

Il trasferimento di azienda in crisi tra ordinamento comunitario e ordinamento italiano

di Lorenzo Lama

Il rapporto tra ordinamento italiano e quello comunitario in tema di trasferimento d'azienda in crisi non è stato mai privo di contrasti.

Come noto, l'art. 47, comma 5, della l. n. 428/1990, esentava dalla applicazione dell'art. 2112 c.c. (quale riformulato dal comma 3 dell'articolo stesso) i trasferimenti che riguardassero aziende dichiarate in stato di crisi aziendale accertata dal CIPI ai sensi dell'art. 2, comma 5, lett. c, della l. n. 675/1977, ovvero imprese nei confronti delle quali vi fosse stata dichiarazione di fallimento, ovvero omologazione di concordato preventivo consistente nella cessione di beni, ovvero emanazione del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa ovvero di sottoposizione all'amministrazione straordinaria. In questi casi – e ove fosse stato raggiunto un accordo per il mantenimento anche parziale dell'occupazione – non si applicavano le disposizioni dell'art. 2112 c.c., salve le condizioni di miglior favore che fossero state stabilite dall'accordo concluso in sede di esame congiunto (che avrebbe anche potuto prevedere che parte del personale ritenuto eccedentario rimanesse alle dipendenze del cedente).

L'anzidetta disciplina nazionale, con cui il legislatore – nell'obiettivo del mantenimento, per quanto possibile, dell'occupazione – aveva concesso di sacrificare tutte o parte delle tutele che l'art. 2112

c.c., appresta a favore dei lavoratori anche nel caso di trasferimento di aziende il cui stato di crisi fosse stato accertato in via amministrativa (e quindi soggette a procedure non finalizzate alla liquidazione dei beni dell'impresa) finiva peraltro per risultare in contrasto:

1. sia con la precedente direttiva 77/187/CEE (che pure l'art. 47, della l. n. 428/1990, intendeva recepire nel nostro ordinamento) la quale – nell'attribuire ai lavoratori il diritto di passare automaticamente alle dipendenze dell'acquirente e di conservare tutti i diritti maturati in dipendenza del rapporto di lavoro – non conteneva alcuna disposizione che consentisse di derogare alle tutele previste per i lavoratori, salva peraltro la possibilità per gli Stati membri di prevedere disposizioni più favorevoli per i lavoratori;
2. sia con i più flessibili orientamenti del giudice comunitario, che già prima dell'entrata in vigore della l. n. 428/1990 aveva riconosciuto la possibilità di non applicare la direttiva 77/187/CEE solo nel caso di trasferimento di azienda in cui il cedente fosse sotto posto a procedure di fallimento ovvero a procedure destinate a concludersi con la liquidazione dei beni dell'impresa (C. Giust. 7 febbraio 1985, causa C-135/83), e che anche successivamente

all'entrata in vigore della l. n. 428/1990 avrebbe affermato (C. Giust. 7 dicembre 1995, causa C-472/93) che nei casi di trasferimento d'azienda di cui fosse stato accertato in via amministrativa lo stato di crisi dovesse invece applicarsi la direttiva 77/187/CEE, tenuto conto da un lato di come il relativo procedimento risultasse finalizzato non «alla liquidazione dell'impresa», ma «a favorire la prosecuzione della sua attività nella prospettiva di una futura ripresa».

Nel quadro della situazione di contrasto appena esposta, la direttiva 77/187/CEE risultava dapprima modificata dal legislatore comunitario attraverso la direttiva 98/50/CE, e poi abrogata dalla direttiva 2001/23/CE (che per altro verso “consolidava” la direttiva 98/50/CE) le cui disposizioni, oltre a prevedere una serie di tutele e garanzie per i lavoratori interessati dal trasferimento d'azienda – ed in particolare che i diritti e gli obblighi derivanti dal rapporto di lavoro in capo al cedente si trasferissero in capo al cessionario (art. 3.1, con previsione che è stata pacificamente interpretata come comprendente il diritto del lavoratore alla prosecuzione del rapporto di lavoro con il cessionario), che il cedente potesse rimanere responsabile, “accanto al cessionario”, degli obblighi derivanti dal rapporto di lavoro e preesistenti al trasferimento (art. 3.2), che il cessionario fosse tenuto a rispettare le condizioni di lavoro risultanti dai contratti collettivi applicati dal cedente fino alla loro scadenza (art. 3.3) e che il trasferimento d'azienda non fosse di per sé motivo di licenziamento dei lavoratori, salva la praticabilità dei licenziamenti per motivi economici, tecnici e organizzativi che comportassero variazioni sul piano dell'occupazione (art. 4) – contemplavano anche la possibilità di non applicare il sistema di garanzie come sopra apprestato a favore dei lavoratori (art. 5), ove ricorressero alcune specifiche ipotesi di “ampiezza derogatoria” decrescente.

