

# **Antonio Caiafa**

## **Le vicende dei rapporti di lavoro nel trasferimento dell'azienda dell'impresa in crisi**

### **Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi**

#### **Virus, stato di eccezione e scelte tragiche.**

**Le politiche del lavoro, economiche e sociali e la tutela  
dei diritti fondamentali nei tempi incerti dell'emergenza  
sanitaria e della crisi.**

#### **La costruzione di un nuovo diritto del lavoro.**

### **Conversazioni sul lavoro a distanza**

**da agosto 2020 a marzo 2021**

*promosse e coordinate da Vincenzo Antonio Poso*

*Gruppo delle Conversazioni sul lavoro del Convento di San Cerbone*





Andrea Gabriellini, *Ora Catturiamo Febe* (Ciclo Cartoni Graffiati, 2007)

# Antonio Caiafa

## Le vicende dei rapporti di lavoro nel trasferimento dell'azienda dell'impresa in crisi

aggiornato al 30 novembre 2020

\* Il presente saggio è destinato ad essere pubblicato sulla Rivista dell'Avvocatura dell'Inps  
"Informazione Previdenziale", fascicolo unico di gennaio-dicembre 2020

**SOMMARIO:** 1. Premesse – 2. La definizione di azienda ai fini giuslavoristici – 3. La disciplina interna - 3.1. L'art.47 della legge 23 dicembre 1990, n.428 - 3.2. Il d.lgs. 2 febbraio 2001, n.18: la fattispecie e la nozione di ramo - 3.3. Il d.lgs. 10 febbraio 2003, n.276 - 3.4. L'art.19 *quater* della legge n.166 del 2009 - 4. L'evoluzione *comunitaria e nazionale* – 5. Considerazioni conclusive.

### 1. Premesse.

La indiscussa esigenza di attuazione di una riforma organica del sistema delle procedure concorsuali ha imposto una globale rivisitazione, per un necessario adattamento ai mutati scenari economici dell'epoca attuale, cui gli strumenti pensati, prima della metà del secolo scorso, sono risultati, ormai, inadeguati.

Il diritto fallimentare e, più in particolare, l'analisi delle problematiche giuridiche correlate con la *crisi* e, quando questa è divenuta irreversibile, con l'*insolvenza*, ha imposto la costruzione di un sistema maggiormente idoneo e rispondente alle esigenze, non solo, di tutela dei crediti, ma anche, e soprattutto, di conservazione di quegli elementi dell'impresa che si ritiene ormai indispensabile preservare, piuttosto che dissolvere o liquidare.

Il legislatore, conseguentemente, con un evidente scopo acceleratorio ha, in qualche modo, inteso dare una risposta, nell'intento di modificare l'attuale assetto normativo



e far sì che le procedure concorsuali non fossero più finalizzate alla estinzione dell'impresa quanto, piuttosto, ad assicurarne la conservazione, quale eventuale strumento per la tutela dei posti di lavoro, attraverso il *fenomeno circolatorio dell'azienda*.

L'obiettivo del *risanamento* o, comunque, di *conservazione dell'impresa* è stato perseguito attraverso il tempestivo avvio della fase di ristrutturazione del debito per l'accesso ad uno degli *istituti di composizione della crisi*, ovvero la predisposizione di *proposte concordatarie con continuità aziendale*.

La stessa liquidazione concorsuale, sebbene diretta al soddisfacimento dei creditori, mediante l'espropriazione di tutti i beni del soggetto interessato, ha individuato il suo momento centrale nella fase di realizzazione dell'attivo che, però, non è stata poi considerata fine a sé stessa, ma concepita in modo di consentire la *conservazione*, ove possibile, anche parziale, delle componenti attive dell'impresa, attraverso il trasferimento, ciò in quanto il *fenomeno traslativo* dell'azienda, o di suoi rami, ha la finalità di evitare la disgregazione del patrimonio e permettere, quindi, la prosecuzione dell'attività produttiva, ove possibile, senza interruzione ed il riavvio di essa.

I diversi progetti che si sono succeduti nel tempo, prima dell'attuazione della riforma generale del sistema concorsuale, cui hanno fatto poi seguito successivi plurimi adattamenti integrativi, e da ultimo il *Codice della crisi e dell'insolvenza*, hanno caratteristiche, per la parte che concerne l'analisi dei *fenomeni traslativi* nell'ambito del concorso, tra loro abbastanza simili, muovendo tutti dalla constatazione comune che la *crisi* o la *insolvenza* non determinano necessariamente la liquidazione e la eliminazione delle imprese dal mercato, ma ne consentono il *recupero* e la *conservazione*.

E' innegabile, tuttavia, che le difficoltà incontrate nell'ambito dei lavori per la riforma sono risultati condizionati dal fatto che la soluzione offerta per ogni problema non può non essere costantemente verificata alla luce di una pluralità di interessi ed esigenze, in evidente contrapposizione tra loro, ed hanno imposto una scelta, da parte del legislatore, relativamente agli interessi che ha inteso privilegiare, tra quelli coinvolti nel dissesto dell'impresa, in ragione della necessità di dover verificare se la conservazione, per una tutela dei livelli occupazionali e dei diritti economici dei lavoratori, dovesse essere, o meno, recessiva rispetto a quelli del residuo ceto creditorio coinvolto<sup>1</sup>.

La *globalizzazione dei mercati*, pur prescindendo da ogni considerazione valutativa al riguardo, ha avuto una diretta influenza sulla legislazione interna, spinta, inevitabilmente, a confrontarsi con quella degli altri ordinamenti per vincerne la concorrenza.

---

<sup>1</sup> ANBALLI, *Il trasferimento di "ramo di azienda" nel fallimento e nell'amministrazione straordinaria : compatibilità della disciplina italiana con la normativa comunitaria*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2012, I, 363; CAIAFA A., *Risanamento dell'impresa e tutela dei lavoratori*, in *Dir.prat.lav.*, 2010, 3, 3, ove già allora ho precisato non dover essere il mantenimento dei livelli occupazionali esasperato, quanto piuttosto visto e considerato in funzione incrementativa dello stesso valore del complesso dei beni ed avere, dunque, una funzione recessiva dal momento che le procedure non possono avere quale finalità primaria la tutela dell'occupazione ma la realizzazione delle ragioni dei creditori concorrenti.

Sono mutati scenari economico-sociali, paradigmi e regole che le imprese non possono più ignorare, ciò in quanto solo un processo di ricerca continua ed intensa è, invero, in grado di assicurare una crescita *quantitativa e qualitativa* dell'occupazione ed un aumento della produttività.

Il moltiplicarsi dei rapporti economici internazionali ha comportato il naturale sovrapporsi della *legislazione comunitaria*, in settori sempre più estesi, a quella *interna*, e il diritto, proprio in funzione di quell'esigenza di concorrenza fra ordinamenti giuridici diversi, appare essere oggi sempre più funzionale e strumentale all'economia, nel senso che individuate le finalità macro-economiche nella crescita e nella stabilità di lungo periodo delle imprese viene, per lo più, plasmato nell'intento di favorire la creazione di assetti istituzionali strumentali ed in grado di assicurare la fiducia degli investitori.

Stiamo vivendo, senza dubbio alcuno, un'epoca di riforme e controriforme caratterizzata – come si tenterà di dimostrare - da un'*assenza di dialogo tra i diversi operatori*, anche se l'obiettivo risulta essere comune, sostanziandosi nella ricerca, ormai, di soluzioni per *una migliore allocazione delle risorse disponibili e per una maggiore efficienza del loro utilizzo*, non solo incrementative del capitale utilizzabile, ma di crescita delle professionalità dei lavoratori, per la realizzazione di prodotti sempre più competitivi, nell'intento di trovare nuovi equilibri e, se necessario, allo scopo di favorire, nei momenti di crisi, il salvataggio dell'impresa attraverso il suo trasferimento, permettendo che la *vicenda circulatoria* impedisca il verificarsi di quegli effetti perniciosi per quanti hanno collaborato alla fase di crescita della stessa<sup>2</sup>.

L'ordinamento giuridico non offriva risposta adeguata alle esigenze ora individuate, anche se i numerosi interventi riformatori le hanno avvertite e non ignorate, come dimostrano i diversi interventi strutturali.

L'art.191, intitolato “*Effetti del trasferimento di azienda sui rapporti di lavoro*”, stabilisce: “*Al trasferimento di azienda nell'ambito delle procedure di liquidazione giudiziale, concordato preventivo e al trasferimento d'azienda in esecuzione di accordi di ristrutturazione si applicano l'articolo 47 della legge 29 dicembre 1990, n. 428, l'articolo 11 del decreto-legge 23 dicembre 2013, n. 145, convertito nella legge 21 febbraio 2014, n. 9 e le altre disposizioni vigenti in materia*”.

Prima di trattare, nello specifico, il tema relativo agli effetti del trasferimento dell'azienda in crisi ed insolvente sui rapporti di lavoro, reputo necessario svolgere alcune considerazioni sulla definizione di azienda e connotazione della stessa.

---

<sup>2</sup> Sul tema specifico della segmentazione del processo produttivo in molteplici fasi, ciascuna affidata ad una diversa impresa: DELL'OLIO, *Mercato del lavoro, decentramento, devoluzione*, ivi, 2002, 71; CAIAFA A.-COSIO, *Il trasferimento dell'azienda nell'impresa in crisi o insolvente*, Padova, 2005, 239, con particolare riferimento ai patrimoni destinati ad uno specifico affare ed alla rilevanza interna ed esterna del fenomeno nell'ipotesi di crisi o insolvenza, rispettivamente, della società o del patrimonio medesimo; ID., *Esternalizzazione ed insolvenza*, in *Le esternalizzazioni in Europa. Il modello inglese, francese e spagnolo*, a cura di COSIO, supplemento a *Dir.prat.lav.*, n.7, 2007, 101

## 2. La definizione di azienda ai fini giuslavoristici.

La nozione d'azienda, racchiusa nell'art. 2112, quinto comma, cod.civ., ha come punto di riferimento “*un'attività economica organizzata*”, mentre quella contenuta nell'art. 2555 cod.civ. fa perno sul “*complesso dei beni organizzati dall'imprenditore*”.

C'è chi assume che le due definizioni sostanzialmente coincidano con quella di azienda ex art. 2555 cod.civ.<sup>3</sup>, mentre c'è chi sostiene che la seconda racchiusa nell'art. 2112 cod.civ. si differenzi da quella commerciale di cui all'art. 2555 c.c.<sup>4</sup>.

Al di là del tentativo di offrire una definizione cognitiva, per poter pervenire ad una conclusione più o meno convincente, non può non considerarsi che *la ricchezza non si misura più in termini di capitale fisico quanto, piuttosto, intellettuale ed intangibile*, per i quali i criteri di classificazione risultano essere del tutto inadeguati, funzionando essi in un sistema che produce e scambi beni o servizi.

La stessa proprietà dei beni materiali viene ad avere sempre minore rilevanza, trasformandosi essa, per le imprese, in un costo operativo, sicchè si ricorre sempre più alla individuazione di strumenti contrattuali finalizzati all'utilizzo dei beni necessari alla produzione e, non già, all'acquisto degli stessi<sup>5</sup>, il che comporta la assoluta necessità di favorire la *tempestiva emersione della crisi*, attraverso meccanismi di prevenzione, che possono mettere l'imprenditore ed i suoi principali creditori – tra questi gli stessi lavoratori – nella condizione di trovare congiuntamente una adeguata soluzione nel rispetto delle regole comunitarie.

