

Trasferimento d'azienda e crisi d'impresa: una eterogenesi dei fini da parte del legislatore italiano?*

Giovanni Gaudio

1. Trasferimento d'azienda, ordinamento multilivello, tutela del lavoro nell'ambito della crisi di impresa, certezza del diritto: le ragioni di un'analisi. 522
2. La complessa evoluzione della disciplina europea: il dialogo tra il legislatore europeo e la Corte di Giustizia. 527
3. Il punto sulla disciplina italiana: dalle censure della Corte di Giustizia alla versione oggi vigente dell'art. 47, co. 4-bis e 5, l. n. 428 del 1990. 534
4. La giurisprudenza di merito italiana alla prova dell'obbligo di interpretazione conforme al diritto dell'Unione Europea. Il caso Alitalia-Ethiad. 537
5. Procedure non liquidatorie e «crisi aziendale»: gli angusti confini della possibile deroga alla disciplina protettiva di cui all'art. 2112 Cod. Civ. 540
6. Una eterogenesi dei fini da parte del legislatore italiano? 542

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 347/2017

1. Trasferimento d'azienda, ordinamento multilivello, tutela del lavoro nell'ambito della crisi di impresa, certezza del diritto: le ragioni di un'analisi.

Questo elaborato si propone di comprendere quale sia, in concreto, la portata attuale della disciplina italiana relativa al trasferimento d'azienda nell'impresa in crisi, soprattutto mediante l'analisi della giurisprudenza nazionale ed europea in materia.

Come noto, il trasferimento d'azienda nell'impresa in crisi è disciplinato, dal diritto del lavoro italiano, anche sulla scorta di quanto previsto dal diritto europeo, secondo logiche a sé stanti rispetto a quelle previste nel caso di circolazione dell'azienda facente capo ad un datore di lavoro *in bonis*¹⁵⁴⁸.

Infatti, da un lato, la disciplina generale del trasferimento d'azienda ha trovato tradizionalmente il suo fulcro - perlomeno a livello europeo, in un'ottica di tutela dei lavoratori ivi coinvolti¹⁵⁴⁹ - nel principio della prosecuzione automatica del rapporto di lavoro dei dipendenti afferenti all'azienda con il soggetto cessionario. Il paradigma di tutela, dunque, è quello della tutela del posto di lavoro dei dipendenti coinvolti nel trasferimento. Essi non solo continuano a lavorare presso il cessionario, ma i termini e le condizioni del loro rapporto di lavoro restano, per lo più, immutati.

Dall'altro, la disciplina speciale, riguardante le vicende circolatorie di un'azienda di titolarità di un datore di lavoro in crisi, ha invece ammesso la possibilità di derogare alla suddetta disciplina protettiva. Tale possibilità di deroga è giustificata sull'assunto per cui, di fronte ad una più o meno probabile prospettiva di cessazione dell'attività di impresa, possa essere ammessa una rimodulazione delle garanzie previste a favore dei lavoratori, soprattutto in termini di deroghe al principio dell'automatica prosecuzione del rapporto di lavoro con il soggetto cessionario, per favorire la

¹⁵⁴⁸ Tali questioni hanno suscitato un ampio dibattito in dottrina, in ragione della complessa evoluzione della disciplina europea in materia, così come di alcuni contrasti che della normativa italiana con i dettami della direttiva europea e dell'interpretazione che ne è stata data da parte della Corte di Giustizia. Tra i contributi più recenti, che analizzano la vigente disciplina italiana in materia, si vedano V. ANIBALLI e M. MARAZZA, Contratto e rapporto di lavoro nell'impresa dichiarata insolvente, in M. MARAZZA (a cura di), Contratto di lavoro e organizzazione, in F. CARINCI e M. PERSIANI (diretto da), Trattato di diritto del lavoro, Padova, 2012, vol. IV, tomo 2, 2012, pag. 2280 e segg.; M.L. VALLAURI, Lavoratori e trasferimento di ramo nell'impresa in crisi, in M. AIMO e D. IZZI (a cura di), Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori, in W. BIGIARI (fondato da), Nuova giurisprudenza di diritto civile e commerciale, Torino, 2014, pagg. 342 e segg.; più recentemente, sempre M. MARAZZA, La circolazione del patrimonio aziendale e gli effetti sui contratti di lavoro, in M. MARAZZA e D. GAROFALO, Insolvenza del datore di lavoro e tutela del lavoratore, Torino, 2015, pag. 43 e segg.

Per quanto concerne, invece, il tema, di più ampio respiro ma comunque correlato a quello di questo saggio, della cessazione dell'impresa, si rimanda alla monografia di M. DEL CONTE, Cessazione dell'impresa e responsabilità del datore di lavoro, Milano, 2003 e al saggio critico di M. PERSIANI, Riflessioni sulle conseguenze della cessazione dell'impresa in bonis, in Arg. Dir. Lav., 2003, 3, pag. 637 e segg.

¹⁵⁴⁹ La disciplina del trasferimento d'azienda nelle imprese in bonis, che, a livello europeo, è nata e si è sviluppata in un'ottica garantista nei confronti dei lavoratori, ha avuto, in Italia, un'applicazione pratica controversa. Come sottolineato da L. CORAZZA, L'equivoco delle esternalizzazioni italiane smascherate dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, in Riv. It. Dir. Lav., 2014, 3, II, pag. 685, a commento della ormai nota sentenza Amatori, Corte di Giustizia, 6 marzo 2014, causa C-458/12, infatti, «il contenzioso sulla tutela dei lavoratori nelle ipotesi di esternalizzazione ha preso in Italia una piega tutta propria, nella quale si è assistito ad un curioso capovolgimento di interessi, in cui una disciplina pensata per tutelare i lavoratori di fronte ai mutamenti del datore di lavoro è stata utilizzata in funzione "espulsiva" dal datore di lavoro, tanto da indurre i lavoratori ad impostare la propria strategia difensiva nel senso del rigetto dell'applicazione della disciplina del trasferimento d'azienda ai fenomeni di esternalizzazione. In Italia si assiste pertanto ad una inversione delle posizioni classiche, con datori di lavoro che chiedono l'applicazione della disciplina del trasferimento d'azienda e lavoratori che la rifiutano».

commerciabilità dell'azienda¹⁵⁵⁰. Il paradigma di tutela, dunque, muta: dalla tutela del posto di lavoro, si passa alla tutela, seppur parziale, dei livelli occupazionali.

La suddetta disciplina derogatoria lascia, quindi, una certa discrezionalità ai datori di lavoro, anche e soprattutto con riguardo alla possibilità di perimetrare la forza lavoro afferente al ramo o all'azienda ceduta. In termini di costi, la possibilità di applicare tale disciplina speciale costituisce una variabile di assoluta importanza per un imprenditore. Qualora sia possibile beneficiare *in toto* di tale regime derogatorio, infatti, il soggetto cessionario potrà ottenere una serie di vantaggi, poiché potrà non dover riconoscere ai lavoratori trasferiti tutti i loro diritti pregressi, non essere solidalmente responsabile con il cedente, non applicare sino a scadenza i contratti collettivi applicati da quest'ultimo ed ereditare un complesso aziendale, magari anche in continuità, a cui afferiscono solo quei dipendenti che egli ha ritenuto esser necessari per l'esercizio dell'attività di impresa¹⁵⁵¹. Soprattutto, tale disciplina derogatoria gli permetterà di evitare di farsi carico di gestire un esubero eventualmente incombente in capo al soggetto cedente, grazie al combinato disposto delle possibili deroghe all'automatica continuazione dei rapporti di lavoro e al divieto di licenziamento per il solo motivo del trasferimento. Infatti, cedente e cessionario ben potranno accordarsi per trasferire solo una parte dei lavoratori afferenti al ramo o all'azienda ceduta. In tal modo, il soggetto cedente potrà, immediatamente prima o dopo il trasferimento, procedere al licenziamento dei lavoratori eccedenti, potendo potenzialmente motivarlo anche sulla base dello stesso trasferimento.

Pertanto, la possibilità di derogare alla disciplina ordinaria realizza una sintesi tra il sacrificio dei diritti individuali dei dipendenti coinvolti nel trasferimento e l'interesse superindividuale al salvataggio dell'impresa mediante la conservazione del complesso di beni, magari anche in continuità aziendale¹⁵⁵². Infatti, la permanenza sul mercato di un complesso di beni funzionale all'esercizio di un'attività di impresa comporta benefici nei confronti dei soggetti che con essa si rapportano, primi fra tutti quella parte di lavoratori che, nel caso di mancata cessione della stessa e di conseguente più o meno probabile cessazione dell'attività da parte del potenziale cedente, sarebbero verosimilmente andati incontro alla perdita del posto di lavoro.

Sul punto, occorre comunque precisare che esiste un rischio per i dipendenti del cedente. Infatti, una disciplina che permetta ampie ed automatiche deroghe alla disciplina protettiva potrebbe incentivare i datori di lavoro a ristrutturare la propria azienda estraendo dei benefici privati a discapito dei lavoratori coinvolti, soprattutto quando tali deroghe vengano previste nell'ambito di quelle procedure concorsuali che non mirano alla liquidazione, bensì alla continuazione dell'attività da parte del cedente. Tant'è che, anche per evitare tale rischio, l'ordinamento italiano ha

¹⁵⁵⁰ In tal senso, R. ROMEI, Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda, in P. SCHLESINGER (diretto da), Il Codice Civile. Commentario, Milano, 1993, pagg. 210-213 che, peraltro, sulla scorta di tali riflessioni, ritiene che tale disciplina sia caratterizzata da una propria autonomia e tipicità normativa rispetto a quella generale; sul punto, si vedano anche G. ORLANDINI, Il trasferimento di azienda nelle imprese in stato di crisi tra dibattito teorico e prassi sindacale, in Dir. Lav. Rel. Ind., 2004, 4, n. 108, pag. 598; M.L. SERRANO, Il trasferimento dell'azienda in crisi tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale: ultimo atto?, in Riv. Giur. Lav., 2010, 3, pag. 330; V. ANIBALLI, Trasferimento di ramo d'azienda e procedure concorsuali, in Riv. It. Dir. Lav., 2012, 2, I, pagg. 350-351.

¹⁵⁵¹ G. ORLANDINI, Il trasferimento di azienda nelle imprese in stato di crisi tra dibattito teorico e prassi sindacale, op. cit., pag. 595; più recentemente, M. MARAZZA, La circolazione del patrimonio aziendale e gli effetti sui contratti di lavoro, op. cit., pag. 45.

¹⁵⁵² Sul punto, si rimanda, per tutti, alle considerazioni di G. ORLANDINI, Il trasferimento di azienda nelle imprese in stato di crisi tra dibattito teorico e prassi sindacale, op. cit., pagg. 595 e 598.

previsto che sia necessario concludere un accordo con il sindacato per poter accedere alla disciplina derogatoria, per contemperare l'interesse del datore di lavoro a ristrutturare la propria azienda per mezzo di un trasferimento e quello dei lavoratori a che ciò non accada al prezzo di un sacrificio unilaterale dei propri diritti¹⁵⁵³.

Al di là delle scelte di politica del diritto sottostanti ad una più o meno ampia possibilità di deroga alla disciplina di tutela prevista in materia di trasferimento di un'azienda facente capo ad un imprenditore *in bonis*, resta un punto fermo: gli operatori economici necessitano di regole chiare con riguardo ai presupposti necessari per poter beneficiare di tale disciplina speciale.

Dal lato del cessionario, infatti, una disciplina che lasci dei coni d'ombra sui presupposti di accesso a tale regime di favore esporrebbe l'imprenditore cessionario al rischio, tra gli altri, che un gruppo di lavoratori si veda riconosciuto *ex post* il diritto a proseguire il rapporto di lavoro nell'ambito dell'impresa che gli fa capo. Ciò comporterebbe per il cessionario dei costi maggiori rispetto a quelli preventivati, con il rischio che, a trasferimento avvenuto, il tutto non costituisca più un'operazione economicamente conveniente. Peraltro, egli si troverebbe di fronte alla necessità di dover gestire un'eccedenza di personale, dovendo eventualmente attivare anche una procedura di licenziamento collettivo per riportare il numero dei dipendenti trasferiti a quello da egli inizialmente previsto.

Dal lato del cedente, invece, la fase di individuazione del cessionario può divenire cruciale ai fini del successo di una procedura concorsuale volta a garantire il risanamento dell'impresa debitrice mediante la cessione di un ramo d'azienda. Nella specie, eventuali incertezze interpretative che alterino le valutazioni degli operatori economici potrebbero essere decisive in termini negativi per la scelta del soggetto cessionario di non voler procedere al trasferimento, con il rischio che, in assenza delle risorse derivanti dalla programmata cessione, il cedente sia inesorabilmente condannato alla chiusura. Peraltro, ciò realizzerebbe proprio quello scenario che la disciplina derogatoria si propone di scongiurare, ossia la mancata conservazione di un livello, anche minimo, di occupazione.

La disciplina italiana ad oggi vigente¹⁵⁵⁴ sembra sollevare alcune delle criticità sopra evidenziate in tema di certezza del diritto. La ragione principale consiste nel fatto che tali disposizioni sono figlie di un difficile dialogo tra il legislatore italiano, da un lato, e la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, dall'altro¹⁵⁵⁵. La diversità di impostazione tra le due discipline ha infatti portato l'art. 47 l. n. 428 del 1990 ad essere più volte oggetto di censure da parte dei giudici di Lussemburgo, che

¹⁵⁵³ Sostanzialmente nel senso, già G. ORLANDINI, Il trasferimento di azienda nelle imprese in stato di crisi tra dibattito teorico e prassi sindacale, op. cit., pag. 595.

¹⁵⁵⁴ Cfr. co. 4-bis e 5 dell'art. 47 della l. 29 dicembre 1990, n. 428 (in attuazione dell'art. 5 della dir. 2001/23/CE del Consiglio del 12 marzo 2001), che disciplinano i presupposti e la portata delle possibili deroghe alla disciplina generale in tema di trasferimento d'azienda, dettata invece dall'art. 2112 Cod. Civ. (in attuazione dei restanti articoli della medesima direttiva).

¹⁵⁵⁵ Tant'è che proprio la materia dei trasferimenti d'azienda, in generale, e quella dei trasferimenti d'azienda nell'impresa in crisi, in particolare, sono stati ritenuti uno degli osservatori privilegiati attraverso cui valutare il rapporto tra l'ordinamento europeo e nazionale, così come le modalità di dialogo tra Corte di Giustizia e corti nazionali: sul punto, si veda l'approfondita analisi di V. LECCESE, Giudici italiani e Corte di Giustizia: un dialogo a più velocità?, in Dir. Lav. Rel. Ind., 1999, 1, n. 81, pag. 65 e segg.

hanno negli anni rilevato come l'Italia non avesse diligentemente recepito quanto previsto dalle direttive europee succedutesi nel tempo¹⁵⁵⁶.

Il legislatore italiano, però, pur avendo formalmente tenuto conto, con le novelle del 2009 e del 2012, delle censure della Corte di Giustizia, sembra avere, nei fatti, persistito in una latente inadempienza nei confronti delle cogenti indicazioni dei giudici europei¹⁵⁵⁷. Tale circostanza, come poc'anzi sottolineato, genera incertezze interpretative sull'effettiva portata applicativa della possibile deroga che, a seconda della tipologia di incompatibilità della disciplina italiana con quella europea, comporta due ordini di risultati.

