciò che riguarda l'analisi che si sta portando avanti va detto che il comma 6 sancisce l'inefficacia di qualsiasi clausola negoziale che preveda il fallimento quale causa di risoluzione automatica del negozio giuridico.

Nessun problema viene a crearsi per i contratti sciolti con la dichiarazione di fallimento o quelli inizialmente sospesi, dai quali il Curatore si è sciolto prima dell'affitto. Lo stesso per i contratti che sono proseguiti dopo il sopravvenuto fallimento o per quelli inizialmente sospesi e dei quali il Curatore vi è subentrato. A seguito della riforma nell'affitto endofallimentare, al contrario dell'esercizio provvisorio, i contratti che si sono sciolti per effetto del fallimento sono espressamente esclusi dal trasferimento ²¹⁵.

Va esclusa la possibilità di dare all'affittuario l'opportunità di proseguire o meno col contratto. Questo è titolare di un interesse esterno alla procedura e pertanto potrebbe sfruttare la scelta a suo vantaggio. La scelta spetta sempre ed esclusivamente alla procedura. Visto quanto stabilito risulta necessario chiarire che il diritto di recesso per giusta causa non può essere riconosciuto al terzo contraente, in quanto è una questione riservata al fallimento che deciderà quali negozi giuridici far proseguire o meno, al fine di conservare il complesso aziendale in vista di una sua futura vendita ²¹⁶.

Sorte diversa tocca ai contratti di lavoro subordinato e i relativi debiti, regolati come detto nel capitolo 2 dall'art. 2112 c.c. che va applicato anche per l'affitto endoconcorsuale. Facendo un piccolo riassunto, l'articolo 2112 c.c. dispone che:

- il rapporto di lavoro continua con il cessionario e il lavoratore mantiene i diritti che ne derivano;
- cedente e cessionario sono obbligati in solido per i crediti che il lavoratore aveva al tempo del trasferimento;
- il lavoratore può liberare il cedente attraverso gli artt. 410 e 411 c.p.c.;
- il cessionario deve applicare i trattamenti economici previsti dai ccnl in vigore alla

²¹⁵ Francesco Fimmanò, *L'affitto endofallimentare dell'azienda*, Il diritto fallimentare e delle società commerciali, 1/2007, Cedam, pg. 451 e ss.

²¹⁶ A. e D. Corrado, *Continuazione dell'attività d'impresa con l'affitto d'azienda*, Crisi d'impresa e rapporti di lavoro, Giuffrè Editore, 2016, cit. pg. 129 e ss.

data di trasferimento e fino alla loro scadenza, a meno che vengano sostituiti da altri collettivi del cessionario.

Secondo l'articolo 47 L. n. 428/1990, l'articolo del codice civile non trova applicazione:

- per le aziende con più di 15 dipendenti a libro paga;
- per le aziende soggette al trasferimento d'azienda nelle ipotesi del fallimento,
- per le aziende nelle quali si sia raggiunto un accordo per il mantenimento anche parziale dell'occupazione,
- nei confronti dei lavoratori il cui rapporto di lavoro continua con il cessionario.²¹⁷

L'articolo del codice civile va comunque applicato nei casi in cui non ci siano accordi sindacali, requisiti dimensionali e in mancanza di rinuncia da parte dei singoli lavoratori. La disciplina derogativa va applicata anche all'affitto endofallimentare. A questa conclusione si è arrivati dopo un dibattito dottrinale, nel quale si domandava se il requisito della mancata continuazione o meno dell'attività andasse integrato anche nel caso di affitto endofallimentare²¹⁸.

Concludendo la disamina di questo strumento particolare, si procede con la retrocessione dell'azienda affittata nel fallimento. Questo aspetto descrive cosa succede quando cessano gli effetti del contratto d'affitto stipulato dal Curatore nel corso della procedura fallimentare e l'azienda ritorna nelle mani del Curatore. Le ragioni per le quali si arriva alla retrocessione sono:

- la naturale scadenza del contratto d'affitto;
- il recesso da parte di uno dei due contraenti;
- il recesso avvenuto per cause riconducibili al fallimento dell'affittuario, nel caso in cui una delle due parti non voglia proseguire il rapporto;
- qualsiasi ragione che comporti il recesso del contratto.

Per i debiti maturati nel corso dell'affitto e i rapporti pendenti, con particolare attenzione ai

²¹⁷ Francesco Fimmanò, *L'affitto endofallimentare dell'azienda*, Il diritto fallimentare e delle società commerciali, 1/2007, Cedam, pg. 458 e ss.

²¹⁸ A. e D. Corrado, *Continuazione dell'attività d'impresa con l'affitto d'azienda*, Crisi d'impresa e rapporti di lavoro, Giuffrè Editore, 2016, cit. pg. 133 e ss.

rapporti di lavoro, la norma fallimentare ha espressamente dedicato nell'articolo 104-bis un ultimo comma ²¹⁹. Questo stabilisce che per i debiti maturati durante l'esercizio del contratto va esclusa la responsabilità della Curatela in quanto è inapplicabile il disposto degli artt. 2112 e 2560 c.c.. Con questa norma il legislatore vuole evitare che la massa creditoria venga penalizzata da una eventuale *mala gestio* dell'affittuario. Sotto il profilo della deroga alla responsabilità solidale, la portata di cui all'art. 2112 c.c. va limitata all'ipotesi di retrocessione di azienda in cui sono impiegati meno di 15 lavoratori ²²⁰.

L'ultimo comma dell'art. 104-bis stabilisce come l'art. 72 L.F. debba essere applicato ai rapporti pendenti alla data della retrocessione. Con questa disposizione il legislatore ha voluto specificamente regolare una situazione complessa dove un terzo affittuario ha la facoltà di stringere nuovi rapporti contrattuali durante l'esercizio dell'affitto. Questi si vanno ad aggiungere a quelli già esistenti al momento della dichiarazione di fallimento. Premesso ciò è pacifico sottolineare come al Curatore siano riconosciute le stesse virtù che aveva al momento della dichiarazione di fallimento. A quei contratti non ancora eseguiti alla data di cessione e trasferiti in sede d'affitto sottoscritti dall'affittuario, l'art. 104-bis L.F. stabilisce che l'art. 72 L.F. non vada applicato. In questo caso il Curatore ha già deciso sulla prosecuzione o meno del contratto e questo ha prodotto i suoi effetti nei confronti della procedura. L'art. 72 si applica quindi ai soli rapporti instaurati direttamente dall'affittuario.

Il potere di subentrare affidato al Curatore va infine escluso ai rapporti di lavoro subordinato stipulati con l'affittuario ²²¹. Per i rapporti di lavoro subordinato pendenti al momento della retrocessione va applicata la norma di cui all'art. 2112 c.c. che stabilisce indirettamente la loro prosecuzione. Il legislatore infatti stabilisce come unica deroga quella relativa all'accollo dei debiti, senza disporre nulla in merito alla continuazione dei rapporti di lavoro. In caso di retrocessione quindi i rapporti di lavoro si ritrasferiscono alla Curatela momentaneamente per poi essere girati ad un nuovo affittuario.

Infine un'attenta riflessione va fatta sui contratti di lavoro posti in essere dall'affittuario che al momento della stipula del contratto di affitto non c'erano. Queste nuove assunzioni

²¹⁹ Art. 104-bis, co. n. 6: “*La retrocessione al fallimento di aziende, o rami di aziende, non comporta la responsabilità della procedura per i debiti maturati sino alla retrocessione, in deroga a quanto previsto dagli articoli 2112 e 2560 del codice civile. Ai rapporti pendenti al momento della retrocessione si applicano le disposizioni di cui alla sezione IV del Capo III del titolo II*” in Codice dell'udienza fallimentare, A. Caiafa, Oscar Dike.