In particolare, la prima di dette ipotesi derogatorie (art. 5.1) – applicabile nei casi di trasferimento di imprese in cui il cedente fosse sottoposto a procedura fallimentare, o a una analoga procedura di insolvenza finalizzata alla liquidazione dei beni del cedente, che si svolgano sotto il controllo di un'autorità pubblica competente – prevede che non si applichino gli artt. 3 e 4 della direttiva (e quindi che i lavoratori interessati non passino alle dipendenze del cessionario).

La seconda ipotesi derogatoria (art. 5.2) – applicabile in caso di trasferimento di imprese sottoposte a una procedura di insolvenza (indipendentemente dal fatto che questa fosse finalizzata alla liquidazione dei beni del cedente) ed a condizione che la stessa intervenga sotto il controllo di un'autorità pubblica competente – prevede invece che uno Stato membro possa disporre che gli obblighi del cedente derivanti dal rapporto di lavoro non siano trasferiti al cessionario, a condizione che sia garantita ai lavoratori una protezione almeno equivalente a quella prevista dalla direttiva 80/97/CEE per il caso di insolvenza del cedente (art. 5.2 lett. a, ovvero che il cedente, il cessionario ed i rappresentanti dei lavoratori possano convenire di modificare le condizioni di lavoro di questi ultimi, al fine salvaguardare le opportunità occupazionali garantendo la sopravvivenza dell'impresa (art. 5.2 lett. b).

La terza ipotesi derogatoria (art. 5.3) – applicabile nel caso in cui l'impresa coinvolta nella vicenda traslativa versi in una situazione di grave crisi economica quale definita dal diritto nazionale, purché dichiarata da un'autorità pubblica competente e aperta al controllo giudiziario (e sempreché le relative disposizioni siano già in vigore nel diritto nazionale alla data del 17 luglio 1998) – prevede infine che uno Stato membro possa disporre nei termini di cui all'art. 5.2, lett. b.

La sentenza della Corte di giustizia 11 giugno 2009, causa C-561/07

Tenuto conto di come la direttiva 2001/23/CE prevedesse all'art. 5 la possibilità di derogare alle garanzie apprestate, dai suoi artt. 3 e 4, a favore dei lavoratori, risulta comprensibile come in dottrina si fosse ritenuto che essa avesse sanato il “contrasto” che si era venuto in precedenza a creare tra la previsione con cui l'art. 47, comma 5, della l. n. 428/1990 (che consentiva, in specifici casi dallo stesso contemplati, di non applicare le disposizioni di cui all'art. 2112 c.c., i cui principi risultavano sostanzialmente riprodotti dagli artt. 3 e 4 della direttiva 2001/23/CE) e la direttiva 77/187/CEE (che invece, come già segnalato, non contemplava alcuna possibilità di deroga al sistema di garanzie e tutele da essa previste a favore dei lavoratori).

Alcuni autori avevano peraltro avanzato dubbi sulla conformità della legislazione nazionale rispetto alla legislazione comunitaria, non tanto con riguar-

do alle fattispecie derogatorie, quanto piuttosto in relazione all'ampiezza della deroga concessa dall'ordinamento italiano in caso di procedure di insolvenza non finalizzate alla liquidazione dei beni dell'impresa ovvero di procedure amministrative di accertamento dello stato di crisi aziendale.

Tali dubbi (che in buona sostanza prendevano spunto dalla considerazione di come in detti casi l'art. 47, comma 5, della l. n. 428/1990, finisse per ammettere che attraverso l'accordo potesse derogare alla trasmissione automatica dei rapporti di lavoro in capo al cessionario, mentre l'art. 5.3 della direttiva 2001/23/CE consentiva soltanto la modificazione *in peius* le condizioni di lavoro dei lavoratori passati alle dipendenze del cessionario) erano stati peraltro superati dalla dottrina in considerazione della finalità di salvaguardia dell'occupazione cui risultava ispirata la direttiva, nonché della coerente necessità di attribuire alle rappresentanze sindacali la possibilità di "mediare" tra la tutela dei diritti individuali dei singoli lavoratori e le necessità di garantire la sopravvivenza dell'impresa.