Il primo è che le maglie dell'effettiva portata derogatoria di alcune disposizioni nostrane sembrano essere più ampie di quelle che dovrebbero essere *post* interpretazione conforme delle stesse alla luce del diritto europeo. In tali casi, il giudice nazionale ha il compito di selezionare, tra le varie opzioni interpretative, quella più coerente con il dettato della direttiva¹⁵⁵⁸.

Il secondo è che alcune disposizioni sembrano essere tuttora incompatibili con la disciplina dettata dalla dir. 2001/23/CE. In tali casi, non essendo percorribile la strada dell'interpretazione conforme al diritto europeo, le disposizioni italiane potrebbero essere passibili di censura mediante l'apertura di una procedura di infrazione da parte delle competenti autorità europee. In tale eventualità, non vi dovrebbero essere problemi di incertezza del diritto per gli operatori economici. Il giudice nazionale, infatti, dovrebbe limitarsi ad applicare la normativa interna, seppur contrastante con quella europea, mentre al privato che abbia subito un pregiudizio dal recepimento scorretto della direttiva resterebbe solo la possibilità di agire contro lo Stato italiano per ottenere un risarcimento del danno per violazione della stessa^{1559,1560}.

¹⁵⁵⁶ Le censure della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, che hanno riguardato, in particolare, l'ipotesi di «crisi aziendale», sono giunte sia a fronte di rinvio pregiudiziale promosso dal giudice italiano, cfr. sentenza Spano, Corte di Giustizia 7 dicembre 1995, causa C-472/93, in Riv. It. Dir. Lav., 1996, II, pag. 261 e segg., che, da ultimo, a conclusione di una procedura di infrazione attivata dalla Commissione Europea, Corte di Giustizia 11 giugno 2009, causa C-561/07, in Lav. Giur., 2009, 11, pag. 1125 e segg., con nota di R. COSIO, La Corte di Giustizia censura la normativa nazionale in materia di trasferimento d'impresa in crisi, spec. punti 38, 39 e 47.

¹⁵⁵⁷ P. TULLINI, Tutela del lavoro nella crisi d'impresa e assetto delle procedure concorsuali: prove di dialogo, in Riv. It. Dir. Lav., 2014, 2, pagg. 224; R. COSIO, Il trasferimento della impresa in crisi: nell'art. 19 quater del D.L. n. 135/2009 conv. in L. n. 166/2009, in Lav. Giur., 2010, 11S, pt. 1, pag. 76; M.L. SERRANO, Il trasferimento dell'azienda in crisi tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale: ultimo atto?, op. cit., pagg. 336 e 351-354.

¹⁵⁵⁸ In generale, si rimanda a M. ROCCELLA e T. TREU, (con la collaborazione di) M. AIMO e D. IZZI, Diritto del lavoro dell'Unione Europea, Padova, 2016, pagg. 63-64 e 67 e R. COSIO, Le fonti nel diritto dell'Unione Europea, in G. AMOROSO, V. DI CERBO, A. MARESCA (a cura di), Diritto del lavoro, Milano, 2013, vol. 1, 4° ed., pagg. 1296-1298.

Con specifico riguardo alle questioni oggetto di questo contributo, si rimanda invece a R. COSIO, Il trasferimento della impresa in crisi: nell'art. 19 quater del D.L. n. 135/2009 conv. in L. n. 166/2009, in Lav. Giur., 2010, 11S, pt. 1, pagg. 77-78.

¹⁵⁵⁹ In generale, si veda M. ROCCELLA e T. TREU, (con la collaborazione di) M. AIMO e D. IZZI, Diritto del lavoro dell'Unione Europea, Padova, 2016, pagg. 64-65.

Con specifico riguardo alle questioni oggetto di questo contributo, si rimanda invece a R. COSIO, Il trasferimento della impresa in crisi: nell'art. 19 quater del D.L. n. 135/2009 conv. in L. n. 166/2009, in Lav. Giur., 2010, 11S, pt. 1, pag. 76 e C. CESTER, 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 deroga per crisi aziendale, in Riv. It. Dir. Lav., 2010, 1, pag. 236.

¹⁵⁶⁰ Occorre comunque segnalare che, secondo la sentenza Küçükdeveci, Corte di Giustizia 19 gennaio 2010, causa C-555/07, in Riv. Crit. Dir. Lav., 2009, 4, pag. 932 e segg., con nota di S. BORELLI, La Corte di Giustizia (ancora) alle prese con discriminazioni in ragione dell'età, punti 44-56, anche nel caso in cui vi sia totale incompatibilità tra la disciplina interna e quella europea dettata da una direttiva, il giudice nazionale potrebbe comunque decidere di disapplicare, ove necessario, ogni disposizione di legge contraria ai dettami dei principi del diritto europeo che regolano la materia oggetto della specifica controversia tra privati pendente dinanzi a quel giudice,

Per di più, la disciplina italiana impone la necessità di raggiungere un accordo con il sindacato sia con riguardo all'*an* che al *quomodo* della deroga¹⁵⁶¹. Tale previsione, non imposta, in generale, dalla direttiva¹⁵⁶², sembra porre ulteriori problemi di certezza del diritto, posto che non è affatto scontato che tale contratto collettivo, sul piano del diritto interno, possa effettivamente vincolare, con efficacia *erga omnes*, tutti i lavoratori coinvolti nel trasferimento d'azienda¹⁵⁶³.

Il risultato, di fronte a tali plurime incertezze interpretative, è che gli operatori economici, pur disponendo di un apparato normativo (perlomeno teoricamente) funzionale a facilitare la commercializzazione di un'azienda di titolarità di un imprenditore in crisi, spesso vengono disincentivati dal farlo, preferendo, nella pratica degli affari, derogare all'art. 2112 Cod. Civ., mediante altri strumenti¹⁵⁶⁴, che però impongono loro dei costi ulteriori. Ad esempio, al fine di ottenere una perimetrazione della forza lavoro afferente ad un ramo d'azienda da trasferire, gli imprenditori ricorrono spesso all'espedito delle conciliazioni individuali plurime ex art. 2113 Cod. Civ., pattuendo con tutti i lavoratori interessati, dietro adeguato corrispettivo in danaro, la rinuncia a far

qualora risulti per lui impossibile ricorrere allo strumento dell'interpretazione conforme. Il rischio, nell'ipotesi in cui un giudice italiano decida di applicare in concreto i principi enunciati da tale giurisprudenza, è che i privati, all'atto di assumere la decisione relativa all'attuazione o meno del trasferimento d'azienda di titolarità di un imprenditore in crisi, potrebbero non sapere, se non a conclusione di un procedimento giudiziario, quale sia, in concreto, la disciplina effettivamente vigente in Italia. Sul punto, prova ad argomentare per la possibilità di un'applicazione concreta di tale orientamento al caso di specie, sostenendo che possa essere considerato un principio generale del diritto europeo quello che assicura il diritto alla continuità dei rapporti di lavoro nelle ipotesi di vicende circolatorie dell'impresa, R. COSIO, Il trasferimento della impresa in crisi: nell'art. 19 quater del D.L. n. 135/2009 conv. in L. n. 166/2009, op. cit., pagg. 78-79 e, più diffusamente, sempre R. COSIO, La Corte di giustizia e i diritti fondamentali, in Riv. It. Dir. Lav., 2012, 2, I, pagg. 331-336.

¹⁵⁶¹ Sorgono dei dubbi su quale sia l'accordo da concludere con il sindacato al fine di accedere alla disciplina derogatoria di cui all'art. 47, co. 4-bis e 5, l. n. 428 del 1990.

Secondo una recente opzione interpretativa, «tale accordo normalmente potrà essere perfezionato nell'ambito della procedura di informazione e consultazione di cui all'art. 47, co. 1 e 2, della legge n. 428/1990 ma nel caso in cui la cessione riguardi compendi aziendali che occupano meno di quindici dipendenti, per i quali quella procedura non è dovuta, l'intesa potrà essere comunque definita al di fuori di un percorso tipizzato di informazione e consultazione sindacale»: sul punto, M. MARAZZA, La circolazione del patrimonio aziendale e gli effetti sui contratti di lavoro, op. cit., pagg. 51-52 ma anche pagg. 59 e 66. Si badi che l'Autore arriva a tale conclusione sul presupposto che i co. 4-bis e 5 del summenzionato art. 47 si applichino a tutte le imprese, a prescindere da ogni tipo di requisito dimensionale.

Occorre comunque precisare che, secondo la lettura tradizionale che è stata data di tali disposizioni, comunque oggi maggioritaria, i commi 4-bis e 5 della l. n. 428 del 1990 dovrebbero essere letti unitamente ai commi 1 e 2 della medesima l. n. 428 del 1990, cosicché, da un lato, il loro ambito di applicazione sarebbe limitato a quei trasferimenti d'azienda che riguardano compendi aziendali che occupano più di quindici lavoratori e, dall'altro, la deroga all'art. 2112 Cod. Civ. sarebbe dunque consentita solo da quegli accordi stipulati dalle strutture aziendali o esterne dei sindacati maggiormente rappresentativi: sul punto, si vedano, tra i tanti, U. CARABELLI, Alcune riflessioni sulla tutela dei lavoratori nei trasferimenti d'azienda: la dimensione individuale, in Riv. It. Dir. Lav., 1995, 1, I, pag. 67 e, più recentemente, F. FIMMANÒ, Sub art. 105 l. fall., in A. JORIO (diretto da) e M. FABIANI (coordinato da), Il nuovo diritto fallimentare, tomo 2, 2007, Bologna, pagg. 1750-1751.

¹⁵⁶² Perlomeno con riferimento alla disciplina di cui all'art. 5, par. 1, dir. 2001/23/CE (recepita dall'art. 47, co. 5, l. n. 428 del 1990), e dell'art. 5, par. 2, lett. a), dir. 2001/23/CE (recepita, invece, dall'art. 47, co. 4-bis, l. 29 dicembre 1990, n. 428). L'unica disposizione che richiede la necessità di un accordo sindacale è quella prevista dall'art. 5, par. 2, lett. b), dir. 2001/23/CE, funzionale ad ammettere una mera modifica delle «condizioni di lavoro».

¹⁵⁶³ Infatti, come ribadito da P. TULLINI, Tutela del lavoro nella crisi d'impresa e assetto delle procedure concorsuali: prove di dialogo, op. cit., pagg. 224-225, «restano irrisolti anche i problemi relativi all'efficacia dell'accordo collettivo e ai soggetti legittimati ad incidere sulle garanzie dei lavoratori». Sul punto, manifestava già perplessità sui limiti di tale disposizione in un sistema come quello italiano, che ha garantito poche certezze sull'efficacia dei contratti collettivi, anche U. CARABELLI, Alcune riflessioni sulla tutela dei lavoratori nei trasferimenti d'azienda: la dimensione individuale, in op. cit., pag. 66. La questione dell'efficacia soggettiva di tali accordi collettivi resta, infatti, dibattuta in dottrina. Per un'analisi delle diverse posizioni sul punto, si rimanda, per tutti, a M.L. VALLAURI, Lavoratori e trasferimento di ramo nell'impresa in crisi, op. cit., pagg. 349-352.

¹⁵⁶⁴ C. CESTER, Due recenti pronunzie della Corte di Giustizia europea in tema di trasferimento d'azienda, op. cit., pag. 238.

valere i diritti di cui all'art. 2112 Cod. Civ.¹⁵⁶⁵ nei confronti di una o di entrambe le parti coinvolte nel trasferimento¹⁵⁶⁶.

Il fatto che tali decisioni, mediante le quali si deroga artificialmente a quanto previsto dall'art. 2112 Cod. Civ., comportino dei costi ulteriori per gli operatori economici potrebbe, dunque, incidere negativamente sulla stessa decisione di procedere al trasferimento. E ciò finirebbe per costituire, nei fatti, un potenziale *vulnus* dell'interesse dell'ordinamento a tutelare, a fronte della potenziale scomparsa dal mercato di un'azienda o di un ramo idonei all'esercizio di un'attività economica d'impresa, la salvaguardia, seppur parziale, dei livelli occupazionali.

Il presente contributo è strutturato come segue.

Inizialmente, si procederà ad analizzare la disciplina dettata dalla dir. 2001/23/CE, così come interpretata dalla Corte di Giustizia.

Successivamente, dopo una breve analisi della disciplina italiana in materia, si cercherà di comprenderne la portata attuale, prendendo atto delle prime reazioni della giurisprudenza di merito, per capire se e quanto essa sia stata sensibile alle problematiche relative alle dubbie modalità di recepimento della direttiva da parte del legislatore italiano.

A conclusione del contributo, dopo aver sottolineato come la disciplina europea e quella italiana siano state, di fatto, disegnate sulla base di linee di politica del diritto differenti e, sotto certi aspetti, incompatibili, si evidenzierà come il persistere del legislatore italiano nella difesa della propria impostazione normativa, più che perseguire l'effetto voluto, cioè quello di garanzia di un maggiore margine di manovra agli operatori economici in materia di vicende circolatorie dell'impresa, possa avere prodotto, in concreto, l'effetto opposto.

2. La complessa evoluzione della disciplina europea: il dialogo tra il legislatore europeo e la Corte di Giustizia.

Occorre dar conto, innanzitutto, dell'evoluzione della disciplina europea in materia di trasferimento d'azienda nell'ambito dell'impresa in crisi¹⁵⁶⁷.

Inizialmente, la dir. 77/187/CEE non prevedeva espressamente una disciplina derogatoria qualora l'impresa cedente si trovasse in una situazione di crisi.

¹⁵⁶⁵ In particolare, quello di essere o non essere stati trasferiti in ragione del principio di automatica continuazione del rapporto di lavoro con il cessionario, perché appartenenti all'azienda o al ramo ceduto.

¹⁵⁶⁶ P. TULLINI, Tutela del lavoro nella crisi d'impresa e assetto delle procedure concorsuali: prove di dialogo, op. cit., pagg. 226-227; C. CESTER, Due recenti pronunzie della Corte di Giustizia europea in tema di trasferimento d'azienda, op. cit., pag. 238; in una prospettiva più di ampio respiro in merito a diverse vie alternative utilizzate dai privati per soddisfare le proprie esigenze di facilitare la commercializzazione dell'azienda o del ramo di titolarità di un imprenditore in crisi, seppur in un contesto normativo parzialmente difforme rispetto a quello coevo, si veda anche G. ORLANDINI, Il trasferimento di azienda nelle imprese in stato di crisi tra dibattito teorico e prassi sindacale, op. cit., pag. 604.

¹⁵⁶⁷ Sul punto, si rimanda ai contributi, seppur un po' datati, ma comunque attuali nelle loro linee generali, di V. LECCESE, Giudici italiani e Corte di Giustizia: un dialogo a più velocità?, op. cit., pag. 65 e segg. e L. MENGHINI, L'attenuazione delle tutele individuali dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda di impresa in crisi o soggetta a procedure concorsuali dopo la direttiva 50/98 e il d.lgs. 270/99, in Riv. Giur. Lav., 1999, 2, pag. 209 e segg.; più recentemente, si veda M. NOVELLA, Il trasferimento di imprese, in F. CARINCI (diretto da), Diritto del Lavoro. Commentario, vol. IX, F. CARINCI e A. PIZZOFERRATO (a cura di), Diritto del lavoro dell'Unione Europea, 2010, Torino, pag. 709.