²²⁰ Federico Martorano, *La circolazione di ritorno dell'azienda nell'affitto endofallimentare*, Il diritto fallimentare e delle società commerciali, 1/2010, Cedam, pg. 4 e ss.

²²¹ A. e D. Corrado, *Continuazione dell'attività d'impresa con l'affitto d'azienda*, Crisi d'impresa e rapporti di lavoro, Giuffrè Editore, 2016, cit. pg. 138 e ss.

potrebbero garantire un accrescimento del patrimonio aziendale a favore della procedura; al contrario potrebbero incidere negativamente. Premesso che la retrocessione dell'azienda è visto come un trasferimento vero e proprio, al Curatore è concesso di escludere il passaggio di quei lavoratori assunti dall'affittuario che sono considerati eccedenti a norma dell'art. 47 co. n. 5 della L. n. 428/1990, redigendo un accordo con le organizzazioni sindacali circa il mantenimento anche parziale dell'occupazione ²²².

4.5 Vendita dell'intero complesso aziendale o di singoli rami nelle procedure concorsuali

L'articolo in oggetto è il 105 L.F.. La norma si sostituisce al testo del '42 e regola la vendita dell'azienda o di suoi rami, dei beni e dei rapporti giuridici in blocco ed in alternativa anche dei singoli beni. Fin dall'inizio appare evidente la priorità imposta dal legislatore: prima si tenta di vendere l'intero complesso aziendale e solo quando questa soluzione non pare essere conveniente rispetto alla vendita dei singoli beni, si ricorre a quest'ultima ipotesi. Gli obiettivi fissati dal legislatore sono il massimo realizzo possibile e una rapida cessione dei beni. Il criterio di base sta nella convenienza economica. Quindi accanto alla vendita di rami d'azienda è stata considerata la cessione di beni o rapporti giuridici individuabili in blocco. La cessione di questi, però, non va considerata come una cessione di un vero e proprio ramo d'azienda.

In questo tipo di negozio giuridico, a differenza di quanto stabilito per l'amministrazione straordinaria dove l'interesse maggiore è quello di garantire la maggior occupazione possibile e la conservazione del complesso produttivo, quello che conta è l'interesse dei creditori al miglior realizzo ²²³.

La cessione si verifica attraverso le modalità di vendita stabilite dall'art. 2556 c.c. e 107 L.F. così come richiamato al co. n. 2 dell'articolo in esame. La cessione avviene adottando procedure competitive, adeguate forme di pubblicità ed il relativo processo di stima come visto nel paragrafo precedente per l'affitto endofallimentare. Il tutto per garantire la massima partecipazione da parte degli interessati.

La vendita è autorizzata dal Giudice Delegato e il contratto di cessione deve avere le

²²² A. e D. Corrado, *Continuazione dell'attività d'impresa con l'affitto d'azienda*, Crisi d'impresa e rapporti di lavoro, Giuffrè Editore, 2016, cit. pg. 138 e ss.

²²³ Lino Guglielmucci, *Liquidazione dell'attivo*, Diritto Fallimentare, settima edizione, G. Giappichelli Editore, 2015, pg. 239 e ss..

caratteristiche richieste ai fini probatori e ai fini dell'iscrizione al registro delle imprese. Per il primo è richiesta la forma scritta. Per il secondo è sufficiente un atto pubblico o una scrittura privata autenticata ²²⁴.

Anche per gli effetti che il trasferimento causa ai rapporti pendenti si può fare riferimento a quanto descritto per l'affitto d'azienda nelle procedure concorsuali. La vendita dell'azienda o di suoi rami causa il subentro dell'acquirente nei rapporti di lavoro. Tuttavia questo subentro può costituire un ostacolo per l'acquisto dell'azienda ²²⁵. Perciò l'articolo 105 L.F. al co. n. 5 ha stabilito che attraverso le consultazioni sindacali si possa decidere per il trasferimento parziale dei lavoratori e modificare le condizioni dei loro contratti secondo le normative vigenti ²²⁶. Così disponendo la materia concorsuale si è allineata alla normativa lavoristica nazionale di cui all'art. 47, prevedendo la totale disapplicazione dell'art. 2112 c.c. nel caso in cui l'impresa sottoposta a procedura fallimentare sia oggetto di cessione.

Particolare disciplina è prevista invece per i crediti e i debiti. La cessione dei crediti è opponibile a terzi a partire dal giorno dell'iscrizione del trasferimento nel registro delle imprese. La cessione non necessita della notifica al debitore ceduto ma solo dell'iscrizione al registro delle imprese ²²⁷. L'articolo fa notare inoltre come l'interesse del debitore ceda a favore della massa fallimentare: viene liberato solo nel caso in cui paghi in buona fede all'alienante.

Passando ai debiti, per il cessionario è esclusa la responsabilità per quelli sorti durante l'esercizio d'azienda ceduta in un periodo anteriore alla data di trasferimento. I debiti sorti prima della dichiarazione di fallimento sono regolati dalla procedura concorsuale, quelli maturati, ad esempio, in pendenza di contratto d'affitto sino alla retrocessione restano in capo all'affittuario. L'ultimo comma prevede la possibilità dell'accollo dei debiti da parte del cessionario nel prezzo di vendita della cessione. Per non violare il principio della *par condicio creditorum* si possono trasferire però solo i debiti che possono essere soddisfatti in ambito concorsuale. Risulta pertanto complicato poter sfruttare questa possibilità. In particolare il

²²⁴ A. e D. Corrado, *Continuazione dell'attività d'impresa con l'affitto d'azienda, Crisi d'impresa e rapporti di lavoro*, Giuffrè Editore, 2016, cit. pg. 138 e ss.

²²⁵ Lino Guglielmucci, *Liquidazione dell'attivo*, Diritto Fallimentare, settima edizione, G. Giappichelli Editore, 2015, pg. 239 e ss..

²²⁶ Art. 105 L.F., co. n. 5:” *nell'ambito delle consultazioni sindacali relative al trasferimento d'azienda, il curatore, l'acquirente e i rappresentanti dei lavoratori possono convenire il trasferimento solo parziale dei lavoratori alle dipendenze dell'acquirente e le ulteriori modifiche del rapporto di lavoro consentite dalle norme vigenti*” in Codice dell'udienza fallimentare, A. Caiafa, Oscar Dike, pg. 340.

²²⁷ Dario Finardi, *La nuova disciplina della liquidazione dell'attivo: in particolare sulle novità del cosiddetto correttivo 2007*, Il diritto fallimentare e delle società commerciali, volume 1, 2008, pg. 421

problema si pone sui debiti relativi al tfr dei dipendenti compresi nel trasferimento. La giurisprudenza ha affermato che il pagamento di questi debiti costituirebbe una forma di violazione della *par condicio creditorum* perché verrebbero corrisposti non in ordine di privilegio, come invece è stabilito dalle norme fallimentari ²²⁸.

In ultimo va sottolineato come i privilegi e le garanzie poste a favore del cedente conservino il loro grado anche a favore del cessionario.

e ss.

²²⁸ A. e D. Corrado, *Continuazione dell'attività d'impresa con l'affitto d'azienda*, Crisi d'impresa e rapporti di lavoro, Giuffrè Editore, 2016, cit. pg. 212 e ss.

Capitolo 5. La sorte dei crediti di lavoro nel fallimento

SOMMARIO: 5.1. La procedura di insinuazione al passivo. - 5.2 L'accesso al fondo di garanzia Inps.

Visti gli strumenti concessi alla procedura fallimentare per ottenere il massimo guadagno dall'attività aziendale e al fine di soddisfare gli interessi del ceto creditorio, si procede ora nel descrivere quale sorte è riservata ai crediti di lavoro nelle procedure concorsuali.