Le novità sono, dunque, molte, anche se non tutte interessano l'indagine che si intende svolgere, attesa la necessità di verificare se le attuali riforme, che hanno riguardato il *mercato del lavoro* e le *procedure concorsuali*, costituiscono, o meno, una risposta esaustiva alla sorte del rapporto di lavoro, nell'ambito delle nuove regole delineate e se, inoltre, siano realmente in grado di garantire la ripresa dell'attività, per una migliore tutela dei livelli di occupazione e, in ogni caso, di conservare l'azienda favorendone il trasferimento, temporaneo o definitivo, ad altro *management*.

La nuova struttura delle procedure appare essere rivolta a garantire, difatti, il mantenimento del complesso dei beni organizzati, attraverso il riconoscimento di una maggiore autonomia delle parti coinvolte nella crisi, sia nella fase preliminare che in quella successiva.

---

<sup>3</sup> D'AVANZO F., *Il trasferimento del ramo d'azienda è legittimo se manca il requisito della preesistenza del ramo?*, in *Il Quotidiano Giuridico*, 23 novembre 2018

<sup>4</sup> NESPOLI, *Le vicende circolatorie dell'azienda*, in [www.aidp.it](http://www.aidp.it) (3 luglio 2019)

<sup>5</sup> VIRGINTINO, *Prefazione al Master di diritto fallimentare “Dalle crisi di impresa al fallimento”*, Bari, 2002, 15; CAIAFA A., *I rapporti di lavoro nelle crisi di impresa*, Padova, 2004, 4.

L'obbligo previsto per il debitore di predisporre un **programma di cessione**, ovvero di **ristrutturazione economico-finanziaria** dell'impresa, fanno sì che la continuazione dell'attività diviene, nell'ambito delle procedure concordate di crisi, una soluzione obbligatoria, anche se non può trascurarsi di considerare che ad esse sono, ormai, per espressa previsione, ammesse anche le imprese dichiarate insolventi che, tuttavia, presentino concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali, la cui esistenza è disposto sia valutata nell'ambito della relazione che deve essere presentata a corredo della domanda al fine di illustrare la sussistenza della **vicenda traslativa temporanea o definitiva ipotizzata**<sup>6</sup>.

Poiché, pertanto, il **patrimonio** è in funzione della realizzazione del programma, ancorché senza essere sottratto al soddisfacimento delle ragioni creditorie, non par dubbio che vi possono essere **attività destinate alla prosecuzione ed altre da dismettere**, con possibilità di alienare, immediatamente, i beni ritenuti non funzionali all'esercizio dell'attività di impresa, con conseguenze, quindi, diverse per il personale addetto ai vari **rami**.

A prescindere da ciascuna linea di pensiero giova registrare che la definizione di azienda o, meglio, la definizione di trasferimento d'azienda ai fini lavoristici, è stata fissata per la prima volta dal d.lgs. 2 febbraio 2001 n. 18, ove è detto che “*si intende per trasferimento d'azienda qualsiasi operazione che comporti il mutamento della titolarità di un'attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro (al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi*<sup>7</sup>), **preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità, a prescindere dalla tipologia negoziale o dal provvedimento sulla base dei quali il trasferimento è attuato, ivi compreso l'usufrutto o l'affitto d'azienda**”.

Sicchè con la nuova espressione si è passati da una definizione di **trasferimento** basata solo ed essenzialmente sulla **circolazione dell'azienda**, nel senso di complesso di beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa, ad una nozione fondata sul **mutamento della titolarità dell'impresa**.

Sul tema relativo alla circolazione dell'azienda, in particolare, tornerò dopo; ma ora appare necessario sottolineare che con la nuova disposizione si è data importanza al mantenimento dei diritti dei lavoratori, ovvero ad ogni situazione soggettiva relativa alla posizione attiva del rapporto e, quindi, alla conservazione delle **mansioni**, delle **qualifiche** e dei **livelli retributivi**, anche in caso di trasferimento d'azienda in crisi e insolvente, mentre nello specifico, il **mantenimento dei livelli occupazionali**, secondo uno spirito sociale, ma soprattutto di politica economica, non è stato mai messo in discussione.

---

<sup>6</sup> Per una completa disamina della normativa pregressa RICCI, *Stato di insolvenza: l'ora della diagnosi*, in *Guida al diritto*, 1999, n.8, 111; CAIAFA A., *I rapporti di lavoro nelle crisi di impresa*, cit., 301; MACIOCE L., *La tutela dei creditori tra vecchia e nuova amministrazione straordinaria*, in *Atti del Seminario di Studi La tutela del rapporto di lavoro subordinato nella procedura concorsuale*, in *Collana di Studi Giuridici dell'ordine degli Avvocati di Bari*, Bari, 26 maggio 2000, 93.

<sup>7</sup> Locuzione assente nel testo vigente dell'art. 2112 cod.civ.

Infatti è stato acutamente osservato che il lavoro stimola l'interrogativo se, nella vicenda circolatoria aziendale di un'impresa in crisi, esso rappresenti “*costo*” di “*acquisizione*”, ovvero suo “*valore*”<sup>8</sup>.

Sicuramente il “*lavoro*” è “*valore*” dell'azienda, ad essa intrinsecamente connesso, specie laddove il fine sia la continuità, in modo da restituire all'impresa l'equilibrio necessario per la sua attività futura<sup>9</sup>.

Inoltre, come si vedrà, allorché il trasferimento d'azienda *riguardi imprese in crisi* o *insolventi*, l'obiettivo si focalizzerà, più che sulla tutela del singolo rapporto di lavoro, sul mantenimento dei livelli occupazionali dei lavoratori nella loro collettività, anche se l'art.368 CCI, in attuazione e nel rispetto della disciplina unionale ha previsto che nelle *vicende traslative* debba essere assicurata la *continuità giuridica* dei rapporti di lavoro. Ma di ciò in seguito.

### 3. La disciplina interna.

#### 3.1. L'art.47 della legge 23 dicembre 1990, n.428.

La scadenza per l'adeguamento delle legislazioni alla nuova disciplina comunitaria era fissata al 16 febbraio 1979 ed il nostro Paese è rimasto a lungo inadempiente, avendo recepito i relativi obblighi solo con l'art.47 della legge 29 dicembre 1990, n.428 che, al primo comma, ha previsto la continuità con l'acquirente del rapporto di lavoro e la conservazione, per il lavoratore, di tutti i diritti che ne derivano, e quindi, l'obbligo solidale delle parti in relazione ai crediti maturati al tempo del trasferimento, salva la possibilità per i lavoratori di consentire la liberazione dell'alienante dalle obbligazioni derivanti dal rapporto di lavoro.

La norma, così come ridisegnata<sup>10</sup>, ha fissato, ancora, l'obbligo per l'acquirente di applicare i *trattamenti economici normativi* “...*previsti dai contratti collettivi anche aziendali vigenti alla data del trasferimento*”, ferma la possibilità di una sostituzione degli stessi con altri contratti applicati dall'impresa cessionaria (*terzo comma*) e, ancora, ha ribadito la facoltà dell'alienante di esercitare il recesso, purchè nel rispetto, ovviamente, della

---

<sup>8</sup> PATTI, *Rapporto di lavoro e trasferimento d'azienda nelle procedure concorsuali*, in *Il Fallimento*, 2018, 1148 e segg.

<sup>9</sup> BELLÈ, *Trasferimento d'azienda e rapporti di lavoro nelle imprese insolventi: la prospettiva euronitaria*, in *Il Fallimento*, 2019, 1310; ma anche Corte di Giustizia, 25 luglio 1991, punto 32, causa C-362/892 (G. D'urso e A. Ventadori ed Altri).

<sup>10</sup> Si vedano in dottrina sulla interpretazione della direttiva DE LUCA, *Salvaguardia dei diritti del lavoratore in caso di trasferimento di azienda: “funzione” del diritto comunitario della giurisprudenza della Corte di Giustizia Ce nell'interpretazione della nuova disciplina nazionale (prime considerazioni sull'art.47 della “legge comunitaria per il 1990”)*, in *Foro it.*, 1991, IV, 287; LAMBERTUCCI, *Profili ricostruttivi della nuova disciplina in materia di trasferimento di azienda*, in *Riv.it.dir.lav.*, 1992, I, 152; CARABELLI, *Alcuni riflessioni sulla tutela dei lavoratori nel trasferimento di azienda: la dimensione individuale*, *ivi*, 1995, I, 45; SERRANO, *Il trasferimento dell'azienda in crisi tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale: ultimo atto?*, in *Rig.giur.lav.*, 2010, I, 325



normativa in materia di licenziamenti, e con la precisazione, invero ultronea, di non poter costituire la *vicenda traslativa* di per sé motivo di recesso (*quarto comma*).

L'art.47 della legge n.428 del 1990 ha disciplinato, altresì, l'obbligo di comunicazione da parte dell'imprenditore, della *intenzione* di effettuare il trasferimento informando, "...*almeno venticinque giorni prima*", le rappresentanze sindacali, della legge n.300 del 1970, ovvero, in mancanza, le rappresentanze aziendali:

- *sui motivi del programmato trasferimento;*
- *sulle conseguenze giuridiche, economiche e sociali per i lavoratori;*
- *sulle eventuali misure previste nei confronti di questi ultimi*<sup>11</sup>.

Per quel che concerne, poi, gli *obblighi del cessionario*, questi sono stati individuati nel mantenimento dei contratti collettivi, di qualsivoglia livello, vigenti alla data del trasferimento, fino alla naturale scadenza degli stessi, salvo che essi non fossero sostituiti da altri contratti collettivi a questi applicabili<sup>12</sup>.

La contrattazione collettiva dell'impresa cedente in tal caso doveva intendersi sostituita immediatamente da quella applicata nell'impresa cessionaria, anche se contenente condizioni peggiorative per i lavoratori rispetto alla prima, con il solo limite, naturalmente, dei *diritti-quesiti*, ovvero quelli che già entrati a far parte del patrimonio del lavoratore e, pertanto, intangibili<sup>13</sup>.

### 3.2. Il d.lgs. 2 febbraio 2001, n.18: la fattispecie e la nozione di ramo.

Il d.lgs. 2 febbraio 2001, n.18, nel riformulare - in attuazione della direttiva 98/50 - l'art.2112 cod.civ. e nel ribadire che, nel caso di trasferimento, il rapporto di lavoro continua ed il lavoratore conserva tutti i diritti che ne derivano, con obbligo per il *cessionario* di applicare i trattamenti economici e normativi previsti dai contratti *collettivi nazionali, territoriali* ed *aziendali* vigenti alla data della conclusione del *negozio traslativo*, ha chiarito - come in realtà, da tempo, era stato già precisato dalla Suprema Corte<sup>14</sup> - che ai fini della identificazione del fenomeno non assume importanza alcuna il *mezzo giuridico in concreto*

---

<sup>11</sup> ROMEI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento di azienda*, in *Commentario al Codice civile*, diretto da SCHLESINGER, Milano, 1993, 134, il quale ritiene che "...l'esame congiunto non ha ad oggetto la decisione di procedere al trasferimento del complesso aziendale, ma esclusivamente le conseguenze che ne derivano, delineandosi l'adempimento di un siffatto obbligo all'esterno e su un piano diverso rispetto a quello sul quale è situata la facoltà di stipulare il negozio traslativo del complesso aziendale"; in senso contrario, SANTORO PASSARELLI G., *Ancora sul trasferimento di azienda*, in *Dir.lav.*, 1992, I, 156, secondo cui "se d'altra parte l'inadempimento dell'obbligo di informazione e consultazione sindacale non avesse alcuna incidenza sugli effetti del negozio di trasferimento, tale inadempimento risulterebbe di fatto privo di sanzione", con la conseguenza, pertanto, che ove gli obblighi di informazione e consultazione fossero adempiuti dopo il trasferimento sarebbe, in realtà, frustrato "...l'obiettivo, proprio della nuova disciplina, di favorire attraverso l'informazione e la consultazione preventiva, l'azione propositiva e di autotutela del sindacato sulla vicenda traslativa dell'azienda".

