

**LA RIFORMA FALLIMENTARE E LA TUTELA DEI
LAVORATORI NEL TRASFERIMENTO DI AZIENDA IN CRISI:
SI ACCENTUA IL CONTRASTO TRA DIRITTO INTERNO E
DIRITTO COMUNITARIO***

*di Lidia Undiemi***

SOMMARIO: *Introduzione.* - 1. Il quadro normativo nazionale. - 2. I punti di contrasto con la normativa comunitaria. - 3. Le novità introdotte dalla riforma del diritto fallimentare. - 4. Il conflitto tra le discipline in tema di vendita dell'azienda o di suoi rami. - 5. Segue. L'affitto di azienda o di suoi rami.

Introduzione. Con la recente riforma del diritto fallimentare (d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5) l'assetto delle garanzie predisposte per i lavoratori coinvolti nel trasferimento di azienda ha subito un incisivo indebolimento¹. La nuova disciplina in tema di vendita e di affitto di azienda, o di suoi rami, contempla diverse ipotesi di deroga alla tutela individuale *ex art.* 2112 c.c..

Considerando la filosofia generale della nuova legge sul fallimento, dichiaratamente finalizzata alla conservazione delle imprese assoggettate alla procedura concorsuale, la previsione in decreto della fattispecie derogatoria all'art. 2112 c.c. è sicuramente riconducibile al perdurante contrasto tra la normativa nazionale e la direttiva comunitaria in materia di tutela dei

* Relazione al seminario "La riforma della legge fallimentare" del 28-05-2007, organizzato dal Dipartimento di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente, facoltà di Economia, Università degli Studi di Palermo.

** Dottoranda di ricerca presso il Dipartimento di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente presso l'Università di Palermo.

¹ Sull'impatto della riforma fallimentare nei rapporti di lavoro cfr. A. M. PERRINO, *Le deroghe alle tutele dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda d'imprenditore in crisi o insolvente*, in *Foro it.*, 2007, I, 2157 ss; F. ALLEVA, *Primissime note critiche in tema di riforma fallimentare*, in *Riv. giur. lav. pren. soc.*, 2006, n. 1, 103; L. DE ANGELIS, *Fallimento e rapporti di lavoro: brevi considerazioni dopo la riforma del 2006*, in *Foro. it.*, 2007, III, 86 ss.

lavoratori nel trasferimento di azienda (dir. n. 23/2001/CE)². Il legislatore comunitario, infatti, subordina la possibilità di escludere la suddetta tutela alla *finalità liquidatoria della procedura*. Il diritto interno, invece, già anche attraverso precedenti interventi legislativi, riconosce la possibilità di deroga in specifici casi in cui tale obiettivo non è previsto.

Nella medesima prospettiva, un'altra importante questione interpretativa sorge in relazione alla possibilità, in ipotesi di vendita, del *trasferimento solo parziale* dei lavoratori alle dipendenze dell'acquirente (comma tre, art. 105, d.lgs. n. 5/2006). Anche in questo caso il problema si pone nell'ottica del contrasto tra diritto interno e diritto comunitario, in quanto, secondo un condivisibile orientamento, non è possibile includere nella espressione <<*modifica delle condizioni di lavoro*>> (secondo comma, art. 5, n. 23/2001/CE) l'individuazione della controparte del contratto di lavoro.

Ragionando infine in un'ottica di valutazione complessiva dell'impatto della riforma sui rapporti di lavoro, è doveroso affermare che il d.lgs. n. 5/2006 risulta contraddittorio e solo apparentemente orientato alla salvaguardia degli interessi dei lavoratori. Giova infatti evidenziare come l'intento di considerare la conservazione dei livelli occupazionali nella scelta dell'affittuario (comma due, art. 104 *bis*, d.lgs. n. 5/2006) è sovrastata e contraddetta da una scelta, molto più concreta, di escludere la tutela prevista dall'art. 2112 c.c. L'astuzia della tecnica giuridica utilizzata sembra essere proprio quella di considerare la salvaguardia degli interessi dei lavoratori solo in linea di *principio*.

1. La disciplina relativa alla tutela dei lavoratori nel trasferimento di azienda è principalmente contenuta nell'art. 2112 c.c. (riformato dapprima con il d.lgs. n. 18/2001 e successivamente dall'art. 32 del d.lgs. 276/2003) e nell'art. 47 della l. n. 428/1990 (di attuazione della Direttiva n. 77/187/CE).