5.1 La procedura di insinuazione al passivo

La condizione necessaria affinché gli interessati possano presentare domanda di ammissione allo stato passivo è rappresentata dall'avviso che il Curatore è tenuto a fare a norma dell'art. 92 L.F.. Attraverso questa comunicazione la curatela invita tutti i creditori, e chiunque sia titolare di diritti reali o personali su beni in possesso del fallito, a presentare domanda di ammissione allo stato passivo. I creditori sono individuati attraverso le scritture contabili o qualsiasi documento fornito dal fallito. La comunicazione ai creditori che avviene tramite P.E.C., o in difetto di questo per mezzo di raccomandata A/R o deposito in cancelleria, contiene informazioni circa:

- la possibilità di partecipare alla ripartizione dell'attivo fallimentare, presentando domanda di ammissione al passivo in cancelleria ai sensi dell'art. 93 L.F.;
- la data fissata per l'esame di stato passivo e il termine entro cui presentarla;
- qualunque informazione utile per agevolare la presentazione della domanda.

In aggiunta a questo il Curatore, attraverso l'avviso ai creditori, comunica:

- il proprio indirizzo P.E.C., ovvero l'indirizzo della procedura dove verranno inviate le domande di ammissione al passivo e di rivendica o di restituzione dei beni;
- ai creditori l'obbligo di indicare l'indirizzo P.E.C. al quale la procedura dovrà inviare

le successive comunicazioni;

- che le comunicazioni a partire da quel momento verranno depositate in cancelleria, nel caso in cui non sia indicato un indirizzo P.E.C. dei creditori ²²⁹.

Una volta ricevuta la comunicazione, il creditore notiziato ha la facoltà di presentare domanda di ammissione allo stato passivo della procedura. Questa è l'unica azione concessa al creditore per vedere riconosciuto il proprio diritto di credito. La domanda è da ritenersi legittima se presentata da colui che è titolare del diritto, così come se proposta in un unico ricorso da un gruppo di creditori rappresentati da un obbligazionista comune. Ci sono delle eccezioni in merito al primo caso: l'azione surrogatoria, che si avrà modo di vedere in seguito, e la rappresentanza legale per i soggetti cosiddetti incapaci.

Quando il creditore presenta domanda di ammissione al passivo si dice essere creditore concorsuale. Una volta che la sua domanda viene accolta diventa creditore concorrente e potrà godere della ripartizione dell'attivo fallimentare. Il contenuto della "*domanda di ammissione allo stato passivo di un credito, di restituzione o rivendicazione di beni mobili e immobili*" è stabilito dal comma n. 3 dell'art. 93 L.F. ²³⁰. Tale articolo dispone che la domanda deve essere proposta attraverso il ricorso "*almeno 30 giorni prima dell'udienza fissata per l'esame dello stato passivo*" ²³¹.

Il ricorso si dice inammissibile nel caso in cui si tralasci di fornire le informazioni previste nei primi tre punti del comma numero 3. Se il creditore non indica il grado di privilegio per il suo credito nella domanda di ammissione allo stato passivo, verrà considerato come chirografario. La verifica delle domande si svolge in udienza, alla quale vi possono partecipare tutti i creditori. Prima di procedere alla verifica il Curatore deve predisporre il progetto di stato passivo. Con questo progetto il Curatore ha modo di esaminare ogni singola domanda

²²⁹ Laura de Simone, *La domanda di ammissione del credito allo stato passivo*, I crediti nel fallimento, Cedam, 2015. L. Guglielmucci, *Accertamento dello stato Passivo e dei diritti personali e reali di terzi*, Diritto Fallimentare, settima edizione, G. Giappichelli Editore, 2015.

²³⁰ Art. 93 L.F., co. n. 3: "*Il ricorso contiene:*

- 1) *l'indicazione della procedura cui si intende partecipare e le generalità del creditore;*
- 2) *la determinazione della somma che si intende insinuare al passivo, ovvero la descrizione del bene di cui si chiede la restituzione o la rivendicazione;*
- 3) *la succinta esposizione dei fatti e degli elementi di diritto che costituiscono la ragione della domanda;*
- 4) *l'eventuale indicazione di un titolo di prelazione, nonché la descrizione del bene sul quale la prelazione si esercita, se questa ha carattere speciale;*
- 5) *l'indicazione dell'indirizzo di posta elettronica certificata, al quale ricevere tutte le comunicazioni relative alla procedura, le cui variazioni è onere comunicare al curatore*" in Codice dell'udienza fallimentare, Oscar Dike, Antonio Caiafa, pg. 285 e ss.

proponendo per ciascuna di esse una conclusione in ragione delle richieste presentate. Una volta concluso il progetto di stato passivo il Curatore lo deposita in cancelleria del Tribunale e lo invia ai creditori via P.E.C., almeno quindici giorni prima dell'udienza di verifica dello stato passivo. In questo modo si concede ai creditori la possibilità di presentare osservazioni scritte e documenti integrativi per discutere la decisione del Curatore. Una volta depositato il progetto il Giudice Delegato decide su ogni domanda presentata, tenuto conto delle eccezioni presentate dal Curatore dai creditori e dalle parti ²³². In genere il Giudice Delegato si attiene al parere del Curatore e si esprime attraverso decreto motivato che può:

- dichiarare inammissibile la domanda. Questo non comporta necessariamente il divieto di presentarla nuovamente;
- accogliere, totalmente o parzialmente la domanda. Le domande infatti possono essere ammesse con riserva, ad esempio: quelle riguardanti i crediti condizionati, i crediti accertati con sentenza non passata in giudicato e i crediti la cui mancata produzione del titolo non dipende da cause imputabili al creditore;
- rigettare la domanda.

Una volta conclusa l'operazione, il Giudice Delegato forma lo stato passivo e lo rende esecutivo attraverso un decreto che deposita in cancelleria del Tribunale ²³³.

Si parla di domanda di ammissione allo stato passivo tempestiva solo se presentata nei modi ed entro i termini stabiliti. Si parla invece di domanda tardiva quando il creditore la presenta oltre il termine di trenta giorni e non oltre i dodici mesi. Quest'ultimo termine può essere prorogato fino a diciotto mesi se la procedura fallimentare è piuttosto complessa, come stabilito al comma 1 dell'art. 101 L.F. ²³⁴. Nel caso in cui la domanda di ammissione allo stato passivo venga accettata il creditore potrà ricevere solo le ripartizioni successive alla sua ammissione, a meno che non dimostri che il ritardo sia avvenuto per cause a lui non

²³¹ Art. 93 L.F., co. n. 1, in Codice dell'udienza fallimentare, Oscar Dike, Antonio Caiafa, pg. 285 e ss.

²³² L. Guglielmucci, *Accertamento dello stato passivo e dei diritti reali e personali di terzi*, Diritto Fallimentare, settima edizione, G. Giappichelli Editore, 2015.

²³³ A. e D. Corrado, *L'accertamento dei crediti di lavoro dipendente e previdenziali del fallimento*, Crisi d'impresa e rapporti di lavoro, Giuffrè Editore, Milano, 2016.

