



Diritto del lavoro e Codice della crisi d'impresa

a cura di

Pietro Lambertucci e Carlo Zoli



Giappichelli

Presentazione

Il Codice della crisi e dell'insolvenza, di cui al d.lgs. 11 gennaio 2019, n. 14, diretto a razionalizzare la disciplina delle procedure concorsuali, è entrato in vigore solo il 15 luglio 2022, dopo una fitta sequenza di interventi correttivi del legislatore (da ultimo la legge 29 giugno 2022, n. 79), a testimonianza che ci troviamo dinanzi ad un corpo normativo in *progress*, quale risultante del complesso equilibrio tra gli interessi in gioco da governare.

In ogni caso l'“incontro” tra procedure concorsuali e disciplina dei rapporti di lavoro coinvolti è stato sempre difficile, in ragione degli obiettivi connaturati alle prime, indirizzati alla massima soddisfazione del ceto creditorio – sia pure innervato all'interno di misure volte a garantire la continuità e la commerciabilità dell'impresa insolvente – mentre, per quanto attiene ai riflessi sulla gestione dei rapporti di lavoro, appare essenziale l'interesse al mantenimento dell'occupazione e, comunque, a rafforzare la tutela dei crediti di lavoro dei dipendenti coinvolti.

Si è già innescato un complesso dibattito se il Codice della crisi sia riuscito, come recitava la legge delega n. 155/2017, ad “armonizzare le procedure della crisi e dell'insolvenza del datore di lavoro con le forme di tutela dell'occupazione e del reddito dei lavoratori” (art. 2, comma 1, lett. p), nei vari capitoli sui quali si è sviluppato l'intervento legislativo (la “sorte” dei rapporti di lavoro nella liquidazione giudiziale, il licenziamento collettivo ed individuale, la tutela dei crediti di lavoro e dei crediti contributivi, la disciplina processuale, il trasferimento d'azienda).

In tale dibattito c'è chi ha ritenuto che il bilanciamento tra i diversi interessi abbia condotto il legislatore a razionalizzare sostanzialmente il quadro (anche giurisprudenziale) precedente, salvo pochi elementi significativi, mentre altri hanno sottolineato il tentativo del Codice di mettere in “comunicazione” la disciplina concorsuale e il rapporto di lavoro, anche sul piano della predisposizione di varie tecniche normative dirette a preservare il complesso aziendale e, in tal modo, scongiurare l'insolvenza.

Gli studiosi che in questa sede hanno ricostruito, sul piano sistematico, la complessa trama legislativa del Codice e il suo impatto sulla disciplina dei rapporti di lavoro – e ai quali va il nostro più sentito e caloroso ringraziamento per lo sforzo argomentativo profuso – hanno mostrato luci ed ombre della nuova disci-

plina; pertanto siamo ancor più convinti che il banco di prova di quest'ultima sarà di nuovo l'attività interpretativa della dottrina e gli orientamenti che maturerà la giurisprudenza, con auspicabili interventi chiarificatori dello stesso legislatore.

Pietro Lambertucci
Carlo Zoli

Il trasferimento d'azienda nel prisma del nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza

Alberto Lepore

Professore associato in Diritto del lavoro nell'Università degli Studi di Roma "Tre"

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le condizioni per esercitare la deroga e/o la modifica ai diritti. – 3. Il trasferimento d'azienda in crisi tra disciplina europea e diritto interno. – 4. Il trasferimento d'azienda in crisi all'interno del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: l'art. 2086 c.c. e l'art. 2112 c.c. – 5. La nozione per legge di "crisi aziendale". – 6. La cessione dei singoli beni aziendali. – 7. La cessione dell'azienda o della parte d'azienda. – 8. La procedura di informazione e consultazione: la fase della comunicazione. – 9. Il contratto collettivo a seguito della procedura di informazione e consultazione. – 10. La natura dell'accordo collettivo. – 11. Armonia e conflitto tra procedura lavoristica e procedura fallimentare. – 12. L'accordo collettivo di modifica dei diritti dei lavoratori. – 13. L'accordo collettivo in deroga ai diritti. – 14. Il trasferimento dell'azienda in concordato preventivo. – 15. L'amministrazione straordinaria delle imprese in crisi cedute. – 16. Rilievi conclusivi.

1. Premessa

Secondo la Relazione illustrativa al Codice della crisi e dell'insolvenza (d.l. 23 dicembre 2013, convertito nella legge 21 febbraio 2014, n. 9), l'art. 191, intitolato "*Effetti del trasferimento di azienda sui rapporti di lavoro*" ha lo scopo di armonizzare la tutela dell'occupazione e del reddito dei lavoratori con le procedure di gestione della crisi e dell'insolvenza del datore di lavoro¹. Com'è stato ben messo in evidenza sul punto il Codice della crisi determina una limitazione della libertà d'iniziativa economica funzionale alla tutela dell'occupazione². Il limite esterno

¹ L. IMBERTI, *Profili lavoristici del Codice della crisi e dell'insolvenza*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 191.

² M.L. VALLAURI, *La tutela dell'occupazione nel nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza dell'impresa*, in *Lav. e dir.*, 2020, p. 318.

alla libertà di iniziativa economica previsto dall'art. 41, comma 2, Cost. diventa un limite interno tale da direzionare la libertà dell'imprenditore alla tutela dell'occupazione ponendo problemi di compatibilità tra tali principi costituzionali e il gruppo delle norme che regolano il trasferimento d'azienda in crisi.

Il complesso delle norme che, oggi, disciplinano il trasferimento d'azienda in crisi costituiscono "un sottosistema"³ rispetto alle norme sul trasferimento d'azienda e questo è dovuto alla particolarità della situazione che richiede una particolare disciplina.

Attualmente dopo la riforma apportata dal Codice della crisi tale sottosistema si compone da un lato dall'art. 2112 c.c., dall'altro dall'art. 47 della legge 29 dicembre 1990, n. 428 come modificato dalla legge 21 febbraio 2014, n. 9. Tali modifiche vorrebbero creare un coordinamento più stretto tra tutela dei creditori e protezione dei lavoratori e cioè tra diritto fallimentare e diritto del lavoro.

Occorre, pertanto, analizzare se tale coordinamento tra norme a tutela dell'impresa e previsioni a tutela dei lavoratori sia riuscito oppure no.

2. Le condizioni per esercitare la deroga e/o la modifica ai diritti

Sin dalle leggi di emergenza il trasferimento dell'azienda interessata da crisi era stata disciplinata in modo speciale rispetto all'ipotesi della cessione dell'azienda *in bonis* (si veda la legge 26 maggio 1978, n. 215).

La specialità del trasferimento d'azienda in crisi è dovuta alla possibilità di derogare ai diritti dei lavoratori al fine della sopravvivenza dell'azienda e, anche, in molti casi, alla continuazione dei rapporti di lavoro.