<sup>12</sup> Il d.lgs. n.18 del 2001 ha, poi, specificato che l'effetto di sostituzione si produce, esclusivamente, fra contratti collettivi del medesimo livello.

<sup>13</sup> Cass., 11 marzo 2010, n.5882, in *Lav.giur.*, 2010, 785; Cass., 4 febbraio 2008, n.2609, in *Not.giur.lav.*, 2008, 785; Cass., 8 settembre 1999, n.9545, *ivi*, 1999, 675.

<sup>14</sup> Cass., 23 giugno 2001, n.8617, in *Guida al lav.*, 2001, 31, con nota di TOFFOLETTO ed in *Dir.prat.lav.*, 2001, 1394.

*impiegato*, quanto, piuttosto, che vi sia un nuovo imprenditore che diventi titolare del complesso organizzato e funzionale dei beni.

Pertanto, ai fini delle conseguenze derivanti dalla norma rivisitata, ormai, per trasferimento d'azienda si intende, per l'appunto, “*..qualsiasi operazione che comporti il mutamento nella titolarità di una attività economica organizzata, con e senza scopo di lucro, al fine della produzione dello scambio di beni o di servizi...*”, alla condizione che essa preesista al trasferimento, e che conservi, comunque, dopo di esso, la propria identità, indipendentemente “*...dalla tipologia negoziale o dal provvedimento sulla base dei quali il trasferimento è attuato...*”<sup>15</sup>.

Ha, poi, regolato l'art.1 del d.lgs.n.18 del 2001 anche la vicenda traslativa del *ramo di azienda*, stabilendo che per tale deve intendersi quella “*...articolazione funzionalmente autonoma di una attività economica organizzata....preesistente come tale al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità*”<sup>16</sup>.

### 3.3. Il d.lgs. 10 febbraio 2003, n.276.

L'art.32 del d.lgs. 10 febbraio 2003, n.276, è successivamente intervenuto per ribadire, nella sostanza, non rilevare la tipologia negoziale, potendo la vicenda *traslativa* derivare da un qualsiasi atto “*...sulla base del quale il trasferimento è attuato*”, ma soprattutto per stabilire che le disposizioni dell'art.2112 cod.civ. trovano applicazione anche nel caso di trasferimento di parte dell'azienda, intesa, però, ora “*...come articolazione funzionalmente autonoma di una attività economica organizzata...*” che, pur tuttavia, può essere identificata “*...come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento*”, ed inoltre ha dettato precise norme per il caso in cui, a seguito della realizzata *vicenda traslativa*, l'acquirente concluda un contratto di appalto, la cui esecuzione avviene attraverso l'utilizzazione del ramo di azienda oggetto di cessione. prevedendo specificamente che tra le parti “*..opera un regime di solidarietà individuato nell'art.1676 cod.civ.*”, situazione questa che può realizzarsi nel caso del *concordato in continuità* e certamente non nel *fallimento*<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> Con riferimento alla fusione ed alle altre operazioni straordinarie si veda: Cass., Sez.Un., 17 settembre 2010, n.19698, in *Foro it.*, 2001, I, 472; Cass., 22 marzo 2010, n.6845, in *Giur.it.*, 2010, 1847; Cass., 2 settembre 2010, n.19000, in *Lav.giur.*, 2011, 227; Cass., 8 luglio 1992, n.8315, in *Not.giur.lav.*, 1992, 880

<sup>16</sup> CIUCCIOVINO, *La nozione “azienda trasferita” alla luce dei recenti sviluppi della giurisprudenza interna e della giurisprudenza comunitaria*, in *Arg.dir.lav.*, 1998, 895; COSIO, *La cessione del ramo di azienda: un cantiere aperto*, in *Foro it.*, 2003, I, 458.

<sup>17</sup> DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo di azienda e rapporti di fornitura*, in *I processi di esternalizzazione, opportunità e vincoli giuridici* (a cura di DE LUCA TAMAJO), Napoli, 2002, 29, che ritiene il mero coordinamento di beni immateriali in grado di integrare l'esercizio di una attività imprenditoriale, avendo inteso il legislatore attuare una dilatazione della fattispecie normativa regolata dall'art.2112 cod.civ.; Id., *La disciplina del trasferimento di ramo di azienda dal codice civile al d.lgs.n.276 del 10 settembre 2003*, in *Mercato del lavoro: riforma e vincoli di sistema*, Napoli, 2004, 569.; Id., *Trasferimento di azienda, esternalizzazione del lavoro, somministrazione, appalto dei servizi, distacco, nella riforma del diritto del lavoro*, in *Arg.dir.lav.*, 2005, 60; in senso contrario: LAMBERTUCCI, *Commento all'art.32 del d.lgs. n.276/2003*, in *La riforma del mercato del lavoro e nuovi modelli contrattuali*, Padova, 2004, 463; SANTORO PASSARELLI G., *Fattispecie ed interessi tutelati nel trasferimento di azienda e di ramo di azienda*, in *Riv.it.dir.lav.*, I, 2003, 189.

Interesse – come si è in precedenza accennato – può suscitare, sempre con riferimento al **concordato in continuità**, la questione della individuazione dell'elemento oggettivo del trasferimento, quante volte la vicenda traslativa riguardi una **entità economica**, attesa la necessità di dover stabilire quando possa dirsi che essa conservi la sua identità e, in particolare, se per la individuazione del **ramo**<sup>18</sup> debba farsi riferimento necessario alla traslazione degli elementi materiali o sia possibile ritenere sufficiente anche la trasmigrazione dei soli lavoratori, per aver acquisito un complesso di nozioni, sì da consentire loro lo svolgimento di una attività che possa integrare il contenuto di una entità economica, pur in assenza della cessione di elementi materiali<sup>19</sup>, **in ragione della possibilità che i destinatari dell'operazione individuata non ritengano di essere parte del ramo.**

### **3.4. L'art.19 quater della legge n.166 del 2009.**

La materia inerente il trasferimento di azienda realizzato nel corso delle procedure di **crisi (concordato preventivo conservativo; amministrazione straordinaria, con continuazione dell'attività)** o di **insolvenza (fallimento, concordato preventivo con cessione dei beni, liquidazione coatta amministrativa senza continuazione dell'attività)** è stata modificata dalla legge 20 novembre 2009, n.166 – di conversione, con modificazioni, del d.l.25 settembre 2009, n.135, emanato in conseguenza della necessaria attuazione degli obblighi comunitari, a seguito della sentenza resa dalla Corte di Giustizia l'11 giugno 2009, nella causa C/561/07 – che, all'art.19 **quater**, ha riscritto l'art.47 della legge 29 dicembre 1990, n.428, attraverso l'inserimento, dopo il comma **quattro**, del **quattro bis**, che così recita:

“ 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'art.2, quinto comma, lettera c), della legge 12 agosto 1977, n.675;**

---

<sup>18</sup> ANIBALLI, *Il trasferimento di “ramo di azienda” nel fallimento e nell'amministrazione straordinaria: compatibilità della disciplina italiana con la normativa europea*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2012, 345, ove svolte alcune considerazioni sulla nozione comunitaria e nazionale del ramo di azienda precisa che, a causa dell'insufficienza di criteri oggettivi e soggettivi idonei per la identificazione di esso, l'unico requisito realmente affidabile è costituito dalla “*idoneità funzionale all'esercizio dell'attività economica del segmento oggetto dell'atto dispositivo*”; FOGLIA R., *L'evoluzione normativa e giurisprudenziale comunitaria in materia di trasferimento d'azienda*, in *Quad.dir.lav.rel.ind.*, 2004, 197, sulla possibilità che attraverso la cessione del ramo si realizzi la *esternalizzazione* dei lavoratori, senza ricorrere alla complessa procedura per il licenziamento collettivo; BAVARO, *Il trasferimento d'azienda e di ramo d'azienda*, in *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge 30/2003*, a cura di CURZIO, Bari, 2006, 238; NOVELLA, *Il trasferimento di impresa*, in *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, a cura di CARINCI F.-PIZZOFERRATO, Torino, 2010, 681.

<sup>19</sup> Cass., 21 luglio 2002, n.10701; Tribunale Siracusa, sent.n.1145/2008, in *Dir.prat.lav.*, 2010, n.47, 165, con nota di INCONTRO; Corte di Giustizia, 13 settembre 2007, C458/05, in *Foro it.*, 2008, IV, 98, che ha applicato la direttiva in caso di trasferimento di un gruppo di impiegati e lavoratori interinali da un'agenzia di lavoro ad un'altra, osservando che in alcuni settori economici i mezzi produttivi sono spesso ridotti alla loro più semplice espressione e l'attività si fonda essenzialmente sulla manodopera; negli stessi termini Corte di Giustizia, 20 gennaio 2011, C463/09, in *Riv.it.dir.lav.*, 2011, II, 1250 con nota di COMANDE, *Il trasferimento di azienda irriducibile a mera successione di funzioni*; Corte di Giustizia, 5 settembre 2011, C108/10, in *Not.giur.lav.* 2011, 690; Corte di Giustizia, 15 dicembre 2005, cause riunite C232/04 e C233/04 in *Foro it.*, 2006, IV, 121 che hanno precisato costituire la cessione di mezzi produttivi “*solo un aspetto parziale*” ma al tempo stesso non “*requisito necessario per l'accertamento di un trasferimento*”; Corte di Giustizia, 12 febbraio 2009, C466/07 relativo al trasferimento nel settore informatico consistente nella cessione di diritti su brevetti, nomi dei prodotti, elenco di fornitori e clienti.

**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"**

Il medesimo art.19 **quater** ha, poi, operato una rivisitazione del comma **cinque** dell'art.47, mediante la soppressione delle seguenti parole: "aziende o unità produttive delle quali il CIPI abbia accertato lo stato di crisi aziendale a norma dell'articolo 2, quinto comma, lettera c), della legge 12 agosto 1977 n.675, o"

Evidente l'esistenza di una diversa disciplina volta alla regolamentazione delle **vicende traslative**, temporanee o definitive, di una impresa, a seconda che essa sia in **crisi**, ovvero **insolvente**, sulla quale è ulteriormente poi intervenuto l'art.46 **bis**, comma secondo, legge 1 agosto 2012, n.134, che ha aggiunto, alla **lettera b)**, altre **due ipotesi** in virtù delle quali è stata ritenuta possibile la **flessibilizzazione** degli obblighi nella procedura di **concordato preventivo (lettera b bis)**, ovvero nell'**accordo di ristrutturazione del debito (lettera b ter)**, non potendo trovare le vicende traslative una corretta regolamentazione nella **lettera a)** del comma **quattro bis**, della legge n.166 del 1999.

Le operate integrazioni non sono risultate conformi all'ordinamento comunitario, ove si consideri il principio affermato dalla Corte di Giustizia con la già ricordata decisione, con la quale aveva stabilito che: "*la Repubblica Italiana, mantenendo in vigore le disposizioni di cui all'art.47, commi cinque e sei, della legge 29 dicembre 1990 n.428, in caso di "crisi aziendale", a norma dell'art.2, quinto comma, lett.c), della legge 12 agosto 1977, n.675,..... non ha garantito i diritti in caso di trasferimento di una azienda il cui stato di crisi sia stato accertato, ed è, pertanto, venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza della detta direttiva*"<sup>20</sup>.,.