²³⁴ Art. 101 L.F., co. n. 1: "*Le domande di ammissione al passivo di un credito, di restituzione o rivendicazione di beni mobili e immobili, depositate in cancelleria oltre il termine di trenta giorni prima dell'udienza fissata per la verifica del passivo e non oltre quello di dodici mesi dal deposito del decreto di esecutività dello stato passivo sono considerate tardive; in caso di particolare complessità della procedura, il tribunale, con la sentenza che dichiara il fallimento, può prorogare quest'ultimo termine fino a diciotto mesi.*" in Codice dell'udienza fallimentare, Oscar Dike, A. Caiafa, pg. 326 e ss.

imputabili o sia assistito da cause di prelazione ²³⁵. L'esame delle domande tardive si svolge con lo stesso procedimento usato per le domande tempestive di ammissione allo stato passivo della procedura ²³⁶. Il giudice delegato si esprime dunque sull'ammissibilità o meno delle domande presentate, accettando e talvolta modificando il grado di ripartizione proposto. Il grado di ripartizione assegnato ai vari crediti va letto nell'ordine di seguito riportato:

1. crediti prededucibili che nascono in occasione del fallimento;
2. crediti privilegiati che prevedono una garanzia sul patrimonio;
3. crediti chirografari che non sono assistiti da alcuna garanzia di tipo reale o personale.

Per quanto interessa l'analisi condotta in questo elaborato bisogna spostare l'attenzione all'articolo 2751-bis c.c. che comprende nella sua categoria dei privilegi generali i crediti derivanti da rapporti di lavoro ²³⁷. Rispetto all'ordine di prelazione, questa tipologia di crediti trova collocazione subito dopo i crediti per le spese di giustizia ed i crediti garantiti da pegno. Rientrano in questa categoria:

- le retribuzioni dovute al lavoratore subordinato;
- le indennità a seguito della cessazione del rapporto di lavoro;
- i crediti derivanti dai danni causati dal mancato versamento dei contributi previdenziali e assicurativi;
- il licenziamento inefficace, nullo o annullabile.

Nonostante la norma non li abbia espressamente inseriti nella propria disposizione, rientrano al pari di quelli sopra elencati anche i seguenti crediti:

- relativi al risarcimento del danno subito da un infortunio sul lavoro e quelli conseguenti a malattia professionale, ricondotti entrambi a colpe del datore di lavoro;

²³⁵ Laura de Simone, *La domanda di ammissione del credito allo stato passivo*, I crediti nel fallimento, Cedam, 2015. L. Guglielmucci, *Accertamento dello stato Passivo e dei diritti personali e reali di terzi*, Diritto Fallimentare, settima edizione, 2015.

²³⁶ Laura de Simone, *La domanda di ammissione del credito allo stato passivo*, I crediti nel fallimento, Cedam, 2015.

²³⁷ Andrea Coen, *I crediti di lavoro in senso lato ex art. 2751-bis c.c.*, I crediti nel fallimento, Cedam, Vicenza, 2015. Art. 2751-bis, co. n. 1: "il privilegio generale sui beni mobili del datore di lavoro, innanzitutto, ai crediti per le retribuzioni dovute ai prestatori di lavoro subordinato, sotto qualsiasi forma"

- i danni causati dal demansionamento imposto dal datore di lavoro, in attuazione di un comportamento illegittimo di quest'ultimo.

Gli ultimi due crediti trovano collocazione nella ripartizione dell'attivo fallimentare subito dopo i crediti con privilegio immobiliare ed i crediti ipotecari. Prima vengono corrisposti i crediti derivanti da trattamento fine rapporto e indennità di mancato preavviso, successivamente tutti gli altri compresi nell'art. 2751-bis c.c.²³⁸.

Destinatario del privilegio analizzato in questo capitolo è il lavoratore subordinato. La norma riconosce questa figura secondo l'art. 2094 c.c.²³⁹. Diversamente l'art. 2751-bis non è applicabile ai contratti di lavoro parasubordinati²⁴⁰. I requisiti che consentono di identificare come subordinato un rapporto di lavoro sono:

- la subordinazione;
- la collaborazione;
- la continuità;
- l'onerosità;

La prima caratteristica è la subordinazione. Questa va intesa come vincolo che assoggetta il lavoratore al potere disciplinare, gestionale e direttivo del datore di lavoro. Accanto a questa definizione trova spazio anche la definizione che nel tempo la giurisprudenza ha dato. Si è affermato che il datore di lavoro può svolgere il proprio potere direttivo non necessariamente con ordini continuativi e dettagliati, ma può impartire direttive anche attraverso una definizione di un piano programmato. Per cui più il lavoratore dimostra di avere competenze tecniche per gestirsi il lavoro tanto meno il datore di lavoro dovrà presenziare nei luoghi di lavoro avendo la possibilità di programmare il lavoro. Ne consegue che la subordinazione dev'essere intesa come un inserimento in un'organizzazione aziendale che a parità di compiti assegnati distinguono il lavoratore autonomo da quello subordinato. Gli unici casi in cui il requisito della subordinazione appare quasi sparire riguarda la figura del dirigente e quella del

²³⁸ A. e D. Corrado, *L'accertamento dei crediti di lavoro dipendente e previdenziali del fallimento*, Crisi d'impresa e rapporti di lavoro, Giuffrè Editore, Milano, 2016.

²³⁹ Secondo l'art. 2094 c.c., è lavoratore subordinato: *"chi si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa prestando il proprio lavoro alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore"*.

²⁴⁰ Andrea Coen, *I crediti di lavoro in senso lato ex art. 2751-bis c.c.*, I crediti nel fallimento, Cedam, Vicenza, 2015.

giornalista. Si parla in questo caso di subordinazione funzionale e non tecnica ²⁴¹. Il requisito della subordinazione va accertato anche in base al contenuto e alle modalità di svolgimento del rapporto piuttosto che in base alla qualificazione riconosciuta dalle parti ²⁴².

Il secondo requisito elencato è la collaborazione, che riguarda il rapporto che si viene a creare tra lavoratore e datore di lavoro. Il datore collabora con il dipendente al fine di adempiere all'obbligazione lavorativa assumendosi il rischio imprenditoriale; di contro il lavoratore impiega le proprie risorse adattandosi alle esigenze richieste dall'organizzazione produttiva. In sintesi il requisito della collaborazione è intesa come impiego sistematico di energie lavorative a favore del datore di lavoro e allo stesso tempo inquadra nell'organigramma societario il ruolo del lavoratore ²⁴³.

Altro requisito è rappresentato dalla continuità, che ricorre quando la prestazione del lavoratore non è occasionale ed è continua nel tempo. Per continuità non basta far riferimento ad un orario di lavoro preciso, ma si intende la disponibilità che il lavoratore deve avere nei confronti del datore. Questo perché anche il lavoro autonomo consiste nell'esecuzione periodica e continuata di un'attività, ma a differenza di quello subordinato non mette a disposizione del datore di lavoro le sue risorse per un periodo continuato nel tempo.

Si arriva infine all'ultimo requisito: l'onerosità. Il contratto di lavoro è a prestazioni corrispettive ed è tipicamente oneroso. L'onerosità è quel vincolo sinallagmatico e funzionale tale per cui una prestazione è causa dell'altra. Si è visto in precedenza con il rapporto di collaborazione: il lavoratore collabora con l'imprenditore al fine di perseguire gli interessi dell'impresa, dietro però riceve un compenso che è appunto requisito fondamentale per distinguere un rapporto di lavoro subordinato. La giurisprudenza riconosce "rapporto di lavoro subordinato" ogni attività che si effettua a titolo oneroso, escludendo quelli a carattere gratuito. L'unica eccezione è rappresentata dai rapporti istaurati *affectionisvelbenevolentiaecausa* che sono rapporti tra persone vincolate da parentela che hanno interessi e affetti in comune. Infine per facilitare l'individuazione dei rapporti di lavoro subordinato, la giurisprudenza ha fornito degli indici sussidiari:

- previsione di un compenso fisso;

²⁴¹ A. e D. Corrado, *L'accertamento dei crediti di lavoro dipendente e previdenziali del fallimento*, Crisi d'impresa e rapporti di lavoro, Giuffrè Editore, Milano, 2016.