Fu quindi la Corte di Giustizia, nel corso degli anni '80, con la sentenza *Abels*¹⁵⁶⁸, a riconoscere la possibilità per gli Stati membri di disapplicare la medesima direttiva. Ciò, però, solo qualora il trasferimento fosse avvenuto «nell'ambito di un procedimento fallimentare mirante, sotto il controllo della competente autorità giudiziaria, alla liquidazione dei beni del cedente»¹⁵⁶⁹.

Tale conclusione sarebbe giustificata, secondo la Corte, dalla specificità del diritto fallimentare¹⁵⁷⁰, che ha come obiettivo quello di giungere al contemperamento di vari interessi, in particolare di quelli di diverse categorie di creditori¹⁵⁷¹. Tant'è che, proprio per tale loro specificità, disposizioni di matrice fallimentare derogano spesso, anche a livello europeo, a previsioni normative poste a tutela dei diritti dei lavoratori¹⁵⁷². Proprio per tale ragione, dunque, gli Stati membri sarebbero giustificati a dettare delle regole in ragione delle quali il paradigma di tutela passa dalla protezione del posto di lavoro alla tutela, seppur parziale, dei livelli occupazionali.

Nella stessa decisione, in ogni caso, la Corte di Giustizia poneva due limiti alla sua stessa statuzione di principio. In primo luogo, secondo tale pronuncia, gli Stati membri restavano comunque liberi di applicare la direttiva anche nell'ambito di una procedura con le caratteristiche di cui sopra¹⁵⁷³. In seconda battuta, la direttiva continuava a trovare piena applicazione qualora il trasferimento riguardasse una procedura concorsuale non liquidatoria, ma che mirasse, invece, alla continuazione dell'attività da parte del cedente¹⁵⁷⁴.

Tale conclusione peccava, forse, di eccessiva rigidità. La Corte di Giustizia, di fatto, ammetteva la disapplicazione della direttiva sull'assunto per cui, di fronte alla difficoltà di un'impresa a far fronte ai propri impegni nei confronti dei creditori, fosse ragionevole trovare una soluzione di compromesso, che traslasse il paradigma di tutela dei lavoratori dalla protezione del posto di lavoro alla tutela dei livelli occupazionali. Ma, a ben vedere, la ragione per cui molti imprenditori ricorrono ad una procedura concorsuale non direttamente liquidatoria consiste proprio nel fatto che esse consentono maggiori probabilità di risanare la propria impresa mediante la cessione di un ramo d'azienda ancora in continuità aziendale, così assicurando, seppur indirettamente, anche la tutela parziale dei livelli occupazionali.

Il legislatore comunitario ha quindi recepito i dettami della sentenza *Abels*, dapprima con l'introduzione dell'art. 4-*bis* della dir. 98/50/CE e, in seguito, con l'art. 5 della dir. 2001/23/CE oggi vigente. Peraltro, tali disposizioni sembrano tener conto delle perplessità sopra manifestate con riferimento alla possibile disapplicazione della disciplina protettiva nell'ambito di procedure non liquidatorie. Tant'è che oggi si ammette espressamente la possibilità di avere maggiori margini di

¹⁵⁶⁸ Corte di Giustizia 7 febbraio 1985, causa C-135/83, in Foro It., 1986, IV, 111, col. 111 e segg.

¹⁵⁶⁹ Corte di Giustizia 7 febbraio 1985, cit., punto 23.

¹⁵⁷⁰ Corte di Giustizia 7 febbraio 1985, cit., punto 16.

¹⁵⁷¹ Corte di Giustizia 7 febbraio 1985, cit., punto 15.

¹⁵⁷² Corte di Giustizia 7 febbraio 1985, cit., punto 16.

¹⁵⁷³ Corte di Giustizia 7 febbraio 1985, cit., punto 24.

¹⁵⁷⁴ Corte di Giustizia 7 febbraio 1985, cit., punti 27-30. Il punto è stato confermato anche da altri tre casi decisi nello stesso giorno, Corte di Giustizia 7 febbraio 1985, causa C-186/83, disponibile in EurLex, punti 8-10; Corte di Giustizia 7 febbraio 1985, causa C-19/83, disponibile in EurLex, punti 10-11; Corte di Giustizia 7 febbraio 1985, causa C-179/83, disponibile in EurLex, punti 6-8, così come da una decisione immediatamente successiva, Corte di Giustizia 11 luglio 1985, causa C-105/84, disponibile in EurLex, punti 9-10.

manovra, in termini di rimodulazione della disciplina protettiva di cui agli artt. 3 (mantenimento dei diritti del lavoratori) e 4 (divieto di licenziamento per il solo motivo del trasferimento) della dir. 2001/23/CE, anche nell'ambito di procedure non liquidatorie, purché esse siano sottoposte a controllo da parte della autorità pubblica. Pertanto, a differenza di quanto deciso dalla Corte di Giustizia nella sopracitata *Abels*, la disciplina europea sembra ammettere oggi che gli Stati membri possano riconoscere nel trasferimento d'azienda una via preferenziale d'uscita dalla crisi¹⁵⁷⁵, anche se, come si vedrà in seguito, le deroghe ammissibili, in tale situazione, sono comunque di minore portata rispetto a quelle permesse nel caso di procedure squisitamente liquidatorie. Inoltre, al fine di evitare che la ristrutturazione aziendale sia portata avanti dal datore di lavoro al solo scopo di estrarre benefici privati dal sacrificio dei diritti individuali dei dipendenti coinvolti, il legislatore europeo ha altresì previsto che alcune di queste deroghe possano essere disposte solo previo accordo con i rappresentanti dei lavoratori. Pertanto, nel caso di procedure non liquidatorie, la direttiva mira a tutelare il posto di lavoro dei dipendenti coinvolti, consentendo comunque che alcuni loro diritti vengano sacrificati per consentire al datore di lavoro maggiore flessibilità nell'approntare strategie finalizzate all'uscita dalla crisi.

L'art. 5 dir. 2001/23/CE distingue, oggi, tra tre diverse fattispecie, dettate rispettivamente dai primi tre commi del suddetto articolo. Al di là di tale terza ipotesi, che riguarda dei casi abbastanza particolari di crisi terze rispetto ad una procedura concorsuale, la direttiva detta, dunque, due discipline differenziate a seconda che la procedura sia o meno finalizzata alla liquidazione dei beni del soggetto cedente.

Il paragrafo 1 del suddetto articolo dispone che la disciplina protettiva della direttiva non trovi applicazione, a meno che gli Stati membri non dispongano diversamente, qualora ricorrano congiuntamente due requisiti. In primo luogo, il soggetto cedente deve essere soggetto ad una «procedura fallimentare o [ad] una procedura di insolvenza analoga aperta in vista della liquidazione dei beni del cedente stesso». In aggiunta a ciò, tali procedure devono svolgersi «sotto il controllo di un'autorità pubblica competente».

Il paragrafo 2, invece, dispone che gli Stati membri possano prevedere che i datori di lavoro abbiano ulteriori margini di manovra, ma solo al ricorrere di due specifiche condizioni. In prima battuta, in ciò discostandosi da quanto previsto dal paragrafo 1, il soggetto cedente deve essere soggetto ad una procedura di insolvenza «indipendentemente dal fatto che la procedura sia stata aperta in vista della liquidazione dei beni del cedente stesso». In secondo luogo, tali procedure devono svolgersi, in ciò conformandosi al dettato del primo paragrafo, «sotto il controllo di un'autorità pubblica competente». Al ricorrere di tali condizioni, gli Stati membri possono disporre che:

a) nonostante l'art. 3, par. 1, dir. 2001/23/CE, «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

¹⁵⁷⁵ Come precisato da S. LIEBMAN, *La tutela differenziata dei creditori nelle procedure concorsuali. La tutela dei crediti di lavoro*, Relazione al Convegno SISCO, 13 novembre 2004.

procedura di insolvenza non siano trasferiti al cessionario», compresi quelli relativi al regime legale della previdenza sociale¹⁵⁷⁶, a condizione che sia garantita ai lavoratori una protezione «almeno equivalente» a quella della dir. 80/987/CE del Consiglio del 20 ottobre 1980 in tema di tutela dei lavoratori subordinati nelle procedure di insolvenza del datore di lavoro¹⁵⁷⁷; e/o

b) mediante un accordo collettivo tra il cedente e il cessionario, da un lato, e i rappresentanti dei lavoratori, dall'altro, questi ultimi possano convenire «modifiche delle condizioni di lavoro dei lavoratori» che siano funzionali a salvaguardare i livelli occupazionali garantendo, al contempo, la sopravvivenza dell'impresa¹⁵⁷⁸.

Infine, il paragrafo 3 del medesimo articolo 5 dispone che gli Stati membri possono applicare la disciplina descritta al precedente paragrafo *sub b)* anche a tutti quei trasferimenti in cui il cedente si trovi in una situazione di «grave crisi economica quale definita dal diritto nazionale», a condizione che essa sia «dichiarata da un'autorità pubblica competente» e sia «aperta al controllo giudiziario», ma solo nel caso in cui tali disposizioni fossero già in vigore, nel diritto dello Stato membro in questione, alla data del 17 luglio 1998. Tale ipotesi riguarda, come già anticipato, situazioni di crisi terze rispetto ad una procedura concorsuale, ma che siano state ritenute, da parte del singolo Stato membro, come meritevoli di beneficiare di una disciplina derogatoria¹⁵⁷⁹.

Ciò premesso, diviene essenziale comprendere quale siano le implicazioni della complessa struttura prevista dal legislatore europeo.

Al fine di comprendere quale sia l'effettiva portata dei criteri per distinguere tra le tre fattispecie, come oggi identificate dai par. 1, 2 e 3 dell'art. 5 dir. 2001/23/CE, è necessario procedere all'analisi delle decisioni della Corte di Giustizia in materia.

Sul punto, occorre precisare che gran parte della giurisprudenza della Corte si è formata prima dell'introduzione della dir. 98/50/CE, che poi ha in parte recepito i criteri già delineati da parte dei giudici di Lussemburgo. Ai tempi, non esisteva una disciplina che distingueva tra l'ipotesi di

¹⁵⁷⁶ La questione è stata recentemente affrontata dalla sentenza *Gimnasio Deportivo*, Corte di Giustizia 28 gennaio 2015, causa C-688/2013, disponibile in EurLex, punti 53, 55 e spec. 59.

¹⁵⁷⁷ Essa prevede un meccanismo di garanzia per i lavoratori, con riguardo al pagamento delle retribuzioni maturate e non percepite in un determinato arco temporale a ridosso della manifestazione dell'insolvenza del datore di lavoro, così come definita dalla medesima direttiva. Si badi che la suddetta disciplina è oggi stata sostituita dalla dir. 2008/94/CE. Per una recente trattazione della disciplina sia europea che italiana in materia, si rimanda a D. GAROFALO, *Insolvenza del datore di lavoro e tutela previdenziale dei lavoratori*, in M. MARAZZA e D. GAROFALO, *Insolvenza del datore di lavoro e tutela del lavoratore*, 2015, Torino, pag. 123 e segg.

¹⁵⁷⁸ Occorre precisare che la sentenza della Corte di Giustizia 11 giugno 2009, cit., punto 46, ha statuito, anche se con riferimento ad un caso avente ad oggetto una ipotesi che ricadeva nell'ambito dell'art. 5, par. 3, dir. 2001/23/CE, che la possibilità di procedere ad una modifica delle condizioni di lavoro «presuppone che il trasferimento al cessionario dei diritti dei lavoratori abbia già avuto luogo». Tale precisazione pare ugualmente applicabile in generale a tutte le ipotesi previste nell'ambito di applicazione dell'art. 5, par. 2, lett. b), dir. 2001/23/CE, posto che non riguarda specificamente le ipotesi di crisi individuate al par. 3 della direttiva - bensì l'opportunità di procedere, in generale, a qualsivoglia modifica delle condizioni di lavoro dei dipendenti coinvolti nel trasferimento. Le conseguenze di tale statuizione della Corte di Giustizia verranno affrontate infra ai paragrafi 4 e 5. Si badi che tale posizione dei giudici di Lussemburgo ha comunque sollevato critiche in dottrina: sul punto, si rimanda alla nota 77.

¹⁵⁷⁹ Tale eccezione sembrava esser stata introdotta ad hoc proprio per sanare le persistenti incompatibilità della disciplina italiana: sul punto, si vedano P. LAMBERTUCCI, *Trasferimento di azienda e problemi occupazionali*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2010, 2, pag. 403; M.L. SERRANO, *Il trasferimento dell'azienda in crisi tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale: ultimo atto?*, op. cit., pag. 340 e L. MENGHINI, *L'attenuazione delle tutele individuali dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda di impresa in crisi o soggetta a procedure concorsuali dopo la direttiva 50/98 e il d.lgs. 270/99*, op. cit., pag. 299.

totale e parziale disapplicazione della relativa disciplina di tutela. Pertanto, il problema ermeneutico consisteva soltanto nel capire in quali circostanze si potesse o meno derogare *in toto* alla direttiva. Per risolvere i dubbi interpretativi relativi alla versione attualmente vigente della direttiva, cioè la 2001/23/CE, sembra in ogni caso fondamentale partire dall'analisi delle prime sentenze in materia, pur nella consapevolezza che esse sono state pronunciate sulla base di un quadro normativo parzialmente difforme rispetto a quello coevo.

A tal fine, le conclusioni dell'avvocato generale Van Gerven presentate con riferimento alla sentenza *D'Urso*¹⁵⁸⁰, costituiscono, dal punto di vista analitico, un buon punto di partenza. Egli ha, infatti, delineato tre possibili criteri distintivi tra i casi di necessaria applicazione e di possibile disapplicazione delle regole della direttiva, che sono stati poi utilizzati a più riprese anche da successive pronunce della Corte di Giustizia.

Il primo guarda alla finalità della procedura¹⁵⁸¹. La direttiva può dunque essere disapplicata solo qualora il trasferimento d'azienda sia avvenuto nell'ambito di una procedura volta alla liquidazione dei beni del cedente. Per converso, ciò non è invece possibile in procedimenti che hanno come scopo quello di risolvere delle difficoltà temporanee del potenziale datore di lavoro cedente, posto che essi mirano al proseguimento dell'attività e il trasferimento costituisce soltanto un mezzo per ottenere le risorse necessarie per uscire dalla crisi. Tale criterio distintivo, cui la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha costantemente delegato il ruolo di criterio principe ai fini dell'ammissibilità o meno di qualsivoglia deroga alla suddetta disciplina protettiva¹⁵⁸², è oggi, peraltro, espressamente utilizzato dal testo della dir. 2001/23/CE per distinguere tra la possibilità di disapplicazione totale (par. 1 dell'art. 5) e parziale (par. 2 dell'art. 5) delle regole dettata dalla stessa direttiva a tutela dei lavoratori coinvolti nel trasferimento.