Le due condizioni poste dalla norma perché vi possa essere una deroga all'art. 2112 c.c. sono: 1) un provvedimento giudiziale o amministrativo dichiarativo della crisi aziendale; 2) un contratto collettivo attraverso il quale le parti cedente e cessionario insieme ai sindacati derogano o modificano i diritti dei lavoratori⁴. La disciplina del trasferimento di azienda in crisi rappresenta una disciplina del tutto particolare nell'ambito del trasferimento d'azienda che vede la coesistenza e l'interazione tra due blocchi di norme: quello lavoristico che protegge i lavoratori nel-

³ P. LAMBERTUCCI, *Le tutele del lavoratore nella circolazione dell'azienda*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 65.

⁴ Cfr. per ulteriori approfondimenti G. SANTORO PASSARELLI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'impresa e di articolazione funzionalmente autonoma*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 79-85, nonché P. LAMBERTUCCI, *Le tutele del lavoratore nella circolazione dell'azienda*, cit., pp. 65-81; A. PIZZOFERRATO, *Il trasferimento d'azienda nelle imprese in crisi*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2004, pp. 149-164.

l'ambito del trasferimento d'azienda e quello del diritto fallimentare che regola le vicende dell'impresa qualora questa sia interessata da una situazione di crisi aziendale. Numerosi commentatori negli ultimi anni hanno messo in evidenza come i mutamenti avvenuti nel diritto fallimentare abbiano notevolmente influenzato anche gli effetti sulla disciplina a protezione dei lavoratori dettata dall'art. 2112 c.c. e dall'art. 47 della legge n. 428/1990. In particolare le riforme succedutesi nel corso degli ultimi anni hanno modificato la nozione di "crisi" e la finalità delle procedure concorsuali.

3. Il trasferimento d'azienda in crisi tra disciplina europea e diritto interno

Fin dalla sua emanazione, la norma ha posto il problema della sua conformità alla normativa europea, a causa dell'applicazione della deroga anche all'impresa in crisi beneficiaria dell'intervento della cassa integrazione guadagni⁵ e, quindi all'impresa interessata da una procedura finalizzata alla prosecuzione dell'attività economica.

Infatti la Corte di Giustizia ha in più occasioni ribadito⁶ che non rientrano nel campo di applicazione delle tutele predisposte dalla direttiva quei procedimenti il cui scopo sia la liquidazione dei beni del cedente, ma vi rientrano i trasferimenti effettuati nell'ambito di procedimenti amministrativi o giudiziari che consentono la prosecuzione dell'attività economica⁷.

A seguito dell'emanazione della direttiva 98/50/CE non sembrava più necessaria la modifica della disciplina interna⁸. La direttiva comunitaria del 1998 (e, oggi, la direttiva 23/2001) detta una disciplina parzialmente diversa sul trasferimento d'azienda in crisi. A tal riguardo l'art. 5 della direttiva 23/2001 stabilisce, in primo luogo, che le garanzie individuali non si applicano ai trasferimenti nel caso cui il cedente sia oggetto di una procedura fallimentare o di insolvenza analoga aperta in vista della liquidazione dei beni e sotto il controllo di un'autorità pubblica competente (par. 1). In secondo luogo, la stessa direttiva stabilisce che, laddove siano ap-

⁵ M. DE LUCA, *Salvaguardia dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda: funzione del diritto comunitario e della giurisprudenza della Corte di giustizia nella interpretazione ed applicazione della nuova disciplina nazionale (prime considerazioni sull'art. 47 della "legge comunitaria per il 1990")*, in *Foro it.*, 1991, IV, c. 289; U. CARABELLI, *Alcune riflessioni sulla tutela dei lavoratori nei trasferimenti d'azienda: la dimensione individuale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, I, p. 68; G. GRANDI, *Il trasferimento d'azienda*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, n. 5.1.

⁶ Corte Giust. CE 25 luglio 1991, C-362/89, in *Dir. lav.*, 1991, p. 329, con nota di FOGLIA.

⁷ Art. 5, par. 1, della direttiva 2001/23/CE.

⁸ V. G. SANTORO PASSARELLI, *Il difficile adeguamento del diritto interno al diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, I, pp. 317 ss. e 322.

plicabili le predette garanzie individuali, possono essere stipulati accordi collettivi di modifica delle condizioni di lavoro dei lavoratori, diretti a salvaguardare le opportunità occupazionali e la sopravvivenza dell'impresa (par. 2, lett. b). Tale ultima previsione può essere estesa dallo Stato membro al caso in cui il cedente si trovi in una situazione di grave crisi economica, come definita dal diritto nazionale, purché tale situazione sia dichiarata da un'autorità pubblica competente (art. 5, par. 3, della direttiva)⁹. Nonostante le opinioni della dottrina¹⁰ secondo le quali la direttiva avrebbe "sanato il contrasto" tra diritto interno italiano e disciplina europea la Corte di Giustizia con sentenza 11 giugno 2009, causa C-561/07¹¹ aveva condannato l'Italia.

Secondo la Corte, la disapplicazione dell'art. 2112 c.c., disposta dall'art. 47, commi 5 e 6, della legge n. 428/1990, non può trovare fondamento nella disposizione di cui all'art. 5.3 della direttiva 2001/23/CE.

Per la Corte, l'art. 47, comma 5, della legge n. 428/1990 priva 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 citata, che devono essere sempre e comunque osservate e non si limita, di conseguenza, ad una modifica delle condizioni di lavoro autorizzata dall'art. 5, n. 3, della direttiva stessa¹².

Al fine di conformare il diritto interno al diritto europeo, il legislatore italiano ha successivamente inserito nel corpo dell'art. 47 della legge n. 428/1990 un nuovo comma 4-bis¹³, per effetto del quale, qualora sia stato raggiunto un accordo circa il mantenimento, anche parziale, dell'occupazione, l'art. 2112 c.c. trova applicazione nei termini e con le limitazioni previste dall'accordo medesimo, rispetto ad aziende:

- a) delle quali sia stato accertato lo stato di crisi aziendale¹⁴;
- b) per le quali sia stata disposta l'amministrazione straordinaria¹⁵, in caso di continuazione o di mancata cessazione dell'attività.

⁹ Cfr. 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 n. 50/1998 e il d.lgs. n. 270/1999*, in *Riv. giur. lav.*, 2000, I, p. 216 ss.

¹⁰ A. PIZZOFFERRATO, *Il trasferimento d'azienda nelle imprese in crisi*, in *Il Trasferimento d'azienda*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, Utet, Torino, 2004, p. 147 ss.