In tale contesto di ritenuta legittimità della più ampia deroga consentita dall'ordinamento italiano, con sentenza dell'11 giugno 2009 la Corte di giustizia – decidendo su un ricorso con cui la Commissione delle Comunità europee aveva obiettato, con specifico riferimento ai casi di crisi aziendale accertati ai sensi dell'art. 2, comma 5, lett. c, della l. n. 675/1997, che la disapplicazione dell'art. 2112 c.c. prevista dall'art. 47, commi 5 e 6, della l. n. 428/1990, non rispettasse i diritti riconosciuti ai lavoratori dagli artt. 3 e 4 della direttiva 2001/23/CE (le cui garanzie, come rilevato nella pronuncia della Corte, risultano "trasposte" nella disposizione di cui all'art. 2112 c.c.), e che quindi lo Stato italiano era venuto meno agli obblighi derivantigli dalla direttiva medesima – si è nuovamente pronunciata sul tema dei non facili rapporti tra normativa comunitaria e normativa nazionale italiana in tema di trasferimento d'azienda.

A fronte delle argomentazioni difensive con cui lo Stato Italiano – pur non contestando che in caso di accertato stato di crisi dell'impresa la disapplicazione dell'art. 2112 c.c. prevista dall'art. 47, commi 5 e 6, della l. n. 428/1990, finisse per non dare attuazione delle garanzie previste dagli artt. 3 e 4 della direttiva 2001/23/CE – aveva sostenuto la legittimità di tale disapplicazione in funzione della derogabilità delle correlate garanzie prevista dalla stessa direttiva, la Corte di giustizia ha osservato come

il legislatore comunitario non abbia mancato di prevedere espressamente casi in cui «ha voluto escludere l'applicazione degli artt. 3 e 4 della Direttiva 2001/23» («come emerge dalla lettera stessa dell'art. 5, n. 1 della Direttiva citata, secondo cui tali artt. 3 e 4 non si applicano al trasferimento di un'impresa che sia oggetto di una procedura fallimentare o di procedura di insolvenza analoga aperta in vista della liquidazione dei beni»), ed in particolare che la disapplicazione dell'art. 2112 c.c., portata dall'art. 47, commi 5 e 6, della l. n. 428/1990, non potesse trovare fondamento nella disposizione di all'art. 5.3 della direttiva.

Tale disposizione, infatti, ha osservato la Corte, «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», mentre «è pacifico che l'art. 47, quinto comma, della l. n. 428/1990 priva puramente e semplicemente i lavoratori, in caso di trasferimento di un'impresa di cui sia stato accertato lo stato di crisi, delle garanzie previste dagli artt. 3 e 4 della Direttiva 2001/23 e non si limita, di conseguenza, ad una modifica delle condizioni di lavoro quale è autorizzata dall'art. 5, n. 3, della Direttiva 2001/23».

Avuto infine riguardo alla circostanza per cui l'applicazione dell'art. 5.3 della direttiva 2001/23/CE è subordinata alla possibilità del controllo giudiziario della procedura di accertamento dello stato di crisi aziendale, la Corte ha respinto la precisazione dello Stato italiano secondo cui «le parti hanno il diritto di adire l'autorità giudiziaria competente nell'ipotesi di mancato rispetto della procedura prevista», osservando che «tale diritto non può essere considerato come costitutivo del controllo giudiziario previsto dall'articolo citato, dal momento che quest'ultimo presuppone un controllo costante dell'impresa dichiarata in situazione di grave crisi economica da parte del giudice competente».

Sulla scorta di tali considerazioni, la Corte ha quindi accolto il ricorso della Commissione delle Comunità europee ed ha rilevato che «mantenendo in vigore le disposizioni di cui all'art. 47, commi 5 e 6, della l. n. 428/1990, in caso di "crisi aziendale" a norma dell'art. 2, quinto comma, lett. c), della l. n. 675/1977, in modo tale che i diritti riconosciuti ai lavoratori dall'art. 3, nn. 1, 3 e 4, nonché dall'art. 4

della Direttiva 2001/23 non sono garantiti nel caso di trasferimento di un'azienda il cui stato di crisi sia stato accertato, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza di tale Direttiva».