Ed infatti, il meccanismo che aveva subordinato la possibile disapplicazione dell'art.2112 cod.civ. era stato individuato, prima della riforma attuata attraverso l'art.19 **quater** della legge n.166 del 2009, nella **dichiarazione di crisi aziendale**, prevista dall'art.2, quinto comma, lettera c), della legge 12 agosto 1977, n.675, con omologo riferimento, senza, dunque, distinzione alcuna tra le imprese in **crisi**, o **insolventi**, ed alla ulteriore condizione della intervenuta **cessazione dell'attività o non continuazione della stessa**.

L'art.2, quinto comma, lett.c), della legge n.675 del 1977 è stato soppresso dal comma quinto dell'art.47 della legge n.428 del 1990, sicchè qualora il trasferimento avesse riguardato **imprese dichiarate fallite, sottoposte alla liquidazione coatta amministrativa, ammesse alla amministrazione straordinaria**, ovvero nei confronti delle quali vi fosse stata **omologazione di concordato preventivo, consistente nella cessione dei beni**, e l'attività **non fosse risultata continuata o fosse cessata**, sarebbe stato possibile, per le parti interessate alla **vicenda circolatoria**, mediante un accordo che avesse assicurato il mantenimento anche parziale dell'occupazione, disapplicare l'art.2112 cod.civ., per quel che attiene la continuità

<sup>20</sup> CAIAFA A., *Crisi di impresa trasferimento d'azienda e normativa comunitaria*, in *Dir.fall.*, 2010, II, 13, in nota a *Corte Giust*, 11 giugno 2009.

giuridica dei rapporti e gli obblighi pregressi rimasti inadempiti, così limitando la solidarietà passiva.

Di conseguenza, l'art.19 *quater*, della legge n.166 del 2009, con riferimento al quinto comma dell'art.47 della legge n.428 del 1990, ha disposto la soppressione dell'ipotesi di *crisi aziendale* dal novero dei casi di esclusione dell'applicazione dell'art.2112 cod.civ. e, allo stesso tempo, ha previsto l'attribuzione alle organizzazioni sindacali del potere di disporre dei diritti garantiti dalla disciplina contenuta nella medesima norma.

Tale facoltà è stata concessa all'*autonomia privata collettiva*, dell'art.47 comma *quattro bis*, non solo, nella già menzionata ipotesi di *crisi aziendale*, dichiarata ai sensi dell'art.2, quarto comma, lett.c), della legge n.675 del 1977 (**art.19 quater, lettera a**), ma anche quando interessata dal trasferimento fosse l'azienda di una impresa sottoposta alla procedura di *amministrazione straordinaria*, ai sensi del d.lgs.n.270 del 1999, sempre che *vi fosse stata continuazione dell'attività e la stessa non fosse, pertanto, cessata (art.19 quater, lettera b)*.

In entrambi i casi, condizione essenziale perché l'autonomia privata collettiva potesse disporre dei diritti previsti dall'art.2112 cod.civ., è stata individuata nel *raggiungimento di un accordo* teso al mantenimento, anche parziale, dell'occupazione, così come previsto, appunto, dalla direttiva Europea<sup>21</sup>.

L'intervento normativo ha avuto, quindi, lo scopo di consentire la effettuazione di *operazioni traslative* dell'azienda, o di singoli rami, con possibile disapplicazione degli obblighi derivanti dall'art.2112 cod.civ., ancorandole, però, alla previsione della *conclusione di un accordo* e della *non intervenuta cessazione dell'attività* che, di contro, è espressamente richiesta qualora l'impresa che avesse inteso realizzare la *vicenda traslativa fosse insolvente* e fosse stata dichiarata *fallita, sottoposta alla liquidazione coatta amministrativa, ovvero ammessa alla amministrazione straordinaria* e, altresì, nel caso di *concordato preventivo con cessione dei beni*, sempre che fosse intervenuto il decreto omologatorio.

Tutto ciò è però, come si vedrà, in contrasto con le indicazioni comunitarie sol che si consideri che in precedenti statuizioni della Corte di Giustizia<sup>22</sup>, d'altronde, era stato sottolineato che “...l'attuazione dei diritti conferiti ai lavoratori della direttiva non può venir subordinata al consenso né del cedente né del cessionario, né dei rappresentanti dei lavoratori stessi”, in ragione della riconosciuta la possibilità per lo stesso cessionario di attuare quei recessi “...che possono aver luogo per motivi economici, tecnici e di organizzazione che comportano variazioni sul piano dell'occupazione”<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> Art.5, paragrafo 3, lett.b, direttiva n.23/2001.

<sup>22</sup> Corte Giust., 25 luglio 1991, causa 362/89 (sentenza D'Urso), in *Giust.civ.*, 1992, I, 1121; Corte Giust., 7 dicembre 1995, causa 472/93 (sentenza Spano), in *Dir.lav.*, 1996, II, 122.

<sup>23</sup> Già in passato era stato osservato da GIUGNI, *Riconversione, mobilità del lavoro, collocamento*, in *Riv.giur.lav.*, 1976, I, 639, doversi ritenere “...tramontata l'era del licenziamento collettivo per ragioni produttive.” e ribadita la necessità di sostituire al primo il trasferimento da un'azienda all'altra senza conseguenze per il trattamento economico e giuridico e, quindi, nel pieno rispetto dell'equivalenza professionale e della anzianità.



#### 4. L'evoluzione comunitaria e nazionale.

E' stato giustamente precisato nella relazione illustrativa al **Codice della crisi e dell'insolvenza** che l'art. 191 fa espresso rinvio alla disciplina lavoristica (non a caso l'art. 47 della legge comunitaria 428/1990 è stato inserito nel capo VII dedicato al "lavoro"), dando così attuazione al principio enunciato dalla legge delega 19 ottobre 2017, n. 155, che all'art. 2, primo comma, lett. p), ha imposto di "armonizzare le procedure di gestione della crisi e dell'insolvenza del datore di lavoro con le forme di tutela dell'occupazione e del reddito dei lavoratori che trovano fondamento nella Carta sociale europea, fatta a Strasburgo il 3 maggio 1996, ratificata ai sensi della legge 9 febbraio 1999, n. 30, e nella direttiva 2008/94/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2008, nonché nella direttiva 2001/23/CE del Consiglio, del 12 marzo 2001, **come interpretata dalla Corte di giustizia dell'Unione europea**".

Al fine precipuo di verificare se il disposto dell'art. 191 possa considerarsi una norma felice occorre effettuare un breve *excursus* dalla normativa **nazionale** e **unionale**, alla luce delle decisioni della Corte di Giustizia europea<sup>24</sup>.

Occorre partire dalla **Direttiva 77/187/CE del 14 febbraio 1977** concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti, che ha regolamentato, appunto, i diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'impresa, ma che non ha specificato se essa dovesse trovare applicazione anche ai casi di trasferimento d'azienda in crisi.

La direttiva comunitaria, aveva già allora stabilito (art.3) che i diritti e gli obblighi risultanti per il **cedente** "...**da un contratto di lavoro o da un rapporto di lavoro esistente alla data del trasferimento ai sensi dell'art.1 paragrafo...**" dovessero ritenersi trasferiti al **cessionario**, con la possibilità, tuttavia, per gli Stati membri di prevedere la **solidarietà** nell'adempimento degli obblighi pregressi anche per il **cedente** "...**dopo la data del trasferimento**".

Lo stesso art.3, al comma secondo, imponeva al **cessionario** di mantenere le condizioni di lavoro convenute mediante contratto collettivo e la possibilità per gli Stati membri di limitare il periodo di mantenimento, purchè non fosse inferiore ad un **anno**.

Il trasferimento non era "...**di per sé motivo di licenziamento da parte del cedente o del cessionario**" e, naturalmente, la **vicenda traslativa** non pregiudicava il diritto

---

<sup>24</sup> Espressione questa utilizzata da RUGGERI, in *Dimensione Europea della tutela dei diritti fondamentali e tecniche interpretative*, in *Dir.un.eur.*, 2010, I, 125, ripresa e condivisa da CONTI, *Il problema delle norme interne contrastanti con il diritto comunitario non immediatamente efficace fra rimedi interni ed euro unitari*, in *ww.federalismi.it* 10/2020.

delle parti di provvedere alla risoluzione del rapporto, quante volte ciò fosse giustificato dalla esistenza di “...**motivi economici, tecnici o di organizzazione**” che avessero comportato variazioni sul piano dell’occupazione.

Ancora, il trasferimento non poteva determinare “...**a scapito del lavoratore una sostanziale modifica delle condizioni di lavoro**”, sicchè la risoluzione del contratto, ovvero del rapporto, ove intervenuta per tali ragioni, era considerata “...**come dovuta alla responsabilità del datore di lavoro**”.

Il contenuto precettivo della direttiva comunitaria, di **prima generazione**, in conseguenza dell’obiettivo che essa intendeva realizzare, era diretta, appunto, ad “...**impedire che le ristrutturazioni nell’ambito del mercato comune**” potessero essere effettuate a danno dei lavoratori e, conseguentemente, a “...**garantire la salvaguardia dei diritti dei lavoratori in caso di cambiamento del datore di lavoro, consentendo loro di restare alle dipendenze del cessionario nella stessa situazione convenuta con il cedente**”.

La direttiva perseguiva, dunque, un duplice obiettivo, nell’intento di assicurare, sul piano individuale, la continuità dei rapporti di lavoro, attraverso la previsione che la **vicenda traslativa**, in qualunque modo realizzata (“**cessione contrattuale o fusione**”), non potesse costituire motivo valido di recesso, né per il cedente né, tantomeno, per il cessionario, e riconosceva, tuttavia, la possibilità ad entrambi di poter risolvere i rapporti, in presenza, però, di “...**motivi economici, tecnici od organizzativi...**”, comportanti “...**variazioni sul piano dell’occupazione**”.

La finalità del mantenimento dei diritti dei lavoratori sarebbe d'altronde risultata svuotata di contenuto ove non fosse stata assicurata, però, anche la tutela delle **condizioni di lavoro** fissate dai contratti collettivi, con la previsione, peraltro, che ove non fosse applicato alcun contratto collettivo da parte del cessionario, questi non poteva ritenersi liberato dall’obbligo di dare applicazione alla disciplina dettata dal cedente, sino alla relativa scadenza e, comunque, con la possibilità per gli Stati membri di attenuare la portata dell’obbligo per un periodo, però, non inferiore ad un anno.

Il testo della direttiva n.77/187 si è prestato a due differenti interpretazioni in ordine alla possibilità, o meno, di ritenere esclusi da essa quei trasferimenti che fossero attuati nell’ambito ed in conseguenza di una **procedura concorsuale**, ovvero **conservativa**, cui l’impresa fosse stata assoggettata.

Il riferimento, difatti, alla **cessione contrattuale** aveva lasciato ritenere che non potesse essere inclusa ogni diversa ipotesi in cui il trasferimento, invero, non fosse **volontario**, ma conseguenza del **procedimento di liquidazione dell’azienda** per soddisfare le esigenze dei creditori concorrenti anteriori, attesa la impossibilità di riconoscere, in tal caso, alla vicenda stessa una valenza e funzione conservativa.

Secondo una diversa interpretazione, più restrittiva, non poteva non rilevarsi, al riguardo, che non contenendo la direttiva alcuna deroga all'applicabilità dei principi di prosecuzione automatica del rapporto e di responsabilità solidale per i crediti maturati prima del perfezionamento della *vicenda traslativa*, anche nel caso in cui questa fosse stata realizzata nell'ambito di un procedimento di liquidazione, non sarebbe stato consentito alle parti di discostarsi dagli obblighi imposti.