¹¹ Corte Giust. CE 11 giugno 2009, C-561/07, in *Lav. giur.*, n. 11, 2009, p. 1125 ss. Con commento di Cosio; per una critica alla sentenza della Corte di Giustizia che si sarebbe attenuta pedissequamente alla lettura dall'art. 5, par. 3, cfr. C. CESTER, *Due recenti pronunce della Corte di giustizia in tema di trasferimento di azienda*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, II, p. 282.

¹² Corte Giust. CE 11 giugno 2009, C-561/07, cit., punto 44 e 45.

¹³ Comma inserito ex art. 19-*quater* del d.l. n. 135/2009 (conv. con modifiche nella legge n. 166/2009).

¹⁴ Ai sensi dell'art. 2, comma 5, lett. c), della legge n. 675/1977.

¹⁵ Ai sensi del d.lgs. n. 270/1999.

Invece a fronte di altre ipotesi, invero di natura diversa (come la dichiarazione di fallimento dell'azienda, o di omologazione di concordato preventivo consistente nella cessione di beni, provvedimento di liquidazione coatta amministrativa ovvero di sottoposizione all'amministrazione straordinaria, nel caso in cui la continuazione dell'attività non sia stata disposta o sia cessata o nel corso della consultazione di cui ai precedenti commi sia stato raggiunto un accordo circa il mantenimento anche parziale dell'occupazione) e in presenza di un accordo sul mantenimento anche parziale dell'occupazione, in sede di esame congiunto, tra il cedente e il cessionario da un lato e il sindacato dall'altro, continua ad essere esclusa l'applicazione delle garanzie previste dall'art. 2112 c.c. ai lavoratori trasferiti all'acquirente per effetto dell'accordo¹⁶.

A tali lavoratori, quindi, non si applicano le garanzie individuali di cui all'art. 2112 c.c.

Trattandosi di un rapporto di lavoro costituito *ex novo*, il lavoratore, ad esempio, non ha diritto di conservare la qualifica conseguita precedentemente, né la relativa retribuzione, né ovviamente l'anzianità maturata salvo che dall'accordo risultino condizioni di miglior favore.

Come pure sembra improprio, in questa seconda ipotesi, fermo restando l'obbligo del datore di lavoro di assumere il personale dell'azienda cedente secondo i criteri pattuiti in sede di esame congiunto, riconoscere ai lavoratori un diritto alla riassunzione in caso di mantenimento parziale del livello occupazionale. In questo caso i lavoratori hanno diritto che la scelta sia nell'ambito della cerchia di lavoratori predeterminata dall'accordo secondo criteri dallo stesso indicati.

In conclusione alla luce delle modifiche intervenute in caso di trasferimento di azienda sussiste un duplice regime normativo quando sia trasferita un'impresa in crisi:

1. qualora il trasferimento riguardi aziende delle quali fosse stato accertato lo stato di crisi aziendale, o per le quali fosse stata disposta l'amministrazione straordinaria, in caso di continuazione o di mancata cessazione dell'attività, era possibile stipulare un accordo sindacale con cui erano definiti i limiti entro i quali trovava applicazione l'art. 2112 c.c.; tale accordo poteva essere stipulato a condizione che prevedesse il mantenimento, anche parziale, dell'occupazione; sembra pertanto che tale accordo potesse derogare alla conservazione dei diritti ma non alla continuazione del rapporto almeno per una parte dei lavoratori;

2. nei casi in cui il trasferimento riguardi imprese nei confronti delle quali vi sia stata dichiarazione di fallimento, omologazione di concordato preventivo consistente nella cessione dei beni, emanazione del provvedimento di liquidazione coat-

¹⁶ Cfr., sul punto, G. SANTORO PASSARELLI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'impresa e di articolazione funzionalmente autonoma*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 84.

ta amministrativa ovvero di sottoposizione all'amministrazione straordinaria, non trova applicazione l'art. 2112 c.c. e quindi i lavoratori anche tutti i lavoratori potranno essere licenziati in ragione del trasferimento.

Sostanzialmente il Codice della crisi ha seguito la linea interpretativa offerta dalla Corte di Giustizia, poi trasfusa nella direttiva 2001/23/CE¹⁷.

4. *Il trasferimento d'azienda in crisi all'interno del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: l'art. 2086 c.c. e l'art. 2112 c.c.*

All'assetto normativo sin qui illustrato si è aggiunta, di recente, la nuova disciplina del Codice della crisi e dell'insolvenza (d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14) che ha, da un lato accentuato i profili di specialità della materia, dall'altro tentato un più stretto dialogo tra diritto del lavoro e diritto fallimentare con lo scopo di armonizzare maggiormente le posizioni di tutti gli *stakeholders* coinvolti. Il Codice della crisi introduce una nuova concezione. Secondo tale Codice nel trasferimento d'azienda in crisi entrano in gioco diversi soggetti che intervengono nella procedura in quanto portatori di interessi diversi e in molti casi contrapposti: l'imprenditore cedente, il cessionario, i creditori, i lavoratori. In una situazione di crisi dell'azienda le regole procedurali del Codice sono dettate con la finalità di soddisfare nel migliore dei modi possibili gli interessi di tutti. Solo attraverso il dialogo tra tutti i protagonisti del trasferimento d'azienda sarà possibile assicurare tale scopo.

In armonia con tale concezione il Codice della crisi ha modificato una delle previsioni fondamentali in materia di organizzazione dell'impresa e cioè l'art. 2086 c.c. La disposizione prevede al comma 2 che "l'imprenditore che operi in forma societaria o collettiva ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale".

In una situazione di crisi economica generale, com'è quella che si palesa oggi, l'imprenditore deve organizzare l'impresa in modo adeguato anche per rilevare tempestivamente la crisi e porre in essere tutte le misure per superare la situazione di decozione e assicurare la continuità aziendale. In questo senso la norma sembra

¹⁷ M. SIMEON, *Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: un nuovo dialogo fra diritto fallimentare e diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, I, p. 11.

costituire una prima introduzione di una forma di responsabilità sociale dell'imprenditore: tali doveri sono finalizzati a tutelare non solo l'imprenditore nell'esercizio dell'attività di impresa ma anche tutti gli altri soggetti che partecipano all'attività economica e cioè investitori, creditori e lavoratori¹⁸; in secondo luogo costituiscono un limite interno all'attività economica perché questa diviene non solo attuazione della libertà di iniziativa economica ma è funzionale alla realizzazione dell'interesse di tutti coloro che partecipano alle sorti dell'impresa¹⁹. Com'è noto il diritto del lavoro ha da sempre costituito un limite esterno alla libertà d'iniziativa economica prevista dall'art. 41, comma 1, Cost.: l'imprenditore ha la libertà di organizzare e di gestire come meglio crede l'attività economica, salvo che questa non si ponga in contrasto con "l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana" (art. 41, comma 2, Cost.). Nel suo ambito l'iniziativa economica è libera, a meno che, travalicando i suoi confini, vada a ledere diritti sociali e tra questi anche i diritti del lavoratore.