Il secondo criterio distintivo, invece, guarda alla tipologia di controllo esercitato dall'autorità pubblica. Secondo la lettura dell'avvocato generale, la disciplina protettiva può essere disapplicata solo qualora il controllo della competente autorità pubblica individuata dallo Stato membro sia esercitato in modo capillare, tanto sull'apertura quanto sullo svolgimento della procedura¹⁵⁸³. Sul

¹⁵⁸⁰ Nello specifico, si rimanda ai punti 22-24 delle Conclusioni dell'avvocato generale W. Van Gerven, presentate il 30 maggio 1991, con riferimento alla sentenza *D'Urso*, cfr. Corte di Giustizia 25 luglio 1991, causa C-362/89, in *Orient. Giur. Lav.*, 1992, I, pag. 178 e segg. L'avvocato generale razionalizza, nei fatti, il ragionamento della sentenza *Abels*, Corte di Giustizia 7 febbraio 1985, cit., punti 23 e 28, estrapolando dal precedente della Corte di Giustizia una serie di criteri generali utili a distinguere i casi di possibile disapplicazione della direttiva da quelli in cui essa debba essere per forza applicata.

Per una recentissima analisi ragionata della giurisprudenza della Corte di Giustizia, si rimanda, inoltre, ai punti 41-64 delle Conclusioni dell'avvocato generale P. Mengozzi, presentate il 29 marzo 2017, con riferimento alla sentenza *Federatie Nederlandse Vakvereniging*, cfr. Corte di Giustizia 22 giugno 2017, causa C-126/16, disponibile in *EurLex*.

¹⁵⁸¹ Sul punto, si vedano le Conclusioni dell'avvocato generale W. Van Gerven, cit., punto 22.

¹⁵⁸² Sul punto, si rimanda alle già citate Corte di Giustizia 7 febbraio 1985, cit., punti 23 e 28 e Corte di Giustizia 25 luglio 1991, cit., punti 24 e 26; ma anche alle successive Corte di Giustizia 7 dicembre 1995, cit., punti 24-25; Corte di Giustizia 12 marzo 1998, causa C-319/94, in *Mass. Giur. Lav.*, 1998, pag. 621 e segg., punti 22-25 e 31; Corte di Giustizia 12 novembre 1998, causa C-399/96, in *Dir. Lav.*, 1999, II, pag. 106 e segg., punto 28; Corte di Giustizia 22 giugno 2017, cit., punti 47-48.

¹⁵⁸³ Sul punto, si vedano le Conclusioni dell'avvocato generale W. Van Gerven, cit., punto 23. Tale impostazione, già adottata da Corte di Giustizia 7 febbraio 1985, cit., punto 28, è stata successivamente confermata da Corte di Giustizia 25 luglio 1991, cit., punto 24. Escludono che tale requisito possa considerarsi soddisfatto con riferimento alla procedura di accertamento dello stato di «crisi aziendale» di cui alla normativa italiana, proprio perché esso non implica alcun controllo giudiziario o provvedimento di amministrazione del patrimonio dell'impresa, Corte di Giustizia 7 dicembre 1995, cit., punto 29, ma soprattutto Corte di Giustizia 11 giugno 2009, cit., spec. punti 38 e 39.

punto, occorre precisare che non è necessario che tale controllo da parte dell'autorità pubblica competente abbia natura giurisdizionale. Pertanto, la disciplina protettiva può ben essere disapplicata anche quando esso sia esercitato da un'autorità amministrativa¹⁵⁸⁴. Tale elemento, già peraltro evidenziato dalla sentenza *Abels*¹⁵⁸⁵ e ribadito dalla Corte di Giustizia in *D'Urso*¹⁵⁸⁶, è anch'esso oggi espressamente previsto dalla dir. 2001/23/CE. Sul punto, occorre comunque notare che esso ricorre, seppur con toni diversi, perlomeno dal punto di vista letterale, nelle ipotesi delineate dai paragrafi 1 e 2, da un lato, e 3, dall'altro, dell'art. 5 dir. 2001/23/CE: tale questione sarà smarcata al termine di questo paragrafo.

Il terzo criterio distintivo, non espressamente valorizzato dalla sentenza *Abels*¹⁵⁸⁷, guarda, invece, alle forme e alle modalità di svolgimento della procedura¹⁵⁸⁸. Tale criterio assume, a ben vedere, un ruolo residuale: secondo la Corte di Giustizia, infatti, occorre utilizzarlo, solo qualora il criterio dello scopo perseguito dalla procedura non sia concludente¹⁵⁸⁹. Ciò accade, in particolare, nell'ambito di quelle procedure che, a seconda delle circostanze, possano essere utilizzate dai privati sia per perseguire l'obiettivo della liquidazione del patrimonio aziendale che quello della continuazione dell'attività. In tali casi, non vi sarebbero, dunque, degli elementi per determinare, sin dal principio della procedura e in maniera univoca, quale sia la finalità effettiva del singolo procedimento in relazione alle specifiche circostanze del caso concreto, se non, appunto, il riferimento alle modalità di svolgimento della procedura¹⁵⁹⁰. Tale criterio non sembra assumere un ruolo determinante, invece, quando la finalità liquidatoria o meno di una procedura, pur astrattamente compatibile con entrambe, sia comunque oggettivamente riscontrabile nel provvedi-

Una conclusione analoga è stata raggiunta dalla recente Corte di Giustizia 22 giugno 2017, cit., punti 53-57, che ha escluso che il requisito del controllo dell'autorità pubblica potesse considerarsi soddisfatto nell'ambito di un c.d. "pre-pack", procedura sviluppatasi nella prassi dei Paesi Bassi, caratterizzata da elementi informali (una fase stragiudiziale preliminare) e da elementi formali (una fase che si svolge nell'ambito di una vera e propria procedura di insolvenza), che offre alle imprese uno strumento flessibile per la gestione di una situazione di crisi - per una spiegazione esaustiva del funzionamento di tale procedura, si rimanda alle Conclusioni dell'avvocato generale P. Mengozzi, cit., punti 2-5 e, soprattutto, 66-86. Sul punto, la Corte di Giustizia ha escluso che il requisito del controllo dell'autorità pubblica potesse ritenersi soddisfatto in ragione del fatto che, tra le altre cose, l'operazione di pre-pack fosse gestita non sotto il controllo del tribunale, bensì direttamente dall'organo amministrativo dell'impresa, cfr. Corte di Giustizia 22 giugno 2017, cit., punto 54.

¹⁵⁸⁴ Sul punto, si veda quanto argomentato nelle conclusioni dell'avvocato generale W. Van Gerven, cit., punto 27, con riguardo alla procedura di amministrazione straordinaria italiana. Secondo tale lettura, qualora le peculiarità di una specifica procedura richiedano scelte di gestione che non sono compatibili con la funzione giudiziaria, la circostanza per cui il controllo sia di natura amministrativa non rileva ai fini della possibile disapplicazione di quanto previsto dalla dir. 2001/23/CE. Tale impostazione è stata implicitamente confermata dalla stessa Corte di Giustizia 25 luglio 1991, cit., che ha ammesso che la disapplicazione disciplina di tutela dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda operante nell'ambito della procedura italiana di amministrazione straordinaria, a condizione che essa abbia una finalità liquidatoria.

¹⁵⁸⁵ Corte di Giustizia 7 febbraio 1985, cit., punto 28.

¹⁵⁸⁶ Corte di Giustizia 25 luglio 1991, cit., punto 24.

¹⁵⁸⁷ Corte di Giustizia 7 febbraio 1985, cit.

¹⁵⁸⁸ Sul punto, si vedano sempre le Conclusioni dell'avvocato generale W. Van Gerven, cit., punti 24 e 28.

Più recentemente, con riferimento ad una procedura di pre-pack portata avanti nei Paesi Bassi, si rimanda alle Conclusioni dell'avvocato generale P. Mengozzi, cit., punti 79-84. Si badi che tali conclusioni non sono poi state espressamente valorizzate dalla successiva sentenza della Corte di Giustizia 22 giugno 2017, cit., che ha però utilizzato parte di tali argomentazioni per concludere che, nell'ambito di tale operazione, non possa invece ritenersi soddisfatto il requisito, espressamente previsto dalla dir. 2001/23/CE, del controllo da parte dell'autorità pubblica.

¹⁵⁸⁹ Corte di Giustizia 12 marzo 1998, cit., punto 28.

¹⁵⁹⁰ Corte di Giustizia 12 marzo 1998, cit., punti 24-28 e Corte di Giustizia 12 novembre 1998, cit., punti 28-35.

mento che ammette una determinata impresa alla relativa procedura. Tale conclusione è giustificata dalle stesse statuizioni della Corte di Giustizia che, nelle sentenze *D'Urso* e *Spano*, ha chiarito che non sorgono dubbi sulla classificazione di una procedura in base alla sua finalità quando emerge sin dall'inizio se tale procedura mira alla liquidazione o alla continuazione dell'attività di impresa, come accade, appunto, nell'ambito dell'ordinamento italiano, nel caso del decreto che dispone l'amministrazione straordinaria¹⁵⁹¹. Qualora questo non sia il caso, dalle modalità di svolgimento della procedura possono essere ricavati degli indici che siano funzionali ad accertare se le sue regole comportino o meno la prosecuzione dell'attività di impresa nelle more del trasferimento d'azienda¹⁵⁹². In tali circostanze, la disciplina di tutela dei lavoratori in materia di trasferimento d'azienda può essere disapplicata solo qualora, in base ad una sorta di giudizio di assimilazione, la procedura presenti, con riferimento alle sue modalità di svolgimento, delle analogie con il fallimento, procedura con finalità liquidatorie per eccellenza. Nel portare avanti tale giudizio, l'avvocato generale, prima, e la Corte di Giustizia, poi, hanno valorizzato la circostanza che il debitore abbia o meno poteri di amministrazione e disposizione dei beni¹⁵⁹³, le caratteristiche della persona del liquidatore¹⁵⁹⁴, il fatto che esista una procedura di accertamento del passivo sotto il controllo del tribunale¹⁵⁹⁵, la possibilità che un creditore sia titolato, in linea di principio, a procedere individualmente all'esecuzione forzata contro l'imprenditore¹⁵⁹⁶. Tale criterio, non menzionato espressamente nel testo dell'art. 5 della dir. 2001/23/CE, costituisce, pertanto, soltanto un parametro interpretativo ancillare a quello della finalità della procedura.

Al termine di tale analisi giurisprudenziale, possono trarsi le seguenti conclusioni con riguardo al distinguo tra la disciplina del primo e del secondo paragrafo di cui all'art. 5 della dir. 2001/23/CE oggi vigente.

In entrambi i casi, la direttiva richiede che la procedura si sia svolta «sotto il controllo di un'autorità pubblica competente». Pertanto, tale criterio non assume alcun rilievo ai fini di tale distinguo.

La partita, dunque, si gioca sulla sussistenza o meno della finalità liquidatoria della procedura, ora espressamente prevista dall'art. 5 della dir. 2001/23/CE, posto che anche il terzo criterio, cioè quello delle modalità di svolgimento, costituisce, di fatto, un criterio interpretativo ausiliario rispetto a quello dell'obiettivo della procedura.

¹⁵⁹¹ Sul punto, Corte di Giustizia 25 luglio 1991, cit., punti 27-30 e Corte di Giustizia 7 dicembre 1995, cit., punto 25.

¹⁵⁹² Corte di Giustizia 12 marzo 1998, cit., punto 31 e Corte di Giustizia 12 novembre 1998, cit., punti 28 e 32.

¹⁵⁹³ In tal senso, conclusioni dell'avvocato generale W. Van Gerven, cit., punti 24 e 28, secondo cui sarebbe necessario, ai fini della disapplicazione della direttiva, l'introduzione di una certa forma di amministrazione o di curatela per la determinazione della massa e la monetizzazione dell'attivo e il saldo del passivo, cui corrisponde la circostanza per cui il debitore venga privato di ogni potere di disponibilità e amministrazione.

¹⁵⁹⁴ Se il liquidatore è un organo della società e non un soggetto terzo, ovvero se la nomina dello stesso spetta agli organi dell'impresa e non ad un giudice, tendenzialmente la disciplina protettiva si applica, come precisato da Corte di Giustizia 12 marzo 1998, cit., punto 29 e Corte di Giustizia 12 novembre 1998, cit., punto 33.

¹⁵⁹⁵ Se non esiste una siffatta procedura, tendenzialmente la disciplina protettiva si applica: sul punto, Corte di Giustizia 12 marzo 1998, cit., punto 29.

¹⁵⁹⁶ Se ciò è possibile, tendenzialmente la disciplina protettiva si applica, come sottolineato da Corte di Giustizia 12 marzo 1998, cit., punto 29.

Concludendo sul punto, sembra che il richiamo al carattere liquidatorio della procedura debba essere letto, nell'interpretazione fattane dalle sentenze della Corte di Giustizia in materia, in termini funzionali¹⁵⁹⁷. Ciò significa che la disciplina protettiva dei lavoratori, di cui agli artt. 3 e 4 della dir. 2001/23/CE, potrà essere disapplicata anche *in toto* solo quando la procedura in oggetto esprima l'obiettivo di destinare il patrimonio aziendale a fungere da risorsa patrimoniale per la soddisfazione del ceto creditorio. Quando, invece, la procedura miri a utilizzare il patrimonio aziendale del cedente come risorsa patrimoniale per la continuazione dell'esercizio dell'attività imprenditoriale da parte dello stesso, allora saranno ammissibili soltanto le più timide deroghe previste dalla disciplina dell'art. 5, par. 2, della dir. 2001/23/CE.

Per quanto concerne, invece, i criteri di accesso alla disciplina di cui al par. 3 del medesimo articolo, la finalità e le modalità di svolgimento della procedura non assumono alcun rilievo. Sul punto, è necessario che il cedente si trovi in una situazione di «grave crisi economica quale definita dal diritto nazionale» dichiarata da un'autorità pubblica competente e che essa sia «aperta al controllo giudiziario». Dall'analisi del dato letterale, sembra che la direttiva si accontenti, in tali casi, di un controllo meno stringente rispetto a quello previsto dai primi due commi dell'art. 5 della medesima, posto che in tali casi si richiede che la procedura si sia svolta «sotto il controllo di un'autorità pubblica competente». In realtà, la Corte di Giustizia ha interpretato anche l'espressione contenuta nel par. 3 nel senso di ritenere necessaria la sussistenza di un «controllo costante»¹⁵⁹⁸. Ciò ha comportato che, nei fatti, il controllo richiesto in tale ipotesi sia praticamente analogo a quello cui fanno riferimento i primi due commi dell'art. 5 dir. 2001/23/CE¹⁵⁹⁹.

Concludendo sul punto, la Corte di Giustizia ritiene, dunque, che il criterio del controllo, esercitato in modo capillare, tanto sull'apertura quanto sullo svolgimento della procedura, costituisca un requisito imprescindibile di accesso a tutte le fattispecie derogatorie previste dall'art. 5 dir. 2001/23/CE, nessuna esclusa.

3. Il punto sulla disciplina italiana: dalle censure della Corte di Giustizia alla versione oggi vigente dell'art. 47, co. 4-bis e 5, l. n. 428 del 1990.

