

Valentina Anibaldi

Dottore di ricerca in Diritto dell'Impresa (XXII ciclo)  
Università Commerciale "L. Bocconi" di Milano

**TRASFERIMENTO DI "RAMO D'AZIENDA"  
NELLE VICENDE CIRCOLATORIE ENDOCONCORSUALI:  
COMPATIBILITÀ DELLA DISCIPLINA ITALIANA  
CON LA NORMATIVA EUROPEA**

Sommario: 1. Premessa - 2. I criteri identificativi del ramo di azienda nell'elaborazione della giurisprudenza comunitaria - 3. Il ramo d'azienda nell'ordinamento italiano: tra autonomia funzionale e discrezionalità delle parti - 4. La circolazione endoconcorsuale del "ramo": nuove (?) risposte a vecchi problemi - 5. Vicende circolatorie nel fallimento - 5.1. Affitto di ramo d'azienda - 5.2. Retrocessione del ramo affittato - 5.3. Vendita del ramo - 6. Amministrazione straordinaria e vicende circolatorie - 6.1. Circolazione del patrimonio aziendale nelle imprese in amministrazione straordinaria in caso di continuazione o mancata cessazione dell'attività - 6.1.1. Cessione di rami di azienda nell'amministrazione straordinaria quando l'attività è cessata o, comunque, non ne è stata disposta la continuazione - 6.1.2. Cessione di ramo d'azienda nelle imprese operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali: l'art. 1, c. 13, d.l. n. 134 del 2008, convertito con modificazioni in l. n. 166 del 2008 - 6.1.3. Art. 27, c. 2, lett. a) e b *bis*), d.lgs. n. 270 del 1999 ed art. 56, c. 3-*bis*, d.lgs. n. 270 del 1990) - 7. Brevi considerazioni conclusive

1. La possibilità che la *res* azienda sopravviva alla dichiarazione di insolvenza, anche in un'articolazione diversa rispetto a quella originaria, costituisce il presupposto delle norme concorsuali che disciplinano le vicende circolatorie dell'impresa (o di sue parti).

Sebbene l'esercizio dell'attività di impresa venga di fatto assorbito dagli organi concorsuali e risulti "alterato" dall'inevitabile valutazione di interessi diversi rispetto a quelli che normalmente rilevano in un'impresa *in bonis*, il legislatore si preoccupa di garantire il recupero, il reimpiego e la riallocazione di quei cespiti ancora – almeno potenzialmente – produttivi.

In seguito alle più recenti riforme delle procedure concorsuali la ricerca di un equilibrio tra tutela del ceto creditorio, garanzie individuali dei lavoratori, salvaguardia dei livelli occupazionali e della sopravvivenza dell'impresa sembra essere ispirata ad una maggiore sensibilità del legislatore "*verso la conservazione delle componenti positive dell'impresa (beni produttivi e livelli occupazionali)*"<sup>1</sup>. Numerose, tuttavia, sono le "deviazioni" introdotte dal legislatore alla disciplina generale della circolazione dei patrimoni aziendali nell'ambito delle procedure concorsuali.

---

<sup>1</sup> Si rinvia alla relazione illustrativa dello schema di disegno legislativo successivamente tradottosi d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 che ha modificato il r.d. 16 marzo 1942, n. 267 (legge fallimentare, di seguito l.f.). Per approfondimenti sulle successive modifiche, Aa.Vv., 2010. In generale sulle vicende economiche dell'impresa in crisi, Caiafa, 2005, 558.

Dopo una breve incursione nella nozione comunitaria e nazionale di ramo d'azienda, anche alla luce della più recente giurisprudenza europea, quest'ultimo verrà trattato come possibile oggetto di un contratto di affitto (art. 104 *bis* l.f.), di retrocessione dall'affittuario alla procedura e di eventuale vendita (art. 105 l.f.) nell'ambito del fallimento. Oggetto di analisi saranno inoltre alcune particolari ipotesi traslative percorribili nell'ambito dell'amministrazione straordinaria.

La scelta delle due procedure non è casuale. Il fallimento rappresenta infatti la tipica procedura concorsuale finalizzata alla liquidazione dei beni dell'imprenditore insolvente; l'amministrazione straordinaria, invece, è una soluzione alternativa al fallimento, più attenta al risanamento dell'impresa di maggiori dimensioni tramite la riorganizzazione del complesso produttivo, secondo una logica che sia in grado di coniugare le esigenze collettive con quelle dei creditori.

2. Nella materia in esame, la definizione comunitaria di ramo d'azienda ricalca l'evoluzione del concetto di azienda nel suo complesso. La scelta di operare una distinzione quantitativa, non già qualitativa, è il riflesso dell'impossibilità di rinvenire nell'ordinamento europeo una nozione di impresa che abbia valore generale.

La direttiva 2001/23/Ce del Consiglio del 12 marzo 2001 concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti, riproponendo quanto già contenuto nella direttiva 98/50/Ce, identifica l'impresa oggetto di trasferimento con "*un'entità economica che conserva la propria identità, intesa come insieme di mezzi organizzati al fine di svolgere un'attività economica, sia essa essenziale o accessoria*".

La definizione accolta all'interno della direttiva risente di un linguaggio già invalso nella giurisprudenza comunitaria impegnata in un costante processo di affinamento delle proprie posizioni, talvolta con parziali cambi di rotta<sup>2</sup>. Risultato dell'elaborazione giurisprudenziale in materia di vicende traslative è un concetto di azienda che si identifica con quello di "*entità economica organizzata in modo stabile, la cui attività non si limiti all'esecuzione di un'opera determinata, ma sia finalizzata al perseguimento di un determinato obiettivo*"; "*tale entità deve essere sufficientemente strutturata ed autonoma*"<sup>3</sup>.

In questo contesto, da destinatario di forme di tutela, il rapporto di lavoro viene progressivamente trattato come elemento costitutivo del complesso aziendale, inscindibile dall'entità organizzata, ai fini dell'esercizio dell'attività di impresa<sup>4</sup>. La conservazione dei rapporti di lavoro trova giustificazione,

---

<sup>2</sup> Decisiva la sentenza Cgce 11.03.1997, *Süzen*, causa C-13/95, FI, 1998, IV, 437 ss., con commento di Cosio. Sul tema, si rinvia altresì a Cgce 10.12.1998, cause C-127/96, C-229/96 e C-74/97, *F. Hernandez Vidal s.a. c. P. Gomez Perez e altri*, NGL, 1999, 132 ss.

<sup>3</sup> Cgce 24.01.2002, causa C-51/00, *Temco Service Industries v. Samir e altri*, FI, 2002, IV, 142. Cfr. Cgce 14.04.1994, *Schmidt*, causa C-392/92, FI, 1995, IV, con commento di Cosio.

<sup>4</sup> In generale, per approfondimenti Romei, 1999.

peraltro, nella circostanza che essi continuano ad essere funzionali allo svolgimento di tale attività<sup>5</sup>.

3. Il ruolo nomofilattico della Corte di giustizia ha avuto inevitabili ripercussioni sul diritto nazionale nella definizione del concetto di azienda e di sue parti<sup>6</sup>.

Tuttavia, il progressivo e parziale scostamento dalla definizione comunitaria operato dal legislatore italiano ha suscitato non poche preoccupazioni.

In primo luogo, il d.lgs. n. 18 del 2001, emanato in attuazione della direttiva 98/50/Ce, utilizza un'espressione polivalente definendo il ramo d'azienda "*articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata*" (art. 2112, c. 5, c.c.). In realtà, nonostante la scelta terminologica del legislatore italiano e la mancanza di una vera e propria definizione di impresa nel nostro ordinamento<sup>7</sup>, le norme codicistiche che regolano il rapporto di lavoro accolgono una nozione di impresa che non si riduce al profilo dell'attività ma che al contrario richiama l'esistenza di una organizzazione di beni e rapporti nella quale il profilo soggettivo dell'esercizio dell'attività ed il profilo oggettivo del complesso dei beni e rapporti che consentono l'esercizio di tale attività sono funzionalmente collegati<sup>8</sup>.

A ben vedere, il vero *punctum dolens* è l'eliminazione del requisito della preesistenza e del mantenimento dell'attività da parte del d.lgs. n. 276 del 2003 dalla definizione di cui all'art. 2112, c. 5, c.c. e, dunque, il suo possibile effetto espansivo in termini di discrezionalità attribuita alle parti, cedente e cessionario, nella determinazione del segmento oggetto di trasferimento<sup>9</sup>.