²⁴² Andrea Coen, *I crediti di lavoro in senso lato ex art. 2751-bis c.c.*, I crediti nel fallimento, Cedam, Vicenza, 2015.

²⁴³ Andrea Coen, *I crediti di lavoro in senso lato ex art. 2751-bis c.c.*, I crediti nel fallimento, Cedam, Vicenza, 2015.

- orario di lavoro stabile e continuo;
- carattere delle mansioni svolte;
- collegamento tecnico-organizzativo-produttivo tra la prestazione svolta e le esigenze aziendali ²⁴⁴.

5.2 L'accesso al fondo di garanzia Inps

Per tutelare i crediti di lavoro nel fallimento la norma nazionale ha disposto l'art. 2 della l. n. 297/1982, in attuazione della direttiva comunitaria n. 80/987/CEE. Grazie a questa disposizione il legislatore nazionale ha istituito presso l'Inps un fondo di garanzia per il trattamento di fine rapporto, attribuendogli il compito di distribuire il tfr nella specifica ipotesi in cui il datore di lavoro versi in una situazione di insolvenza. Con un d.lgs. successivo, nello specifico il n. 80/1992, si è estesa la tutela dei crediti di lavoro anche per le ultime tre mensilità del rapporto di lavoro ²⁴⁵.

Il fondo è volto a tutelare il lavoratore dal rischio di rimanere insoddisfatto qualora la garanzia patrimoniale del datore di lavoro non sia sufficiente. Inoltre risponde ad un'esigenza che chiede di prevenire il rischio di insolvenza, assicurando una tutela reale per i crediti di lavoro rispetto alla tutela formale riconosciuta dai privilegi. Le caratteristiche principali del fondo di garanzia sono così riassunte:

- è dotato di una contabilità separata per le entrate e per le uscite;
- si applica a tutti i lavoratori dipendenti;
- è alimentato interamente dalle imprese che versano i contributi in base alla percentuale calcolata sull'ammontare delle retribuzioni;
- non va a togliere liquidità alle aziende;
- si sostituisce al datore di lavoro erogando il tfr al lavoratore ²⁴⁶.

²⁴⁴ A. e D. Corrado, *L'accertamento dei crediti di lavoro dipendente e previdenziali nel fallimento*, Crisi d'impresa e rapporti di lavoro, Giuffrè editore, Milano, 2016.

²⁴⁵ G. Zilio Grandi e M. Sferrazza, *La tutela del lavoratore nei confronti dell'insolvenza del datore di lavoro*, Diritto delle relazioni industriali, n. 3, Giuffrè editore, Milano, 2013.

²⁴⁶ di D. Garofalo e M. Marazza, *Insolvenza del datore di lavoro e tutela previdenziale dei lavoratori*, Insolvenza del datore di lavoro e tutele dei lavoratori, Giappichelli, Torino, 2015. "Questa ipotesi da vita ad una forma di accollo cumulativo ex lege" nota di G. Zilio Grandi e M. Sferrazza, *La tutela del lavoratore nei confronti dell'insolvenza del datore di lavoro*, Diritto delle relazioni industriali, n. 3,

Il fondo di garanzia interviene a favore di tutti i lavoratori subordinati del settore privato, i dipendenti degli enti pubblici economici, i soci delle cooperative di produzione e tutti quei lavoratori le cui paghe costituiscono l'ammontare a cui attinge il fondo. Sono esclusi dalla tutela i dipendenti pubblici, quelli degli enti pubblici non economici e coloro i quali ricevono il tfr da un soggetto diverso rispetto al datore di lavoro. Il contributo obbligatorio da corrispondere al fondo di garanzia grava su tutti gli imprenditori, inclusi coloro che non sono soggetti al fallimento²⁴⁷.

Il fondo di garanzia si occupa di erogare il trattamento di fine rapporto e le ultime tre mensilità di retribuzione, ritenuti entrambi crediti di natura previdenziale. Distribuisce le somme ai lavoratori solo nel momento in cui il datore di lavoro è effettivamente insolvente e la sua posizione è stata accertata dalla procedura concorsuale. Il diritto al trattamento di fine rapporto matura solamente nel caso in cui cessi il rapporto di lavoro. Il diritto a ricevere le somme derivanti da crediti diversi dal tfr riguarda le ultime tre mensilità comprensive di indennità di mancato preavviso, mensilità e ferie e festività non godute. Per far in modo che il fondo di garanzia intervenga e si sostituisca al datore di lavoro è necessario che si verifichino due determinati presupposti: l'insolvenza del datore di lavoro e la cessazione del rapporto di lavoro. Per il datore di lavoro non soggetto al fallimento invece, è richiesto che si dimostri l'incapacità del soggetto a non poter adempiere alle garanzie patrimoniali.

Vista la peculiarità del trasferimento d'azienda e le diverse tutele a favore del lavoratore riconosciute all'articolo 2112 c.c., è opportuno fare chiarezza sull'ambito di intervento del fondo di garanzia. In particolare l'articolo appena citato prevede la continuazione del rapporto di lavoro presso il cessionario in caso di trasferimento d'azienda. In questo caso il tfr maturato dal lavoratore presso il cedente viene corrisposto dal cessionario nel momento in cui il rapporto troverà la sua interruzione. Nel caso in cui a fallire sia il cedente, il fondo di garanzia non interverrà poiché di quei crediti il responsabile è il cessionario. Viceversa se a fallire è il cessionario il fondo di garanzia interverrà a tutela dei lavoratori per i crediti di lavoro maturati.

Affinché il f.do possa agire in caso di fallimento del datore di lavoro bisogna che il credito del lavoratore sia stato accertato. Quest'ultimo ha il compito di avanzare domanda di insinuazione allo stato passivo della procedura, attendere che il credito venga ammesso ed infine che sia

Giuffrè editore, Milano, 2013.

²⁴⁷ Andrea Coen, *I crediti di lavoro in senso lato ex art. 2751-bis c.c.*, I crediti nel fallimento, Cedam, Vicenza, 2015.

reso esecutivo²⁴⁸. Il lavoratore può presentare domanda al f.do di Garanzia per ricevere il tfr maturato passati quindici giorni dal momento in cui il credito sia stato definitivamente accertato, cioè trascorso un determinato periodo di tempo dal deposito dello stato passivo dichiarato esecutivo. Questa richiesta va fatta nelle ipotesi di fallimento, di liquidazione coatta amministrativa ed amministrazione straordinaria. Il lavoratore può far richiesta di ottenere il tfr anche nel caso di omologazione di concordato preventivo, a partire dal giorno dopo in cui viene omologato. Allo stesso modo il lavoratore può fare domanda anche nel momento in cui cessa il rapporto di lavoro che era proseguito con l'esercizio provvisorio, a patto che lo stato passivo sia stato reso esecutivo. Se c'è contestazione del passivo il termine decorre dal giorno in cui viene pubblicata la decisione in merito. Per le insinuazioni tardive la domanda va presentata dal giorno successivo a quando si viene ammessi al passivo o comunque il giorno dopo che si è deciso sull'eventuale contestazione²⁴⁹.

Nel caso in cui la domanda presentata dal lavoratore sia completa di tutte le documentazioni necessarie e che il credito sia stato accertato e quantificato il fondo provvederà, nel termine di sessanta giorni a partire dalla richiesta, ad erogare le prestazioni di competenza. Il lavoratore può rivolgersi ad un fondo di garanzia per i propri crediti di lavoro entro il termine di prescrizione che decorre dal momento in cui si accerta l'esistenza del credito. Il termine di prescrizione per il tfr è di cinque anni dal momento in cui cessa il rapporto di lavoro²⁵⁰.