Come già anticipato in apertura, l'art. 47 l. n. 428 del 1990 detta la disciplina italiana, in attuazione di quella europea, relativa al trasferimento d'azienda nelle imprese in crisi¹⁶⁰⁰.

¹⁵⁹⁷ Sul punto, si veda già U. CARABELLI, Alcune riflessioni sulla tutela dei lavoratori nei trasferimenti d'azienda: la dimensione individuale, in op. cit., pag. 71.

¹⁵⁹⁸ La Corte di Giustizia ha infatti precisato che la disposizione in questione «presuppone un controllo costante dell'impresa dichiarata in situazione di grave crisi economica da parte del giudice competente», cfr. Corte di Giustizia 11 giugno 2009, cit., punto 47.

¹⁵⁹⁹ Tale soluzione interpretativa sembra, in ogni caso, sollevare qualche dubbio. Si fa fatica a comprendere, infatti, in assenza di ulteriori argomentazioni a favore di tale conclusione, come due espressioni che hanno una portata letterale evidentemente diversa possano essere interpretate nello stesso senso. Tant'è che, sulla scorta di tali perplessità, ritiene che il requisito della mera apertura al controllo giudiziario si sarebbe potuto «ritener[e] probabilmente soddisfatto ove il provvedimento di accertamento dello stato di crisi sia suscettibile di impugnazione davanti all'autorità giudiziaria», come accade per l'ipotesi di «stato di crisi» prevista dalla legge italiana, C. CESTER, Due recenti pronunzie della Corte di Giustizia europea in tema di trasferimento d'azienda, op. cit., pag. 242; condivide tali obiezioni anche M.L. SERRANO, Il trasferimento dell'azienda in crisi tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale: ultimo atto?, op. cit., pagg. 345 e 353-354.

¹⁶⁰⁰ Per una ricostruzione diacronica dell'evoluzione della disciplina italiana sino al 2010 si rimanda all'attento excursus di M.L. SERRANO, Il trasferimento dell'azienda in crisi tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale: ultimo atto?, op. cit., pag. 325 e segg.

Nella sua originaria formulazione, tale disposizione prevedeva, al co. 5, una serie di fattispecie, tra cui quella all'accertamento dello stato «crisi aziendale» ai fini della concessione del trattamento straordinario di integrazione salariale¹⁶⁰¹, che consentivano, previo accordo tra cedente, cessionario e rappresentanti dei lavoratori, la disapplicazione dell'art. 2112 Cod. Civ.

Tale disposizione è stata più volte censurata dai giudici di Lussemburgo, nella misura in cui essa estendeva le possibili deroghe alla disciplina protettiva oltre il dovuto con riferimento all'ipotesi di «crisi aziendale». In particolare, tra i vari profili di incompatibilità rilevati, la Corte di Giustizia ha statuito che il procedimento di accertamento dello stato di crisi non presuppone quel controllo necessario e costante da parte della pubblica autorità in linea con quanto previsto dalla disciplina europea¹⁶⁰².

Il legislatore è quindi intervenuto, prima nel 2009 e poi nel 2012¹⁶⁰³, a modificare l'art. 47 l. n. 428 del 1990 che oggi distingue, almeno teoricamente in linea con quanto previsto dall'art. 5 dir. 2001/23/CE, tra due diverse fattispecie, idonee a derogare totalmente (co. 5) o parzialmente (co. 4-*bis*) alla disciplina protettiva dei lavoratori nell'ambito di trasferimenti d'azienda dettata, in Italia, dall'art. 2112 Cod. Civ.

Ciò premesso, è ora opportuno procedere all'analisi della disciplina oggi vigente in Italia, cioè quella prevista dai commi 4-*bis* e 5 della l. n. 428 del 1990.

Il co. 5 prevede, formalmente in linea con quanto previsto dall'art. 5, par. 1, dir. 2001/23/CE, che la suddetta disciplina protettiva non trova applicazione, «salvo che dall'accordo [si veda *infra*] risultino condizioni di miglior favore» qualora ricorrano congiuntamente due requisiti. Il primo consiste nel fatto che il soggetto cedente debba essere soggetto ad una delle seguenti procedure concorsuali: a) fallimento, a condizione che vi sia stata la dichiarazione di fallimento; b) concordato preventivo, già omologato e consistente nella cessione dei beni; c) liquidazione coatta amministrativa, qualora sia già stato emanato il relativo provvedimento; o d) amministrazione straordinaria, nel caso in cui la continuazione dell'attività non sia stata disposta o sia cessata. Il secondo è che, nell'ambito della consultazione con le organizzazioni sindacali di cui ai precedenti commi dell'art. 47 l. n. 428 del 1990, «sia stato raggiunto un accordo circa il mantenimento anche parziale dell'occupazione».

¹⁶⁰¹ La disposizione rimanda all'art. 2, co. 5, lettera c), della l. 12 agosto 1977, n. 675, secondo cui la competenza ad adottare tale provvedimento era del CIPI. Tale organismo non esiste più e la relativa competenza è passata al Ministero del Lavoro. Sul punto, si rimanda a G. ORLANDINI, Il trasferimento di azienda nelle imprese in stato di crisi tra dibattito teorico e prassi sindacale, op. cit., pag. 594. Il procedimento da seguire per la concessione del trattamento straordinario di integrazione salariale per le causali di crisi aziendale è oggi disciplinato dall'art. 25 d.lgs. n. 148 del 2015, mentre i criteri da seguire per l'accertamento dello stato di crisi aziendale sono enucleati dal d.m. 18 dicembre 2002 del Ministero del Lavoro, come modificato dal d.m. 15 dicembre 2004 dello stesso Ministero del Lavoro, che riporta, peraltro, tutti i riferimenti normativi relativi all'attribuzione di tale competenza al Ministero del Lavoro.

¹⁶⁰² Si vedano, sul punto, Corte di Giustizia 7 dicembre 1995, causa C-472/93, cit., spec. punti 29 e 36, pronuncia giunta al termine di un rinvio pregiudiziale da parte del pretore di Lecce, e Corte di Giustizia 11 giugno 2009, C-561/07, cit., spec. punti 38, 39 e 47, sentenza arrivata a conclusione di una procedura d'infrazione aperta contro lo Stato italiano da parte della Commissione: per un'analisi dettagliata delle motivazioni di questa decisione si rimanda, ancora, a M.L. SERRANO, Il trasferimento dell'azienda in crisi tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale: ultimo atto?, op. cit., pag. 342 e segg.

¹⁶⁰³ La nuova versione dell'art. 47 l. n. 428 del 1990 è stata introdotta con l'art. 19-quater, co. 1, lett. a), d.l. n. 135/2009, convertito con modificazioni con l. n. 166 del 2009, di recedente modificata dall'art. 46, co. 2, d.l. n. 83 del 2012, convertito con modificazioni dalla l. n. 134 del 2012.

Pertanto, la disciplina italiana, richiedendo la necessità di tale accordo collettivo, impone un requisito ulteriore, rispetto a quanto previsto dall'art. 5, par. 1, dir. 2001/23/CE, per poter attivare l'effetto derogatorio della relativa disciplina di tutela. La disposizione prevede, inoltre, che tale accordo può comunque disporre che «il trasferimento non riguardi il personale eccedentario e che quest'ultimo continui a rimanere, in tutto o in parte, alle dipendenze dell'alienante»¹⁶⁰⁴.

Il co. 4-*bis*, invece, prevede, formalmente in linea con quanto previsto dall'art. 5, co. 2 e 3, dir. 2001/23/CE, che la disciplina protettiva trova applicazione «nei termini e con le limitazioni previste dall'accordo [vedi *infra*]», a due condizioni. La prima è che il cedente debba essere soggetto ad una delle seguenti procedure concorsuali: a) amministrazione straordinaria, in caso di continuazione o di mancata cessazione dell'attività; b) concordato preventivo, qualora vi sia già stata la dichiarazione di apertura; o c) accordo di ristrutturazione dei debiti, con riferimento al quale vi sia già stata l'omologazione - ovvero d) nel caso in cui sia stato accertato lo stato di «crisi aziendale» ai fini della concessione del trattamento straordinario di integrazione salariale¹⁶⁰⁵. La seconda è che deve esser stato raggiunto un «accordo circa il mantenimento, anche parziale, dell'occupazione».

In merito all'analisi della normativa italiana, sorgono due diverse questioni.

La prima, relativa alla scelta, relativa all'individuazione delle diverse fattispecie derogatorie previste dal co. 5 e dal co. 4-*bis*, dell'art. 47 l. n. 428 del 1990, la cui correttezza deve essere valutata ammettendo le più ampie deroghe solo per quelle procedure funzionali a destinare il patrimonio aziendale a fungere da risorsa patrimoniale per la soddisfazione del ceto creditorio. Non è questa la sede per adempiere appieno a questo compito, posto che ciò richiederebbe un'attenta analisi delle caratteristiche di ciascuna procedura, di specifiche disposizioni fallimentari rilevanti in materia¹⁶⁰⁶ e ai loro rapporti con l'art. 47 l. n. 428 del 1990¹⁶⁰⁷, cosa che, dopo questa lunga analisi normativa e giurisprudenziale, probabilmente finirebbe per annoiare il lettore. In ogni caso, si ritornerà brevemente sul punto al termine di questo contributo, per evidenziare come, anche a seguito delle più recenti novelle, la disciplina italiana sia tuttora suscettibile di possibile non conformità rispetto a quanto previsto in materia dal legislatore europeo e dalla Corte di Giustizia con riferimenti all'accordo di ristrutturazione dei debiti e all'ipotesi della «crisi aziendale».

Ciò non toglie che resta spazio sufficiente per affrontare l'interessante questione relativa al distinguo tra l'ampiezza della deroghe ammesse dal co. 5 e dal co. 4-*bis* dell'art. 47 l. n. 428 del 1990. Sul punto, in ragione della poco chiara formulazione del dato normativo, sono sorti interessanti dilemmi interpretativi, che hanno portato la giurisprudenza di merito ad interrogarsi sull'effettiva portata applicativa delle due disposizioni e sulla loro compatibilità rispetto al quadro normativo europeo sopra delineato. La questione sembra, peraltro, interessante, anche perché ha riguardato una vicenda che ha avuto vasta eco, anche mediatica, nel panorama dell'economia

¹⁶⁰⁴ Tale assunto non sembra avere carattere effettivamente precettivo rispetto alla prima parte della disposizione normativa. La circostanza per cui il personale eccedentario possa rimanere alle dipendenze del cedente è implicita nella possibilità per le parti dell'accordo di disapplicare l'art. 2112 Cod. Civ.

¹⁶⁰⁵ Sebbene tutte le ipotesi menzionate siano previste in attuazione di quanto previsto dal par. 2 dell'art. 5 dir. 2001/23/CE, lo stato di crisi aziendale costituisce una delle ipotesi in applicazione di quanto previsto al par. 3 del medesimo articolo.

¹⁶⁰⁶ Dettate dal r.d. 16 marzo 1942, n. 267 con riferimento al fallimento al concordato preventivo e, perlomeno, dal d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270 con riguardo all'amministrazione straordinaria.

¹⁶⁰⁷ Per una analisi approfondita di tali questioni, si rimanda a M. MARAZZA, La circolazione del patrimonio aziendale e gli effetti sui contratti di lavoro, op. cit., pag. 43 e segg.

e delle relazioni industriali italiane, che evidenzia chiaramente le problematiche sollevate nella prima parte di quest'elaborato. Ma procediamo con ordine.

4. La giurisprudenza di merito italiana alla prova dell'obbligo di interpretazione conforme al diritto dell'Unione Europea. Il caso Alitalia-Ethiad.

L'art. 47, co. 5, l. n. 428 del 1990, in linea con quanto disposto dal par. 1 dell'art. 5 dir. 2001/23/CE, prevede che «ai lavoratori il cui rapporto continua con l'acquirente non trova applicazione l'articolo 2112 del codice civile». Per converso, l'art. 4-*bis* dispone che quest'ultimo trova applicazione «nei termini e con le limitazioni previste dall'accordo» collettivo.

La portata della disposizione italiana pare, dunque, particolarmente ampia, tant'è che il suo tenore letterale sembrerebbe ammettere finanche la totale disapplicazione dell'art. 2112 Cod. Civ., ivi compresa, dunque, la deroga al principio di automatica continuazione dei rapporti di lavoro in capo al cessionario e di divieto di licenziamento motivato dal trasferimento, anche nelle ipotesi enumerate dal co. 4-*bis* del suddetto art. 47, sempre a condizione che ciò sia espressamente previsto dall'accordo collettivo¹⁶⁰⁸.

Tant'è che, sul punto, perlomeno inizialmente, si sono registrati nella giurisprudenza di merito due orientamenti. Peraltro, tale diversità di vedute si è palesata con riferimento alla medesima operazione di ristrutturazione aziendale, avvenuta nel corso del 2014, cioè quella relativa alla nota vicenda del "salvataggio" di Alitalia nell'ambito della *partnership* con Ethiad Airways.

Sembra interessante, dunque, procedere all'analisi della vicenda, che ha sollecitato la giurisprudenza di merito italiana a dare una serie di risposte alle problematiche interpretative sopra individuate.

Nel maggio del 2014, la società Alitalia - Compagnia Aerea Italiana S.p.A. (Alitalia CAI) concludeva un accordo quadro con la società Ethiad Airways (Ethiad), nel contesto di una *partnership* internazionale con quest'ultima, con l'obiettivo di porre fine ad una situazione di grave difficoltà della compagnia di bandiera. Tale accordo prevedeva, come condizione per la riuscita dell'operazione, la costituzione di una nuova società, la Alitalia - Società Aerea Italiana S.p.A. (Alitalia SAI). In ragione di ciò, Alitalia CAI si obbligava a trasferire l'intero complesso aziendale riguardante il trasporto aereo ad Alitalia SAI, ma solo dopo aver licenziato un certo numero di lavoratori considerati in esubero.

Alitalia CAI, che versava in uno stato di «crisi aziendale» che permette di accedere alla disciplina derogatoria di cui all'art. 47, co. 4-*bis*, l. n. 428 del 1990, attivava, dunque, una serie di procedure di licenziamento collettivo volte al licenziamento dei dipendenti considerati in esubero.

¹⁶⁰⁸ La conferma della possibile correttezza di una siffatta interpretazione trova ulteriore riscontro anche in quella parte del co. 4-*bis* dell'art. 47 l. n. 428 del 1990 che dispone che, per accedere alla disciplina derogatoria ivi prevista, occorra raggiungere un «accordo circa il mantenimento, anche parziale, dell'occupazione».

La circostanza per cui il testo del co. 4-*bis* dell'art. 47 l. n. 428 del 1998 possa ammettere, nella sua portata letterale, la possibilità, per le parti dell'accordo collettivo, di disporre deroghe amplissime è stata già puntualmente sottolineata in dottrina. Sul punto, M. MARAZZA, La circolazione del patrimonio aziendale e gli effetti sui contratti di lavoro, op. cit., pag. 65; P. TULLINI, Tutela del lavoro nella crisi d'impresa e assetto delle procedure concorsuali: prove di dialogo, op. cit., pag. 224; V. ANIBALLI, Trasferimento di ramo d'azienda e procedure concorsuali, op. cit., pagg. 358-359; C. CESTER, Due recenti pronunzie della Corte di Giustizia europea in tema di trasferimento d'azienda, op. cit., pag. 243; P. LAMBERTUCCI, Il trasferimento di azienda in crisi, in Lav. Giur., 2010, 11S, pt. 1, pagg. 70-71.