Orbene, l'obbligo che incombe sul legislatore nazionale di conformarsi ai principi comunitari, imporrebbe un'interpretazione restrittiva. La direttiva comunitaria, in realtà, non contempla espressamente la preesistenza tra i requisiti richiesti ai fini della sua applicabilità, limitandosi al riferimento al mantenimento dell'identità; la giurisprudenza della Corte, tuttavia, ricava la necessità della preesistenza della capacità produttiva dalla sopravvivenza del segmento ceduto con le sue caratteristiche originarie<sup>10</sup>.

---

<sup>5</sup> Cgce 12.02.2009, causa C-466/07, *Klarenberg*, RIDL, 2010, I, 232 ss., con commento di Cester.

<sup>6</sup> Sul tema in generale e sui percorsi interpretativi della giurisprudenza comunitaria si rinvia a Lambertucci, 1995, 608 ss.; Id., 1999, 5; Carabelli, Veneziani, 1999, 103 ss.; Ciucciovino, 1998, 893 ss.; Scarponi, 1998, 523 ss.; Romei, 1999, 325 ss.; Maresca, 2001, 587. ss. Si rinvia inoltre a De Luca Tamajo, 2002; Marazza, 2001.

<sup>7</sup> Oppo, 1976, 591, 596, 599.

<sup>8</sup> Buonocore, 2004, 275 ss.

<sup>9</sup> Si confrontino, tra le altre, le posizioni di Alleva, 2003, 900; Franceschinis, 2003, 863; Cester, 2004; Menegatti, 2003; Andreoni, 2004; Santoro Passarelli, 2003; Romei, 2003; Passalacqua, 2002. Qualora si accedesse ad un'interpretazione puramente letterale, la determinazione dell'ambito di applicazione della tutela sarebbe rimessa alla disponibilità di cedente e cessionario. Denunciano il rischio di una totale liberalizzazione delle operazioni di trasferimento del ramo, Cester, 2004, 262; Perulli, 2003, 479.

<sup>10</sup> Cfr. Cgce 12.11.1992, *Watson Rask e Christensen*, causa C-209/91, Racc. 1992, 5755.

Ad ogni modo, a causa dell'insufficienza di criteri oggettivi e/o soggettivi nell'identificazione di un ramo d'azienda, l'unico criterio realmente affidabile sembra essere l'idoneità funzionale all'esercizio dell'attività economica del complesso organizzato di beni oggetto dell'atto dispositivo<sup>11</sup>; tale criterio, vero limite alla creazione di articolazioni fittizie e non genuine, impone di tener conto del rapporto di complementarietà esistente tra beni aziendali in senso stretto e rapporti giuridici, entrambi strumenti indispensabili alla vita dell'impresa.

Ne deriva che l'autonomia funzionale, essendo oggettivamente insita nel segmento che si intende trasferire, non è ricollegabile alla decisione del cedente e del cessionario. L'identificazione del ramo presuppone il riconoscimento di una realtà economica già esistente con conseguente esclusione della facoltà di identificare come ramo parti di azienda prive di una preesistente autonomia organizzativa ed economica<sup>12</sup>. Conseguentemente, l'indipendenza concettuale del requisito della preesistenza rispetto all'autonomia funzionale subisce un evidente ridimensionamento.

Peraltro, risulterebbe paradossale l'applicabilità del requisito della preesistenza alla sola ipotesi di cessione dell'intera azienda e non anche a quella di un suo ramo autonomo<sup>13</sup>.

4. Il rischio che la scelta del ramo da parte di cedente e cessionario non sia meramente ricognitiva, trasformandosi nella legittimazione di meri assemblaggi di beni o rapporti di lavoro privi di quel *quid pluris* che li renderebbe riconducibili al concetto di "entità", rivive – come si vedrà nel prosieguo – in alcune norme concorsuali.

Se da un lato si ritiene che anche nell'ambito delle procedure concorsuali l'attitudine alla destinazione imprenditoriale del complesso di beni e rapporti giuridici oggetto di circolazione rappresenti il *discrimen* per stabilire se elementi caratterizzati da una sostanziale eterogeneità siano idonei a configurare un "soggetto azienda"<sup>14</sup>, dall'altro, proprio in tali contesti si registra la tendenza del legislatore a svincolarsi dalla disciplina generale della circolazione dei patrimoni aziendali.

Le conseguenze sotto il profilo dei rapporti di lavoro sono evidenti. Se l'entità oggetto di trasferimento non integra i requisiti richiesti, non troverà

---

<sup>11</sup> Il legislatore non esige che l'acquirente sia posto in grado di esercitare la medesima impresa dell'alienante Fimmanò, 2008, 836.

<sup>12</sup> Secondo T. Padova 5.02.2007, RGL, 2008, II, 197 ss., non sussiste la fattispecie del ramo d'azienda in mancanza del nesso funzionale tra gli elementi strutturali che lo compongono, dovendo escludersi che tale nozione dipenda da un'autonomia deliberazione dei contraenti, dal momento che tale requisito deve essere autonomamente valutabile.

<sup>13</sup> Sul punto, Fimmanò, 2007, 266. In giurisprudenza, si segnala Cass. 17.10.2005 n. 20012, DG, 2005, n. 44, 28 ss. Dalle precedenti valutazioni si evince che il "ramo" acquista rilevanza autonoma solo con il perfezionamento dell'atto dispositivo in quanto fino a quel momento il suo rilievo è meramente concettuale. In questo senso, la giurisprudenza di merito che, nonostante le modifiche da ultimo apportate all'art. 2112 c.c., opta per un orientamento conforme alla disciplina previgente (*ex plurimis*, T. Milano 8.07.2005, DL, 2005, 779). Sul caso "Ansaldo", Cass. 25.10.2002 n. 15105 e 4.12.2002 n. 17207, FI, 2003, I, 103 ss., accolgono una nozione restrittiva.

<sup>14</sup> Cfr. Fimmanò, 2007, 264.

applicazione la regola della successione immediata ed automatica del nuovo titolare dell'azienda nei rapporti di lavoro *ex art.* 2112 c.c.<sup>15</sup>.

Nel nostro ordinamento, in presenza di determinati requisiti dimensionali, la ricerca di una soluzione al fenomeno dell'insolvenza mediante il trasferimento dell'azienda decotta o di parte di essa, in alternativa alla cessazione dell'attività, permea l'art. 47, l. n. 428 del 1990, più volte bersaglio delle istituzioni europee perché ritenuto non conforme alla disciplina comunitaria.

Sono noti infatti gli sforzi della Corte di giustizia per scongiurare il rischio di un allargamento delle maglie applicative della deroga alle garanzie previste dagli artt. 3 e 4 della direttiva 2001/23/Ce, autorizzata dall'art. 5, n. 3. L'esigenza di scalfire l'eccessiva rigidità della direttiva di prima generazione (direttiva del Consiglio 77/187/Cee), tuttavia, aveva indotto i giudici europei a considerare l'“*obiettivo perseguito dal procedimento*” il criterio dirimente ai fini dell'applicabilità della normativa comunitaria: la finalità liquidatoria della procedura ne escludeva l'applicabilità<sup>16</sup>.

L'attuale versione dell'art. 47, novellata dall'art. 19-*quater* della legge 20 novembre 2009, n. 166 (recante disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee), costituisce la risposta del legislatore alla recente condanna dell'Italia da parte della Corte di giustizia europea per l'impropria assimilazione dell'ipotesi di crisi di impresa a quella di insolvenza sotto il profilo degli effetti della vicenda traslativa sui rapporti di lavoro<sup>17</sup>.

Come ricorda la Corte, infatti, ai sensi dell'art. 5, direttiva 2001/23Ce, la disapplicazione delle garanzie previste in caso di cessione di azienda, e quindi

---

<sup>15</sup> In generale, sulla necessità o meno del consenso del lavoratore nel caso di trasferimento, si rinvia, tra gli altri, alla ricostruzione operata da Speziale, 2006, 725 ss.

<sup>16</sup> Il riferimento è Cgce 7.12.1995, causa C-427/93, *Spano e a.*, FI, 1996, IV, 205, con commento di R. COSIO. Sul tema si rinvia altresì a Leccese, 1999, 65 ss. Cfr. Cgce 7.02.1985, C-135/83, *Abels*, FI, 1986, IV, 111 ss., con commento di De Luca; Cgce 25.07.1991, C-362/89, *D'Urso*, GC, 1992, I, 1121 ss.