A partire dal 2006, affianco al fondo di garanzia è stato istituito un fondo di tesoreria che eroga il tfr secondo le modalità previste dall'art. 2120 c.c., limitatamente alla quota dei versamenti effettuati al fondo stesso. Le norme hanno stabilito, per le aziende che hanno alle loro dipendenze più di 49 dipendenti al 31 dicembre 2006, l'obbligo di versare al fondo il tfr maturato dal primo gennaio 2007. Ai contributi versati su questo fondo si applicano le disposizioni vigenti in materia di contribuzione previdenziale obbligatoria e trova dunque applicazione il principio generale di automaticità di cui all'articolo 2116 c.c.. Se un dipendente assunto in azienda in un periodo precedente al primo gennaio 2007 decide di lasciare il tfr in azienda e questa successivamente fallisce, esso non potrà recuperare per intero la quota tfr dal fondo di garanzia Inps, ma potrà recuperare solo la quota maturata fino al 31 dicembre 2006. Per la differenza (che è maturata a partire dal primo gennaio 2007) dovrà

²⁴⁸ G. Zilio Grandi e M. Sferrazza, *La tutela del lavoratore nei confronti dell'insolvenza del datore di lavoro*, Diritto delle relazioni industriali, n. 3, Giuffrè editore, Milano, 2013.

²⁴⁹ D. Garofalo e M. Marazza, *Insolvenza del datore di lavoro e tutela previdenziale dei lavoratori*, Insolvenza del datore di lavoro e tutele dei lavoratori, Giappichelli, Torino, 2015.

²⁵⁰ Zilio Grandi e M. Sferrazza, *La tutela del lavoratore nei confronti dell'insolvenza del datore di lavoro*, Diritto delle relazioni industriali, n. 1, Giuffrè editore, Milano, 2014.

rivolgersi al fondo di tesoreria.

La norma che ha istituito il fondo di tesoreria nulla prevede nel caso di fallimento del datore di lavoro. Più parti sostengono che con l'introduzione di questo fondo non è più necessario insinuarsi al passivo per il credito relativo al tfr maturato dal primo gennaio in avanti. Infatti si sostiene che ad agire in giudizio per conto del lavoratore sia l'Inps ²⁵¹. Problema diverso viene a crearsi quando la società non ha versato le quote tfr. In questo caso il principio di automaticità delle prestazioni del fondo di tesoreria interviene lo stesso, ma resta condizionato alla domanda del lavoratore interessato che deve essere presentata con la dichiarazione del Curatore fallimentare ²⁵².

Diverso il discorso per il lavoratore che, come detto in precedenza, chiede l'intervento del fondo di garanzia nel caso in cui il proprio datore di lavoro non può essere sottoposto al fallimento ma versa comunque in uno stato di insolvenza. Le condizioni poste dal fondo sono alquanto limitative. Innanzitutto va dimostrata l'impossibilità per il datore di adempiere in tutto o in parte alle garanzie patrimoniali. Poi il credito di lavoro del lavoratore deve essere accertato attraverso sentenza, decreto ingiuntivo o decreto di esecutività. E' il lavoratore stesso che deve dimostrare che il datore di lavoro non è assoggettabile a procedure fallimentari, mostrando il decreto per l'istanza di fallimento presentato e respinto dal tribunale per mancanza di presupposti per dichiarare il fallimento. Questo documento non va presentato se riguarda datori di lavoro quali imprenditore agricolo, quelli che hanno il possesso congiunto dei requisiti di cui all'art. 1 L.F. e coloro che non hanno avuto in media più di tre dipendenti nei tre anni precedenti la domanda di intervento del fondo di garanzia. Oltre a questo, si deve dimostrare che il datore di lavoro non è in grado di adempiere alle garanzie patrimoniali, tentando in tutti i modi di far realizzare il proprio credito nei confronti del datore di lavoro.

La domanda di intervento del fondo può essere proposta solamente dopo l'esperimento negativo dell'esecuzione forzata da parte del lavoratore, nel tentativo di recuperare il suo credito dal patrimonio del datore di lavoro. Al lavoratore è imposto di presentare il verbale di pignoramento negativo tentato nei confronti del debitore e di tutti coloro che rispondono illimitatamente delle obbligazioni sociali. Il termine per la presentazione della domanda al fondo di garanzia in questo caso decorre dal momento in cui l'esecuzione nei confronti del datore di lavoro ha avuto esito non positivo. I termini di prescrizione sono gli stessi visti per

²⁵¹ A. e D. Corrado, *L'accertamento dei crediti di lavoro dipendente e previdenza nel fallimento*, Crisi d'impresa e rapporti di lavoro, Giuffrè Editore, Milano, 2016.

²⁵² G. Zilio Grandi e M. Sferrazza, *La tutela del lavoratore nei confronti dell'insolvenza del datore di*

l'intervento del fondo di garanzia nel caso di procedura concorsuale ²⁵³.

Visti i crediti di lavoro da trattamento di fine rapporto, ci si concentra ora sui crediti di lavoro diversi dal tfr per i quali il fondo interviene sempre a garanzia dei lavoratori e sostituendosi al datore di lavoro. Le ultime tre mensilità vanno ricondotte ad un periodo che va dal momento in cui è cessato il rapporto di lavoro e la stessa data di tre mesi prima. La garanzia prevista dal fondo è disposta sulle ultime tre mensilità relative ai dodici mesi prima della data di:

- apertura della procedura fallimentare, concordato preventivo, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria a carico del datore di lavoro;
- inizio dell'esecuzione forzata individuale nei casi in cui il datore non è soggetto al fallimento;
- chiusura o messa in liquidazione dell'esercizio provvisorio;
- autorizzazione a proseguire l'esercizio d'impresa per i lavoratori che hanno continuato a prestare attività lavorativa;
- cessazione del rapporto di lavoro intervenuta durante la continuazione dell'attività d'impresa ²⁵⁴.

Se si verifica la risoluzione del rapporto di lavoro durante il periodo in cui è ancora in corso l'attività d'impresa, i dodici mesi si calcolano a partire dal momento in cui è avvenuta la risoluzione ²⁵⁵. Se il rapporto di lavoro è stato sospeso nel periodo in cui sono riferibili le ultime tre mensilità del lavoratore la garanzia andrà riferita ai tre mesi precedenti, a patto che rientrino nei dodici mesi di cui si è appena parlato ²⁵⁶.

Per i crediti di lavoro diversi dal tfr il termine di prescrizione è di un anno dal giorno successivo in cui si verifica il diritto alla retribuzione. Il fondo quando interviene a tutela dei lavoratori per i crediti diversi dal tfr è tenuto alla corresponsione di accessori dei crediti quali interessi e rivalutazione monetaria che decorrono dal momento in cui il lavoratore presenta la

lavoro, Diritto delle relazioni industriali, n. 1, Giuffrè Editore, Milano, 2014.

²⁵³ D. Garofalo e M. Marazza, *Insolvenza del datore di lavoro e tutela previdenziale dei lavoratori*, Insolvenza del datore di lavoro e tutele dei lavoratori, Giappichelli, Torino, 2015. G. Zilio Grandi e M. Sferrazza, *La tutela del lavoratore nei confronti dell'insolvenza del datore di lavoro*, Diritto delle relazioni industriali, n. 3, Giuffrè editore, Milano, 2013.

²⁵⁴ Garofalo e M. Marazza, *Insolvenza del datore di lavoro e tutela previdenziale dei lavoratori*, Insolvenza del datore di lavoro e tutele dei lavoratori, Giappichelli, Torino, 2015.

²⁵⁵ Estratto dalla Circolare INPS 15 luglio 2008, n. 74.

²⁵⁶ G. Zilio Grandi e M. Sferrazza, *La tutela del lavoratore nei confronti dell'insolvenza del datore di lavoro*, Diritto delle relazioni industriali, n. 3, Giuffrè editore, Milano, 2013.

domanda di tipo amministrativo fino alla data in cui il lavoratore viene soddisfatto ²⁵⁷.