Successivamente, Alitalia CAI avviava la procedura di informazione e consultazione sindacale di cui all'art. 47 l. n. 428 del 1990, comunicando alle OO. SS. l'intenzione di procedere alla cessione alla neo costituita Alitalia SAI dell'intero complesso aziendale riguardante il trasporto aereo. Esperita tale procedura obbligatoria e raggiunto un accordo con i sindacati per il mantenimento parziale dei livelli occupazionali, il trasferimento d'azienda aveva quindi luogo.

A seguito di tali vicende, alcuni dipendenti licenziati da Alitalia CAI nell'ambito della procedura di licenziamento collettivo hanno depositato, innanzi ai Tribunali di Roma e Milano, una serie di ricorsi, sostenendo che tali licenziamenti fossero nulli ex artt. 2112, co. 4, Cod. Civ. e 4 dir. 2001/23/CE, perché motivati dal trasferimento d'azienda.

La difesa di Alitalia CAI e SAI, dal canto suo, eccepiva che tali licenziamenti fossero perfettamente validi alla luce del tenore letterale dell'art. 47, co. 4-bis, l. n. 428 del 1990. Secondo le società resistenti, infatti, il divieto di licenziamento motivato dal trasferimento d'azienda non poteva operare nel caso di specie, in quanto era stato dichiarato lo stato di «crisi aziendale» di Alitalia CAI ed era stato concluso un accordo sindacale che aveva previsto espressamente la possibilità di licenziare i dipendenti in esubero al fine di facilitare la cessione dell'azienda e il mantenimento parziale dell'occupazione. In ragione di ciò, Alitalia CAI non avrebbe fatto altro che ricorrere legittimamente allo strumento di cui all'art. 47, co. 4-bis, l. n. 428 del 1990, sul presupposto che esso giustificasse ogni più ampia deroga all'art. 2112 Cod. Civ.

Con la prima decisione relativa a tale vicenda, il Tribunale di Roma statuiva che un accordo concluso ex art. 47, co. 4-bis, l. n. 428 del 1990 potesse legittimamente limitare gli effetti dell'art. 2112 Cod. Civ. al solo personale a tempo indeterminato specificamente indicato nello stesso¹⁶⁰⁹, così ammettendo la possibilità che si potesse procedere, nell'ambito di un siffatto accordo sindacale, alla perimetrazione dei dipendenti afferenti all'azienda ceduta, disapplicando per intero il disposto dell'art. 2112 Cod. Civ.

Tale conclusione, sebbene astrattamente coerente con la portata letterale del co. 4-bis dell'art. 47 l. n. 428 del 1990, solleva, a dire il vero, parecchie perplessità. Infatti, come già sottolineato in apertura di paragrafo, il potenziale ambito di applicazione della deroga disegnato dalla disciplina italiana sembra essere molto più ampio di quello ammesso dal legislatore europeo che, a differenza di quello nostrano, ha consentito agli Stati membri, in caso di procedure concorsuali con finalità non liquidatorie che si svolgano sotto il controllo di un'autorità pubblica competente, soltanto di:

¹⁶⁰⁹ Sul punto, si veda Trib. Roma, ord., 27 maggio 2015, in *Il Giuslavorista*, 11 settembre 2015. La ricorrente chiedeva al Tribunale di Roma di essere reintegrata in Alitalia SAI, quale cessionaria dei beni e di tutto il personale di Alitalia CAI. Nel respingere il ricorso della dipendente dichiarando il difetto di legittimazione passiva in giudizio di Alitalia SAI, l'ordinanza del Tribunale di Roma non argomentava comunque in maniera diffusa le ragioni sottostanti alla soluzione ermeneutica adottata, secondo cui l'accordo sindacale potesse legittimamente limitare l'applicazione dell'art. 2112 Cod. Civ. Essa, infatti, si limitava a riportare il testo dell'art. 47, co. 4-bis, l. n. 428 del 1990 e ad accertare che lo stato di «crisi aziendale» di Alitalia CAI fosse stato dichiarato dagli organi competenti e che fosse stato concluso un accordo avente ad oggetto il mantenimento anche parziale dell'occupazione.

Nel senso che le parti sindacali possano procedere a derogare all'art. 2112 Cod. Civ., selezionando il personale da trasferire e disapplicando il principio di continuità dei rapporti di lavoro con il cessionario, si pone anche Trib. Roma 6 maggio 2016, in *De Jure*. Tale decisione non si riferisce, comunque, alla vicenda Alitalia-Ethiad, bensì ad un trasferimento d'azienda avvenuto nell'ambito di una procedura di amministrazione straordinaria che prevedeva la continuazione o la mancata cessazione dell'attività, ipotesi che trova anch'essa collocazione normativa nell'ambito del co. 4-bis dell'art. 47 l. n. 428 del 1990.

a) ammettere che gli obblighi del cedente nei confronti dei lavoratori trasferiti, con riferimento al periodo antecedente al trasferimento o all'apertura della procedura di insolvenza, non siano trasferiti al cessionario (art. 5, par. 2, lett. a), dir. 2001/23/CE); e/o

b) prevedere che il cedente e il cessionario, da un lato, e ai rappresentanti dei lavoratori, dall'altro, possano convenire «modifiche delle condizioni di lavoro» (art. 5, par. 2, lett. b), dir. 2001/23/CE).

Peraltro, occorre precisare che, nel caso di situazioni quale la «crisi aziendale» di cui al co. 4-*bis* di cui all'art. 47 l. n. 428 del 1990 in cui si trovava ai tempi Alitalia CAI, sarebbero ammissibili soltanto le deroghe di cui alla lett. b), ma non invece quelle di cui alla lett. a), proprio perché essa costituisce una di quelle situazioni di «grave crisi economica qual[i] definit[e] dal diritto nazionale» di cui all'art. 5, par. 3, dir. 2001/23/CE.

Tant'è che, proprio in ragione del dovere incombente sui giudici italiani di interpretare l'art. 47, co. 4-*bis*, l. n. 428 del 1990 conformemente al diritto europeo¹⁶¹⁰, un secondo orientamento, ad oggi maggioritario, ha poi ribaltato la soluzione interpretativa inizialmente adottata dal Tribunale di Roma¹⁶¹¹. Tali decisioni, infatti, hanno accolto le doglianze dei dipendenti di Alitalia CAI licenziati nell'ambito delle procedure di licenziamento collettivo precedenti al trasferimento del suddetto complesso aziendale ad Alitalia SAI, ordinando la loro reintegrazione presso la cessionaria. Ciò sul presupposto che tali licenziamenti costituissero la condizione necessaria per il trasferimento dell'azienda, in quanto l'accordo quadro espressamente prevedeva che, se non fosse stato licenziato in certo numero di lavoratori in esubero, Ethiad non avrebbe accettato la *partnership*, Alitalia SAI non sarebbe stata costituita e il trasferimento della suddetta azienda non sarebbe mai avvenuto. Tale circostanza, pertanto, determinava la nullità dei licenziamenti intimati ai ricorrenti, proprio perché il motivo posto a fondamento degli stessi era costituito dalla necessità di Alitalia CAI di procedere al trasferimento della suddetta azienda, priva dei dipendenti in esubero, alla cessionaria Alitalia SAI, in violazione dell'art. 2112, co. 4, Cod. Civ.¹⁶¹².

Tali decisioni, dunque, sembrano aver chiarito l'effettiva portata del distinguo tra la disciplina derogatoria dei commi 4-*bis* e 5 dell'art. 47 l. n. 428 del 1990. Infatti, proprio in ragione dell'obbligo di interpretazione conforme al diritto europeo gravante sul giudice nazionale, «deve ritenersi che i due commi si riferiscano a situazioni tra loro diverse e stabiliscano una diversa disciplina e in particolare che: il co. 4-*bis*, per le aziende in stato di crisi, e le altre situazioni previste

¹⁶¹⁰ Evidenza per prima, con riferimento alla vicenda Alitalia-Ethiad, la necessità di un'interpretazione della disposizione italiana conforme al diritto europeo, Trib. Milano 15 ottobre 2015, disponibile su Wikilabour. Nello stesso senso, anche Trib. Roma, ord., 15 gennaio 2016, in Il Giuslavorista, 13 Maggio 2016, con nota di G. BELLIGOLI, Deroga al divieto dei licenziamenti nei trasferimenti d'azienda: ambito di operatività e Trib. Milano 6 giugno 2016, in Pluris, che si distingue per chiarezza e puntualità delle argomentazioni. Tale necessità era comunque già stata sottolineata anche da Trib. Busto Arsizio 17 dicembre 2014, disponibile su Wikilabour.

¹⁶¹¹ Nell'ordine, Trib. Milano 15 ottobre 2015, cit.; Trib. Roma, ord., 15 gennaio 2016, cit.; Trib. Milano 6 giugno 2016, cit.; Trib. Milano, 5 settembre 2016, in Pluris.

¹⁶¹² Sul punto, si rimanda a Trib. Roma, ord., 15 gennaio 2016, cit., e Trib. Milano 6 giugno 2016, cit.

La sentenza "capostipite" di tale filone interpretativo, cioè Trib. Milano 15 ottobre 2015, cit., si distingue dalla successiva in quanto la reintegra della ricorrente viene ordinata sulla base di un licenziamento nullo non perché in violazione del divieto di licenziamento di cui all'art. 2112, co. 4, Cod. Civ., ma perché intimato nel periodo protetto di cui all'art. 35 del d.lgs. n. 198 del 2006. La doglianza della nullità del licenziamento per violazione del divieto di licenziamento di cui all'art. 2112, co. 4, Cod. Civ. era comunque stata avanzata dal ricorrente. Il Giudice l'ha però ritenuta assorbita dall'altro vizio di nullità riscontrato.

dalla norma, consente solo una parziale deroga all'applicazione dell'art. 2112 c.c., con possibilità che l'accordo sindacale stabilisca modifiche peggiorative alle condizioni di lavoro dei lavoratori passati al cessionario e con esclusione della solidarietà tra cedente e cessionario per i debiti che i lavoratori avevano al momento del trasferimento, ma presuppone che i lavoratori transitino al cessionario; il co. 5 per le aziende in stato di insolvenza, e per gli altri casi indicati, prevede che l'accordo possa derogare all'art. 2112 c.c.»¹⁶¹³.

5. Procedure non liquidatorie e «crisi aziendale»: gli angusti confini della possibile deroga alla disciplina protettiva di cui all'art. 2112 Cod. Civ.

Tirando le somme e astraendo il discorso dall'ipotesi di «crisi aziendale» che ha riguardato la vicenda Alitalia-Ethiad, è ora possibile chiarire definitivamente quale siano le deroghe all'art. 2112 Cod. Civ. che le parti dell'accordo sindacale possano concordare nelle ipotesi enumerate dal comma 4-bis dell'art. 47 l. n. 428 del 1990.

Da un lato, si è definitivamente chiarito che, in tali casi, non è sicuramente ammessa né la deroga al principio di automatica continuazione dei rapporti di lavoro in capo al cessionario¹⁶¹⁴ né, tantomeno, a quello del divieto di licenziamento per il solo motivo del trasferimento¹⁶¹⁵. Dall'altro, la giurisprudenza di merito ha precisato che è possibile derogare alla disciplina protettiva della direttiva 2001/23/CE con riferimento al trasferimento di alcuni obblighi pregressi del cedente al cessionario e che, in ogni caso, è ammessa la modifica delle «condizioni di lavoro» dei lavoratori interessati dal trasferimento¹⁶¹⁶.

Sul primo punto, le parti dell'accordo sindacale ben potranno prevedere che i crediti trasferiti possano essere vantati solo ed esclusivamente nei confronti del cedente e non del cessionario, con conseguente liberazione di quest'ultimo dalla responsabilità, solidale con il cedente, per tutti i crediti che il lavoratore aveva al tempo del trasferimento, prevista dall'art. 2112, co. 2, Cod. Civ.¹⁶¹⁷.

¹⁶¹³ Il virgolettato è un estratto della decisione del Trib. Milano 6 giugno 2016, cit.

In realtà, sebbene la statuizione di principio di tale decisione sia totalmente condivisibile, occorre ribadire che, nel caso «crisi aziendale» di cui al co. 4-bis di cui all'art. 47 l. n. 428 del 1990, le uniche deroghe possibili sono quelle relative alla modifica delle «condizioni di lavoro». Infatti, come rilevato poc'anzi, l'esclusione della responsabilità solidale tra cedente e cessionario può operare solo in presenza di un accordo sindacale, concluso nell'ambito di procedure concorsuali non liquidatorie, ma comunque soggette al controllo dell'autorità pubblica competente, di cui all'art. 5, par. 2, dir. 2001/23/CE.

¹⁶¹⁴ Sul punto, si veda la chiara statuizione di Trib. Milano 15 ottobre 2015, cit.

¹⁶¹⁵ Tra le sentenze già citate, si rimanda alle motivazioni di Trib. Roma, ord., 15 gennaio 2016, cit.

¹⁶¹⁶ Si rimanda sempre, poiché si distingue positivamente per chiarezza espositiva e per correttezza delle argomentazioni, alla già citata Trib. Milano 6 giugno 2016, cit. Sembra adottare la stessa soluzione, seppur in obiter dictum, anche Trib. Busto Arsizio 17 dicembre 2014, cit.

¹⁶¹⁷ Sul punto, ammette espressamente tale possibilità, Trib. Milano 6 giugno 2016, cit.

In senso contrario, si pone Trib. Padova 27 marzo 2014, cit., secondo cui sarebbe stato necessario in ogni caso l'accordo stipulato con il singolo lavoratore interessato, ai sensi gli artt. 410 e 411 cod. proc. civ., per incidere sui diritti assicurati allo stesso dai co. 1 e 2 dell'art. 2112 Cod. Civ. In realtà, tale argomentazione non pare corretta: tale deroga può essere ammessa poiché il co. 4-bis dell'art. 47 l. n. 428 del 1990, recependo quanto previsto a livello europeo dall'art. 5, par. 2, dir. 2001/23/CE, ammette espressamente, alla lett. a), la possibilità di derogare al precetto di cui all'art. 3, par. 1, dir. 2001/23/CE che prevede l'automatico trasferimento dei crediti dal cedente al cessionario.

Sul secondo punto, la giurisprudenza italiana non sembra aver ancora avuto modo di chiarire in cosa possa consistere la modifica delle «condizioni di lavoro» ammessa dall'art. 5, par. 2, lett. b), dir. 2001/23/CE¹⁶¹⁸.