Da questi principi costituzionali ne è derivato il corollario che in caso di controversia il giudice non può sindacare nel merito le scelte dell'imprenditore a monte ma solo effettuare un sindacato di legittimità sulla corretta applicazione della legge. Detto in altri termini il giudice non può valutare l'opportunità delle scelte compiute nell'ambito della libertà di iniziativa economica ma solo valutare se tali scelte non abbiano messo a repentaglio o arrecato danno ai principi sociali posti dal legislatore. E ciò al fine di evitare che la libertà imprenditoriale sia funzionalizzata all'utilità sociale.

L'articolo 2086 c.c. sembra, invece, spingersi più in là perché sembra consentire al giudice un sindacato sulle scelte dell'imprenditore in quanto l'imprenditore non è libero di continuare l'attività o di cessarla com'è gli sarebbe consentito sulla base del principio di libertà economica ma deve, prima di liquidare l'impresa di porre in essere tutte le misure per continuare l'attività mentre la liquidazione dell'organizzazione aziendale è intesa dalla norma come "*extrema ratio*". Questo nuovo assetto degli interessi posti in gioco ha due principali conseguenze:

1. l'attività economica diviene funzionale agli interessi anche dei soggetti terzi come creditori e lavoratori dell'impresa;
2. l'imprenditore può essere ritenuto responsabile se non attua le misure offerte dall'ordinamento nei confronti di tutti gli *stakeholders* dell'attività stessa. Tale responsabilità si può tradurre in una responsabilità per risarcimento del danno del datore di lavoro a favore dei lavoratori nel caso in cui sia possibile provare che la

¹⁸ G. PROIA, *La disciplina degli effetti della liquidazione giudiziale sui rapporti di lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 2019, p. 902.

¹⁹ V. R. DEL PUNTA, *Responsabilità sociale dell'impresa e diritto del lavoro*, in *Lav. e dir.*, 2006, p. 41 ss.

mancata predisposizione di un assetto adeguato avrebbe permesso di scongiurare la crisi e la conseguente perdita dei posti di lavoro²⁰.

Nell'ottica qui descritta i doveri imposti dall'art. 2086 c.c. di recente introdotto vanno ben aldilà delle previsioni sinora esistenti perché consentono un sindacato sulle scelte organizzative del datore di lavoro mai consentito²¹. Le previsioni sul trasferimento d'azienda in crisi debbono essere lette oggi in armonia con l'art. 2086 c.c.

5. La nozione per legge di “crisi aziendale”

Come ci viene insegnato dai commercialisti la nozione di “crisi” non è stata mai tipizzata dal legislatore ma è un criterio di ordine economico-finanziario che cambia in ragione del tempo. La crisi dell'impresa che consente l'accesso alle procedure concorsuali poteva comprendere l'insolvenza (intesa come incapacità dell'imprenditore di adempiere alle proprie obbligazioni) ma poteva anche non comprenderla dando così luogo a opinioni oscillanti in relazione alla possibilità che la “crisi” di impresa potesse legittimare l'accesso alle procedure fallimentari. Finalmente il legislatore con il “Codice” introduce una nozione legale di crisi. La crisi d'impresa è definita come “difficoltà economica finanziaria che rende probabile l'insolvenza e che si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate” (art. 2, comma 1, lett. a). Gli indicatori di tale situazione sono indicati dall'art. 14 dello stesso Codice e consistono in “squilibri di carattere patrimoniale, reddituale, finanziario che debbono essere rilevabili attraverso appositi indici che debbono indicare la sostenibilità dell'obbligazioni per i 6 mesi successivi”. Tra questi vanno annoverati il mancato pagamento delle retribuzioni scadute da almeno 60 giorni per un ammontare pari o oltre la metà dell'ammontare complessivo mensile delle retribuzioni (art. 24, comma 1, lett. a); il mancato pagamento dei debiti nei confronti dei fornitori scaduti da almeno 120 giorni per un ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti (art. 24, comma 1, lett. b); il superamento dell'ultimo bilancio approvato dagli indici elaborati ai sensi dell'art. 13, comma 2 e 3 (art. 24, comma 1, lett. c). Inoltre a questi possono essere aggiunti indici individuati ogni tre anni dal Consiglio nazionale dei dottori commercialisti ed esperti contabili, e approvati con decreto del Ministero dello sviluppo economico, in riferimento a ogni tipologia di attività eco-

²⁰ Cfr. sul punto I. ALVINO, *Continuità aziendale, trasferimento d'azienda e tutela dell'occupazione nel nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019 e in *DeJure*, p. 6.

²¹ In senso contrario v. I. ALVINO, *Continuità aziendale, trasferimento d'azienda*, cit., p. 7.

nomica secondo la classificazione dell'ISTAT, alle start-up innovative, alle PMI innovative, alle società in liquidazione e alle imprese costituite da almeno due anni. In aggiunta l'art. 15 del Codice prescrive a creditori pubblici qualificati (l'Agenzia delle Entrate, l'INPS, l'Agente della riscossione) un obbligo di segnalazione al debitore della propria esposizione debitoria in funzione dell'attivazione della procedura di allerta e fissa i rispettivi limiti di esposizione. Ad esempio l'esposizione relativa agli obblighi contributivi si configura quando l'imprenditore è in ritardo di oltre sei mesi nel versamento dei contributi previdenziali di ammontare superiore alla metà di quelli dovuti nell'anno precedente e superiore alla soglia di 50.000 euro (art. 15, comma 2, lett. b)²².

È evidente che la definizione degli indici della crisi è importante anche ai fini lavoristici perché soltanto qualora ricorra la crisi, come è ora indicata per legge, potrà essere emanato il provvedimento giudiziale o amministrativo di dichiarazione della crisi che darà accesso alla procedura concorsuale²³. A sua volta l'accesso alla procedura potrà consentire la deroga o la modifica delle tutele dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda.

In una situazione di decrescita economica come è quella italiana oramai da diversi anni è cambiato lo scopo delle procedure concorsuali. Per conservare quello che è restato di un tessuto produttivo in declino anche le procedure finalizzate alla liquidazione dell'impresa (si pensi al fallimento) oggi hanno visto l'introduzione di istituti che vogliono preservare quanto più possibile l'organizzazione produttiva e vedono lo smantellamento della compagine aziendale solo come "*extrema ratio*". Questa nuova realtà si deve coordinare oggi con le norme che tutelano i lavoratori in caso di trasferimento di azienda. Di per sé il trasferimento di un'azienda interessata da crisi ha lo scopo di vendere tale organizzazione produttiva ad un cessionario che possa attraverso la sua azione (ad es. ristrutturazioni, riconversioni, rifinanziamento della stessa) scongiurare la definitiva liquidazione e chiusura della stessa e ciò al fine anche di salvaguardare l'occupazione evitando, quanto più possibile, la perdita di posti di lavoro.