Agli stati membri è concessa la definizione di un massimale dei crediti da garantire. Questo è stabilito nel tentativo di non compromettere lo scopo sociale per il quale la tutela è disposta. Il d.lgs. n. 80/1992 ha fissato il massimale a carico del fondo di garanzia in un ammontare pari a tre volte la misura massima del trattamento mensile di integrazione salariale straordinaria. La somma è al netto delle trattenute previdenziali ed assistenziali ed è una forma di garanzia che riconosce a tutti i lavoratori un trattamento minimo economico in relazione a quanto avrebbero ottenuto nel caso in cui l'imprenditore non fosse incorso in procedure concorsuali ²⁵⁸.

Infine, il decreto legislativo n. 80/1992 ha visto l'introduzione di una delle novità più significative in tema di garanzia della posizione contributiva per l'assicurazione obbligatoria invalidità, vecchiaia e superstiti. L'articolo 3 di questo decreto ha concesso infatti al lavoratore la possibilità di fare domanda all'Inps per vedersi riconoscere i contributi sopradescritti che il datore di lavoro ha ommesso di versare, a patto che il credito sia rimasto insoddisfatto a causa dell'insolvenza del datore di lavoro. Il legislatore italiano ha di fatto esteso la garanzia del principio di automaticità prevedendo la garanzia di tali prestazioni. Il lavoratore può chiedere che i contributi omissi e prescritti gli vengano considerati come versati solo se dimostra di aver agito in giudizio per farsi risarcire il danno e che tale richiesta sia rimasta insoddisfatta. Queste garanzie operano a favore di lavoratori di imprese soggette a procedure concorsuali e non anche per coloro che sono alle dipendenze di datori di lavoro che invece non sono soggetti al fallimento ²⁵⁹.

Quanto alla contribuzione della previdenza complementare, la direttiva comunitaria n. 80/987/CEE all'articolo 8 ha assegnato agli stati membri il compito di adottare garanzie per i lavoratori subordinati, nel caso si verifici stato d'insolvenza dell'impresa. Attraverso la costituzione di un apposito fondo si cerca di salvaguardare il lavoratore nell'ipotesi in cui il datore di lavoro non sia in grado di effettuare i versamenti contributivi dovuti al sistema di previdenza complementare. Con riferimento al campo di applicazione soggettivo il diritto a richiedere l'intervento del fondo spetta a quei lavoratori subordinati iscritti a una delle forme pensionistiche complementari collettive o individuali, presenti nell'albo tenuto dalla Covip o iscritti a una forma pensionistica complementare attuata attraverso la stipula di un contratto di

²⁵⁷ Art. 2 d.lgs. n. 80/1992, co. n. 5.

²⁵⁸ Garofalo e M. Marazza, *Insolvenza del datore di lavoro e tutela previdenziale dei lavoratori*, Insolvenza del datore di lavoro e tutele dei lavoratori, Giappichelli, Torino, 2015.

²⁵⁹ A. e D. Corrado, *L'accertamento dei crediti di lavoro dipendente e previdenza nel fallimento*, Crisi d'impresa e rapporti di lavoro, Giuffrè Editore, Milano, 2016.

assicurazione sulla vita con assicurazioni autorizzate dall'Isvap²⁶⁰. Con riferimento invece al campo di applicazione oggettivo, il fondo garantisce:

- il contributo del datore di lavoro
- il contributo del lavoratore, trattenuto e non versato dal datore di lavoro;
- la quota tfr destinata al fondo, trattenuta e non versata dal datore di lavoro.

Il fondo attinge dal contributo di solidarietà che i datori di lavoro versano alla previdenza complementare. Il meccanismo della garanzia prevede il versamento da parte del fondo di garanzia direttamente al fondo di previdenza complementare che si sostituisce al datore di lavoro versando un importo uguale alla contribuzione obbligatoria che non è stata versata al fondo di previdenza complementare²⁶¹.

Come si è già avuto modo di dire, il fondo di garanzia si sostituisce al datore di lavoro insolvente nella corresponsione del trattamento di fine rapporto di cui all'art. 2120 c.c.. Quando l'istituto svolge l'operazione di sostituzione si dice si surroghi, ai sensi dell'art. 7 dell'art. 2 l. n. 297/1982, al credito del lavoratore prendendo il suo relativo privilegio. Questa sostituzione viene classificata come un accollo *ex lege*, dove il fondo si assume la responsabilità per il debito del datore di lavoro, lo estingue a favore dei lavoratori ed infine si surroga nel credito del lavoratore soddisfatto. L'azione di surroga da parte dell'Inps, sia per quota tfr che per le ultime tre mensilità, deve avvenire attraverso un'insinuazione tardiva al passivo. Questa però non cambia il privilegio riservato al credito del lavoratore; non gli viene infatti riconosciuta alcuna prelazione migliore rispetto ai creditori di pari posizione. Quindi in caso di insufficienza dell'attivo, a tutti i creditori di pari privilegio verrà corrisposta la stessa percentuale.

L'art. 101 L.F. stabilisce che il termine per presentare domanda di insinuazione al passivo tardiva deve essere presentata non oltre i dodici mesi dal momento in cui questo è stato dichiarato esecutivo e depositato. Questo articolo rappresenta un problema per l'Inps poiché gli preclude la possibilità di insinuarsi al passivo nei termini prestabiliti. Al fine di risolvere questa problematica l'art. 115 co. n. 2. L.F. ha previsto la possibilità per il Curatore di attribuire le quote di riparto ai cessionari, nel caso in cui i crediti ammessi vengano ceduti prima della procedura di riparto e la cessione sia stata tempestivamente comunicata assieme

²⁶⁰ Circolare INPS 22 febbraio 2008, n.23.

²⁶¹ D. Garofalo e M. Marazza, *Insolvenza del datore di lavoro e tutela previdenziale dei lavoratori*, Insolvenza del datore di lavoro e tutele dei lavoratori, Giappichelli, Torino, 2015.

alla documentazione che attesta l'intervenuta cessione. In questo caso il Curatore procede al riparto in favore dell'Inps per le somme che l'istituto previdenziale aveva già anticipato ²⁶².

²⁶² A. e D. Corrado, *L'accertamento dei crediti di lavoro dipendente e previdenza nel fallimento, Crisi d'impresa e rapporti di lavoro*, Giuffrè Editore, Milano, 2016.

Considerazioni finali

Nel corso di questo elaborato si è cercato di analizzare la posizione dei lavoratori coinvolti nel processo di trasferimento d'azienda. Dapprima si sono viste le tutele poste a favore dei lavoratori coinvolti nel trasferimento d'azienda *in bonis*. Successivamente l'analisi si è rivolta al trasferimento d'azienda in crisi.

Come si è visto le tutele poste a favore dei lavoratori sono indicate nel codice civile e sono state più volte modificate. Nel caso in cui un'azienda versi in una situazione di crisi o semplicemente sia soggetta a procedure endoconcorsuali, esiste invece una disciplina specifica che consente di derogare a tutte queste tutele imposte dal legislatore interno.

Le ipotesi derogatorie analizzate concedono all'imprenditore acquirente la possibilità di poter acquisire l'intero complesso aziendale, o una parte di esso, evitando di assumersi completamente il peso rappresentato dalle tutele concesse ai lavoratori.

L'ipotesi derogatoria ha subito diverse modifiche apportate soprattutto dalla normativa europea, alla quale il legislatore italiano ha tentato più volte di conformarsi. Come si ha avuto modo di vedere il problema di non conformità tra la normativa interna e quella comunitaria non è stato ancora risolto, vista la recente condanna imposta al nostro paese, alla quale, secondo il parere di molti autori, l'Italia non si è conformemente adeguata.