Ad una lettura più attenta delle disposizioni della direttiva calata nel contesto italiano, soprattutto alla luce di quanto precisato dalla Corte di Giustizia nel 2009 al termine della procedura di infrazione contro lo Stato italiano¹⁶¹⁹, pare che possano essere consentiti alle parti dell'accordo collettivo soltanto interventi di limitata importanza¹⁶²⁰. Tale conclusione è giustificata da due ordini di argomenti. Il primo è che, secondo i giudici di Lussemburgo, la direttiva «autorizza gli Stati membri a prevedere che le condizioni di lavoro possano essere modificate per salvaguardare le opportunità occupazionali garantendo la sopravvivenza dell'impresa, senza tuttavia privare i lavoratori dei diritti loro garantiti dagli artt. 3 e 4 della direttiva 2001/23»¹⁶²¹. Pertanto, l'art. 5, par. 2, lett. b), dir. 2001/23/CE, stando alle parole della Corte di Giustizia, non costituirebbe nemmeno una vera e propria ipotesi derogatoria della disciplina protettiva prevista dalla direttiva stessa. In seconda battuta, la stessa disposizione precisa che tali modifiche possano essere convenute «nella misura in cui la legislazione o le prassi in vigore lo consentano». La conseguenza del combinato disposto di tali argomenti è che le parti dell'accordo non potranno disporre alcuna deroga peggiorativa che abbia ad oggetto sia i diritti individuali dei lavoratori garantiti dall'art. 2112 Cod. Civ., sia quegli altri diritti che siano protetti da norme inderogabili previste dal legislatore italiano con riferimento ad una specifica materia. Ciò comporta, ad esempio, che le parti di un accordo collettivo ex art. 47, co. 4-bis, l. n. 428 del 1990 non saranno affatto legittimate a modificare *in peius* la disciplina delle mansioni e qualifiche o, soprattutto, della retribuzione oltre i limiti imposti dalle dall'art. 2103 Cod. Civ., cosa che, invece, sarebbe stata molto appetibile per gli imprenditori in crisi in cerca di margini per flessibilizzare la gestione di un'azienda da ristrutturare e per ridurre il costo del lavoro *post* trasferimento. Concludendo sul punto, non è possibile disporre alcuna deroga peggiorativa al trattamento normativo e retributivo dei dipendenti coinvolti nel trasferimento, se non per quelle materie che siano disponibili alle parti dell'accordo collettivo. In concreto, però, ciò non sembra nulla aggiungere a quanto sarebbe comunque possibile mediante la conclusione dei c.d. «accordi di armonizzazione» o «contratti collettivi di ingresso»¹⁶²², che possono in ogni caso essere conclusi anche nell'ambito di un trasferimento d'azienda relativo ad una impresa cedente *in bonis*.

¹⁶¹⁸ Fatta eccezione per Trib. Padova 27 marzo 2014, cit., che ritiene, senza dare ulteriori specificazioni sul perché di una siffatta conclusione, che un accordo sindacale ex art. 47, co. 4-bis, l. n. 428 del 1990, «possa riguardare ed incidere esclusivamente sulle modalità del rapporto di lavoro (p.e. mansioni, qualifica, orario di lavoro, ecc.)».

¹⁶¹⁹ Corte di Giustizia 11 giugno 2009, cit., punti 44-46. La precisazione della Corte di Giustizia, in realtà, è stata fatta con riferimento specifico alla ipotesi di cui all'art. 5, par. 3, dir. 2001/23/CE che però richiama, per quanto concerne la portata delle deroghe, a quanto previsto dal par. 2, lett. b), dello stesso articolo. Pertanto, sembra che tali conclusioni della Corte di Giustizia possano essere generalizzate a qualsiasi ipotesi rientrante nell'ambito di applicazione dell'art. 5, par. 2, dir. 2001/23/CE.

¹⁶²⁰ Sul punto, si rimanda a C. CESTER, Due recenti pronunzie della Corte di Giustizia europea in tema di trasferimento d'azienda, op. cit., pagg. 243-244 e P. LAMBERTUCCI, Il trasferimento di azienda in crisi, op. cit., pagg. 70-71.

¹⁶²¹ Corte di Giustizia 11 giugno 2009, cit., punto 44. Si veda anche quanto precisato alla nota 72.

¹⁶²² Sul punto, si rimanda a S. LIEBMAN, Disciplina applicabile ai lavoratori trasferiti, in Trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro, in (diretti da) F. CARINCI, Quaderni di Diritto del lavoro. Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza, Milano, 2005, pag. 218 e segg., che, contrariamente a quanto sostenuto dalla giurisprudenza maggioritaria - secondo cui la sostituzione fra contratti collettivi del

Ulteriori problemi relativi alla meccanica di tali possibili deroghe sorgono alla luce di un passaggio della medesima decisione della Corte di Giustizia, che ha statuito che la modifica delle condizioni di lavoro «presuppone che il trasferimento al cessionario dei diritti dei lavoratori abbia già avuto luogo»¹⁶²³. Stando a questa giurisprudenza, infatti, la previsione di una siffatta deroga potrebbe essere eventualmente concordata solo in un momento successivo all'avvenuto trasferimento, così che pare davvero difficile immaginare come essa possa incidere, in concreto, sulla scelta delle parti di procedere effettivamente al trasferimento di un'azienda o di un suo ramo¹⁶²⁴.

Tirando le somme, la portata derogatoria della disposizione di cui all'art. 5, par. 2, lett. b), dir. 2001/23/CE che ammette la possibilità di modificare le condizioni di lavoro dei dipendenti coinvolti nel trasferimento sembra essere praticamente nulla.

Peraltro, sembra priva di un contenuto precettivo effettivo, nell'ambito delle procedure non liquidatorie, quella parte dell'art. 47 l. n. 428 del 1990 che - sia nelle ipotesi previste dal co. 4-*bis*, che in quelle enumerate al co. 5 del suddetto articolo - dispone che tale accordo sindacale debba riguardare il «mantenimento, anche parziale, dell'occupazione». Infatti, posto che nei casi previsti dal co. 4-*bis* non è possibile perimetrare la forza lavoro afferente all'azienda o al ramo ceduto, allora la circostanza per cui l'accordo con il sindacato debba garantire la continuazione dei rapporti di lavoro con il cessionario rende la condizione *de qua* sempre soddisfatta. Per converso, la conservazione parziale dei livelli occupazionali costituisce una effettiva ed ulteriore condizione di validità dell'accordo solo con riferimento a quegli accordi sindacali conclusi a norma del co. 5 dell'art. 47 l. n. 428 del 1990.

Alla luce di quanto sopra, sembra proprio che la sola ipotesi che garantisca agli operatori economici spazi di manovra effettivi in tema di deroghe alla disciplina dell'art. 2112 Cod. Civ. sia quella prevista dal co. 5 dell'art. 47 l. n. 428 del 1990, perché permetterebbe loro la perimetrazione del personale afferente all'azienda o al ramo ceduto, in modo da poter dunque incidere favorevolmente sulla decisione di trasferire o meno un complesso aziendale. Per converso, quella prevista dal co. 4-*bis* non consente al potenziale cessionario, al di là della possibile deroga al regime di solidarietà con il cedente, di beneficiare di sensibili risparmi del costo del lavoro tali da poter indurre un potenziale acquirente a rilevare un complesso di beni in esercizio da un imprenditore in crisi.

6. Una eterogenesi dei fini da parte del legislatore italiano?

L'analisi fin qui condotta ha dimostrato che il percorso accidentato che ha portato alla genesi dell'attuale versione dell'art. 47, co. 4-*bis* e 5, l. n. 428 del 1990 in materia di trasferimento di

medesimo livello applicati da cedente e cessionario avvenga automaticamente, per il fatto stesso che il cessionario applichi un determinato contratto collettivo prima del trasferimento, cfr. tra le ultime, Cass. 29 settembre 2015, n. 19303, in Giust. Civ. Mass., 2015 - , ritiene necessaria, affinché si produca l'effetto sostitutivo tra contratti collettivi, la stipula di un apposito accordo con il sindacato. Ciò non toglie che, stante la posizione della giurisprudenza poc'anzi citata, cedente e cessionario possano decidere, come spesso accade nella pratica degli affari, di stipulare un siffatto accordo al fine di armonizzare lo specifico trattamento collettivo che sarà applicato dal cessionario ai lavoratori afferenti all'azienda o al ramo ceduto.

¹⁶²³ Corte di Giustizia 11 giugno 2009, cit., punto 46. Si veda anche quanto precisato alla nota 72.

¹⁶²⁴ Sul punto, per le critiche mosse al ragionamento della Corte di Giustizia, si rimanda a C. CESTER, Due recenti pronunzie della Corte di Giustizia europea in tema di trasferimento d'azienda, op. cit., pag. 241 e M.L. SERRANO, Il trasferimento dell'azienda in crisi tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale: ultimo atto?, op. cit., pag. 346.

azienda di titolarità di un'impresa in crisi ha dato vita ad una disciplina che ha creato tanti dubbi interpretativi e poche certezze applicative.

Da un lato, la scelta del legislatore italiano, dopo la condanna da parte della Corte di Giustizia giunta nel 2009, di prevedere una disciplina derogatoria particolarmente ampia, perlomeno nel suo tenore letterale, per le ipotesi di cui al co. 4-*bis* dell'art. 47 l. n. 428 del 1990, ha creato una serie di incertezze sulla portata effettiva della possibile deroga alla disciplina di cui all'art. 2112 Cod. Civ., come testimoniato dalla lettura della giurisprudenza relativa alla vicenda Alitalia-Ethiad.

Infatti, con riferimento alle procedure non liquidatorie e all'ipotesi di «crisi aziendale» di cui all'art. 47, co. 4-*bis*, l. n. 428 del 1990, le possibilità di deroga sono oggi molto limitate. Per converso, nelle ipotesi previste dall'art. 47, co. 5, l. n. 428 del 1990, le parti del trasferimento hanno sì la possibilità di concordare anche la totale disapplicazione dell'art. 2112 Cod. Civ., ma la necessità, per il cedente e il cessionario, di concludere un accordo con il sindacato con riferimento sia all'*an* che al *quomodo* della deroga, rende tale strumento poco utilizzato nella prassi¹⁶²⁵, perché esso viene percepito come inidoneo, in concreto, ad attuare un programma di salvataggio dell'impresa in crisi che debba passare da una necessaria ristrutturazione del costo e dell'organizzazione del lavoro.

Ciò avviene, in particolare, per due ordini di motivi. In primo luogo, la necessità di concludere un siffatto accordo, così come i dubbi sulla «tenuta» giuridica dello stesso, posto che non vi sono certezze sulla sua effettiva idoneità a produrre effetti *erga omnes* nei confronti di tutti i lavoratori interessati dalla vicenda circolatoria dell'azienda¹⁶²⁶, hanno comportato la fuga, da parte degli imprenditori nostrani, dallo strumento offerto dall'art. 47, co. 4-*bis* e 5, l. n. 428 del 1990. Sembra, infatti, che l'obiettivo di realizzare trasferimenti d'azienda riducendo il costo del lavoro sia stato raggiunto, nella prassi, «attraverso vie «alternative», spesso tali da non richiedere come passaggio necessario l'accordo con la controparte sindacale»¹⁶²⁷, come, ad esempio, quella delle conciliazioni individuali plurime ex art. 2113 Cod. Civ.¹⁶²⁸. In seconda battuta, le organizzazioni sindacali sembrano essere dei soggetti strutturalmente inidonei a negoziare degli accordi che, per garantire la sopravvivenza di un complesso aziendale, prevedano il sacrificio attuale dei diritti individuali dei lavoratori coinvolti, soprattutto quando ciò comporta la perdita del posto di lavoro da parte di alcuni di essi. Infatti, esse hanno il ruolo di rappresentare e, dunque, proteggere gli interessi della totalità dei dipendenti dell'imprenditore potenziale cedente, ma, dall'altro, hanno il

¹⁶²⁵ Sul punto, si rimanda alle considerazioni di G. ORLANDINI, Il trasferimento di azienda nelle imprese in stato di crisi tra dibattito teorico e prassi sindacale, op. cit., pagg. 608-610 e 632-634.

¹⁶²⁶ Si vedano i contributi citati, in primo luogo, alla nota 16 e, in seconda battuta, alla nota 14.

¹⁶²⁷ Sul punto, si veda l'analisi empirica, svolta comunque con riferimento ad un contesto normativo parzialmente difforme, da G. ORLANDINI, Il trasferimento di azienda nelle imprese in stato di crisi tra dibattito teorico e prassi sindacale, op. cit., pag. 609, secondo cui «l'imprenditore che intende cedere la propria azienda può attivare le procedure di mobilità e, una volta completate, cedere il complesso aziendale «alleggerito» dagli esuberi» oppure «può trasferire una parte dell'azienda, eventualmente mantenendo presso di sé parte del personale ad essa adibito». Inoltre, «l'accordo sindacale diventa necessario [solo] quando si vuole ottenere l'effetto di «novazione» del rapporto per i dipendenti trasferiti, ma anche in questo caso le parti tendono a non utilizzare esplicitamente la «procedura» prevista dall'art. 47, co. 5. Assai frequente è l'ipotesi in cui l'impresa cessa ogni attività e licenzia tutti i dipendenti, salvo poi accordarsi con il sindacato e con un'impresa terza per la riassunzione di tutti o parte degli stessi. Oggetto dell'accordo non è così il trasferimento, ma la quota dei lavoratori «disoccupati» da riassumere e le condizioni del loro «nuovo» impiego».

¹⁶²⁸ Si rimanda, sul punto, ai riferimenti di cui alla nota 19.

difficile compito di dover giustificare, dopo aver concordato il passaggio solo parziale della forza lavoro alle dipendenze del cessionario, la scelta di garantire, in concreto, soltanto i diritti individuali di una parte dei lavoratori rappresentanti, sacrificando, invece, quelli degli altri¹⁶²⁹. Quest'ultimo rischio, effettivo nelle ipotesi del co. 5, non sembra essere insormontabile, in realtà, nelle ipotesi previste dal co. 4-*bis* dell'art. 47 l. n. 428 del 1990. Infatti, non essendo possibile alcuna deroga al principio di continuità dei rapporti di lavoro con il cessionario, i sindacati potrebbero ben sedersi al tavolo delle trattative concordando sacrifici tendenzialmente distribuiti in modo equo sull'intera forza lavoro. In ogni caso, la circostanza per cui l'unica materia davvero negoziabile sembra essere quella della responsabilità solidale tra cedente e cessionario rende il ricorso a tale strumento poco utile per un imprenditore in crisi, posto che la disciplina derogatoria non gli permette, in concreto, di agire in maniera determinante né sul costo né sull'organizzazione del lavoro rispetto a quanto non sia già possibile nel caso di impresa *in bonis*.

In aggiunta a ciò, occorre segnalare che restano ancora dubbi sulla effettiva compatibilità del dato normativo italiano con quello europeo, poiché alcune delle ipotesi enumerate dall'art. 47, co. 4-*bis*, l. n. 428 del 1990 potrebbero tuttora essere passibili di un giudizio di non conformità alla disciplina europea, con il rischio concreto che la Commissione possa prima o poi decidere di aprire una nuova procedura di infrazione contro lo Stato italiano. Ci si riferisce, in particolare, al caso in cui il trasferimento d'azienda riguardi imprese «per le quali vi sia stata l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti» o vi sia stato l'accertamento dello stato di «crisi aziendale» ai fini della concessione del trattamento di integrazione salariale.