6. La cessione dei singoli beni aziendali

Il curatore ha la possibilità di vendere l'azienda o il ramo d'azienda oppure nel caso in cui lo ritenga più conveniente per l'interesse dei creditori può anche vende-

²² Per ulteriori approfondimenti sul punto v. M.L. VALLAURI, *La tutela dell'occupazione nel nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza dell'impresa*, cit., p. 320.

²³ M.L. VALLAURI, *La tutela dell'occupazione nel nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza dell'impresa*, cit., p. 321.

re i singoli beni e cedere i singoli rapporti obbligatori (art. 214, comma 1, CCII). Nel caso in cui vengano ceduti i rapporti di lavoro e non l'azienda ai rapporti di lavoro verrà applicato l'art. 1406 c.c. cioè la disciplina della cessione del contratto che prevede, perché la cessione del contratto di lavoro venga perfezionato, il consenso del lavoratore (terzo ceduto). La questione non facilmente risolvibile è se i lavoratori decidano di non prestare il consenso alla cessione a fronte di un'azienda che viene frammentata e venduta atomisticamente. Al curatore probabilmente non resterà altra soluzione che licenziare i lavoratori che non prestano il consenso non esistendo più un posto di lavoro ove prestare il loro lavoro. È chiaro che sarà necessario valutare, anche per non perdere il valore intrinseco del complesso aziendale, che la vendita dei singoli elementi dell'azienda non sia stata fraudolentamente preordinata ad eludere l'art. 2112 c.c.²⁴.

7. La cessione dell'azienda o della parte d'azienda

Anche il trasferimento d'azienda deve essere visto in quest'ottica: l'azienda deve essere ceduta qualora la cessione sia necessaria per il superamento della crisi e della continuazione dell'attività economica. Pertanto, come una misura prodromica al risanamento dell'impresa e alla salvaguardia dei lavoratori e dei soggetti cointeressati al destino del complesso organizzativo. Anche in materia di trasferimento d'azienda in stato di crisi vi è dunque un capovolgimento della prospettiva primigenia che poneva al centro l'interesse dell'imprenditore: ora al centro vi è l'interesse dei lavoratori anche a costo della limitazione della libertà d'iniziativa economica. Per quanto attiene alla fattispecie del trasferimento d'azienda anche quando sia in stato di crisi questa coincide con l'azienda e la parte di azienda *in bonis* e, pertanto, si rinvia all'ampia letteratura che si è occupata della nozione dell'azienda e della parte d'azienda. Secondo tale ricostruzione l'azienda così come il suo ramo deve essere un complesso di beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'attività economica. L'azienda, pertanto, è insieme organizzazione e attività. Senza organizzazione l'attività economica non può assurgere ad azienda e non può essere oggetto di trasferimento, così come l'organizzazione senza attività e solo un insieme di beni e di rapporti contrattuali che non possono essere unitariamente considerati e assurgere ad azienda trasferibile ai sensi dell'art. 2112 c.c.²⁵.

²⁴ P. LAMBERTUCCI, *La disciplina dei rapporti di lavoro nel trasferimento d'impresa sottoposta a procedure concorsuali: prime note sul Codice della Crisi di impresa e dell'insolvenza*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, I, p. 155.

²⁵ Vedi P. LAMBERTUCCI, *Le tutele del lavoratore nella circolazione dell'azienda*, cit., p. 25; A. LEPORE, *Il trasferimento d'azienda*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del*

8. *La procedura di informazione e consultazione: la fase della comunicazione*

Per quanto attiene ai profili procedurali l'art. 47, comma 1-*bis* (inserito dall'art. 368, comma 4, lett. a), CCII) dispone che “la comunicazione di trasferire l'azienda ai soggetti indicati dal comma 1 del medesimo articolo possa essere effettuata solo da chi intenda formulare un'offerta di acquisto dell'azienda stessa o presentare proposta di concordato preventivo”²⁶. Questa semplificazione dei soggetti obbligati a effettuare la comunicazione conduce a due ricostruzioni interpretative: secondo alcuni, anche se la norma non lo impone la comunicazione va effettuata anche dal cedente dell'azienda o del ramo d'azienda con più di 15 dipendenti²⁷, secondo altri è onerato dall'obbligo quanto meno l'affittuario dell'azienda essendo egli equiparabile al cessionario²⁸. Ad ogni modo il cedente pur non essendo obbligato alla comunicazione non si può, però, ritenere che sia anche esonerato dall'eventuale consultazione con i sindacati e con il cessionario²⁹. E ciò per due ordini di ragioni: 1) perché a seguito del raggiungimento dell'accordo collettivo i lavoratori che non passino al cessionario potrebbero rimanere alle dipendenze del cedente; 2) solo con la partecipazione del cedente può essere assicurata una ricognizione della compagine aziendale, nonché dei trattamenti goduti dai lavoratori. In altri termini si può avere un quadro completo dell'assetto aziendale trasferendo. Solamente con l'intervento del cedente, insomma, potrà giungersi alla conclusione di un accordo collettivo in grado di “amministrare” adeguatamente la situazione di crisi.

lavoro e della previdenza sociale, Wolters Kluwer, Milano, 2020, p. 1825; G. SANTORO PASSARELLI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento di impresa e di articolazione funzionalmente autonoma*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 45; di contrario avviso ritiene sufficiente la sola attività ad integrare l'azienda o la sua parte A. MARESCA, *Le novità del legislatore nazionale in materia di trasferimento d'azienda*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, p. 596.

²⁶ Sull'informazione e consultazione sindacale v. P. LAMBERTUCCI, *Profili ricostruttivi della nuova disciplina in materia di trasferimento d'azienda*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, I, p. 159; ID., *Le tutele del lavoratore nella circolazione dell'azienda*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 25; A. LEPORE, *Il trasferimento d'azienda*, cit., p. 1825; G. SANTORO PASSARELLI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento di impresa e di articolazione funzionalmente autonoma*, cit., p. 45.

²⁷ I. ALVINO, *Continuità aziendale, trasferimento d'azienda*, cit., pp. 449-450; L. IMBERTI, *Profili lavorativi del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., p. 122.

²⁸ P. LAMBERTUCCI, *La disciplina dei rapporti di lavoro nel trasferimento d'impresa sottoposta a procedure concorsuali*, cit., p. 155.

²⁹ Della stessa mia opinione è anche A. PRETEROTI, *Il trasferimento d'azienda in crisi*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura) in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, cit., p. 1870.