<sup>17</sup> Cgce 11.06.2009, causa C-561/07, *Commissione vs. Repubblica Italiana*, LG, 2009, 1125 ss., con commento di Cosio. L'art. 47, cc. 5 e 6, legge n. 428 del 1990, era stata oggetto di un procedimento di infrazione promosso dalla Commissione europea, conclusosi con una dichiarazione di improcedibilità del ricorso per la sopravvenuta approvazione della direttiva del 1998 che, a differenza della direttiva di prima generazione n. 77/187, conteneva alcune deroghe alle garanzie spettanti ai lavoratori. Il legislatore comunitario, con l'art. 4 *bis* della direttiva 98/50/Ce (riprodotto senza alcuna modifica nell'art. 5, c. 3, della direttiva 2001/23/Ce), sembrava aver optato per una legittimazione a posteriori - secondo alcuni solo parziale - della legislazione nazionale. In questo senso, si rinvia a Lambertucci, 1999, 74-75. Sulla legittimazione dei soli accordi che mantengano integralmente l'occupazione preesistente al trasferimento, consentendo solo modifiche *in peius* all'assetto economico e normativo precedentemente acquisito dai singoli lavoratori, Carabelli, Veneziani, 1999, 155 ss. Sulla possibilità di far ricadere nell'ambito applicativo della norma anche le ipotesi di mantenimento solo parziale dell'occupazione, Pizzoferrato, 2004, 159-161. La tesi della legittimazione solo parziale, peraltro, sembra aver trovato accoglimento da parte della Corte di Giustizia (Cgce, 5.06.2003, *Commissione vs. Repubblica Italiana*, causa C-145/01, OGL, 2003, 21 ss.) che escludeva l'applicazione della direttiva 77/187 se l'obiettivo del procedimento era la liquidazione dei beni del cedente. Sul punto, si confrontino le opinioni di Lambertucci, 1996, 274, Santoro Passarelli, 2005, 28 ss.; Pelaggi, 1998, 628 ss.; Cosio, 1996. La Commissione ha tuttavia riproposto la procedura di infrazione con riguardo alla direttiva di seconda generazione trovando questa volta la piena adesione della Corte. Si rinvia altresì a Caiafa, Cosio, 2008.

di una sua parte, presuppone che il cedente sia “*oggetto di una procedura fallimentare o di una procedura di insolvenza aperta in vista della liquidazione dei beni del cedente stesso*”; tali procedure inoltre devono svolgersi “*sotto il controllo dell’autorità pubblica competente*”.

Nel tentativo di diversificare le ipotesi in cui tramite processi di ristrutturazione sia immaginabile il risanamento della situazione economica e finanziaria dell’impresa, da quelle in cui la prospettiva di prosecuzione dell’attività produttiva risulti di fatto assente o, comunque, subordinata ad una finalità di tipo liquidatorio, la crisi aziendale viene esclusa dal novero dei casi che giustificerebbero, seppur a seguito di un accordo sindacale che salvaguardi almeno parzialmente l’occupazione, la totale disapplicazione dell’art. 2112 c.c.

Essendo riconducibile alla prima delle due ipotesi prospettate e, soprattutto, non essendo previsto alcun controllo da parte di un’autorità pubblica competente, l’accertamento dello stato di crisi non è teso ad un fine analogo a quello perseguito nell’ambito di una procedura di insolvenza *ex art. 5, n. 2, lett. a)*, della direttiva. L’organo amministrativo, infatti, si limita a dichiarare lo stato di crisi che consentirà all’impresa di beneficiare temporaneamente della CIGS.

A ben vedere, l’accertamento dello stato di crisi aziendale, ai sensi dell’art. 2, c. 5, lett. c), della l. 12 agosto 1977, n. 675 è oggi destinatario di una disciplina che ribadisce la piena applicabilità dell’art. 2112 c.c., pur demandando all’autonomia collettiva la possibilità di modulare l’applicabilità delle garanzie ivi previste (art. 47, c. 4 *bis*, l. n. 428 del 1990). Stesso trattamento si applica alle aziende per le quali sia stata disposta l’amministrazione straordinaria, *ex d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270*, nell’ipotesi di continuazione o mancata cessazione dell’attività. In tutti gli altri casi (qualora il trasferimento interessi aziende nei cui confronti sia intervenuta una dichiarazione di fallimento, omologazione di concordato preventivo con cessione di beni, quando sia stato emanato un provvedimento di liquidazione coatta amministrativa o di sottoposizione ad amministrazione straordinaria, nel caso in cui la continuazione dell’attività non sia stata disposta o sia cessata), invece, il raggiungimento di tale accordo consente la disapplicazione della norma codicistica, salvo condizioni di miglior favore in esso previste.

In realtà, la diversificazione tra “flessibilizzazione” dell’art. 2112 c.c. (art. 47, c. 4 *bis*, l. n. 428 del 1990) e disapplicazione dello stesso per effetto della massima dilatazione della deroga (art. 47, c. 5, l. n. 428 del 1990) in assenza di prospettive di ripresa, rischia di tradursi in un artificio legislativo volto ad aggirare il problema dell’incompatibilità della norma nazionale con la direttiva europea.

In primo luogo, in entrambe le fattispecie le possibili deroghe alla disciplina codicistica sono modulate e “pilotate” dalla autonomia collettiva<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> La deroga consentita dalle due norme, pur avendo il proprio fondamento giuridico nella legge, è nella transazione collettiva che trova la sua *condicio sine qua non*. Così, Fimmanò, 2008, 840. Resta inteso che nella fase di consultazione non esiste alcun obbligo di contrarre a carico delle parti; esiste solo l’obbligo di trattare in contraddittorio con il sindacato rispetto alle materie indicate nell’informativa. La mancata adesione alla richiesta di esame congiunto configura condotta antisindacale *ex art. 28, l. n. 300 del 1970*. Per ulteriori approfondimenti degli effetti sui rapporti di lavoro, Fimmanò, 2006, 1765 ss. Si segnala T.

In secondo luogo, l'accordo trilatero concluso *ex art. 47, c. 4 bis*, l. n. 428 del 1990, pur non consentendo la totale disapplicazione della norma codicistica, potrebbe tradursi nella predisposizione di un apparato protettivo di gran lunga inferiore rispetto a quanto in essa previsto. Laddove la norma autorizza la disapplicazione delle garanzie *ex art. 2112 c.c.* (art. 47, c. 5, legge n. 428 del 1990), invece, l'accordo potrebbe contenere "*condizioni di miglior favore*". Resta quindi difficile valutare fino a che punto possa spingersi un eventuale accordo in deroga, stipulato ai sensi del comma 4 *bis*, senza che questo venga tacciato di mancata conformità al dettato comunitario, ancorché in un'ottica di tutela dell'occupazione, in difetto, peraltro, di un controllo da parte di un'autorità pubblica competente.

5. La difficoltà di riproporre *tout court* in un contesto fallimentare i requisiti richiesti per il trasferimento di un ramo di azienda *in bonis*, data la finalità prevalentemente liquidatoria perseguita dalla procedura, favorisce possibili deviazioni.

Tanto la dottrina quanto la giurisprudenza attribuiscono al concetto di trasferimento un contenuto ampio, mostrando indifferenza verso lo strumento tecnico attraverso il quale ha luogo la sostituzione soggettiva nel rapporto di lavoro.

Fatta eccezione per l'amministrazione straordinaria, l'art. 3, c. 4, della l. 23 luglio 1991, n. 223 per la prima volta faceva menzione dell'affitto e della vendita unitaria dell'azienda nel corso di procedure concorsuali di tipo liquidatorio, sebbene in condizioni peculiari e con riferimento ad aziende socialmente rilevanti sotto il profilo occupazionale<sup>19</sup>. La norma, dunque, è riflesso dell'avvertita esigenza di sostenere i livelli occupazionali mediante la conservazione dell'azienda e di ridurre i danni che l'evento del dissesto produce.

5.1. Il d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, risolvendo l'antica questione circa l'ammissibilità dell'affitto di azienda in una procedura destinata alla liquidazione dei cespiti, prevede che, previo parere favorevole del comitato dei creditori e previa autorizzazione da parte del giudice delegato, il curatore possa affittare a terzi l'azienda o un suo ramo, quando ciò sia utile al fine della più proficua vendita dell'azienda stessa o di parti di essa (art. 104 *bis*, c. 1, l.f.).

Strumento in linea con un sistema indirizzato al recupero delle componenti attive dell'impresa, l'affitto d'azienda persegue l'obiettivo di renderla più appetibile agli occhi di eventuali acquirenti e di apportare liquidità alla procedura<sup>20</sup>, consentendo al tempo stesso di accrescere le possibilità di soddisfazione dei creditori.

---

Sulmona 7 agosto 2008, Fall., 2008, n. 7, p. 822 ss., con commento di Fimmanò che, tra l'altro, esclude la possibilità per le parti sociali di vincolare i lavoratori non aderenti all'accordo sindacale *ex art. 47, l. n. 428 del 1990*, in virtù di un principio di autonomia contrattuale ed essendo indispensabile la ratifica da parte dei diretti interessati.