Il principio base dell'art. 2112 e delle Direttive comunitarie in materia (nn. 77/187/CE e 98/50/CE) è quello del *mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda*, che si realizza attraverso il passaggio automatico dei lavoratori al nuovo titolare dell'azienda o di un suo ramo (eccezione alla regola generale del principio civilistico che attribuisce rilievo

² Cfr., per tutti, M. MARINELLI, *Il perdurante contrasto tra diritto interno e diritto comunitario sulla tutela dei lavoratori nel trasferimento di azienda*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, 819 ss.

decisivo al consenso del contraente ceduto di cui all'art. 1406 c.c.). La *ratio* è dunque quella di non consentire la modifica dei rapporti di lavoro - quanto a disciplina e a continuità - in conseguenza delle vicende circolatorie dell'azienda e, contemporaneamente, di rafforzare la posizione creditoria dei lavoratori.

Il meccanismo di passaggio automatico dei lavoratori alle dipendenze del cessionario, preclude al lavoratore la possibilità di permanere alle dipendenze del cedente, con la sola possibilità per quest'ultimo di rassegnare le proprie dimissioni, ovviamente con preavviso. Su questo punto è intervenuto il d.lgs. n. 18/2001 che, novellando l'art. 2112 c.c., introduce la facoltà per il lavoratore di rassegnare le proprie dimissioni con gli effetti di cui all'art. 2119 (primo comma), qualora le sue condizioni di lavoro abbiano subito una sostanziale modifica nei tre mesi successivi al trasferimento d'azienda.

Per ciò che concerne la partecipazione sindacale al trasferimento, l'art. 47 della l. n. 428/1990 prevede un procedimento di informazione e consultazione sindacale, in caso di trasferimento di azienda in cui sono complessivamente impiegati più di quindici dipendenti. Tali procedure devono obbligatoriamente precedere l'operazione traslativa.

Un'importante deroga a tali garanzie è stata introdotta dal quinto comma dell'art. 47, dove si dispone che nei casi in cui il trasferimento riguardi aziende o unità produttive per le quali il Ministero del lavoro abbia accertato lo stato di crisi, ovvero imprese per le quali ci sia stata una dichiarazione di fallimento, di concordato preventivo consistente nella cessione di beni, l'emanazione del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa oppure la sottoposizione all'amministrazione straordinaria, se la continuazione dell'attività non sia stata disposta o sia cessata, non trova applicazione l'art. 2112 c.c., qualora, nell'ambito delle procedure di cui al terzo comma, sia stato raggiunto un accordo sindacale finalizzato alla salvaguardia dell'occupazione.

In ambito comunitario, la prima Direttiva in materia di trasferimento di azienda (n. 77/187/CE) non prevedeva nessuna disposizione specifica per i trasferimenti avvenuti durante procedure di tipo concorsuale. Tuttavia, la giurisprudenza comunitaria sosteneva, in via interpretativa, l'esclusione di tali procedure dal campo di applicazione della normativa generale.

L'orientamento della giurisprudenza comunitaria in materia è stato successivamente assorbito dalla Direttiva n. 98/50/CE (oggi l'intera disciplina è contenuta nella Direttiva n. 23/2001/CE), che ha espressamente previsto delle ipotesi di eccezione alla regola generale, di cui alcune, appunto, già individuate in ambito giurisprudenziale.

La normativa comunitaria (primo comma dell'art. 5 della Direttiva n. 23/2001/CE) prevede oggi che, fatti salvi eventuali trattamenti di miglior favore introdotti dagli stati membri, ai trasferimenti di imprese oggetto di una procedura fallimentare, o di una analoga procedura di insolvenza operata *in vista della liquidazione dei beni del cedente*, e che si svolgono sotto il controllo di un'autorità pubblica competente, non trovi applicazione la tutela dei diritti individuali di cui ai precedenti artt. 3 e 4, ossia non valgono le disposizioni che prevedono: il passaggio dal cedente al cessionario dei diritti e degli obblighi esistenti al momento del trasferimento; la possibilità di prevedere al responsabilità solidale del cedente accanto a quella del cessionario, per gli obblighi risultanti prima del mutamento soggettivo della parte datoriale del contratto; il mantenimento della regolamentazione del rapporto di lavoro di fonte collettiva per un periodo predeterminato; la disciplina relativa alla cessazione del rapporto di lavoro.