9. Il contratto collettivo a seguito della procedura di informazione e consultazione

Il contratto collettivo ha ancora un ruolo centrale nella procedura di informazione e consultazione nel determinare gli effetti in deroga all'art. 2112 c.c. pur non costituendo una condizione di efficacia del trasferimento. Il contratto collettivo concluso a seguito della procedura di informazione e consultazione ha una funzione gestionale, nel senso che ha la funzione attribuita dalla legge di "amministrare" il trasferimento di azienda disponendo degli effetti sui lavoratori, apportando modifiche ai loro diritti oppure licenziandoli e ciò al fine di consentire la prosecuzione dell'attività economica.

Mentre il comma 4-*bis* per le deroghe fa riferimento agli accordi conclusi nell'ambito della procedura "anche attraverso i contratti collettivi di cui all'art. 51 del d.lgs. n. 81/2015, invece il comma 5 prevede che la deroga ai commi 1, 2, 3 e 4 dell'art. 2112 c.c. possa essere realizzata nel corso della procedura tramite contratti collettivi ai sensi dell'art. 51 dello stesso decreto legislativo".

In altri termini, mentre la deroga al comma 4 può essere effettuata anche da soggetti sindacali che non hanno i requisiti previsti dall'art. 51, le deroghe al comma 5 possono essere effettuate solo attraverso i contratti collettivi stipulati dai soggetti menzionati dal d.lgs. n. 81/2015 e, cioè, dai sindacati comparativamente rappresentativi³⁰.

Questa diversa attribuzione di competenza deriva dalla differente entità della deroga ascritta alle due tipologie di contratto collettivo.

Nel primo caso la deroga riguarda i diritti dei lavoratori e per tale ragione tale deroga può essere affidata anche a contratti collettivi stipulati anche da altri sindacati che non sono comparativamente più rappresentativi. Invece solo questi ultimi possono concludere contratti collettivi legittimati a licenziare i lavoratori in caso di trasferimento d'azienda in crisi.

Per quanto riguarda "i sindacati comparativamente più rappresentativi" sin da quando tale formula era stata introdotta (e cioè dalla fine degli anni '90 per combattere il fenomeno dei contratti collettivi c.d. "pirata") non vi erano criteri certi per la misurazione della rappresentatività del sindacato tale da effettuare la comparazione tra di essi per l'appunto. La formula restava ad indicare una rappresentatività presunta. Più recentemente, invece, l'ordinamento intersindacale offre i criteri per "riempire" tale formula. Come è stato affermato da accorta dottrina³¹ finalmente si chiude il cerchio con il T.U. sulla rappresentanza del 10 gennaio 2014. Il

³⁰ I. ALVINO, *Continuità aziendale, trasferimento d'azienda*, cit., p. 13.

³¹ P. LAMBERTUCCI, *La disciplina dei rapporti di lavoro nel trasferimento d'impresa sottoposta a procedure concorsuali*, cit., p. 151.

Protocollo concluso da Confindustria e dalle tre Confederazione maggiormente rappresentative identifica come più rappresentativi i sindacati che raggiungono la soglia del 5% e quelli che raggiungono il 50% più 1 attraverso la somma dei voti nella elezione delle RSU e delle deleghe conferite per i contributi sindacali. Le due percentuali servono, rispettivamente, la prima per essere ammessi a partecipare alle trattative, la seconda a sottoscrivere il contratto collettivo nazionale di lavoro.

10. *La natura dell'accordo collettivo*

Peraltro sembra oramai risolto anche la questione dei c.d. “contratti collettivi gestionali”. Senza negare che essi siano come i contratti collettivi normativi, atti di autonomia privata, espressione di libertà delle parti stipulanti non si può negare che essi abbiano una funzione specifica, gestiscono, amministrano situazioni specifiche. In altri termini realizzano una funzione diversa dal classico contratto collettivo con efficacia normativa che, invece, detta le regole per tutti i contratti di lavoro individuali del settore di merceologico di riferimento. A differenza di questi tali contratti collettivi c.d. “gestionali” hanno efficacia generale perché essendo stati stipulati da un datore di lavoro, questi sottoscrivendo quel contratto collettivo autolimita i suoi poteri e, in tal modo, questi ultimi saranno esercitabili nei confronti di tutti i lavoratori della sua azienda solo nel rispetto dei limiti posti dallo stesso contratto collettivo³².

Si pensi al caso del contratto collettivo che fissa i criteri di scelta per licenziare collettivamente i lavoratori. Il datore di lavoro applicherà quei criteri per scegliere i lavoratori da licenziare a tutti i lavoratori della sua azienda e solo applicando quei criteri a cui si è autovincolato potrà esercitare il potere di licenziamento.

Allo stesso modo l'accordo collettivo concluso in caso di trasferimento d'azienda in crisi contempera i diritti dei lavoratori con l'interesse economico dell'imprenditore. Anche in questo caso il contratto collettivo determina limiti sostanziali ai poteri del datore di lavoro e, pertanto, non incide direttamente sulla posizione individuale del lavoratore ma di riflesso attraverso il vincolo ai poteri del datore di lavoro. Essendo questi ultimi il filtro attraverso cui si producono gli effetti dell'autonomia collettiva tali effetti si estendono a tutti i lavoratori. Da quanto detto si evince che un'indagine sull'efficacia soggettiva di tale tipologia di accordi collettivi è inconferente quanto inutile³³.

³² P. PERSIANI, *Contratti collettivi normativi e contratti collettivi gestionali*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, p. 4.

³³ P. LAMBERTUCCI, *Efficacia dispositiva del contratto collettivo e autonomia individuale*, Cedam, Padova, 1990, pp. 371-372.

11. *Armonia e conflitto tra procedura lavoristica e procedura fallimentare*

A seguito dell'introduzione del Codice della crisi la procedura di informazione e consultazione e la conclusione successiva del contratto collettivo si intrecciano con la procedura regolata dal diritto fallimentare. Nelle intenzioni del nuovo Codice le due procedure diventano come due vasi comunicanti per poter garantire la soddisfazione di tutti gli interessati al destino dell'azienda.

Purtroppo, però, lo stretto legame tra le due procedure, quella lavoristica da una parte e quella commercialistica dall'altra, invece di risolvere crea molti problemi che vesseranno non poco gli interpreti e i giudici.

Le strade che la norma propone sono sostanzialmente due: il curatore può bandire la gara e condizionare l'aggiudicazione del complesso aziendale all'accettazione dell'accordo sindacale, oppure può prima arrivare alla conclusione dell'accordo sindacale e solo successivamente acquisita l'offerta e raggiunto l'accordo bandire la gara con gli altri interessati.

A ben vedere entrambe le soluzioni presentano diversi inconvenienti³⁴.