La Corte di Giustizia<sup>25</sup> dopo aver messo in risalto una divergenza di valutazioni sullo spirito della direttiva ed aver sottolineato che i trasferimenti di imprese effettuati nell'ambito di un *procedimento fallimentare* non rientrassero nella sfera di applicazione della direttiva stessa, ha precisato che gli Stati membri fossero liberi di applicare in modo autonomo, in tutto o in parte, i principi della direttiva stessa, in forza del loro solo diritto nazionale<sup>26</sup>.

Nel frattempo è stata emanata la legge n. 428 del 29 dicembre 1990 che ha individuato le specifiche ipotesi di deroga all'art. 2112 cod.civ. e le condizioni di percorribilità.

In particolare l'art. 47, quinto comma nella prima versione, ha previsto che:

- il trasferimento dovesse avere ad oggetto aziende delle quali il CIPI avesse accertato lo stato di crisi aziendale<sup>27</sup>, o imprese nei confronti delle quali vi fosse stata dichiarazione di *fallimento*, omologazione di *concordato preventivo* consistente nella cessione dei beni, emanazione del provvedimento di *liquidazione coatta amministrativa* ovvero di sottoposizione all'*amministrazione straordinaria*;
- la continuazione dell'attività non fosse stata disposta o cessata;
- fosse raggiunto un accordo con le rappresentanze sindacali (unitarie, aziendali o di categoria) finalizzato al mantenimento, anche parziale, dell'occupazione.

La Corte di Giustizia<sup>28</sup> con riferimento all' art. 1, n. 1, della direttiva 77/187<sup>29</sup> ha affermato non dover trovare applicazione ai trasferimenti di imprese effettuati nell'ambito di un procedimento concorsuale - come quello previsto dalla normativa italiana sulla *liquidazione coatta amministrativa* - mentre le disposizioni della stessa direttiva avrebbero dovuto essere applicate allorché, nell'ambito di un complesso di leggi come quelle che disciplinano l'*amministrazione straordinaria*, fosse stato deciso il prosieguo dell' attività dell' impresa.

---

<sup>25</sup> Corte di Giustizia, 7 febbraio 1985, causa C-135/83, *Abels*,

<sup>26</sup>In ordine alla duplice interpretazione del testo della direttiva, CAIAFA A., “Le vicende circolatorie dell'azienda nell'amministrazione straordinaria”, su [www.coisrivista.it](http://www.coisrivista.it) 30 novembre 2018, 3; GAUDIO G., “Trasferimento d'azienda e crisi d'impresa: una eterogenesi dei fini da parte del legislatore italiano?”, in [csdle.lex.unict.it](http://csdle.lex.unict.it) (11 dicembre 2017).

<sup>27</sup> Testualmente: *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.*

<sup>28</sup> Corte di Giustizia, 25 luglio 1991, causa C-362/89, *D'Urso*.

<sup>29</sup> Art. 1, 1 “La presente direttiva si applica ai trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti ad un nuovo imprenditore in seguito a cessione contrattuale o a fusione”

In sintesi, il criterio determinante da seguire, secondo la Corte, per valutare la compatibilità di una fattispecie derogatoria al diritto comunitario, fosse quello dell' obiettivo perseguito dal procedimento in questione<sup>30</sup>, facendo così emergere un principio importante che ha permesso di stabilire la legittimità di una norma di uno Stato membro rispetto alla possibilità di derogare alle tutele apprestate dalla direttiva comunitaria, e cioè che al di là del tipo di procedimento (nella fattispecie, amministrazione straordinaria), quello che contava era la finalità della procedura: **liquidazione del patrimonio aziendale e cessazione della sua attività**.

La Corte di Giustizia, con la richiamata decisione, ha in qualche modo risolto il problema interpretando quanto disposto nell'art.1, ed ha così legittimato la esclusione delle imprese assoggettate ad un **procedura concorsuale liquidativa**, tenendo da questa distinti quei procedimenti volti alla **salvaguardia del patrimonio aziendale** ed alla **prosecuzione dell'attività economica**, secondo un **progetto di risanamento** in grado di restituire all'impresa l'equilibrio finanziario perché potesse proseguire, concludendo nel senso che la disciplina protettiva derivante dalla direttiva non potesse essere, per alcuna ragione, disapplicata<sup>31</sup>.

Al riguardo la Corte di Giustizia, intervenuta per valutare la portata della direttiva n.77/187, e stabilire se essa dovesse trovare applicazione nel caso del trasferimento di impresa, oggetto di un **procedimento amministrativo o giudiziale**, ha individuato il criterio discriminante nell'obiettivo perseguito dal procedimento stesso, affermando che si dovesse tener conto delle modalità della procedura e si dovesse, quindi, accertare, di volta in volta, se queste fossero tali da implicare, o meno, la **prosecuzione dell'attività di impresa**.

L'interpretazione offerta dalla Corte di Giustizia, con riferimento alla direttiva n.77/187, ha consentito di ritenere ad essa conforme l'art.47, della legge n.428 del 1990, nella parte in cui, al quinto comma, aveva previsto – ed ancora prevede sino a quando non entrerà in vigore il **Codice della crisi e dell'insolvenza** - la possibile **flessibilizzazione** delle garanzie presenti nell'art.2112 cod.civ., per le **vicende traslative** di imprese sottoposte a **procedure concorsuali in cui non vi fosse stata la continuazione dell'attività**, o perché **cessata**.

Ed ancora, la Corte di Giustizia affrontando un caso di **crisi qualificata**, connotata da rilevanza sociale, ha dichiarato che la direttiva del Consiglio 77/187/CEE, si applicasse al trasferimento di un'impresa, della quale fosse stato dichiarato lo **stato di crisi**, ai sensi dell'art. 2, quinto comma, lett. c), della legge italiana 12 agosto 1977, n. 675, affermando che, contrariamente al **fallimento**, il procedimento di accertamento dello stato di

---

<sup>30</sup> Corte di Giustizia, 25 luglio 1991, causa C-362/89, in *Giust.civ.*, 1991, I, 1126, con riferimento alle procedure di risanamento; Corte di Giustizia, 7 dicembre 1995, causa C-472/93, *Spano*.

<sup>31</sup> Corte di Giustizia 25 luglio 1991, causa C-362/89, in *Giust.cit.*, 1992, I, 1126, con riferimento alle procedure di risanamento; Corte di Giustizia, 7 dicembre 1995, causa 472/93, in *Mass.giur.lav.*, 1996, 225 con nota di ROMEI, *Brevi osservazioni sulla recente sentenza della Corte di Giustizia in materia di trasferimento di una azienda in crisi*.

crisi è volto al risanamento della situazione economico finanziaria ed alla continuazione dell'attività di impresa, ragione per la quale la direttiva non poteva non essere applicata.<sup>32</sup>

A seguito delle dette pronunce è sopraggiunta la **direttiva 98/50/CE del 29 giugno 1998** - che ha modificato la precedente n. 77/187 CEE - successivamente sostituita dalla **direttiva 2001/23/CE**, rivolta alla sopravvivenza delle imprese insolventi ed in situazione di crisi attraverso la quale sono stati autorizzati gli Stati membri a poter non applicare gli artt. 3 e 4<sup>33</sup>, lasciati così liberi di individuare regole, più o meno flessibili, per regolamentare il fenomeno traslativo a seconda che quest'ultimo venisse realizzato da un'impresa in *crisi* oppure *insolvente*.<sup>34</sup>

La direttiva<sup>35</sup>, in particolare, nel suo settimo “*considerando*”, nel regolamentare il *fenomeno traslativo* a seconda che esso venisse realizzato da un' *impresa in crisi*, ovvero *insolvente*, ha ritenuto possibile che solo in presenza della prima dovessero essere garantite la continuazione dei rapporti, la garanzia del reddito e delle condizioni di lavoro, consentendo agli Stati membri di non applicare gli artt. 3 e 4 - che assicurano il mantenimento dei diritti dei lavoratori e la continuità giuridica del rapporto - alle imprese per le quali avesse avuto inizio la fase di liquidazione, a seguito di una *procedura di insolvenza* aperta nei confronti del *cedente* ed alla duplice condizione:

- del suo *svolgimento sotto il controllo di una Autorità pubblica competente*;

---

<sup>32</sup>. Così le massime: “La direttiva 77/187, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti, si applica al trasferimento di un' impresa quale quella di cui sia stato dichiarato lo stato di crisi in conformità alla legge italiana 12 agosto 1977, n. 675, recante provvedimenti per il coordinamento della politica industriale, la ristrutturazione, la riconversione e lo sviluppo del settore. Tale procedura di accertamento dello stato di crisi, infatti, lungi dal tendere alla liquidazione dell'impresa, tende al contrario a favorire la prosecuzione della sua attività e soprattutto dell'impiego, nella prospettiva di una futura ripresa, e subordina pertanto la dichiarazione dello stato di crisi alla presentazione di un piano di risanamento, che comprenda provvedimenti volti a risolvere i problemi dell'occupazione”.

Non costituisce una “disposizione più favorevole per i lavoratori”, ai sensi dell' art. 7 della direttiva 77/187, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti, una disposizione quale l' art. 47, quinto comma, della legge italiana 29 dicembre 1990, n. 428, ai sensi del quale, qualora il trasferimento riguardi aziende di cui sia stato accertato lo stato di crisi aziendale, e nel corso della consultazione obbligatoria dei lavoratori sia stato raggiunto un accordo circa il mantenimento anche parziale dell' occupazione, i rapporti di lavoro non proseguono alle stesse condizioni con il nuovo proprietario.

<sup>33</sup> In tal senso il **Considerando** (7): “al fine di garantire la sopravvivenza di imprese insolventi, gli Stati membri dovrebbero essere autorizzati espressamente a non applicare gli artt. 3 e 4 della direttiva 77/187/CEE ai trasferimenti effettuati nell'ambito di una procedura di liquidazione, e che talune deroghe alle disposizioni generali della suddetta direttiva dovrebbero essere autorizzate in caso di trasferimenti effettuati nell'ambito di procedure di insolvenza”; **Considerando** (8): “ tali deroghe dovrebbero essere permesse per uno Stato membro che disponga di procedure speciali per promuovere la sopravvivenza di società di cui si dichiara che sono in situazione di crisi economica”;

<sup>34</sup> CAIAFA A., *Le vicende circolatorie dell'azienda nell'amministrazione straordinaria*, su [www.coisrivista.it](http://www.coisrivista.it) 30 novembre 2018, 4.

<sup>35</sup> LO FARO, *Le direttive in materia di crisi e ristrutturazioni di impresa*, in *Il lavoro subordinato*, a cura di SCIARRA-CARUSO, Torino, 2009, 392; PIZZOFERRATO, *I riflessi della direttiva 98/50/Ce*, in *Dir.lav.rel.ind.*, 1999, 475, ID., *Il trasferimento dell'azienda nelle imprese in crisi*, in *Quad.dir.lav.rel.ind.*, 2004, 159; LAMBERTUCCI, *Le tutele del lavoratore nella circolazione dell'azienda*, Torino, 1999, 75, ove sottolinea l'avvenuto riconoscimento della legislazione nazionale attraverso la nuova formulazione. I profili di contrasto tra tutela individuale e collettiva sono stati sottolineati da: NAPPI S., *Negozi traslativi dell'impresa e rapporti di lavoro*, Napoli, 1999, 334; PELAGGI, *Trasferimento d'azienda nelle imprese in crisi, potere di recesso del cedente e del cessionario ed effetti del licenziamento illegittimo alla luce della giurisprudenza comunitaria*, in *Mass.giur.lav.*, 1998, 628.