Le novità legislative in tema di trasferimento d'azienda in crisi per ottemperare alla sentenza della Corte di giustizia. Osservazioni conclusive

Nel quadro della situazione esposta, ed «al fine di dare attuazione» alla pronuncia della Corte di giustizia, con l'art. 19-*quater* del d.l. 25 settembre 2009, n. 135 (convertito con modifiche in l. 20 novembre 2009, n. 166), il legislatore italiano ha inserito nel corpo dell'art. 47 della l. n. 428/1990 un nuovo comma 4-*bis* per effetto del quale, nel caso in cui sia stato raggiunto un accordo circa il mantenimento, anche parziale, dell'occupazione, «l'art. 2112 del codice civile trova applicazione nei termini e con le limitazioni previste dall'accordo medesimo qualora il trasferimento riguardi» – tra l'altro – «aziende delle quali sia stato accertato lo stato di crisi aziendale», ai sensi dell'art. 2, comma 5, lett. c, della l. n. 675/1977.

Sotto un profilo formale, si rileva come la novella legislativa abbia lasciato sostanzialmente inalterata la procedura amministrativa di accertamento dello stato di crisi aziendale (salva la traslazione della titolarità della procedura medesima – per effetto dell'art. 2 comma 4 del d.P.R. 20 aprile 1994, n. 373 – dal CIPI al Ministero del Lavoro, che ha il compito di accertare la «crisi aziendale di particolare rilevanza sociale» come causale di intervento per la Cigs) e peraltro non abbia introdotto quell'elemento di «controllo costante dell'impresa dichiarata in situazione di grave crisi economica da parte del giudice competente» cui ad avviso della Corte di giustizia – secondo l'accezione dalla stessa attribuita al requisito del “controllo giudiziario” previsto dalla lettera dell'art. 5.3, della direttiva 2001/23/CE – dovrebbe in ogni caso rimanere subordinata l'applicabilità della deroga contemplata dalla norma appena citata. D'altra parte, un'eventuale innovativa introduzione, da parte del legislatore italiano, dell'anzidetto “controllo giudiziario” (nel senso inteso dalla Corte di giustizia) non soddisferebbe la condizione – espressamente indicata dall'art. 5.3 della direttiva – per cui la legittimità della relativa deroga resta subordinata alla

vigenza della relativa disposizione alla data del 17 luglio 1998.

Sotto un profilo sostanziale, si osserva come la disposizione del nuovo art. 4-*bis*, pur garantendo in linea di principio l'applicazione del sistema di tutele apprestato dall'art. 2112 c.c. (a differenza di quanto previsto dalla norma previgente, che prevedeva *tout court* la disapplicazione della norma in parola), rischi poi di lasciar spazio – attraverso la precisazione per cui detta applicazione interviene «nei termini ed alle condizioni» previsti dall'accordo sindacale – ad una possibile «disapplicazione nella pratica» (parziale o perfino totale) delle disposizioni dello stesso art. 2112 c.c. e, con esse, di quelle tutele previste dagli artt. 3 e 4 della direttiva 2001/23/CE che la Corte di giustizia aveva rimproverato all'art. 47, commi 5 e 6, di non garantire.

La potenzialità derogatoria dell'accordo di cui al nuovo comma 4-*bis* della l. 428/1990 – che può stabilire “i termini” e “le limitazioni” di applicazione dell'intero art. 2112 c.c. – sembra quindi essere stata riconosciuta dal legislatore italiano in misura più ampia di quanto previsto dall'art. 5.3 della direttiva, dal momento che tale disposizione consente solo di stabilire – comunque, nel rispetto delle garanzie previste dagli artt. 3 e 4 della direttiva stessa – «modifiche delle condizioni di lavoro dei lavoratori» interessati dal trasferimento di un'impresa di cui sia stato accertato lo stato di crisi.

Quanto sopra tenuto anche di come, nella già ricordata sentenza dell'11 giugno 2009, la Corte di giustizia avesse dimostrato di intendere la nozione “condizioni di lavoro” di cui all'art. 5.3 della direttiva in un'accezione diversa da quella con cui la stessa nozione è risultata espressa dalla disposizione di cui all'art. 3.3, tanto da sottolineare che «la modifica della condizioni di lavoro ai sensi dell'art. 5, n. 3 della Direttiva 2001/23 non può rappresentare una deroga specifica alla garanzia prevista dall'art. 3, n. 3 della Direttiva stessa, che garantisce il mantenimento delle condizioni di lavoro convenute mediante contratto collettivo per un periodo non inferiore ad un anno dopo il trasferimento. Infatti poiché le norme della Direttiva 2001/23 vanno ritenute imperative nel senso che non è consentito derogare in senso sfavorevole ai lavoratori, i diritti e gli obblighi in capo al cedente risultanti da un contratto collettivo in essere alla data del trasferimento si trasmettono ipso iure al cessionario per il solo fatto del trasferimento [...]. Ne discende che la

modifica delle condizioni di lavoro autorizzata dall'art. 5 n. 3 della Direttiva 2001/23 presuppone che il trasferimento al cessionario dei diritti dei lavoratori abbia già avuto luogo».