Nel primo caso non essendo ancora stato raggiunto l'accordo sindacale l'offerente potrebbe sciogliersi dall'impegno una volta concluso l'accordo sindacale perché solo e soltanto in quel momento si sarà reso conto dei costi effettivi che deve affrontare per acquistare l'azienda in stato di crisi, in quanto il costo effettivo dell'azienda sarà determinato solo quando la trattativa sarà terminata. Nel secondo caso, invece, essendo l'accordo concluso precedentemente all'offerta il futuro acquirente è sicuro dei costi che deve affrontare. In questo caso, però, si pone il problema di una competizione tra acquirenti che risulta alterata, perché l'accordo avvantaggerà solo l'offerente che lo ha siglato ma non gli altri eventuali offerenti, a meno che il curatore decida di condizionare l'offerta di questi alla conclusione di ulteriori accordi sindacali, come, peraltro recita lo stesso art. 47, comma 1-*bis* che consente a tutti gli interessati all'acquisto dell'azienda di stipulare accordi sindacali in deroga all'art. 2112 c.c. condizionati all'eventuale futura aggiudicazione. In questo modo però si innescherà una gara tra gli offerenti subordinata alla conclusione di una serie di accordi sindacali e risulterà vincitore colui che riuscirà a strappare l'accordo sindacale più vantaggioso. In questo modo, però, è evidente che gli interessi in gioco risulteranno capovolti: la procedura volta ad accertare la crisi sarà a vantaggio dei lavoratori e non dei creditori, perché prevarrà l'accordo sindacale che sottrarrà risorse ai creditori e tutelerà nel modo migliore possibile i lavoratori³⁵. Insomma i sindacati partecipanti alla trattativa per la conclusione

³⁴ M. SIMEON, *Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., p. 201 ss. e ora in *DeJure*, p. 12.

³⁵ M. SIMEON, *Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., p. 12.

dell'accordo collettivo in deroga si vedranno attribuire un potere di scelta del soggetto acquirente prediligendo quello che sceglierà di apportare il minor numero possibile di deroghe ai diritti dei lavoratori. Peraltro ulteriori incertezze sono determinate dalla circostanza che le norme qui analizzate non precisano quando debba essere iniziata la trattativa sindacale. Sulla base di una valutazione puramente logica la trattativa sindacale potrà iniziare solamente dopo la pubblicazione del regolamento di gara perché è solo da tale momento che l'offerente futuro cessionario dell'azienda potrà identificare il complesso produttivo in vendita dal punto di vista della composizione e delle caratteristiche dello stesso e potrà apprendere le informazioni sui dipendenti. Peraltro, come detto già sopra, le trattative sindacali possono essere più di una potendo essere anche una per ciascuno degli interessati all'acquisto. Potrebbe accadere che altro soggetto interessato all'acquisto chieda al curatore di aprire una nuova trattativa sindacale ma il curatore non lo può fare perché ha già ricevuto una proposta di acquisto irrevocabile che non gli consente di aprire una nuova trattativa³⁶.

Pertanto, a causa del l'incerta dizione della norma l'innesto della procedura sindacale sulla procedura di crisi rende il dialogo tra diritto fallimentare e diritto del lavoro che il Codice vorrebbe realizzare difficoltoso lasciando sostanzialmente agli organi della procedura la scelta di definire di volta in volta le regole della competizione, con il rischio di originare incertezze e contenziosi.

12. *L'accordo collettivo di modifica dei diritti dei lavoratori*

Ad oggi, comunque, si possono stipulare nell'ambito delle procedure concorsuali con finalità liquidative accordi collettivi che disapplicano le garanzie individuali. Qualora si tratti di procedure finalizzate alla liquidazione dell'impresa come il fallimento, la liquidazione giudiziale, il concordato preventivo liquidatorio, la liquidazione coatta amministrativa nel caso in cui la prosecuzione dell'attività non sia stata disposta o sia cessata e possibile derogare alla continuità dei rapporti di lavoro. Ciò significa che i lavoratori potranno anche essere licenziati in ragione del trasferimento d'azienda.

Per quanto riguarda, invece, il riferimento all'art. 2113 c.c. e agli accordi di incentivazione all'esodo tale riferimento, da un lato, è rafforzativo delle prerogative dell'autonomia individuale, dall'altro, in realtà, la norma ha la *ratio* di compiere una distinzione tra la funzione della autonomia individuale e quella dell'autonomia collettiva. La prima potrà derogare anche a diritti già acquisiti presso il cedente la seconda, invece, potrà servire a regolare diversamente i rapporti di lavoro supersti-

³⁶ M. SIMEON, *Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., p. 14.

ti a seguito del trasferimento in maniera differente ed anche peggiorativa, stante la possibilità in caso di procedura liquidativa di accordi che derogano *in peius* alle condizioni di lavoro. Pertanto l'autonomia individuale ai sensi dell'art. 2113, ultimo comma potrà anche toccare le situazioni esaurite; non così l'autonomia collettiva che potrà regolare diversamente il rapporto di lavoro.

Una rilevante novità è stata introdotta dal Codice della crisi con l'aggiunta del comma 5-*bis* all'art. 47 della legge n. 428/1990. Tale comma prevede la deroga alla responsabilità solidale per i crediti di lavoro e ciò al fine di agevolare la circolazione dell'azienda. Non è pertanto più necessario l'accordo collettivo per non applicare tale responsabilità. Questa norma serve appunto per alleggerire ulteriormente la posizione debitoria del cessionario nel caso di crediti di lavoro maturati presso un cedente che sia stato insolvente; d'altro canto per compensare il lavoratore dall'alleggerimento della responsabilità solidale a titolo quasi di compensazione la legge prevede che lo stesso lavoratore possa ottenere immediatamente il trattamento di fine rapporto. La norma stabilisce infatti che il trattamento di fine rapporto è immediatamente esigibile nei confronti del cedente per la parte maturata presso questi; d'altro canto per i lavoratori che passano senza soluzione di continuità alle dipendenze del cessionario interviene il Fondo di garanzia. Per quanto riguarda quindi il trattamento di fine rapporto è evidente che in questo modo prevale sulla base del dettato di questa norma la tesi della maturazione del trattamento di fine rapporto anno per anno perché se il trattamento di fine rapporto non maturasse già presso il cedente è evidente che non ne sarebbe possibile anche l'esigibilità. Non può essere quindi più accettata sulla base della scorta di questa norma la tesi secondo la quale il trattamento di fine rapporto sarebbe maturato alla fine del rapporto medesimo e che finisce evidentemente con il cessionario dopo il passaggio dell'azienda. È noto infatti che in dottrina erano maturate con riguardo al trattamento di fine rapporto due tesi: la prima tesi riteneva alla stessa stregua della vecchia indennità di anzianità che il trattamento di fine rapporto maturasse e diventasse esigibile alla fine del rapporto di lavoro; quindi non fosse calcolabile anno per anno³⁷. Secondo altra tesi dottrinarina, invece, il trattamento di fine rapporto differenziandosi dalle indennità di anzianità maturava anno per anno e quindi era determinabile e anno per anno³⁸. L'accantonamento del trattamento di fine rapporto essendo calcolato sulla retribuzione annuale maturata dal lavoratore sulla base di tutti gli emolumenti indicati dal contratto collettivo oppure in mancanza gli

³⁷ M. GRANDI, *Modificazioni aziendali del rapporto di lavoro*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, n. 4.3. Cass. 14 dicembre 1998, n. 12548, in *Foro it. Rep.*, 1998, voce *Lavoro (Rapporto)*, n. 1355.