- della *sussistenza di una protezione almeno equivalente a quella garantita per le situazioni contemplate dalla direttiva 80/987, del Consiglio del 20 ottobre 1980*, nell'ipotesi di insolvenza, per gli obblighi del cedente, risultanti dal contratto di lavoro non trasferiti al cessionario<sup>36</sup>.

Più problematica è apparsa essere la scelta per la operata previsione di riconoscere allo Stato membro di *flessibilizzare* gli obblighi derivanti dagli artt. 3 e 4 della stessa direttiva, qualora il cedente si fosse trovato in una *situazione di grave crisi economica*, per come definita dal diritto nazionale, in particolare per quel che attiene il significato da attribuire alla previsione di dover essere tale situazione dichiarata da una *Autorità pubblica competente ed aperta al controllo giudiziario* (art.5 paragrafo 3 della direttiva n.23 del 2001).

La direttiva 2001/23/CE ha, tuttavia, così fissato i principi fondamentali sui diritti dei lavoratori nel trasferimento d'azienda, riguardanti le situazioni di insolvenza.

L'art. 5<sup>37</sup>, in particolare, ha consentito in alcuni casi (paragrafo 1) di escludere *in toto*, senza condizioni, l'applicazione delle tutele per i lavoratori previste dalla direttiva stessa in caso di trasferimento d'azienda, mentre in altri casi [paragrafo 2, lettere a), e b)] ha

---

<sup>36</sup> In ottemperanza della direttiva è stato istituito presso l'Inps, con l'art.2 della legge 29 maggio 1982, n.297, lo speciale "Fondo di garanzia per il trattamento di fine rapporto", allo scopo di assicurare il pagamento delle indennità di cui all'art.2120 cod.civ. nei casi di insolvenza del datore di lavoro. Sul tema DE LUCA TAMAJO-FERRARO, *Commento dell'art.2 della legge n.297 del 1982*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1983, 279; VALLEBONA, *Il trattamento di fine rapporto di lavoro*, Milano, 1984, 124; CAIAFA A. -CAIAFA F., *L'accertamento dei crediti di lavoro nel fallimento e nelle altre procedure concorsuali*, in *I rapporti di lavoro e la tutela del credito nella crisi di impresa*, a cura di CAIAFA A., Torino, 2011, 515

<sup>37</sup> La **prima deroga** è contenuta nel paragrafo 1 dell'art. 5: "A meno che gli Stati membri dispongano diversamente, gli articoli 3 e 4 non si applicano ad alcun trasferimento di imprese, stabilimenti o parti di imprese o di stabilimenti nel caso in cui il cedente sia oggetto di una procedura fallimentare o di una procedura di insolvenza analoga aperta in vista della liquidazione dei beni del cedente stesso e che si svolgono sotto il controllo di un'autorità pubblica competente (che può essere il curatore fallimentare autorizzato da un'autorità pubblica competente)".

Il successivo paragrafo 2 dell'art. 5 contiene la **seconda deroga**: "Quando gli articoli 3 e 4 si applicano ad un trasferimento nel corso di una procedura di insolvenza aperta nei confronti del cedente (indipendentemente dal fatto che la procedura sia stata aperta in vista della liquidazione dei beni del cedente stesso) e a condizione che tali procedure siano sotto il controllo di un'autorità pubblica competente (che può essere un curatore fallimentare determinato dal diritto nazionale), uno Stato membro può disporre che: a) nonostante l'articolo 3, paragrafo 1, gli obblighi del cedente risultanti da un contratto di lavoro o da un rapporto di lavoro e pagabili prima del trasferimento o prima dell'apertura della procedura di insolvenza non siano trasferiti al cessionario, a condizione che tali procedure diano adito, in virtù della legislazione dello Stato membro, ad una protezione almeno equivalente a quella prevista nelle situazioni contemplate dalla direttiva 80/987/CEE del Consiglio, del 20 ottobre 1980, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative alla tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro; e/o b) il cessionario, il cedente o la persona o le persone che esercitano le funzioni del cedente, da un lato, e i rappresentanti dei lavoratori, dall'altro, possano convenire, nella misura in cui la legislazione o le prassi in vigore lo consentano, modifiche delle condizioni di lavoro dei lavoratori intese a salvaguardare le opportunità occupazionali garantendo la sopravvivenza dell'impresa, dello stabilimento o di parti di imprese o di stabilimenti".

Una **terza deroga** è contenuta nel paragrafo 3 dell'art. 5, secondo cui: "Uno Stato membro ha facoltà di applicare il paragrafo 2, lettera b), a trasferimenti in cui il cedente sia in una situazione di grave crisi economica quale definita dal diritto nazionale, purché tale situazione sia dichiarata da un'autorità pubblica competente e sia aperta al controllo giudiziario, a condizione che tali disposizioni fossero già vigenti nel diritto nazionale il 17 luglio 1998".

permesso di apportare modificazioni ai rapporti di lavoro e di escludere la responsabilità solidale del cessionario per i debiti maturati verso il cedente.<sup>38</sup>

Nello specifico l'art. 5, primo comma, ha disposto che la disciplina protettiva della direttiva - quindi, gli artt. 3 e 4, della stessa - non si applicano (a meno che gli Stati membri non statuiscono diversamente) ad alcun trasferimento di imprese, (stabilimenti o parti di imprese o di stabilimenti), al ricorrere congiunto di due requisiti<sup>39</sup>, ovvero alla condizione che: **i) il cedente** sia oggetto di una procedura **fallimentare** o di insolvenza analoga aperta in vista della liquidazione dei beni del cedente stesso; **ii) tali procedure** si svolgano sotto il controllo di un'autorità pubblica competente.

Tuttavia la stessa direttiva all'art.5, secondo comma, ha previsto che:

- *“gli obblighi del cedente, risultanti da un contratto di lavoro...non siano trasferiti al cessionario, a **condizione** che tali procedure diano adito, in virtù della legislazione dello Stato membro, ad una protezione almeno equivalente a quella prevista nelle situazioni contemplate dalla direttiva 80/987/CEE del Consiglio, del 20 ottobre 1980, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative alla tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro” (paragrafo 1);*
- *“il cessionario, il cedente....da un lato, e i rappresentanti dei lavoratori, dall'altro, possano convenire (nella misura in cui la legislazione o le prassi in vigore lo consentano), modifiche delle condizioni di lavoro dei lavoratori intese a salvaguardare le opportunità occupazionali garantendola sopravvivenza dell'impresa, dello stabilimento o diparti di imprese o di stabilimenti” (paragrafo 2).*

La stessa direttiva, però al terzo comma, nel far riferimento alla procedura di crisi ha ancora disposto che lo Stato membro *“ha facoltà di applicare il **paragrafo 2, lettera b)**”, alla condizione che la “**situazione di grave crisi economica** quale definita dal diritto nazionale...sia dichiarata da un'autorità pubblica competente e sia aperta al controllo giudiziario” e **che tali disposizioni fossero già vigenti nel diritto nazionale il 17 luglio 1998.***

Tali principi sono stati recepiti dalla Suprema Corte di Cassazione<sup>40</sup> che in perfetta aderenza con la interpretazione del diritto unionale ha stabilito, per l'appunto, che gli accordi sindacali, nell'ambito delle procedure aperte nei confronti del cedente che non abbiano una finalità liquidatoria non possono disporre dell'occupazione preesistente e che quindi non possono avere alcuna incidenza sulla **continuità giuridica dei rapporti** di lavoro, così anticipando la regolamentazione attuata dall'art.368 del codice della crisi che, peraltro, viene richiamato espressamente nella parte motiva della sentenza che, tuttavia, risulta pronunciata relativamente ad un trasferimento, attuato nell'ambito di una procedura di

---

<sup>38</sup> BELLÈ, *Trasferimento d'azienda e rapporti di lavoro nelle imprese insolventi: la prospettiva euro unitaria*, in *Il Fallimento*, 2019, 1308.

<sup>39</sup> GAUDIO G., *Trasferimento d'azienda e crisi d'impresa: una eterogenesi dei fini da parte del legislatore italiano?*, in *csdle.lex.unict.it*, 11 dicembre 2017, 12.

<sup>40</sup> Cass., 1 giugno 2020, n.10414, in *Foro it.*, 2020, I, 3114

**amministrazione straordinaria**, in cui vi era stata continuazione e, dunque, non vi era stata cessazione dell'attività, con conseguente disconoscimento del potere delle OO.SS. di poter incidere sull'occupazione preesistente al trasferimento di impresa, fattispecie relativa alla cessione del compendio aziendale attuato da Alitalia Cai ad Alitalia Sai.

Con tale sentenza la Suprema Corte ha inteso delineare il quadro normativo e fornito la interpretazione della normativa italiana alla luce della direttiva e delle decisioni della Corte di Giustizia, evidenziando che, in effetti, il comma quattro *bis*, dell'art.47 della legge 29 dicembre 1990, n.428, introdotto dall'art.19 *quater*, della legge 20 novembre 2009, n.166 - al deliberato scopo di dare esecuzione alla sentenza emessa dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee dell'11 giugno 2009 - non garantiva il mantenimento dei diritti dei lavoratori, in caso di trasferimento di azienda, dal momento che, seppur in grado di consentire la **continuità giuridica dei rapporti di lavoro** ed il mantenimento delle medesime condizioni, nonostante la decisione della Corte di Giustizia, che aveva reso indispensabile l'emanazione della disciplina, volta a modificare la norma ritenuta in contrasto, tuttavia quest'ultima non aveva tenuto conto della circostanza che il trasferimento d'azienda, ove attuato nell'ambito di una **procedura di crisi**, volta ad assicurare la prosecuzione dell'attività, non poteva implicare variazioni sul piano dell'occupazione, ai sensi dell'art.4, n.1 della direttiva 2001/23, ciò in quanto lo stato di **crisi aziendale** non può costituire, in sé, motivo economico per attuare la riduzione dell'occupazione, né per derogare al principio generale secondo il quale il trasferimento di una impresa, o di parte di essa, non è di per sé motivo di licenziamento, da parte del cedente, dovendo essere i recessi, semmai, attuati dal cessionario, sempre che essi potessero trovare coerente giustificazione nella esistenza di **motivi economici, tecnici** o di **organizzazione**.

E' stato ribadito nella richiamata decisione, successiva ad altra<sup>41</sup>, essere stato inserito il comma quattro *bis*, dalla richiamata legge n.166 del 2009, al fine di dare attuazione alla sentenza di condanna emessa dalla Corte di Giustizia e consentire, tuttavia, esso solo modifiche all'assetto economico-normativo, in precedenza acquisito dai singoli lavoratori, ma non autorizzare una lettura tale da permettere anche la deroga al passaggio automatico all'impresa cessionaria, quante volte la **vicenda traslativa** sia stata realizzata nell'ambito di una procedura di **crisi aziendale**, ancorchè si sia svolta sotto il controllo di una Autorità Pubblica, ed ha escluso, per l'effetto, ogni possibilità di pervenire ad una differente interpretazione, sulla base di quanto da ultimo disposto dall'art.368, comma quarto, del codice della crisi e dell'insolvenza, in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n.155, per avere modificato il comma quattro *bis* dell'art.47 della legge n.428 del 1990, così eliminando ogni possibile equivoco al riguardo e ribadito il trasferimento al cessionario dei rapporti di lavoro, sì da essere percorribile, in via ermeneutica, anche per il passato, una lettura del comma quattro *bis* in termini di conformità al diritto dell'unione.