Il secondo comma dell'art. 5 dispone inoltre che gli stati membri possono prevedere che nei trasferimenti avvenuti nel corso di procedure di insolvenza (indipendentemente dalla loro finalità o natura), pur restando tendenzialmente ferma la tutela individuale dei lavoratori e la disciplina relativa agli obblighi di informazione e consultazione, i debiti verso i lavoratori già maturati prima del trasferimento non passino al cessionario, ma rimangano interamente a carico del cedente, purché questi siano assistiti da una garanzia non inferiore a quella offerta dalla Direttiva n. 80/987/CE, sulla protezione dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro.

A ciò si aggiunge che, al fine di salvaguardare la sopravvivenza del complesso produttivo trasferito, e mantenere così i livelli occupazionali raggiunti, il diritto nazionale può altresì prevedere che il cedente, il cessionario ed i rappresentanti dei lavoratori possano concordare per il contratto di lavoro alle dipendenze del cessionario delle <<*condizioni di lavoro*>> deteriori rispetto a quelle del rapporto di lavoro del cedente.

In sintesi, la normativa comunitaria prevede tassativamente delle ipotesi di deroga alla disciplina generale sulla tutela dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda (primo comma dell'art. 5 della Direttiva n. 23/2001) che si basano sul *principio della finalità liquidatoria della procedura*. Non è comunque prevista alcuna deroga agli obblighi di informazione e consultazione sindacale, anche nel caso di procedure aventi finalità liquidatorie.

2. La disciplina nazionale presenta significativi punti di contrasto con la normativa comunitaria.

Partendo dalla disciplina nazionale, gli elementi costitutivi della fattispecie derogatoria all'art. 2112 c.c. prevista dal quinto comma dell'art. 47 della L. n. 428/1990 sono: le ipotesi di deroga espressamente individuate dalla legge e l'accordo sindacale circa il mantenimento anche parziale dei lavoratori.

Le ipotesi di deroga cui si riferisce la norma riguardano i trasferimenti di aziende o unità produttive per le quali il Ministero del lavoro abbia accertato lo stato di crisi aziendale, ovvero imprese per le quali vi sia stata una dichiarazione di fallimento, un'omologazione di concordato preventivo consistente nella cessione dei beni, l'emanazione del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa ovvero la sottoposizione all'amministrazione straordinaria, se la continuazione dell'attività non sia stata disposta o sia cessata.

Questa disposizione è stata oggetto di ricorso, presentato dalla Commissione alla Corte di Giustizia, per l'asserito inadempimento dell'Italia alle disposizioni contenute nella normativa comunitaria. Ci si riferisce in particolare al caso di trasferimento di azienda avvenuto durante la sottoposizione all'amministrazione straordinaria, nell'ipotesi in cui sia prevista la prosecuzione dell'attività, ovvero nell'ipotesi di concordato preventivo consistente nella cessione di beni avente una finalità conservativa. Ciò in quanto, come più volte accennato, la normativa comunitaria subordina l'applicazione della fattispecie derogatoria al requisito della *finalità liquidatoria della procedura*. Rimandando ad altri scritti gli approfondimenti relativi alla decisione della Corte di Giustizia, qui si ritiene opportuno evidenziare che nel caso dell'amministrazione straordinaria la divergenza di

principi è in realtà contenuta in un successivo intervento del legislatore italiano (art. 63 del d.lgs. 270/1999), dove viene enfatizzata la finalità conservativa della procedura, contrariamente a quanto previsto nella l. n. 428/1990.

Importanti questioni interpretative sono sorte anche in relazione alla nozione di <<condizioni di lavoro>>, che, secondo quanto disposto dalla Direttiva comunitaria (secondo comma, art. 5, n. 23/2001/CE), possono essere oggetto di modifica nei trasferimenti avvenuti nel corso di procedure di insolvenza. Da un lato si sostiene che le parti possano, non soltanto modificare in peggio il trattamento economico e normativo dei lavoratori, ma anche escludere il passaggio al cessionario di quote di essi. Secondo un diverso orientamento, invece, non si ritiene possibile includere nella espressione <<modifica delle condizioni di lavoro>> l'individuazione della controparte del contratto di lavoro. Quest'ultima impostazione sembra preferibile, in quanto in un'altra disposizione della Direttiva (terzo comma dell'art. 3, n. 23/2001/CE) si fa riferimento al termine <<condizioni di lavoro convenute mediante contratto collettivo>>, e nei paesi comunitari normalmente il contratto collettivo integra la disciplina del rapporto di lavoro, ma non la parte del contratto di lavoro. Questa conclusione è inoltre confermata dalla terza ipotesi derogatoria prevista dal terzo comma dell'art. 5, secondo cui per conservare i livelli occupazionali gli stati membri possono permettere all'autonomia collettiva di prevedere modifiche delle condizioni di lavoro anche in presenza di situazioni di grave crisi economica, purché dichiarata da un'autorità pubblica competente e sia aperta al controllo giudiziario.