³⁸ G. SANTORO PASSARELLI, *Il trattamento di fine rapporto*, Giappichelli, Torino, 1995, p. 98; in giurisprudenza aderisce a questo orientamento Cass. 22 settembre 2001, 19291, in *plurisonline*, 2011.

tutti gli emolumenti che venivano appunto erogati in dipendenza del rapporto di lavoro a titolo non occasionale (vedi art. 2120 c.c. diviso 13,5 divisore fisso determinato dalla legge). Finito il servizio il lavoratore avrebbe quindi percepito tutti gli accantonamenti annuali che anno per anno venivano accumulati presso il datore di lavoro alla fine del proprio rapporto di lavoro. In caso quindi di cessione d'azienda in realtà la responsabilità solidale interveniva nel senso che appunto il cessionario era responsabile per la parte del trattamento di fine rapporto maturato presso il cedente. È evidente che il trattamento di fine rapporto sarà esigibile soltanto presso il cessionario e in mancanza di pagamento i lavoratori dovranno essere soddisfatti dal Fondo di garanzia.

Ad ogni modo, il Fondo di garanzia interviene altresì per pagare i crediti insoluiti diversi dal trattamento di fine rapporto.

In tal modo viene garantita ai lavoratori la soddisfazione di tali crediti anche nel caso di procedure di tipo liquidativo.

13. *L'accordo collettivo in deroga ai diritti dei lavoratori*

A prescindere dalle incertezze dovute all'innesto della procedura lavoristica nell'ambito di quella fallimentare ai sensi del comma 4-*bis* dell'art. 47 nell'ambito delle procedure concorsuali di tipo conservativo possono essere stipulati accordi collettivi che modificano le condizioni di lavoro. Gli accordi modificativi delle condizioni contrattuali potranno consistere in una riduzione della retribuzione, oppure in un abbattimento di alcune delle voci retributive, in una flessibilizzazione degli istituti del contratto, nella trasformazione del rapporto di lavoro da *full time* in *part time*, nella trasformazione del contratto a tempo indeterminato in contratto di lavoro a tempo determinato, in una riduzione o eliminazione di *fringe benefits* o di altri vantaggi che i lavoratori avevano con il cedente. Mentre non potranno essere derogate le specifiche tutele previste in caso di trasferimento d'azienda e cioè la continuità del rapporto di lavoro, i diritti già venuti in essere presso il cedente, la tutela contro il licenziamento, la sostituzione con contratti collettivi dello stesso livello, la responsabilità solidale³⁹.

³⁹ P. LAMBERTUCCI, *La disciplina dei rapporti di lavoro nel trasferimento d'impresa sottoposta a procedure concorsuali*, cit., p. 151; di diverso avviso è A. PRETEROTI, *Il trasferimento d'azienda in crisi*, cit., p. 1872, secondo il quale salvo nel caso degli accordi di prossimità ai sensi della legge n. 148/2001, non vi sono ipotesi in cui gli accordi collettivi possano derogare alle tutele previste per legge; ma allora non si comprende a che cosa serva la stipula degli accordi collettivi di modifica delle condizioni di lavoro.

14. *Il trasferimento dell'azienda in concordato preventivo*

Il concordato preventivo consente all'imprenditore in stato di crisi o di insolvenza di evitare la liquidazione giudiziale con un piano per soddisfare i creditori attraverso la continuità aziendale o la liquidazione del patrimonio.

L'art. 84 del Codice della crisi prevede che la continuità aziendale possa essere diretta o indiretta. È diretta se è lo stesso imprenditore a proseguire l'attività economica, indiretta se a proseguire l'attività economica è altro soggetto diverso dal debitore attraverso cessione, usufrutto, conferimento a società anche di nuova costituzione o affitto d'azienda.

Nel caso di concordato con liquidazione del patrimonio quest'ultimo deve essere aumentato di almeno il dieci per cento al fine di una maggiore soddisfazione dei creditori. Il soddisfacimento dei creditori non deve essere comunque inferiore al venti per cento dei debiti chirografari (art. 84 CCII).

Ad ogni modo il concordato potrà dirsi approvato solo con l'omologazione del Tribunale (art. 112 CCII).

Rinviano a più esauienti trattazioni il tema in questa sede si può dire che una tutela specifica è prevista in caso di trasferimento d'azienda in concordato preventivo. Tale forma di tutela è così singolare da essere definita dalla dottrina addirittura "strana"⁴⁰ o "con effetti paradossali"⁴¹ perché in realtà non risulta ben coordinata con le norme a tutela dei lavoratori in caso di trasferimento di azienda.

L'art. 84, comma 2 del Codice prevede un numero prefissato di lavoratori ai fini della conservazione dei livelli occupazionali. Più nello specifico impone il "mantenimento o la riassunzione di un numero di lavoratori pari almeno la metà della media di quelli in forza nei due esercizi antecedenti il deposito del ricorso, per un anno dall'omologazione". Orbene sia nel caso in cui prima sia effettuato il trasferimento e poi l'omologa del concordato, oppure prima l'omologa e poi il trasferimento dell'azienda essendo la procedura finalizzata alla continuazione dell'attività d'impresa non sarà possibile licenziare i lavoratori e, pertanto, la previsione che prevede che comunque non possa scendere l'organico al di sotto del 50 per cento è una previsione che risulta inutile. In quanto tra le modifiche che potranno essere apportate dall'accordo collettivo stipulato a seguito della procedura di informazione e consultazione non può essere contemplata quella della cessazione del rapporto di lavoro. Se il trasferimento infatti è attuato in ragione del risanamento dell'impresa in nessun caso potranno essere licenziati lavoratori.

Stessa conclusione dovrà essere abbracciata nel caso di concordato con conti-

⁴⁰ M.L. VALLAURI, *La tutela del lavoratore nel nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza*, cit., p. 322.

⁴¹ I. ALVINO, *Continuità aziendale, trasferimento d'azienda*, cit., p. 16.