---

<sup>41</sup> Cass., 1 giugno 2020, n.10414; Cass., 6 dicembre 2019, n.31946 con nota di PERRINO, *Ancora sul trasferimento d'azienda nella procedura concorsuali e diritto unionale: la Corte di Cassazione come Alibante di Toledo?*, in *Foro it.*, 2020, I, 1329.

Le regole volte a garantire il mantenimento dei diritti dei lavoratori, nel caso di trasferimento di azienda, consentono quindi di non poter ritenere esclusa la **continuità giuridica del rapporto** di lavoro ma, esclusivamente, in presenza di precisi accordi, in sede protetta, di rivedere le condizioni e, dunque, il **trattamento economico-giuridico** in godimento al momento dell'operata **vicenda traslativa**, poichè la situazione dell'impresa di cui sia stato accertato lo stato di grave crisi economica può consentire, esclusivamente, la modifica delle condizioni di lavoro, per salvaguardare le opportunità occupazionali, sempre che ciò possa garantire la sopravvivenza dell'impresa stessa senza, tuttavia, che i lavoratori possano essere privati dei diritti loro garantiti dagli artt. 3 e 4 della direttiva 2001/23 e che, pertanto, occorre tenere chiaramente distinto, agli effetti dell'interpretazione delle deroghe alle garanzie previste a livello unionale, la situazione dell'impresa di cui sia stato accertato lo **stato di crisi**, qualora il relativo procedimento miri a favore la prosecuzione dell'attività, nella prospettiva di una futura ripresa, rispetto alla differente situazione caratterizzata dalla **natura liquidativa** della procedura stessa, rispetto alla quale la continuazione dell'attività **non è disposta o sia cessata**, situazione questa che viene in evidenza nell'art.368 che nell'attuare il coordinamento con la disciplina del diritto del lavoro, al comma quattro, nell'apportare specifiche modificazioni ed integrazioni all'art.47 della legge n.428 del 1990, ha inteso dettare una specifica disciplina differenziata (*lettera b*), relativamente ai trasferimenti di aziende per i quali vi sia stata la dichiarazione di apertura della procedura di **concordato preventivo**, in regime di **continuità indiretta**, ai sensi dell'art.84, secondo comma, dello stesso codice della crisi, ovvero l'**omologazione degli accordi di ristrutturazione** dei debiti, quando non di carattere liquidatorio, e della stessa **amministrazione straordinaria**, in caso di **continuazione** o di **mancata cessazione** dell'attività [lettere a), b) e c) del modificato comma quattro *bis*], mentre al comma quinto ha previsto che qualora il trasferimento riguardi imprese, nei confronti delle quali vi è stata apertura della **liquidazione giudiziale** o del **concordato preventivo liquidatorio**, ovvero emanazione di un provvedimento di **liquidazione coatta amministrativa**, in presenza di una attività già **cessata o non continuata**, nessuna incidenza potrà produrre il fenomeno traslativo sulla continuità giuridica dei rapporti di lavoro, riconosciuta tuttavia la possibile conclusione di accordi individuali, da sottoscrivere in sede protetta, nel caso di **esodo incentivato** dal rapporto di lavoro, ferma la possibilità, nel corso delle consultazioni, di stipulare, con finalità di salvaguardia dell'occupazione, contratti collettivi ai sensi dell'art.51 del d.lgs. 15 giugno 2015, n.81.

Il coordinamento, dunque, con la disciplina del diritto del lavoro, nell'intento di operare un equo contemperamento delle esigenze di tutela dei diritti dei lavoratori e di salvaguardia dei livelli occupazionali, alla luce delle indicazioni unionali, ha consentito, attraverso l'art.368, nell'ottica di superamento delle criticità applicative, la sostituzione dei commi quattro *bis* e cinque dell'art.47 della legge n.428 del 1990, prevedendo espressamente il trasferimento al cessionario dei rapporti di lavoro, sia in caso di procedure non liquidatorie, ovvero del **concordato preventivo in continuità** anche **indiretta**, dell'**accordo di ristrutturazione dei debiti** o dell'**amministrazione straordinaria**, qualora l'attività non risulti cessata ma continuata (art.4 *bis*) che **liquidatorie**, ovvero **fallimento** (nel codice della crisi denominato **liquidazione giudiziale**), **concordato preventivo liquidatorio**, **liquidazione coatta amministrativa** (comma quinto), consentendo la possibilità di derogare all'art.2112

cod. civ., esclusivamente, per quel che attiene le condizioni di lavoro, nei termini e con le limitazioni previste di accordi sindacali, per lo scopo precipuo di salvaguardia dell'occupazione e che, comunque, non possono incidere sulla continuità giuridica dei rapporti, presupponendo il trasferimento al cessionario dei diritti dei lavoratori in conformità con quanto previsto dall'art.5, paragrafo 3, della direttiva 2001/23, per come interpretata dalla Corte di Giustizia dell'11 giugno 2009, nella causa C561/07<sup>42</sup>.

Le considerazioni sin qui svolte, con riferimento alla disciplina unionale, consentono ora di meglio comprendere l'evoluzione che, in effetti, ha avuto la disciplina interna nel percorso di adeguamento faticoso, a quella comunitaria, in conformità al principio enunciato dalla legge delega 19 ottobre 2017, n.155, che all'art.2, primo comma, lettera p) che ha trovato coerente recepimento nei già richiamati artt.191 e 368 del codice della crisi.

Coerentemente con riferimento alla **liquidazione giudiziale** l'art.214, settimo comma, non fa menzione dell'art.2112 cod. civ., ciò in quanto l'art.368, comma quinto *bis*, espressamente prevede che il trattamento di fine rapporto diviene **immediatamente esigibile** nei confronti del cedente l'azienda, ciò al fine di consentire la realizzazione del credito, attraverso la richiesta di intervento del Fondo di garanzia, in presenza delle condizioni previste dall'art.2 della legge n.297 del 1982, e anche nei confronti di coloro il cui rapporto dovesse proseguire, senza soluzione di continuità, con l'acquirente, venendo individuata nella data del trasferimento quella di cessazione del rapporto “...anche ai fini dell'individuazione dei crediti diversi dal t.f.r. ovvero quelli regolati dall'art.2 comma primo del d.lgs. n.80 del 1992”.

Attraverso tale previsione si è, dunque, inteso trovare una soluzione al diverso contrario orientamento della Suprema Corte<sup>43</sup>, che ha ritenuto essere riferita la disciplina relativa all'intervento del Fondo di garanzia, nel caso di insolvenza del datore di lavoro, all'ipotesi in cui il credito risulti esigibile al momento della domanda di ammissione al passivo con la conseguenza, quindi, che ove vi sia stata cessione di azienda non può essere richiesto l'intervento del Fondo per la parte antecedente, ancorchè ammessa al passivo, in ragione della non esigibilità del credito, prima dell'intervenuta risoluzione del rapporto, in conseguenza del trasferimento di esso al cessionario.

L'art.368, lettera d), comma quinto *bis*, espressamente prevede che il soddisfacimento intervenga “**nella integrale misura**”, indipendentemente dalla percentuale di soddisfazione, seppur risulta incomprensibile il richiamo all'art.85, comma settimo, che nel regolare i presupposti per l'accesso alla procedura di concordato stabilisce che i creditori muniti di **privilegio, pegno ed ipoteca**, possono essere soddisfatti, anche non integralmente,

---

<sup>42</sup> CAIAFA A., *La disciplina dei rapporti di lavoro nel nuovo codice della crisi e dell'insolvenza dell'impresa*, Roma, 2020, 217; ID., *Crisi di impresa, trasferimento di azienda e normativa comunitaria*, in *Dir.fall.*, 2010, II, 13; ID., *Sulla deroga dell'art.2112 cod. civ., nel trasferimento del ramo di azienda nella società in concordato preventivo prenotativo*, ivi, 2015, II, 487; ID., *Trattative sindacali nella cessione di azienda nel caso di proposte e offerte concorrenti*, in *Il fallimentarista*, 2016.

<sup>43</sup> Cass., 19 luglio 2018, n.19277, con nota di GRAGNOLI, *Il trattamento di fine rapporto, le procedure concorsuali, il trasferimento di azienda e l'intervento del Fondo di garanzia*, in *Il fallimento*, 2019, 168.



“...in caso di liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione”, avuto riguardo al loro valore di mercato, dal momento che il Fondo di garanzia non può che assicurare integralmente la soddisfazione del credito, indipendentemente dalla possibilità del suo realizzo attraverso la surroga.

## 5. Considerazioni conclusive.

La stessa tipologia delle proposte che l'imprenditore, in stato di crisi, ovvero insolvente, può formulare ai propri creditori, con il relativo *piano attestato*, elencate, rispettivamente, alle lettere a) e b) dell'art. 160 l.f., ed ora dagli artt. 84, *secondo* comma, e 85, *terzo* comma, lettere a) e b) del codice, realizzano quel *mutamento della titolarità soggettiva*, dell'attività economica organizzata, nel caso dell'*azienda* ovvero del *ramo*<sup>44</sup> che, quando preesistente al trasferimento, conservi successivamente la propria identità, a prescindere dalla tipologia negoziale, ovvero dal provvedimento sulla base del quale la *vicenda circulatoria* viene attuata, rientrando esso nella nozione descritta all'art. 2112 cod. civ., sicchè la fattispecie sussiste, anche, nei casi di *cessione*, *scissione*,  *fusione*, *affitto*, *usufrutto*, *conferimento*, o, ancora, *cessione impropria* – realizzata questa attraverso il trasferimento dell'intero pacchetto azionario o della relativa partecipazione – in quanto per espressa previsione contenuta al *quinto* comma dell'art. 2112 cod. civ.

Ed infatti, mentre l'art. 368 si occupa di regolamentare gli effetti traslativi dell'azienda nei confronti dei lavoratori, nel caso della procedura di *concordato preventivo* o dell'*accordo di ristrutturazione dei debiti*, stabilendo, peraltro, che nessun effetto può avere sulla continuità giuridica dei rapporti di lavoro ma, esclusivamente, sul trattamento economico e normativo, con la possibilità per le parti di perfezionare le diverse intese,

---

<sup>44</sup> La giurisprudenza di legittimità si è più volte interessata di definire i criteri ai fini dell'applicabilità dell'art. 2112 cod. civ. al ramo di azienda e, prima ancora, l'esistenza dei presupposti per la sua individuazione come entità economica organizzata in maniera stabile, che ha affermato sussistere anche nella ricorrenza di un complesso strutturato di lavoratori: Cass., 5 marzo 2008, n. 5932, in *Not.giur.lav.*, 2008, 529, ha, difatti, ritenuto che ai sensi dell'art. 2112 cod.civ., anche prima delle modifiche introdotte con il d.lgs.n.18 del 2001, fosse configurabile il trasferimento di un ramo di azienda nel caso in cui la cessione avesse ad oggetto “...un gruppo di dipendenti dotati di particolari competenze che siano stabilmente coordinati ed organizzati tra loro, così da rendere le loro attività interagenti ed idonee a tradursi in beni e servizi ben individuabili...” non ponendosi la relativa fattispecie in contrasto con i principi fondamentali della disciplina comunitaria in materia di libertà del lavoratore nella scelta del datore di lavoro, in quanto la legislazione nazionale, nell'assegnare una preminenza al diritto al mantenimento del posto di lavoro, secondo criteri di stabilità e sicurezza, con le garanzie previste dall'ordinamento, ha comunque garantito anche la libertà di scelta del lavoratore, riconoscendogli piena facoltà di recesso senza che da esso possa discendere un danno; nello stesso senso Cass., 10 gennaio 2004, n. 206, in *Not.giur.lav.*, 2004, 496; Cass., 23 luglio 2002, n. 10761, *ivi*, 2002, 532; Corte di Giustizia, 11 marzo 1997, causa 13/95, in *Foro it.*, 1998, IV, 437; Cass., 12 agosto 2014, n. 17901; Cass., 26 gennaio 2012, n. 1085; Cass., 18 ottobre 2011, n. 21484; Cass., 14 novembre 2011, n. 23808. CAIAFA A., *Commentario alla legge fallimentare, sub.art. 105*, cit., 490, con particolare riferimento al diverso rigore in ordine alla individuazione, da parte dei contraenti, del ramo perdendo significato esso nel momento in cui si intenda operarne il trasferimento nell'ambito della procedura concorsuale, atteso che è ben difficile ipotizzare che il personale ritenuto parte di esso possa richiedere un accertamento volto a stabilirne la estraneità, poichè solo nel modo utilizzato viene a realizzarsi la conservazione dei valori di funzionamento, da un lato, ed al tempo stesso il mantenimento, seppur parziale, del livello occupazionale e, dunque, la tutela del posto di lavoro del soggetto ritenuto addetto al ramo.