Da qui si è partiti per fare chiarezza tra la situazione di crisi e quella di insolvenza e si sono analizzati gli strumenti giuridici concessi al fine di attuare il trasferimento per queste fattispecie. In particolare si è analizzata l'ipotesi dell'affitto d'azienda, distinguendo l'affitto esofallimentare da quello endofallimentare, la vendita del complesso aziendale e l'esercizio provvisorio.

Infine si è provveduto ad analizzare i crediti dei lavoratori trasferiti, il cui rapporto di lavoro continua o cessa in occasione dell'intervento del fallimento. A tal proposito si è cercato di capire quali procedure consentono al lavoratore di vedere soddisfatto il proprio credito di lavoro.

Alla luce di quanto esposto è opportuno fare delle considerazioni: è evidente quanto la disciplina del trasferimento d'azienda abbia acquisito importanza negli ultimi anni e quanto la circolazione aziendale consenta all'impresa di non subire uno svilimento del proprio complesso o di una sua parte.

Nell'ipotesi di procedure concorsuali era impensabile un tempo poter affittare il complesso aziendale e far continuare l'attività al fine di poter ottenere un prezzo maggiore a favore del

ceto creditorio. Al contrario, in un periodo come quello che si sta vivendo negli ultimi anni dove la crisi l'ha fatta da padrone, si sono visti molti più casi sottoposti a procedure concorsuali che hanno reso necessario l'utilizzo di tali mezzi.

La questione di poter usufruire di questi strumenti giuridici dev'essere vista nell'ottica positiva, in quanto consente di attuare politiche attive sul mercato del lavoro. Queste infatti permetterebbero di coinvolgere il lavoratore puntando ad un suo reinserimento in azienda, con la conseguenza di aumentare i tassi di occupazione e quelli di attività.

Bibliografia

- Allamprese A., *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, Ediesse, 2014.
- Biagiotti A., *Rivista italiana del diritto del lavoro*, Giuffrè Editore, 1/2015.
- Bortoluzzi A. e G., *Il trasferimento d'azienda*, Torino, Utet Giuridica, 2010.
- Caiafa A., *Il diritto Fallimentare e delle società commerciali*, *Rivista bimestrale di dottrina e giurisprudenza*, Cedam, 2008.
- Caiafa A., *Codice dell'udienza fallimentare*, Oscar Dike, 2015.
- Coen A., *I crediti nel fallimento*, Cedam, 2015.
- Corrado A. - Corrado D., *I rapporti di lavoro nel fallimento*, G. Giappichelli, 2007.
- Corrado A. - Corrado D., *Crisi d'impresa e rapporti di lavoro*, Giuffrè Editore, 2016.
- De Luca T., *I processi di esternalizzazione*, Esi, 2002.
- De Angelis L., *Trasferimento di ramo d'azienda e rapporti di lavoro*, *Dialoghi tra Dottrina e Giurisprudenza*, Dott. A. Giuffrè Editore, 2005.
- De Simone L., *I crediti nel fallimento*, Cedam, 2015.
- Diamanti R., *Rivista italiana del diritto del lavoro*, Giuffrè Editore, 4/2015.
- Fimmanò F., *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, Cedam, 1/2007.
- Finardi D., *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, Cedam, 1/2008.

Foglia R., Il trasferimento d'azienda, Quaderni di Diritto del lavoro e delle relazioni industriali, Utet, 2004.

Garofalo D. - Marazza M., Insolvenza del datore di lavoro e tutele dei lavoratori, Giappichelli, 2015.

Giroto R., Gestire gli accordi in deroga per agevolare la resurrezione dell'azienda in crisi, Il giurista del lavoro n.5/15.

Gogliettino G. P., Imprese in crisi o insolventi e tutela dei lavoratori, trasferimento d'azienda tra diritto interno ed europeo, Giuffrè Editore, 2014.

Guglielmucci L., Diritto fallimentare, G. Giappichelli Editore, 2015.

Lefebvre F., Memento pratico, Ipsoa, 2015 nuova edizione.

Mancin M., Operazioni straordinarie e aggregazioni aziendali, Risvolti contabili, civilistici e fiscali, G. Giappichelli Editore, 2016.

Mariucci, Le fonti del diritto del lavoro, Giappichelli, 2003.

Martorano F., Il diritto fallimentare e delle società commerciali, Cedam, 1/2010.

Nastri, M. P., L'affitto di azienda, Le ricerche, Gruppo 24 ore, 2010.

Pacchi S., Il diritto fallimentare e delle società commerciali, Cedam, 1/2016.

Passarelli G. S., Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'impresa e di articolazione funzionalmente autonoma, G. Giappichelli Editore, 2014.

Passarelli G. S., Il trasferimento d'azienda, Quaderni del diritto del lavoro e delle relazioni industriali, Utet, 2004.

Pizzoferrato A., Il trasferimento d'azienda, Quaderni del diritto del Lavoro e delle relazioni industriali, Utet, 2004.

Pizzoferrato V., Il trasferimento d'azienda, in Quaderni del diritto del Lavoro, 2004.

Potito L., Le operazioni straordinarie nell'economia delle imprese, G. Giappichelli Editore, 2013.

Prati L., Il trasferimento d'azienda, G. Giappichelli Editore, 2005.

Ricci M., Trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro, Dialoghi tra Dottrina e Giurisprudenza, vol. 2-luglio-dicembre, Giuffrè Editore, 2005.

Romei R., Trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro, Dialoghi tra Dottrina e Giurisprudenza, vol. 2-luglio-dicembre, Giuffrè Editore, 2005.

Rosa di Meo, Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale, Ediesse, 2015.

Riccardo Rossi, Il diritto fallimentare e delle società commerciali, Rivista bimestrale di dottrina e giurisprudenza, Cedam, 2010.

Sabbatelli E., Il diritto Fallimentare e delle società commerciali, Rivista bimestrale di dottrina e giurisprudenza, Cedam, marzo-aprile 2011.

Serrano M. L., Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, Ediesse, 3/2010.

Zilio Grandi G. - Sferrazza M., Diritto delle relazioni industriali, Giuffrè Editore, 3/2013.

Zilio Grandi G. - Sferrazza M., Diritto delle relazioni industriali, Giuffrè Editore, 1/2014.

Zilio Grandi. G., La disciplina applicabile ai dipendenti ceduti, La disciplina della vendita nel codice civile, La vendita dell'azienda, Art. 2112 – mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda, Giuffrè Editore, 2012.

Sitografia

www.dircomm.it/2003/n.9.03/art.2112.html.

www.brocardi.it.

http://www.provincia.pistoia.it/LAVORO/NORMATIVA/GestioneRapportoLavoro/Legge_604_66.pdf

http://www.confetra.it/it/prontuari/D.LGVO_18-2001.pdf

<https://www.laleggepertutti.it/codice-civile/art-2112-codice-civile-mantenimento-dei-diritti-dei-lavoratori-in-caso-di-trasferimento-dazienda>

<http://www.di-elle.it/leggi-voce-menu/129-l-428-90-trasferimento-d-azienda>

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:082:0016:0020:it:PDF>.

<https://francescocolaci.wordpress.com/2013/01/31/testo-vigente-art-47-legge-n-42890-relativo-trasferimento-azienda-dopo-legge-n-13412/>

www.Ilsole24ore.it

www.beplex.com

http://www.commercialisti.mo.it/Affittoeessionediaziendanelfallimento-Slidesdelconvegnodel12aprile2016_784_9500.pdf

*Ringrazio il Professore Gaetano Zilio Grandi
ed il Dottor Riccardo Giroto.*