Il legislatore italiano ha comunque adottato una nozione ampia di <<condizioni di lavoro>>, consentendo che nell'accordo si possa prevedere anche il trasferimento parziale dei lavoratori, e ciò, condividendo un'interpretazione restrittiva della definizione di <<condizioni di lavoro>>, risulterebbe in contrasto con quanto disposto dalla normativa comunitaria.

3. Si premette che è anzitutto sul piano delle *finalità* che risiede l'ambiguità degli strumenti giuridici messi a disposizione dal decreto.

In primo luogo, c'è da evidenziare che il sistema normativo si presenta scoperto dal punto di vista della tutela del creditore di minoranza dagli abusi

del creditore di maggioranza. Il comitato dei creditori è ora composto <<in modo da rappresentare in misura equilibrata quantità e qualità dei crediti>> (comma due, art. 40, l. fall.). Considerando la proporzionalità degli interessi rappresentati, è ovvio che la maggioranza dei membri del comitato sia rappresentativa dei creditori maggiori. A ciò si aggiunga che, poiché la procedura è divenuta decisamente più onerosa, è probabile che solo i creditori in grado di sostenere detti oneri avranno interesse a ricoprire il ruolo di membro del comitato dei creditori. Si attua in tal modo una suddivisione in classi per <<natura del credito>>, dove i lavoratori, anche se continueranno ad essere muniti di privilegio per i loro crediti salariali e previdenziali, non avranno verosimilmente i fondi necessari per sostenere la procedura liquidatoria.

In questa direzione, pare inoltre che nella riforma i principi di mera liquidazione e di conservazione del valore produttivo dell'impresa fallita si alternano secondo una logica di soddisfazione dei creditori più forti. Prova ne è il fatto che la vendita dell'intero complesso aziendale o di suoi rami, rispetto alla liquidazione dei singoli beni, è subordinata al requisito della <<maggior soddisfazione dei creditori>> (comma uno, art. 105). E la facoltà di poter disporre il trasferimento solo parziale dei lavoratori alle dipendenze dell'acquirente (comma tre, art. 105), e quindi di poter derogare alle garanzie *ex art. 2112 c.c.*, esprime chiaramente l'assenza di un reale bilanciamento di interessi nella riforma.

Guardando direttamente al problema delle divergenze di regolazione tra la disciplina nazionale e la direttiva comunitaria sul trasferimento di azienda, la nuova legge si pone in evidente conflitto con il principio comunitario di limitazione delle ipotesi di deroga alla regola del mantenimento dei diritti dei lavoratori (direttive 98/50, 2001/23). Da un lato la normativa comunitaria subordina l'applicazione della deroga alla *finalità liquidatoria della procedura*, e dall'altro lato la normativa interna si basa sull'opposto principio della *continuazione dell'attività d'impresa*. Sembra proprio che il legislatore italiano non abbia tenuto conto della dimensione comunitaria, dal momento che ha esplicitamente contemplato le ipotesi di deroga alla tutela *ex art. 2112 c.c.* nell'ambito di questa nuova filosofia del fallimento.

4. Il nuovo testo dell'art. 105 (R.D. 16 marzo 1942, n.267, novellato

dall'art. 92, d.lgs. n. 5/2006), disciplina la vendita dell'azienda e di suoi rami, oltre che di singoli beni. Il legislatore ha così introdotto una specifica disciplina per la vendita dell'azienda, che è divenuta centrale nel nuovo sistema dell'esecuzione coattiva concorsuale. L'articolo in commento stabilisce infatti che la liquidazione dei singoli beni è disposta quando non è possibile procedere alla vendita dell'intero complesso aziendale, di suoi rami, di beni o rapporti giuridici individuabili in blocco (comma uno).

In quest'ampia prospettiva di conservazione dell'impresa assoggettata alla procedura fallimentare, la nuova legge prevede inoltre che, nell'ambito delle consultazioni sindacali relative al trasferimento di azienda, si possa convenire il *trasferimento solo parziale dei lavoratori* alle dipendenze dell'acquirente (comma tre, art. 105).