<sup>19</sup> Fimmanò, 2008, 835.

<sup>20</sup> Di prelazione legale si dovrà invece parlare con riferimento al citato art. 3, c., l. n. 223 del 1991.

Come si è già avuto modo di segnalare, stando alla direttiva comunitaria, laddove il segmento oggetto del contratto di affitto integrasse i requisiti del ramo secondo una definizione rilevante sul piano giuslavoristico, la procedura aperta in vista della liquidazione dei beni dell'imprenditore insolvente e svoltasi sotto il controllo dell'autorità pubblica competente giustificerebbe la disapplicazione dell'art. 2112 c.c. Nel nostro ordinamento, a ben vedere, quando l'azienda possiede determinati requisiti dimensionali, tale possibilità è subordinata al raggiungimento dell'accordo trilatero *ex art. 47, c. 5, l. n. 428/1990*. Ne deriva che sia in difetto di tale accordo, sia nel caso in cui l'azienda non presenti i requisiti dimensionali descritti dall'art. 47, c. 1, la norma civilistica troverà applicazione.

La scelta dell'affittuario – previa garanzia della massima informazione e partecipazione degli interessati attraverso adeguate forme di pubblicità - deve tener conto dell'ammontare del canone offerto, nonché delle garanzie prestate e dell'attendibilità del piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali, “*avuto riguardo alla conservazione dei livelli occupazionali*” (art. 104 *bis*, c. 2, l.f.).

In realtà, l'attenzione verso la conservazione dei livelli occupazionali va letta in chiave strumentale al mantenimento dell'efficienza dell'impresa, sempre in una prospettiva volta a privilegiare le scelte reversibili rispetto a quelle irreversibili. A parità di benefici economici per i creditori, peraltro, la scelta di conservare più rapporti di lavoro è funzionale alla tutela del “bene azienda”.

Il diritto di prelazione, eventualmente pattuito nel contratto di affitto e riconosciuto all'affittuario, risponde alla necessità di compensare l'imprenditore degli investimenti da lui apportati nell'impresa in crisi, in vista della futura vendita (art. 104 *bis*, c. 5, l.f.); si tratta, infatti, di un incentivo di carattere sociale a questi riconosciuto per aver garantito la continuazione dell'attività<sup>21</sup>.

5.2. Il d.lgs. n. 5 del 2006, oltre ad introdurre l'istituto dell'affitto di azienda, ha regolamentato gli effetti della retrocessione, ovvero la vicenda traslativa consistente nella restituzione dell'azienda o di un suo ramo da parte dell'affittuario al primo cedente (in questo caso la procedura), qualora al termine del contratto di affitto non si provvedesse alla vendita.

Nell'ipotesi di retrocessione al fallimento di aziende o rami di aziende l'art. 104 *bis*, u.c., l.f. esclude la responsabilità della procedura per i debiti maturati sino alla retrocessione, in deroga agli artt. 2112 e 2560 c.c.<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> Il beneficio è condizionato alla capacità del contratto di salvaguardare – almeno parzialmente – l'occupazione quale interesse costituzionalmente tutelato. Per la giurisprudenza, in tal senso, Cass. 5.05.2000 n. 5643, DF, 2000, II, 690 ss.

<sup>22</sup> Stando alle indicazioni fornite dalla giurisprudenza prima delle recenti riforme, sarebbe arbitrario escludere la retrocessione dalle tutele di cui all'art. 2112 c.c., qualora il soggetto cui viene restituita l'azienda la utilizzi al fine della continuazione dell'attività imprenditoriale, con il conseguente coinvolgimento dei rapporti di lavoro (in questo senso, Cass. 21.05.2002 n. 7458, FI, 2002, I, 2278 ss.). In dottrina, favorevole ad un'interpretazione estensiva, Censoni, 2003, 333 ss. Per approfondimenti, Conedera, 2007, 500. Il richiamo all'art. 2560 c.c. (che stabilisce la corresponsabilità dell'acquirente per tutti i crediti risultanti

Nonostante l'attitudine alla destinazione imprenditoriale del ramo retrocesso alla procedura, tale esclusione, che investe anche i rapporti di lavoro, troverebbe giustificazione nella necessità di mantenere il fallimento indenne da ogni onere economico che possa derivare dalla precedente gestione in capo all'affittuario<sup>23</sup>; la retrocessione, peraltro, può essere considerata un esito, ancorché eventuale del contratto di affitto<sup>24</sup>.

Si impongono tuttavia alcune precisazioni. Orbene, rispetto alla normativa comunitaria non vi sarebbero profili di contrasto, dal momento che la possibilità di non trasferire al cessionario i debiti sorti prima del trasferimento è riconosciuta dalla direttiva comunitaria, a prescindere dalla finalità liquidatoria perseguita dalla procedura.

Con riferimento al contesto nazionale, l'art. 104 *bis*, u.c., l.f., essendo sganciato da qualsiasi requisito dimensionale, ha un campo di applicazione più esteso rispetto all'art. 47, c. 5, l. n. 428 del 1990; in quei contesti privi del requisito dimensionale *ex art. 47, c.1, l. 428 del 1990* viene quindi neutralizzata la possibilità di stipulare un accordo con le rappresentanze sindacali contenente condizioni di miglior favore rispetto alla disapplicazione dell'art. 2112 c.c. In questo caso, peraltro, a differenza di quanto avviene nella vendita, non è ammessa la possibilità che le parti convengano la responsabilità della procedura per i debiti maturati fino alla retrocessione.

Tuttavia, nonostante l'espressa esclusione di ogni ipotesi di accollo dei debiti, sembra si possa affermare che i rapporti di lavoro, per effetto della retrocessione, si ritrasferiscono al fallimento; il diritto al mantenimento del rapporto di lavoro sancito dall'art. 2112 c.c., infatti, ha natura pubblicistica e tende a prevalere sull'interesse, anch'esso pubblicistico, dei creditori.

Come si evince dal sesto comma, dell'art. 104 *bis*, l.f. al curatore, pertanto, vengono attribuite le stesse prerogative che aveva al momento della dichiarazione di fallimento, *ex art. 72 e segg, l.f.*, salvo i casi di prosecuzione o scioglimento automatico<sup>25</sup>; richiederà l'intervento di integrazione salariale straordinaria o collocherà in mobilità il personale eccedente rispetto alla potenzialità produttiva del complesso, sempre previo esperimento delle eventuali procedure richieste dalle dimensioni dell'azienda.

5.3. Il curatore si trova nella situazione di dover analizzare i presumibili vantaggi derivanti dalla vendita dell'intero complesso aziendale (o di suoi rami o di beni o rapporti giuridici individuabili in blocco), perché tali forme di liquidazione debbono essere preferite rispetto alla vendita atomistica delle

---

dai libri contabili) è ritenuto superfluo, in quanto norma di carattere eccezionale che non trova applicazione alla fattispecie dell'affitto, Paciello, 2010, 947.

<sup>23</sup> Rossi, 2010, 494.

<sup>24</sup> Si è detto infatti che con la retrocessione non si realizza alcun effetto acquisitivo derivato, bensì una riespansione o accrescimento del diritto del locatore (o del proprietario). Essa non trova la propria causa in un negozio giuridico, ma piuttosto in una situazione di mero fatto, ovvero l'estinzione del rapporto negoziale di affitto o di usufrutto, Grandi, 2006, 275-276.

<sup>25</sup> Paciello, 2010, 947-948.

single componenti soltanto nella misura in cui si preveda una maggiore soddisfazione dei creditori<sup>26</sup>.

Sulla falsariga della disposizione contenuta nell'art. 63, c. 4, d.lgs. n. 270 del 1999 in materia di amministrazione straordinaria, l'art. 105, c. 3, l.f., dispone che “*nell'ambito delle consultazioni sindacali relative al trasferimento d'azienda, il curatore, l'acquirente e i rappresentanti dei lavoratori possono convenire il trasferimento solo parziale dei lavoratori alle dipendenze dell'acquirente e le ulteriori modifiche del rapporto di lavoro consentite dalle norme vigenti*”. Adeguando il lessico utilizzato dal legislatore fallimentarista al contenuto dell'art. 47, c. 5, l.f., un accordo trilatero che preveda il mantenimento anche parziale dell'occupazione (“*trasferimento solo parziale dei lavoratori*”) consente la disapplicazione dell'art. 2112 c.c., salvo condizioni di miglior favore pattuite nell'accordo medesimo (“*ulteriori modifiche delle condizioni di lavoro consentite dalle norme vigenti in materia*”).