Con riferimento all'accordo di ristrutturazione dei debiti, il controllo esercitato dall'autorità giudiziaria arriva solo a valle dell'accordo privatistico tra debitore e ceto creditorio. Per converso, la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha ribadito più volte che, ai fini dell'ammissibilità della deroga, tale controllo debba essere esercitato capillarmente, tanto sull'apertura quanto sullo svolgimento della procedura¹⁶³⁰, cosa che non sembra avvenire nel caso di specie. Infatti, nell'ambito dell'accordo di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 186-*bis* l. fall., il controllo pubblico viene esercitato solo in sede di omologa, non essendoci alcun intervento da parte di alcuna autorità, sia essa amministrativa o giudiziaria, al momento della negoziazione dell'accordo privatistico¹⁶³¹.

Dubbi analoghi sorgono, inoltre, con riguardo alla già problematica ipotesi dell'accertamento dello stato di «crisi aziendale». Infatti, sembra che permangano, anche dopo le novelle legislative,

¹⁶²⁹ Tant'è che «si richiede [...] al sindacato [...] di amministrare un difficile equilibrio tra gli stessi lavoratori [...] dovendo "governare" [...] una "guerra tra poveri", con non poche ripercussioni sul piano della stessa rappresentanza sindacale», come sottolineato da P. LAMBERTUCCI, Il trasferimento di azienda in crisi, op. cit., 2010, 11S, pt. 1, pag. 74.

¹⁶³⁰ Si rimanda, da ultimo, a quanto statuito da Corte di Giustizia 22 giugno 2017, cit., punti 53-57.

¹⁶³¹ Infatti, «a differenza di quanto preveduto in caso di concordato preventivo, il tribunale non è chiamato ad emanare un provvedimento di "ammissione alla procedura", né a nominare un commissario giudiziale, chiamato ad effettuare verifiche ed a fornire ai creditori le opportune informazioni e valutazioni. L'accordo va semplicemente depositato ed un intervento del tribunale - salvo il caso di richiesta di provvedimento di divieto dei procedimenti cautelari ed esecutivi [n.d.r. di cui al co. 6 dell'art. 186-*bis* l. fall., nel qual caso un controllo del tribunale, comunque eventuale, è previsto a norma del co. 7 del medesimo articolo] - è preveduto soltanto in sede di omologa», cfr. L. GUGLIELMUCCI, Diritto fallimentare, 2015, Torino, F. PADOVINI (a cura di), pagg. 356-357.

In senso contrario, ritiene compatibile tale ipotesi con il dettato normativo europeo, sul presupposto che il giudizio di omologazione abbia una mera funzione certificativa dell'avvenuta approvazione del piano, M. MARAZZA, La circolazione del patrimonio aziendale e gli effetti sui contratti di lavoro, op. cit., pag. 71.

parte di quelle incompatibilità che hanno portato alla condanna dello Stato italiano da parte della Corte di Giustizia nel 2009. Infatti, il legislatore italiano non sembra aver risolto la principale questione di contrasto di tale disciplina con quella europea, cioè quella relativa all'assenza di un adeguato controllo da parte dell'autorità giudiziaria¹⁶³². Tant'è che resta più che attuale la puntuale risposta dei giudici di Lussemburgo che, dinanzi alla difesa dello Stato italiano, che ha obiettato che le parti hanno comunque il diritto di adire l'autorità competente nell'ipotesi di mancato rispetto della procedura, hanno chiuso lapidariamente la questione precisando che «tale diritto non può essere considerato come costitutivo del controllo giudiziario previsto dall'articolo citato [*n.d.r.* l'art. 5, par. 3, direttiva 2001/23/CE], dal momento che quest'ultimo presuppone un controllo costante dell'impresa dichiarata in situazione di grave crisi economica da parte del giudice competente». Sul punto, pertanto, la disciplina italiana resta pericolosamente suscettibile di incompatibilità con quella europea¹⁶³³.

Insomma, la disciplina potenzialmente derogatoria dell'art. 2112 Cod. Civ. disegnata dal legislatore italiano per facilitare la circolazione dei complessi aziendali di titolarità di un imprenditore in crisi, che sembrerebbe voler riconoscere nel trasferimento d'azienda la via preferenziale per l'uscita dalla crisi, continua a sollevare parecchi dubbi interpretativi e pochissime certezze applicative.

Tale risultato è frutto, come precisato in apertura, del difficile dialogo tra legislatore e Corte di Giustizia europei, da un lato, e legislatore italiano, dall'altro, che hanno dato storicamente vita a due diverse discipline, relative alla medesima materia, fondate su delle scelte di politica del diritto tra loro parzialmente incompatibili¹⁶³⁴. Quella europea ha infatti perseguito l'obiettivo di una garanzia più forte dei diritti individuali dei dipendenti coinvolti nel trasferimento, anche a costo di disincentivare la circolazione di complessi di beni idonei all'esercizio di attività di impresa, limitando la possibilità di una ampia deroga alla disciplina di tutela dei lavoratori solo dinanzi ad ipotesi di irreversibilità della crisi dell'imprenditore. Quella italiana ha, invece, ammesso, in generale, la possibilità - mediata però dalla necessità per cedente e cessionario di concludere un accordo con il sindacato come condizione per accedere alla disciplina derogatoria¹⁶³⁵ - di un sacrificio dei

¹⁶³² Tale conclusione della Corte di Giustizia ha comunque sollevato qualche perplessità in dottrina. Sul punto, si rimanda ai rilievi di cui alla nota 52.

¹⁶³³ Nello stesso senso, M.L. SERRANO, Il trasferimento dell'azienda in crisi tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale: ultimo atto?, op. cit., pagg. 336 e 351-354. In senso contrario, ritiene coerente con il diritto comunitario la collocazione di tale ipotesi derogatoria nell'ambito della disciplina del co. 4-bis dell'art. 47 l. n. 428 del 1990, in quanto lo stato di crisi è dichiarato dal Ministero del Lavoro e sottoposto ad un controllo giudiziale, comunque solo eventuale, da parte dei giudici amministrativi e di quelli del lavoro, M. MARAZZA, La circolazione del patrimonio aziendale e gli effetti sui contratti di lavoro, op. cit., pag. 67.

Si badi, in ogni caso, che, alla luce dell'interpretazione conforme data dai giudici italiani (cfr. paragrafi 4 e 5 di questo contributo), pare che la portata derogatoria dell'accordo sindacale concluso nell'ambito di una crisi aziendale sia praticamente nulla. Ciò potrebbe rendere quindi inutile, dal punto di vista pratico, l'attivazione di una procedura di infrazione contro lo Stato italiano, posto che essa non avrebbe alcun effetto utile all'interno del nostro ordinamento.

¹⁶³⁴ Sottolinea la diversa impostazione del legislatore europeo e di quello italiano, C. CESTER, Due recenti pronunzie della Corte di Giustizia europea in tema di trasferimento d'azienda, op. cit., pag. 240; rileva tale diversa sensibilità della dir. 2001/23/CE rispetto alla normativa italiana anche M.L. VALLAURI, Il lavoro nella crisi dell'impresa, op. cit., pag. 123.

¹⁶³⁵ U. CARABELLI, Alcune riflessioni sulla tutela dei lavoratori nei trasferimenti d'azienda: la dimensione individuale, in op. cit., pag. 65; più recentemente, M. MARAZZA, La circolazione del patrimonio aziendale e gli effetti sui contratti di lavoro, op. cit., pag. 46.

Sulle problematiche pratiche e giuridiche correlate alla necessità di concludere un siffatto accordo nell'ordinamento italiano, si veda quanto precisato supra nell'ambito del paragrafo 6 e, in particolare, quanto riferito alle note 79-82.

diritti individuali di alcuni lavoratori anche in ipotesi di crisi non definitiva dell'imprenditore potenziale cedente, dando maggior peso all'interesse superindividuale alla conservazione di un complesso di beni, soprattutto qualora esso sia ancora in esercizio, in modo da tutelare più incisivamente, seppur in via indiretta, i livelli occupazionali.

A ben vedere, la scelta di politica del diritto adottata storicamente dal legislatore italiano sarebbe stata coerente con il nuovo assetto sistematico approntato dalle riforme della legge fallimentare dal 2006 ad oggi¹⁶³⁶. Il legislatore fallimentare, infatti, ha tentato di favorire sempre di più soluzioni della crisi di impresa idonee ad evitare la liquidazione atomistica del patrimonio aziendale dell'impresa del debitore. Ciò sul presupposto per cui tale ultimo scenario, oltre a non tutelare al meglio l'interesse del ceto creditorio a monetizzare al meglio i beni di titolarità dell'imprenditore¹⁶³⁷, determini anche la scomparsa di un complesso di beni che sarebbe comunque potuto essere idoneo all'esercizio di attività d'impresa, con un *vulnus* indiretto per il sistema produttivo nel suo complesso¹⁶³⁸.

Alla luce di ciò, una disciplina del trasferimento d'azienda nell'impresa in crisi, che tenti, a fronte di un arretramento della tutela dei diritti individuali della totalità dei lavoratori effettivamente coinvolti nel processo di vendita, di favorire la circolazione di complessi aziendali idonei all'esercizio di un'attività di impresa sarebbe perfettamente in linea con i nuovi obiettivi perseguiti dal legislatore fallimentare delle riforme e sarebbe inoltre capace di assicurare, a livello superindividuale, una tutela del lavoro più incisiva, per due ordini di motivi. A livello attuale, infatti, una siffatta disciplina sarebbe idonea a garantire che almeno una parte dei lavoratori afferenti ad una azienda o a un ramo ceduto possano effettivamente continuare ad avere un posto di lavoro. A livello potenziale, inoltre, la circostanza che un determinato complesso di beni, magari anche in esercizio, destinato verosimilmente a scomparire dal mercato, possa continuare ad essere funzionale all'esercizio di un'attività di impresa, potrebbe anche garantire, in un futuro più o meno immediato, che l'imprenditore che ne è titolare riesca a crescere e, di conseguenza, ad assumere nuovi lavoratori. Il rischio di un tale approccio, come osservato in apertura, è che una disciplina che permetta ampie ed automatiche deroghe alla disciplina protettiva potrebbe incentivare i datori di lavoro a ristrutturare la propria azienda a discapito dei lavoratori coinvolti. In ogni caso, ciò non pare costituire un vero e proprio rischio nell'ambito della disciplina italiana, perlomeno nel caso in cui tali deroghe vengano concordate con il sindacato utilizzando lo strumento di cui all'art.

¹⁶³⁶ M. MARAZZA, La circolazione del patrimonio aziendale e gli effetti sui contratti di lavoro, op. cit., pag. 44.

¹⁶³⁷ Data l'assoluta impossibilità, in tale circostanza, di valorizzare componenti attive immateriali del patrimonio aziendale dell'impresa del debitore quale, ad esempio, l'avviamento.

¹⁶³⁸ Nel perseguire tale obiettivo, si è tentato, in prima battuta, di ricorrere a soluzione concordate della crisi d'impresa, tramite la rivisitazione dell'istituto del concordato preventivo e l'introduzione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti. La riforma di tale procedure fa sì che esse, sebbene comportino un arretramento nella tutela attuale del ceto creditorio, potrebbero essere poi funzionali a garantire, in una prospettiva di risanamento dell'impresa del debitore, un più probabile soddisfacimento dei creditori nel medio periodo. In secondo luogo, il legislatore fallimentare, soprattutto ove la strada della ristrutturazione dell'attività in capo al debitore non fosse percorribile, ha incentivato le ipotesi di circolazione dell'azienda o di suoi rami al fine di conservazione dell'organismo produttivo, sul presupposto che la cessione di un complesso di beni, soprattutto se in esercizio, garantisca non solo un più fruttuoso realizzo del patrimonio aziendale dell'impresa del debitore, con conseguente maggior beneficio per i creditori rispetto ad uno scenario di liquidazione atomistica dei suoi beni, ma anche una tutela maggiore di altri interessi coinvolti, quale quello della tutela, seppur parziale, dei livelli occupazionali.

47, co. 4-bis e 5, l. n. 428 del 1990, cosa che, come osservato in precedenza, potrebbe comunque non essere la regola nella prassi invalsa nel mercato.

In ogni caso, stante l'insensibilità del legislatore europeo e della Corte di Giustizia a tali istanze¹⁶³⁹, si assiste, in concreto, ad una sorta di eterogenesi dei fini del legislatore italiano, che ha tentato di garantire, anche dopo l'ultima novella dell'art. 47 l. n. 428 del 1990, dei margini di deroga all'art. 2112 Cod. Civ. più ampi rispetto a quelli ammessi dal diritto europeo, sia con riferimento al novero delle ipotesi derogatorie che alla portata delle possibili deroghe, senza però fare i conti, oltre che con il rischio che una nuova procedura di infrazione venga aperta a carico dello Stato italiano, con la spada di Damocle dell'interpretazione conforme della disciplina italiana ai dettami del diritto europeo¹⁶⁴⁰. Il risultato, dunque, è che gli operatori economici italiani si trovano a fare i conti con un apparato normativo che, nel suo tenore letterale, sembra garantire loro ampi margini di manovra i quali, però, finiscono per essere, una volta fatti i conti con il diritto europeo, molto più risicati.

Concludendo, lo scenario descritto dimostra come la disciplina di cui all'art. 47, co. 4-bis e 5, l. n. 428 del 1990 continui ad essere uno strumento problematico. Infatti, allo stato attuale, esso non sembra né costituire un mezzo utile, in concreto, a perseguire gli obiettivi di politica del diritto cui sembra essersi storicamente ispirato il legislatore italiano, né garantire agli operatori economici uno schema normativo chiaro ed efficace nella gestione delle crisi d'impresa.

¹⁶³⁹ Peraltro, alla luce delle osservazioni di cui sopra, ci si dovrebbe iniziare a interrogare, anche a livello europeo, sul fatto che una disciplina così rigida possa dirsi davvero coerente con il mantra - utilizzato in apertura di ogni sentenza della Corte di Giustizia (cfr. da ultimo, Corte di Giustizia 22 giugno 2017, cit., punto 38) - secondo cui la dir. 2011/23/CE miri, in concreto, a tutelare i lavoratori nell'ambito di un trasferimento d'azienda nell'impresa in crisi. Sembra, infatti, - così come già rilevato, mutatis mutandis, con riferimento alla disciplina del trasferimento d'azienda nell'impresa in bonis (si veda, sul punto, quanto precisato alla nota 2) - che, in determinate circostanze, l'applicazione delle regole di cui alla dir. 2011/23/CE possa essere contraria all'interesse dei lavoratori (se non tutti, almeno di alcuni) coinvolti nel trasferimento.

¹⁶⁴⁰ Sul punto, si veda ancora M.L. SERRANO, Il trasferimento dell'azienda in crisi tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale: ultimo atto?, op. cit., pag. 354, che, nel commentare la risposta italiana alla condanna da parte della Corte di Giustizia nel 2009, ha sottolineato «l'assenza di visione prospettica del legislatore italiano» che, nel limitarsi a un lieve ritocco della complessa disciplina, ha di fatto fallito «sia l'obiettivo della piena conformità al dettato comunitario sia quello alternativo della salvaguardia della ratio in base alla quale la norma era stata originariamente introdotta».