Tali previsioni normative mostrano un evidente contrasto con il principio comunitario secondo cui la possibilità di escludere la tutela *ex art. 2112 c.c.* è subordinata alla *finalità liquidatoria della procedura*. Nello specifico, la normativa comunitaria stabilisce che la tutela dei lavoratori prevista in caso di trasferimento d'impresa non si applica, a meno che gli Stati membri dispongano diversamente, ad alcun <<trasferimento d'impresе, stabilimenti o parti di imprese o di stabilimenti nel caso in cui il cedente non sia oggetto di una procedura fallimentare o di una procedura di insolvenza analoga in vista della liquidazione dei beni del cedente stesso>> (comma uno, art. 4 *bis*, n. 98/50/CE).

Tuttavia, la possibilità di attuare una deroga alla tutela di cui all'art. 2112 in ipotesi di fallimento, così come stabilito dal d.lgs. n. 5/2006, rientra apparentemente nei margini di deroga riconosciuti dalla direttiva, proprio perché il fallimento è contemplato nella norma comunitaria. Ma in verità, il cambio di prospettiva del legislatore italiano rispetto all'originaria filosofia della legge fallimentare, pone un problema interpretativo relativo all'assimilazione della procedura fallimentare ad una procedura di insolvenza finalizzata alla liquidazione dei beni (del cedente).

La questione è dunque se il caso di fallimento con conservazione del complesso aziendale è compreso fra le ipotesi di deroga consentite dalla disciplina comunitaria.

Alla luce della normativa di riferimento, pare che non possa essere accettata una soluzione in tal senso. Ciò si evince dal testo della norma

comunitaria, dal momento che considera il fallimento equivalente ad una procedura di insolvenza aperta in vista della liquidazione dei beni del cedente (comma uno, art. 4 *bis*, n. 98/50/CE). E si può inoltre ritenere che il legislatore comunitario, precisando la finalizzazione delle procedure alla liquidazione dei beni, abbia proprio voluto escludere quelle con finalità diverse, incluso l'obiettivo della conservazione dei complessi produttivi.

Quanto poi alla possibilità di convenire il *trasferimento solo parziale dei lavoratori* alle dipendenze dell'acquirente, è importante ricordare che tale ipotesi rientra nel dibattito interpretativo sorto in relazione alla nozione di <<*condizioni di lavoro*>>.

5. Anche l'affitto di azienda o di suoi rami (art. 104-*bis* l. fall.) è stato introdotto nell'ottica della prosecuzione delle attività imprenditoriali, e quindi, anche in questo caso, valgono le stesse considerazioni esposte in merito al presupposto della finalità liquidatoria della procedura per l'applicazione della deroga alla disciplina sul trasferimento d'azienda.

Il legislatore introduce una nuova ipotesi di deroga alla tutela prevista dall'art. 2112 c.c., stabilendo che la retrocessione al fallimento di aziende, o di rami di aziende, non comporta la responsabilità per i debiti maturati sino alla retrocessione, senza alcuna possibilità di diversa convenzione (comma sei, art. 104-*bis*). Rispetto all'ambito normativo comunitario non sussistono elementi di contrasto, poiché, come già accennato, la possibilità di non trasferire al cessionario i debiti sorti prima del trasferimento è riconosciuta dalla direttiva (n. 98/50/CE), anche a prescindere dalla finalità liquidatoria della procedura.

Valutando, invece, tale disciplina in termini di garanzia della tutela degli interessi coinvolti, si comprende con estrema chiarezza che quelli dei lavoratori, considerati dalla Comunità Europea come una necessaria premessa all'adozione di qualsivoglia disposizione in materia di trasferimento (Direttiva n. 2001/23/CE), appaiono pesantemente compromessi. Prova ne è il fatto che la deroga prevista in caso di retrocessione al fallimento dell'azienda non ammette diversa convenzione, circostanza quantomeno ammessa in ipotesi di vendita. Così, anche immaginando che nel comitato dei creditori gli interessi dei lavoratori siano ben rappresentati, non è concessa la possibilità di ottenere l'applicazione

della tutela, in virtù (è il caso di dirlo) delle vicende circolatorie dell'azienda.

Nonostante tutto, il legislatore attribuisce un certo rilievo alla *conservazione dei livelli occupazionali*, ma solo in linea di mero principio dato che, oltre a quanto già discusso, fornisce strumenti legislativi idonei a sovrastare un simile intento.