È opportuno precisare che l'art. 105, c. 5, l.f., nel prevedere la deroga al solo art. 2560 c.c., non ha inteso derogare altresì alla norma speciale di cui all'art. 2112 c.c. qualora il curatore proceda, tra l'altro, alla cessione di “*beni o rapporti giuridici individuabili in blocco*”<sup>27</sup>. In buona sostanza, il legislatore sembra ammettere la vendita di una porzione di azienda non necessariamente coincidente con la nozione di ramo, bensì di insiemi di beni o crediti, con i relativi rapporti di lavoro, privi di quel carattere organizzativo necessario perché si possa identificare un trasferimento d'azienda *ex art. 2112 c.c.* Alle parti, dunque, non verrebbe attribuita una mera funzione ricognitiva, secondo un'interpretazione restrittiva della direttiva comunitaria. Si ricorda, tuttavia, che secondo l'interpretazione della Corte di giustizia<sup>28</sup>, un insieme di rapporti di lavoro funzionalmente collegati e destinati alla realizzazione di un'attività, se adeguatamente coordinata, può corrispondere ad un’“*entità economica*”, pur in assenza di elementi patrimoniali.

Orbene, il carattere liquidatorio della procedura fallimentare e lo svolgimento della stessa sotto il controllo di un'autorità pubblica competente, stando alla direttiva comunitaria, giustificerebbero la disapplicazione *tout court* delle garanzie nei confronti dei lavoratori<sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup> Per approfondimenti, Fimmanò, 2007, 543. Id., 2006, 1735.

<sup>27</sup> Nell'ipotesi di vendita, pertanto, deve escludersi una deroga automatica al principio dell'accollo cumulativo *ex art. 2112 c.c.* Secondo Masturzi, 2010, 979-980, resterebbero esclusi dal campo di applicazione dell'art. 2112, c. 2, c.c., i debiti contratti dal fallimento nei confronti degli istituti previdenziali ed assicurativi per il mancato pagamento dei contributi obbligatori, pur trattandosi di debiti legati ai rapporti di lavoro pendenti all'atto del trasferimento. Essendo debiti contratti dall'imprenditore nell'esercizio dell'impresa, essi sono debiti aziendali e ricadono nella previsione 2560 c.c. Salvo diversa previsione, essi non passano a carico dell'acquirente dell'azienda.

<sup>28</sup> *Ex plurimis*, Cgce 24.01. 2002, causa C-51/2000, cit. a nt. 3.

<sup>29</sup> Per esigenze di completezza si segnala la particolare ipotesi di cessione endoconcorsuale *ex art. 105, c. 8, l.f.*, consistente nel conferire, in una o più società di nuova costituzione, l'azienda, rami di essa, beni o crediti con i relativi rapporti contrattuali in corso; anche in questo caso con esclusione della responsabilità dell'alienante *ex art. 2560 c.c.*, seppur facendo salve le diverse disposizioni previste in leggi speciali. Sulle ipotesi di cessione endoconcorsuale e liquidazione diverse dall'affitto e dalla vendita, Fimmanò, 2006, 1767 ss. Si rinvia altresì a Dui, 2007, 103-104.

6. La procedura di amministrazione straordinaria, come ricorda l'art. 2, lett. a), d.lgs. n. 270 del 1999, si applica alle imprese "socialmente rilevanti" che occupano almeno duecento dipendenti, con l'obiettivo di offrire alla grande impresa soluzioni alternative al fallimento, talvolta incapace, stante la sua finalità liquidatoria, di rispondere alle esigenze sociali dei complessi organizzativi di maggiori dimensioni<sup>30</sup>.

Nella sua precedente disciplina (l. 3 aprile 1979, n. 95) la procedura di *amministrazione straordinaria* con continuazione dell'esercizio dell'impresa è stata oggetto di censura, sia da parte della Commissione europea, che della Corte di Giustizia<sup>31</sup>. L'automatismo posto a fondamento dell'accesso alla procedura in presenza di determinati requisiti dimensionali e di esposizione debitoria, infatti, in alcuni casi si trasformava in un intervento assistenzialistico tramite agevolazioni pubbliche rivolte ad imprese prive di qualsiasi possibilità di ripresa economica, con conseguente compressione delle ragioni del ceto creditorio che si trovava a "finanziare" l'impossibile recupero economico delle imprese. La procedura operava come un elemento distorsivo della concorrenza nella misura in cui la prosecuzione dell'attività avesse impedito l'uscita dal mercato di imprese decotte.

Nel d.lgs. n. 270 del 1999 la continuazione dell'esercizio dell'impresa, invece, si pone nell'ambito della procedura come soluzione non più obbligatoria; ad essa sono ormai ammesse per espressa previsione unicamente le imprese dichiarate insolventi "*qualora presentino concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali*" (artt. 27 e 81)<sup>32</sup>. Tale obiettivo viene ora perseguito, alternativamente, tramite un programma di esercizio provvisorio dell'attività finalizzato alla cessione a terzi di beni o complessi aziendali (art. 27, c. 2, lett. a) e b *bis*), d.lgs. n. 270 del 1999) oppure tramite la ristrutturazione economica e finanziaria dell'impresa da attuare nell'ambito di un programma di ristrutturazione (art. 27, c. 2, lett. b), d.lgs. n. 270 del 1999).

Mentre nel fallimento la prosecuzione provvisoria dell'attività si deve sempre inquadrare in una prospettiva liquidatoria<sup>33</sup>, nell'amministrazione straordinaria la prosecuzione dell'attività può essere strumentale alla realizzazione di un programma liquidatorio da conseguire mediante la cessione a terzi di complessi aziendali, onde poi pervenire ad un decreto del Tribunale che dichiara la cessazione dell'esercizio dell'impresa, o può rappresentare la finalità tipica, e dunque definitiva, della procedura concorsuale<sup>34</sup>.

---

<sup>30</sup> Per una disamina dei presupposti oggettivi e dell'ambito soggettivo di applicazione, Pasquariello, 2009, 1383 ss. Si ricorda che la l.18 febbraio 2004, n. 39 introduce una variante della procedura di *amministrazione straordinaria* che riguarda "imprese di rilevanti dimensioni" in stato di insolvenza, sempre che da almeno un anno raggiungano un numero di lavoratori non inferiore a mille e debiti per un ammontare complessivo non inferiore a un miliardo di euro (art. 1).

<sup>31</sup> Il riferimento è a Cgce 17.06.1999, causa C-295/97, *Industrie Aeronautiche e Meccaniche Rinaldo Piaggio SpA e International Factors Italia SpA*, Fall., 1999, p. 1183; Cgce, 1.12.1998, n. C-200/97, *Ecotrade Srl v Altiforni e Ferriere di Servola SpA*, GI, 1999, 545. Per approfondimenti, tra gli altri, Galioto, 2003. Si rinvia a D'Aulisa, 2009, 1495.

<sup>32</sup> Melucco, 2011, 773 ss.

<sup>33</sup> Fezza, 2010, 243 ss.

<sup>34</sup> Per approfondimenti Melucco, 2011, 819.

Con la modifica dell'art. 47, l. n. 428 del 1990, la disciplina delle vicende circolatorie in imprese sottoposte ad amministrazione straordinaria ha subito un processo di "smembramento": se il trasferimento riguarda un'azienda nei cui confronti "*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 raggiungimento di un accordo trilatero circa il mantenimento, anche parziale, dell'occupazione consente l'applicazione dell'art. 2112 c.c. nei termini e con le limitazioni previste dall'accordo medesimo (art. 47, c. 4 *bis*, l. n. 428 del 1990); se invece "*la continuazione dell'attività non sia stata disposta o sia cessata*", non troverà applicazione la norma codicistica, "*salvo che dall'accordo non risultino condizioni di miglior favore*" (art. 47, c. 5, l. n. 428 del 1990).

6.1. Nell'ipotesi di vendita di rami di aziende in esercizio nell'ambito della procedura di amministrazione straordinaria, in virtù dell'art. 63, c. 4, d.lgs. n. 270 del 1999, il commissario straordinario, il cessionario ed i rappresentanti dei lavoratori possono pattuire "*il trasferimento solo parziale dei lavoratori alle dipendenze dell'acquirente e ulteriori modifiche delle condizioni di lavoro consentite dalle norme vigenti in materia*".