attraverso i contratti collettivi, di cui all'art. 51 del d.lgs. n. 81 del 2015, nel caso degli *strumenti negoziali stragiudiziali* e, dunque, degli accordi in esecuzione di *piani attestati di risanamento* (art. 56 CCIII) o di *composizione della crisi* (art. 19 CCII), le intese non potranno che avere riguardo agli obblighi e diritti, in genere discendenti dal rapporto, ed avere ad oggetto, dunque, l'*inquadramento* e le *mansioni*, l'*orario di lavoro*, i *trattamenti retributivi integrativi*, le *ferie* ed i *permessi*, i *trattamenti economici* connessi alla cessazione del rapporto, diversamente graduati rispetto al regime legale e, soprattutto, l'individuazione del contratto collettivo applicabile (art.2112, terzo comma, cod. civ.).

Il comma *quattro bis*, introdotto attraverso l'art. 368, comma *quarto*, lettera b), in tema di disposizioni in materia di diritto del lavoro, ha sottolineato l'importanza del *consenso procedimentalizzato*, permettendo alle parti di perfezionare un accordo, aggiungendo che, per quanto attiene alle condizioni, esso è diretto a regolare gli effetti del trasferimento ove riguardi aziende per le quali vi sia stata la dichiarazione di apertura della procedura di concordato preventivo, in regime di *continuità indiretta* (art. 84, comma secondo, del codice della crisi), prevedendo la *continuazione giuridica dei rapporti*, e riconoscendo, tuttavia, alle parti la possibilità di stipulare contratti collettivi, "*al fine di salvaguardare almeno in parte l'occupazione*", nel caso del *concordato liquidatorio*, ove l'attività risulti *cessata o non continuata*.

Le considerazioni sin qui svolte, con riferimento in particolare alla disciplina attuata attraverso l'art. 368, meritano di essere attentamente valutate in relazione alla diversa regolamentazione dettata dall'art. 84, *secondo* comma, nel caso del *concordato preventivo in continuità indiretta*.

Il dato distonico risiede nella previsione che il cessionario o, comunque, il soggetto diverso dal debitore proponente, debba assicurare la continuità giuridica dei rapporti di *almeno la metà dei lavoratori impiegati* dal debitore al momento del deposito del ricorso, disposizione questa, come si sottolinea nella relazione, che è stata resa necessaria in quanto, attraverso essa, "*si è voluto assicurare l'effettività della dimensione oggettiva della continuità*", costituendo "*il valore aggiunto in ragione del quale il concordato in continuità è privilegiato rispetto alle proposte meramente liquidatorie*".

La norma appare distonica rispetto alla disciplina di coordinamento attuata con l'art. 368, attraverso il quale il legislatore, al contrario, si è preoccupato di sottolineare non potere la *vicenda traslativa*, sia essa temporanea ovvero definitiva, giustificare la esclusione della continuità giuridica dei rapporti di lavoro, potendo le parti ad esse interessate diversamente regolamentare, in via esclusiva, le condizioni del rapporto, non potendo esso essere inciso, per alcuna ragione, dal trasferimento.

Non solo, la norma fa riferimento anche all'ipotesi di *riassunzione*, lasciando, quindi, ipotizzare che non esiste ormai più un rapporto di lavoro, per essere stato esso risolto in data anteriore alla presentazione del ricorso, da parte del debitore proponente, ed essere, pertanto, cessato; né d'altro canto può ritenersi essere stata utilizzata una espressione atecnica

ed aver inteso il legislatore far riferimento alla diversa fattispecie del rapporto sospeso, per essere stato richiesto, per il personale in organico, il trattamento integrativo straordinario per *crisi* aziendale, ovvero per *ristrutturazione*.

Il termine *riassunzione* non può trovare, peraltro, giustificazione nella circostanza di aver fatto riferimento alla media di due anni antecedenti il deposito del ricorso, sì da dover risultare giustificata, esclusivamente, l'espressione "*mantenimento*" e non già l'altra, disgiuntiva, "*riassunzione*", che lascia reputare essere il rapporto ormai risolto e, peraltro, da una impresa con un organico inferiore alle *quindici unità* e per la quale, essendo esclusa la tutela reale è prevista, in luogo della *reintegrazione*, appunto, la *riassunzione*.

Al di là della atecnicità, caratterizzata dall'utilizzo di una espressione davvero impropria, cui si è soliti ricollegare effetti giuridici correlati puntuali<sup>45</sup> non vi è dubbio che la differente regolamentazione attuata con l'art. 84, *secondo* comma, induce a ritenere essere stato realizzato con tale disposizione un ingiustificato restringimento della percentuale individuata come salvifica della continuità aziendale, in contrasto con il comma *quattro bis*, lettera a), dell'art. 368 CCII, che tra l'altro, nel richiamare l'art. 84, *secondo* comma, ha inteso ribadire non poter conseguire dal trasferimento effetti sulla continuità giuridica dei rapporti di lavoro.

L'analisi sin qui svolta consente di affermare, con particolare riferimento al *fenomeno circolatorio*, attuato nell'ambito del *concordato*, degli *accordi di ristrutturazione*, e, in generale, delle altre *soluzioni concordate di crisi* che:

- il *trasferimento di azienda*, ai sensi dell'art. 2112 cod. civ., si configura ogni volta si verifica il passaggio, in tutto o in parte, del complesso organizzato dei beni dell'impresa, nella sua identità obiettiva, tra i soggetti che svolgono un'attività economica<sup>46</sup>;
- l'*indagine sulla configurabilità* del "*passaggio*" del complesso dei beni deve essere effettuata tenendo conto delle peculiari circostanze della fattispecie concreta, potendo il trasferimento ravvisarsi, oltre che nei casi espressamente contemplati della *vendita*, anche in tutte le ipotesi in cui vi sia soltanto la *sostituzione della persona del suo titolare*, quale che sia il mezzo tecnico-giuridico attraverso cui questa venga attuata;
- la *conservazione* e la *tutela dei diritti* dei lavoratori presuppone la persistenza, al tempo del trasferimento, di *un rapporto di lavoro valido ed efficace*, per non essere stato esso legittimamente risolto in tempo anteriore al trasferimento medesimo, sì da risultare poco comprensibile l'utilizzo, nel caso del *concordato con continuità indiretta* dell'espressione "*riassunzione*" (art. 84, *secondo* comma);

---

<sup>45</sup> Situazione, peraltro, che risulta sovrabbondante nell'art. 189 dello stesso codice della crisi, laddove, con singolare disinvoltura, risultano utilizzate espressioni plurime, ancorchè riferite ad una identica fattispecie, ovvero il *licenziamento*, con riferimento al quale si è, altresì, scritto *scioglimento, recesso, risoluzione* –

<sup>46</sup> Cass. 25 marzo 2004, n. 5992.

- la **ratio delle disposizioni** contenute nel comma quattro *bis* dell'art. 47 della legge n. 428/90, per come rivisitate dall'art. 368 CCII, va individuata nell'intento di agevolare - con riferimento alle aziende che versino in uno **stato di crisi**, reversibile o meno, che abbia condotto all'apertura della procedura - il trasferimento ad altri soggetti, mediante la conclusione di specifici accordi, al fine di favorire la continuazione dell'attività e di salvaguardare l'occupazione, consentendo esclusivamente una diversa regolamentazione delle condizioni di lavoro “...nei termini e con le limitazioni previste dall'accordo...da concludersi anche attraverso i contratti collettivi di cui all'art.51 del d.lgs. 15 giugno 2015, n.81”;
- per l'**operatività della deroga**, condizionata dalla coesistenza dello **stato di crisi** e di un **accordo sulla occupazione** del personale, nel momento in cui diviene operativo il trasferimento, ferma restando l'insussistenza di una rigida sequenza temporale tra accordo sindacale ed accesso alla procedura, non è necessaria la **posteriorità** dell'intesa<sup>47</sup> ed il requisito della **cessazione** dell'attività aziendale<sup>48</sup>;
- la **flessibilizzazione** degli obblighi deve intervenire all'interno delle trattative, con le organizzazioni sindacali, effettuate ai sensi dei commi uno e due del medesimo art. 47, secondo la procedura dettagliatamente disciplinata dalla richiamata norma<sup>49</sup>.
- ove la procedura abbia finalità liquidatoria e l'attività sia **cessata** o **non continuata**, ed il trasferimento riguardi imprese nei confronti delle quali vi sia stata apertura della **liquidazione giudiziale**, del **concordato preventivo liquidatorio**, emanazione del provvedimento di **liquidazione coatta amministrativa** (art. 368, comma cinque), nel corso delle consultazioni tra le parti interessate alla vicenda traslativa potranno essere stipulati, con finalità di salvaguardia dell'occupazione, contratti collettivi ai sensi dell'art.51 del d.lgs.n.81 del 2015, in deroga all'art.2112, commi uno, tre e quattro cod. civ., riconosciuta la possibilità, per altro, della conclusione di accordi individuali, in caso di esodo incentivato dal rapporto di lavoro da sottoscrivere nelle sedi di cui all'art.2113, ultimo comma, cod. civ.<sup>50</sup>;
- nel caso di sottoposizione all'**amministrazione straordinaria** (comma cinque *ter*), qualora non vi sia stata continuazione dell'attività ovvero questa sia cessata è possibile per le parti interessate alla vicenda traslativa di raggiungere un accordo circa il mantenimento anche parziale dell'occupazione, non trovando applicazione all'art.2112 cod. civ. “...salvo che dall'accordo risultino condizioni di miglior favore” , con esclusione dal trasferimento del personale

<sup>47</sup> Cass., 16 maggio 2002, n. 7120.

<sup>48</sup> Cass., 21 marzo 2001, n. 4073.

<sup>49</sup> Cass., 10 aprile 2006, n. 8292.

<sup>50</sup> Art. 151 del d.lgs. n. 81/2015 espressamente prevede che “salvo diversa previsione, ai fini del presente decreto, per contratti collettivi si intendono i contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e i contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria”.

eccedentario destinato a rimanere “*..in tutto o in parte alle dipendenze dell’alienante*”<sup>51</sup>.

---

<sup>51</sup> Si tratta di una previsione singolare dal momento che il Codice della crisi di Impresa e dell’Insolvenza non riguarda in modo specifico l’amministrazione straordinaria, procedura questa che è tuttavia richiamata all’art.368, comma cinque *ter* e nell’art.191 attraverso il rinvio all’art.11 del d.l. 23 dicembre 2013, n.145, convertito nella legge 21 febbraio 2014, n.9.