Al riguardo, sembra ragionevole ritenere che attraverso l'introduzione del nuovo comma 4-bis il legislatore italiano abbia inteso affidare alla negoziazione aziendale gestionale – con margine di manovra superiore a quello consentito dall'ultima interpretazione dell'art. 5.3 della direttiva fornita dalla Corte di giustizia – il compito di mediare tra istanze occupazionali ed esigenze tecnico produttive, al fine di non scoraggiare definitivamente, specie nel quadro nell'attuale congiuntura economica, l'acquisto di aziende in crisi.

Dette considerazioni, ovviamente, non varrebbero ove fosse stato previsto che l'accordo di cui al nuovo comma 4-bis potesse contemplare “i termini” e “le limitazioni” nel rispetto dei quali avrebbe dovuto darsi applicazione non in generale all'art. 2112 c.c., ma in particolare (e mediante “accordi di ingresso” destinati a disporre *pro futuro*) ai trattamenti economici e normativi previsti dalle normative collettive che il cessionario sarebbe altrimenti tenuto ad applicare ai sensi dell'art. 2112, comma 3, c.c.

Indicazioni bibliografiche

Per una analisi del rapporto tra disciplina italiana e quella comunitaria in tema di trasferimento d'azienda in crisi si veda L. MENGHINI, *L'attenuazione delle tutele individuali dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda in crisi o soggetta a procedure concorsuali dopo la Direttiva 50/98 e il d. lgs 270/9*, in *RGL*, 2000, 209 e ss., e V. NUZZO, *Sul trasferimento d'azienda in crisi: cronaca di una condanna annunciata*, in *DRI*, 2009, n. 3, 843 e ss.

Relativamente alle posizioni dottrinarie che avevano ritenuto che la direttiva 98/50/CE avesse sanato il contrasto tra legislazione interna e legislazione comunitaria in tema di azienda in crisi, si vedano R. DE LUCA TAMAJO, M. T. SALIMBENI, *Il trasferimento d'azienda*, in A. VALLEBONA (a cura di), *I contratti di lavoro*, tomo 2, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato dei contratti*, Gabrielli, Torino, 2009, 1821 e ss.; nello stesso senso L. MENGHINI, *op. cit.*, e A. PIZZOFERRATO, *I Riflessi della Direttiva 98/50 CE sull'ordinamento italiano*, in *DLRI*, 1999, 475; *contra*, nel senso del dubbio sulla conformità del diritto interno alla direttiva comunitaria M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro e della comunità europea*, Cedam, 2007, IV ed., 358.

Sul tema dell'impossibilità per il giudice italiano – pur nella non conformità del diritto interno al diritto comunitario – di disapplicare l'art. 47 della l. n. 428/1990 per via interpretativa o in via diretta, stante l'“efficacia verticale” delle disposi-

zioni della direttiva e la sua conseguente inidoneità ad imporre obblighi nei rapporti tra privati, si veda G. SANTORO PASSARELLI, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2004, 81 e ss.

Da ultimo, 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 della stessa da parte dello stato italiano nelle ipotesi di deroga per crisi aziendale*, in *RIDL*, 2010, n. 1, 282 e ss. – evidenzia da un lato come la Corte si sia attenuta ad una lettura assolutamente pedissequa del disposto dell'art. 5.3 della direttiva 2001/23/CE ed ad una conseguente interpretazione restrittiva della deroga dalla stessa concessa (nonostante tale approccio non appaia propriamente idoneo a favorire l'obiettivo, dalla stessa direttiva esplicitamente perseguito, di salvaguardare le opportunità occupazionali attraverso la sopravvivenza dell'impresa), dall'altro sottolinea come la norma di cui al comma 4-bis non valga, in ultima analisi, a garantire l'eliminazione dei profili di contrasto con la normativa comunitaria.

Lorenzo Lama

Scuola internazionale di Dottorato
in Diritto delle relazioni di lavoro
Adapt – Fondazione Marco Biagi
Università degli Studi
di Modena e Reggio Emilia