Come già segnalato con riferimento alla norma che disciplina la vendita nel fallimento (art. 105 l.f.), anche in questo caso si impone una rilettura della norma concorsuale nei termini di cui all'art. 47, l. n. 428 del 1990, questa volta però con riferimento al comma 4 *bis*, al quale l'art. 63, c. 4, d. lgs. n. 270 del 1999, disciplinando la vendita di aziende in esercizio, sembra implicitamente rimandare: un accordo trilatero che preveda il mantenimento anche parziale dell'occupazione ("*trasferimento solo parziale dei lavoratori*") consente l'applicazione dell'art. 2112 c.c. nei termini e con le limitazioni previste dall'accordo medesimo ("*ulteriori modifiche delle condizioni di lavoro consentite dalle norme vigenti in materia*").

Senonché, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 63, d.lgs. n. 270 del 1999, se non diversamente pattuito, in deroga all'accollo cumulativo *ex lege* dei debiti relativi all'azienda alienata disposto dall'art. 2560 c.c., l'acquirente non assume i debiti relativi all'azienda alienata. Tale esclusione riguarderebbe anche i debiti verso i lavoratori dipendenti<sup>35</sup>.

In assenza di apposita convenzione che preveda la responsabilità patrimoniale dell'acquirente, pertanto, l'ultimo comma dell'art. 63, d.lgs. n. 270 del 1999, opererebbe come eccezione alla norma di cui al comma 4 *bis* della legge n. 428 del 1990. In buona sostanza, quest'ultima risulterebbe esautorata nella parte relativa alla garanzia del regime di solidarietà tra cedente e cessionario per tutti i crediti che i lavoratori avevano al tempo del trasferimento, ma riprende vigore nella misura in cui sia convenuta la responsabilità patrimoniale dell'acquirente.

Questa scelta ha un senso in un'ottica di tutela dei livelli occupazionali, nei confronti della quale l'art. 63 mostra un'evidente attenzione. L'acquirente, infatti, assume l'obbligo di mantenere livelli occupazionali stabiliti nell'atto di vendita per almeno un biennio, ferma restando la possibilità per le parti di

---

<sup>35</sup> Si rinvia a Mandrioli, 2009, 1535.

limitare la vicenda circolatoria ad alcuni lavoratori, ovvero a quelli previamente individuati come eccedentari<sup>36</sup>. Lo “sconto” che riceve l’acquirente è la contropartita per il suo impegno a proseguire la gestione, anche se in perdita, ed a mantenere i livelli occupazionali. Di conseguenza, il costo del salvataggio dei posti di lavoro, anziché ricadere su fondi pubblici, ricade sui creditori, quasi a voler tutelare non tanto i lavoratori in sé, quanto la pace sociale che rischierebbe di essere compromessa da licenziamenti massicci ed improvvisi<sup>37</sup>.

A ben vedere, sembra opportuno segnalare che ai sensi l’art. 5, par. 2, lett. a), della direttiva 2001/23/Ce, indipendentemente dal carattere liquidatorio della procedura, i debiti di lavoro pregressi e pagabili prima della cessione dell’azienda, ovvero dell’apertura della procedura di insolvenza, possono non essere accollati in capo al cessionario solo se lo Stato membro riconosca ai suddetti crediti una protezione almeno equivalente a quella prevista dalla direttiva 80/987/Cee del Consiglio del 20 ottobre 1980, relativamente alla tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro.

6.1.1. Il richiamo alla mancata continuazione dell’attività ed all’ipotesi in cui essa non sia stata disposta o sia cessata è espressione di un lessico di evidente matrice giuslavoristica, poco incline ad adattarsi al linguaggio concorsuale. Proprio perché non risulta agevole capire quando la prosecuzione dell’attività possa considerarsi “non disposta”, la soluzione interpretativa più convincente è quella di ritenere configurata la fattispecie in tutte le ipotesi nelle quali la procedura di amministrazione straordinaria ha una finalità liquidatoria, ancorché perseguita con la prosecuzione provvisoria delle attività produttive in vista della loro cessione. Per tale ragione, sembra corretto affermare che nella cessione del ramo la disposizione *ex art. 47, c. 5, l. n. 428 del 1990* opererà quando non via sia una programmazione di stabile continuazione dell’impresa e, cioè, quando la procedura di amministrazione straordinaria sia concessa, ai sensi dell’art. 27, c. 2, lett. a) e *b-bis*) del d.lgs. n. 270 del 1999, in vista della cessione dei complessi aziendali (e non, pertanto, in vista della ristrutturazione economica e finanziaria dell’impresa (art. 27, c. 2, lett. b), del d.lgs. n. 270 del 1999)<sup>38</sup>.

6.1.2. Il d.l. n. 134 del 2008, recante disposizioni urgenti in materia di ristrutturazione di grandi imprese in crisi, convertito con modificazioni in legge n. 166 del 2008<sup>39</sup>, ha introdotto una specifica disciplina per le imprese operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali al fine di garantire la continuità nella

---

<sup>36</sup> Fiore, 2001, 223.

<sup>37</sup> Stanghellini, 2007, 78.

<sup>38</sup> Marazza, Anibaldi, in corso di pubblicazione.

<sup>39</sup> Il più recente intervento normativo mira, in primo luogo, ad ampliare l’operatività della l. 18 febbraio 2004, n. 39 in relazione alla ristrutturazione di grandi imprese che versino in una situazione di crisi di natura non solo finanziaria, ma anche industriale; in secondo luogo, a garantire la continuità nella prestazione dei servizi pubblici essenziali forniti dalle grandi imprese in crisi.

prestazione di tali servizi, nonché la salvaguardia del valore economico e produttivo di tali imprese<sup>40</sup>.

L'art. 1, c. 13, d.l. n. 134 del 2008 prevede che *“nell’ambito delle consultazioni di cui all’articolo 63, comma 4, del decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270, ovvero esaurite le stesse infruttuosamente, il Commissario e il cessionario possono concordare il trasferimento solo parziale di complessi aziendali o attività produttive in precedenza unitarie e definire i contenuti di uno o più rami d’azienda, anche non preesistenti, con individuazione di quei lavoratori che passano alle dipendenze del cessionario. I passaggi anche solo parziali di lavoratori alle dipendenze del cessionario possono essere effettuati anche previa collocazione in Cassa integrazioni guadagni straordinaria o cessazione del rapporto di lavoro in essere e assunzione da parte del cessionario”*.

L'infruttuoso esaurimento della procedura di consultazione autorizza Commissario e cessionario a definire il contenuto di uno o più rami di azienda e consente loro di individuare i lavoratori che passeranno alla dipendenze del secondo, con conseguente alterazione di quella funzione meramente ricognitiva che in questa fase si intende attribuire alle parti secondo un'interpretazione restrittiva della direttiva comunitaria. Il tenore letterale della norma farebbe propendere per una (ulteriore) possibilità di derogare all'art. 2112 c.c. rispetto a quelle contemplate nell'art. 47 della legge n. 428 del 1990, sottratta all'intermediazione dell'autonomia collettiva e rimessa all'iniziativa del Commissario e del cessionario. Salva diversa previsione nell'accordo intercorso tra Commissario e cessionario, le tutele di cui all'art. 2112 c.c. non troverebbero applicazione.

La scelta operata dal legislatore, sebbene dettata dalla necessità di garantire la tutela dei livelli occupazionali, suscita delle perplessità dal momento che configurerebbe una fattispecie non coincidente con quella di ramo di azienda, cara all'ordinamento giuslavoristico.

Tuttavia, nonostante gli evidenti problemi di armonizzazione con il dettato comunitario, la citata norma sembra salvarsi dall'accusa di incompatibilità rispetto alla direttiva n. 23/2001, alla luce delle condizioni in presenza delle quali non si applica il trasferimento automatico dei contratti di lavoro, ovvero che vi sia un'impresa oggetto di una procedura fallimentare o di una procedura di insolvenza; che tale procedura sia volta alla liquidazione dei beni; che la liquidazione dei beni si svolga sotto il controllo di un'autorità pubblica competente (art. 5, c. 1).

6.1.3. Solo applicando le medesime conclusioni cui si è pervenuti nel precedente paragrafo, il c. 3 *bis*, art. 56, d.lgs. n. 270 del 1999, introdotto dall'art. 14, c. 5, d.l. 29 novembre 2008, n. 185, convertito in l. 29 gennaio 2009, n. 2 può salvarsi dall'accusa di incompatibilità rispetto alla direttiva comunitaria.

---

<sup>40</sup> Oltre a prevedere la riduzione temporale dei periodi di consultazione sindacale relativi alla procedura di mobilità, alla procedura di Cassa integrazione guadagni straordinaria ed al trasferimento di azienda.

Stando a tale norma, infatti, le eventuali cessioni previste dal programma di cui all'art. 27, 2° comma, lett. a) e b *bis*), rientrano tra quelle operazioni tese alla “liquidazione dei beni del cedente” e “non costituiscono comunque trasferimento di azienda, di ramo o di parti dell'azienda agli effetti previsti dall'articolo 2112 del codice civile”.

In buona sostanza, in nome della tutela dei livelli occupazionali, sembra si voglia vulnerare la scelta del legislatore di modulare – tramite un meccanismo “pilotato” dalla autonomia collettiva - le tutele previste per i lavoratori in funzione del livello di criticità in cui versa l'impresa, con conseguente disapplicazione delle tutele *ex art.* 2112 c.c. (solo) quale *extrema ratio*. Ne deriva lo svilimento della norma di cui all'art. 47, c. 5, legge n. 428 del 1990, in ragione dell'evidente specificità dell'art. 56, c. 3 *bis*, d.lgs. n. 270 del 1999.

In letteratura, peraltro, si è evidenziato che per distinguere l'ambito operativo del comma 3 *bis*, art. 56, da quello dell'art. 63, c. 4 e, soprattutto, per evitare che quest'ultima norma sia materialmente travolta dalla prima, sarà necessario propendere per l'applicazione dell'art. 63, c. 4, alle sole dismissioni aventi ad oggetto i cosiddetti “rami secchi”<sup>41</sup>.

7. La possibilità di derogare all'art. 2112 c.c. risponde all'esigenza di facilitare la circolazione endoconcorsuale dell'azienda e si fonda su un principio generale di prevalenza della salvaguardia dell'occupazione sull'interesse alla continuità dei singoli rapporti di lavoro. Nella circolazione di segmenti di azienda, tuttavia, si annida il rischio di individuare come oggetto del trasferimento articolazioni fittizie che consentono di aggirare la normativa predisposta a tutela del lavoratore. Tale rischio, come si è avuto modo di segnalare, si accentua quando sono in corso procedure concorsuali, non solo se ispirate ad una logica liquidatoria.

Sono evidenti i limiti connessi ad un meccanismo derogatorio subordinato all'intervento dell'autonomia collettiva i cui spazi operativi non sono chiaramente individuati. Già in passato la dottrina ha messo in guardia dai pericoli di una interpretazione rigida delle deroghe alle tutele previste per i lavoratori; *in primis*, l'affermarsi di vicende traslative nel contesto di crisi aziendali orientate verso strumenti diversi e potenzialmente più pregiudizievoli degli interessi dei lavoratori<sup>42</sup>.

Peraltro, la portata “generale” della norma di cui all'art. 47, c. 5, l. n. 428 del 1990, tendenzialmente applicabile a tutte le procedure concorsuali con finalità liquidatorie viene alterata dalla circostanza che ciascuna procedura interagisce concretamente con essa in maniera differente in ragione dei profili di specialità che la caratterizzano. Ad analoghe conclusioni si può pervenire con riferimento al c. 4 *bis* del medesimo articolo, ancorché limitatamente alle imprese nei confronti delle quali sia stato accertato lo stato di crisi ed alle imprese in amministrazione straordinaria in caso di continuazione o mancata cessazione dell'attività.

---

<sup>41</sup> Così Mandrioli, 2009, 1534.

<sup>42</sup> Orlandini, 2005, 593 ss.

Orbene, l'esigenza di diversificare la regolamentazione giuridica della crisi di impresa in ragione dello specifico livello di criticità in cui essa versa e di distinguerla da quella di "insolvenza", ha indotto il legislatore a recepire un concetto ampio di stato di crisi. Per il suo carattere fluido, infatti, la crisi non può essere qualificata come uno stato, bensì come una fase dinamica *in fieri* di cui si ignora l'evoluzione finale<sup>43</sup>. Tale consapevolezza sembra aver indotto il legislatore ad ammettere alla procedura di concordato preventivo sia le imprese in stato di crisi irreversibile, sia quelle che versano in situazioni di minore gravità, non necessariamente prodromiche all'insolvenza.

La contaminazione tra le varie procedure, peraltro, è accentuata dalle recenti novità legislative che, ad esempio, stanno favorendo il progressivo slittamento dell'amministrazione straordinaria verso le logiche del fallimento, almeno nei casi in cui il programma assuma un contenuto di tipo liquidatorio<sup>44</sup>. In questo contesto dai contorni sfumati assume un particolare significato la direttiva 2008/94/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 ottobre 2008<sup>45</sup>, sulla tutela dei lavoratori subordinati in caso d'insolvenza del datore di lavoro, la quale, pur non offrendo una definizione di "procedura di insolvenza", invita gli Stati membri ad estendere l'applicazione di detta tutela anche alle procedure di insolvenza diverse dalla liquidazione.

Nonostante gli sforzi compiuti verso il riconoscimento della capacità di cogliere la rilevanza dell'interesse collettivo all'occupazione in nome di una visione più attenta alla conservazione dell'impresa, la concezione atomistica dei beni dell'impresa insolvente continua a permeare di sé la disciplina delle procedure concorsuali. Il prevalere della tutela degli interessi dei creditori, fa sì che la conservazione dell'impresa e la stabilità dell'occupazione siano elementi strumentali al raggiungimento di tale obiettivo. L'interesse dei lavoratori, peraltro, è spesso contemplato indistintamente nella massa dei creditori.

Certamente non di aiuto è l'assenza nel nostro ordinamento di una definizione unitaria di impresa; quella di azienda e di ramo di azienda fornita dall'art. 2112 c.c., infatti, rileva ai (soli) fini della vicenda traslativa.

La differente *ratio* ispiratrice della disciplina giuslavoristica rispetto ad altri settori dell'ordinamento si traduce non di rado nell'utilizzo di un linguaggio giuridico non perfettamente coincidente e compatibile con le esigenze di altre branche del diritto. Tale distonia è particolarmente evidente nella cessione di un segmento dell'azienda e costringe l'interprete a valutare di volta in volta il rapporto di specialità della normativa giuslavoristica rispetto a quella concorsuale e viceversa.

---

<sup>43</sup> Presti, 2009.

<sup>44</sup> Per altro verso, anche se la continuazione dell'attività produttiva esula dalla finalità tipica del fallimento, volto invece alla liquidazione del patrimonio dell'impresa ed alla soddisfazione dei creditori, il Tribunale, con la stessa sentenza dichiarativa del fallimento, può disporre l'esercizio provvisorio dell'impresa o di parte di essa, ove dall'interruzione possa derivare un danno grave e sempre che non si arrechi pregiudizio ai creditori (art. 104, LF). Sul punto, Bassi, 2010, 310 ss. Melucco, 2011, 819.

<sup>45</sup> Comisso, 2008.

### Riferimenti bibliografici

- Andreoni A. (2004). Impresa modulare e trasferimento d'azienda. Le novità del D.Lgs. 276/2003. In: Ghezzi G., *Il lavoro tra progresso e mercificazione*. Roma: Ediesse, p. 191 ss.
- Bassi A. (2010). L'esercizio provvisorio. In: Buonocore V., Bassi A., diretto da, *Trattato di diritto fallimentare*. Vol. III (La custodia e l'amministrazione, l'accertamento del passivo, la liquidazione e la ripartizione dell'attivo, la chiusura del fallimento). Padova: Cedam, p. 307 ss.
- Buonocore V. (2004). Il nuovo testo dell'art. 2112 del Codice Civile e il trasferimento di un ramo d'azienda. In: *Studi in onore di Adriano Vanzetti, Proprietà intellettuale e concorrenza*, t. 1, Milano: Giuffrè, 2004, p. 275 ss.
- Caiafa A. (2005). Le vicende economiche dell'impresa in crisi: Diritto del lavoro comunitario e tutela del lavoratore. *DF*, p. 541 ss.
- Caiafa A., Cosio R. (2008). Diritto europeo: crisi d'impresa e sorte dei rapporti di lavoro, Milano: Ipsoa
- Carabelli U., Veneziani B. (1999). Il trasferimento d'azienda in Italia. In: Aa.Vv., *La transmisión de empresas en Europa*, Bari: Cacucci, p. 103 ss.
- Censoni F.P. (2003). La sorte dei rapporti pendenti nel fallimento nel caso di affitto di azienda. *Giur. Comm.*, n. 1, I, p. 333 ss.
- Cester C. (2004). Il trasferimento d'azienda e di parte d'azienda fra garanzie per i lavoratori e nuove forme organizzative dell'impresa: l'attuazione delle direttive comunitarie è conclusa?. In: Carinci M.T., Cester C., a cura di, *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, Milano: Ipsoa, p. 238 ss.
- Cester C. (2010). Due recenti pronunzie della Corte di giustizia europea in tema di trasferimento d'azienda. Sulla nozione di ramo d'azienda ai fini dell'applicazione della direttiva e sull'inadempimento alla stessa da parte dello Stato italiano nelle ipotesi di crisi aziendale. Nota a Cgce 12.02.2009, C-466/07, *Klarenberg* e Cgce 11.06.2009, C-561/07, *Commissione vs. Repubblica Italiana, RIDL*, I, p. 232 ss.
- Ciucciiovino S. (1998). La nozione di "azienda trasferita" alla luce dei recenti sviluppi della giurisprudenza interna e della disciplina comunitaria. *ADL*, p. 893 ss.
- Comisso F. (2008). Intervento del Fondo di garanzia istituito per la liquidazione del TFR e dei crediti di lavorodversi dal TFR in caso di insolvenza del datore di lavoro. Riepilogo delle disposizioni vigenti ed orientamenti giurisprudenziali. *Fall.* n. 2, p. 145 ss.
- Conedera C. (2007). *Crisi d'impresa e tutela occupazionale*. *DF*, n. 3-4, pt. 1, p. 480 ss.
- Corrado A., Corrado D. (2007). *I rapporti di lavoro nel fallimento*. Torino: Giappichelli.
- Cosio R. (1996). La sentenza della Corte di Giustizia del 7 dicembre 1995, causa 427/93: gli effetti sull'ordinamento interno. *FI*, IV, c. 210 ss.
- Cosio R. (1998). Trasferimento delle imprese nel diritto comunitario: l'evoluzione degli orientamenti della Corte di giustizia. Nota a Cgce 12.03.1998, *Jules Dethier Equipement SA*, causa C-319/94 e Cgce 11.03.1997, *Suzen*, causa C-13/95. *FI*, IV, c. 437 ss.
- Cosio R. (2009). La Corte di giustizia censura la normativa nazionale in materia di trasferimento d'impresa in crisi. Nota a Cgce 11.06.2009, *Commissione Ce c. Gov. Italia*, causa C-561/07. *LG*, p. 1128 ss.
- D'Aulisa D.B. (2009). Art. 53, d. lgs. n. 270/1999. In: Maffei Alberti A., a cura di, *Commentario breve alla legge fallimentare*. Padova: Cedam, p. 1490 ss.
- De Luca M. (1986). Licenziamenti collettivi, trasferimenti d'azienda, crisi dell'impresa, procedure concorsuali e "tutele" dei lavoratori nel diritto comunitario. Brevissime note sullo stato di "conformazione" dell'ordinamento italiano. Nota a Cgce 7.02.1985, C-135/83, *Abels*, *FI*, IV, 111 ss.
- De Luca Tamajo R. (2002). Le esternalizzazioni tra cessioni di ramo d'azienda e rapporti di fornitura. In: De Luca Tamajo, a cura di, *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, Napoli: Esi, p. 14 ss.
- Dui P. (2007). *Outsourcing ed esternalizzazioni tra diritto commerciale e diritto del lavoro*, Milano: Giuffrè
- Fezza F. (2010). Il programma di liquidazione. In: Buonocore V., Bassi A., diretto da, *Trattato di diritto fallimentare*. Vol. III (La custodia e l'amministrazione, l'accertamento del

- passivo, la liquidazione e la ripartizione dell'attivo, la chiusura del fallimento). Padova: Cedam, p. 243 ss.
- Fimmanò F. (2006). Art. 105. In: Jorio A., diretto da, *Il Nuovo diritto fallimentare*, Bologna: Zanichelli, p. 1731 ss.
- Fimmanò F. (2007). La circolazione dell'azienda nel fallimento (pt. 1). *Riv. Not.*, 2007, n. 2, p. 255 ss.
- Fimmanò F. (2008). Concordato preventivo e circolazione del ramo d'azienda. Nota a T. Sulmona 5.12.2007. *LG*, p. 836 ss.
- Fiore C., Marziani E. (2001). La nuova procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese commerciali insolventi: effetti sul rapporto di lavoro e problematiche connesse. *DF*, I, p. 222 ss.
- Franceschinis L. (2003). *L'art. 2112 c.c. dopo il D.Lgs. 276/2003*. *D&L*, p. 857 ss.
- Galioto M. (2003). *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*. Milano: Giuffrè.
- Lambertucci P. (1995). Sulla nozione di trasferimento d'azienda nel diritto comunitario. *RIDL*, II, p. 608 ss.
- Lambertucci P. (1996). La disciplina del trasferimento d'azienda in crisi al vaglio della Corte di Giustizia. *RIDL*, II, p. 268 ss.
- Lambertucci P. (1999). *Le tutele del lavoratore nella circolazione dell'azienda*, Torino: Giappichelli
- Mandrioli L. (2009). Art. 63, d. lgs. n. 270/1999. In: Maffei Alberti A., a cura di, *Commentario breve alla legge fallimentare*. Padova: Cedam, p. 1529 ss.
- Marazza M. (2001). *Impresa ed organizzazione nella nuova nozione di azienda trasferita*. *ADL*, p. 599 ss.
- Marazza M., Anibaldi V. (in corso di pubblicazione), Contratto e rapporto di lavoro nell'impresa dichiarata insolvente. In: Persiani M., Carinci F., diretto da, *Trattato di diritto del lavoro*. Vol. IV, t. II (Contratto di lavoro ed organizzazione), Padova: Cedam
- Maresca A. (2001). Le novità del legislatore nazionale in materia di trasferimento d'azienda. *ADL*, p. 587 ss.
- Masturzi S. (2010), Art. 105. In: Cavallini C., diretto da, *Commentario alla legge fallimentare*. Milano: Egea, p. 959 ss.
- Melucco A. (2011). Amministrazione straordinaria. In: Aa.Vv, Apice U., diretto da, *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*. Vol. III (Le altre procedure concorsuali, reati fallimentari, problematiche comunitarie e trasversali, fallimento e fisco), Torino: Giappichelli, p. 773 ss.
- Menegatti (2003). Il difficile ruolo della nozione di trasferimento di ramo d'azienda *LG*, n. 3, p. 219 ss.
- Oppo G. (1976). Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano. *RDC*, n. 6, I, p.591 ss.
- Orlandini G. (2005), Il trasferimento di azienda nelle imprese in stato di crisi tra dibattito teorico e prassi sindacale. *GDLRI*, p. 593 ss.
- Paciello A. (2010), Art. 104-bis, In: Cavallini C., diretto da, *Commentario alla legge fallimentare*. Milano: Egea, p. 935 ss.
- Pasquariello C. (2009), Art. 1, d. lgs. n. 270/1999. In: Maffei Alberti A., a cura di, *Commentario breve alla legge fallimentare*. Padova: Cedam, p. 1383 ss.
- Passalacqua (2002). Patto per l'Italia: sviluppi e prospettive in tema di trasferimento d'azienda. *DL*, p. 215 ss.
- Pelaggi A. (1998). 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. *MGL*, p. 628 ss.
- Perulli A. (2003). Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione. *ADL*, n. 2, p. 473 ss.
- Presti G. (2009). Rigore è quando l'arbitro fischia?. *Fall.*, allegato al n. 1, p. 25 ss.
- Romei R. (1999). Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa. Cessione di ramo d'azienda e appalto. *GDLRI*, p. 325 ss.
- Romei R. (2003). Azienda, impresa, trasferimento. *DLRI*, pp. 49 ss.
- Rossi R. (2010). Art. 79. In: Cavallini C., diretto da, *Commentario alla legge fallimentare*. Milano: Egea, p. 465 ss.

- Santoro Passarelli G.(2003). Fattispecie e interessi tutelati nel trasferimento di ramo d'azienda. *RIDL*, p. 189 ss.
- Santoro Passarelli G. (2005). Il trasferimento di parte dell'azienda tra libertà dell'imprenditore e tutela dei lavoratori. In: Aa.Vv., *Dialoghi tra dottrina e giurisprudenza*, Milano: Giuffr , p. 28 ss.
- Scarponi S. (1998). Il dialogo tra giudice comunitario e giudice nazionale alla luce della direttiva sul trasferimento d'azienda. In: *Scritti in onore di G. F. Mancini*, Milano: Giuffr , vol. 1, p. 523 ss.
- Speziale V. (2006). Appalti e trasferimento d'azienda. *WP CSDLE M. D'Antona – 84/2006*:In:[http://dirittolavoro.altervista.org/speziale\\_appalti\\_trasferimento\\_azienda.pdf](http://dirittolavoro.altervista.org/speziale_appalti_trasferimento_azienda.pdf)
- Stanghellini L. (2007). *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*. Bologna: Il Mulino.