**SAN SERVOLO 2018**

**IL GIUDICE BANDITORE: IL 163 BIS**

IL POTERE CONFORMATIVO DEL TRIBUNALE IN CASO DI CONTRATTO DI AFFITTO D’AZIENDA CD. “PURO” EX ART. 163 BIS, U.C., L.F. : IN PARTICOLARE LA REGOLAMENTAZIONE DELLA RETROCESSIONE DELL’AZIENDA IN RELAZIONE ALL’ APPLICABILITA’ DELL’ART. 104 BIS, COMMA 6, L.F.

Nel caso di contratto d’affitto cd. “puro” ex art. 163 bis, u.c., c.p.c., cioè non contenente un impegno al successivo acquisto dell’azienda, si legge molto spesso nei commenti ( cfr. per es. dr. Cesare Trapuzzano in “Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria” Ed. Zanichelli pag. 411) che il Tribunale dovrebbe verificare che l’offerta/contratto contenga una precisa regolamentazione della retrocessione dell’azienda alla scadenza del contratto d’affitto e dovrebbe comunque “stabilire” l’applicabilità dell’art. 104 bis, comma 6, l.f. che, come è noto, nel caso di affitto stipulato dal curatore, prevede in caso di retrocessione dell’azienda al fallimento che la procedura “*in deroga a quanto previsto dagli articoli 2112 e 2560 del codice civile*” non risponda dei debiti maturati sino alla retrocessione in capo all’affittuario .

A mio avviso tale “applicabilità” deve essere esclusa o, meglio, per un verso ( art. 2560, comma 2, c.c.)il richiamo all’art. 104 bis l.f. è superfluo e, per altro verso ( art. 2112 c.c.), non si comprende come il Tribunale, nell’esercizio del suo potere “conformativo”, potrebbe escludere la solidarietà dell’affittante/cessionario stabilita con norma inderogabile, per i debiti maturati dai lavoratori durante l’affitto, in caso di retrocessione dell’azienda alla procedura alla cessazione del contratto di affitto.

Per meglio comprendere come si giunga a tale conclusione può essere innanzitutto menzionata la pronuncia, credo a tutti nota, della Corte di Cassazione, prima sezione civile, del luglio del 2017 numero 23581 in tema di responsabilità della procedura fallimentare, in caso di retrocessione dell’azienda affittata, per i debiti contratti dall’affittuario ai sensi dell’articolo 2560, comma secondo, codice civile.

La fattispecie riguardava la domanda di insinuazione al passivo presentata da una società che aveva prestato servizi, sulla base di un contratto di appalto, a favore della società affittuaria dell’azienda della società poi fallita, alla quale l’azienda era stata infine retrocessa a seguito del recesso del curatore dal contratto di affitto, stipulato anteriormente alla dichiarazione di fallimento, ex art. 79 L.F.

Il tribunale aveva rigettato l’opposizione allo stato passivo proposta dalla predetta società, che aveva chiesto l’insinuazione al passivo del fallimento del proprio credito a titolo di corrispettivo per le prestazioni rese a favore della affittuaria, osservando che il debito era stato contratto dall’affittuaria e non dalla concedente ed aveva ad oggetto prestazioni interamente rese a favore della prima, non potendo pertanto configurarsi alcuna responsabilità della società fallita ai sensi del secondo comma dell’articolo 2560, comma 2, c.c. non essendo l’ipotesi in questione riconducibile ad alcuna delle vicende traslative in relazione alle quali la norma è posta.

Viene fatto quindi ricorso per cassazione affidato ad un solo motivo con cui la ricorrente ha denunciato la violazione dell’articolo 2560, comma 2, codice civile, anche alla luce dell’articolo 104 bis, ultimo comma, L.F., censurando il provvedimento impugnato per aver escluso l’applicabilità del secondo comma dell’articolo 2560 all’ipotesi di retrocessione al concedente dell’ azienda in precedenza affittata, ove si verta in ipotesi di debiti “*in sé solo considerati*”, ossia “*non collegati a posizioni contrattuali non ancora definite*”.

La Corte di Cassazione ha accolto il ricorso.

Richiamato il diverso campo di applicazione delle norme di cui all’articolo 2558 c.c., che riguarda la successione dell’acquirente nei contratti stipulati per l’esercizio dell’azienda in caso di negozi a prestazioni corrispettive non integralmente eseguiti da entrambe le parti al momento del trasferimento dell’azienda, e dell’articolo 2560, che attiene invece ai debiti relativi all’azienda ceduta quando si tratta di debiti in sé soli considerati e non invece quando si colleghino a posizioni contrattuali non ancora definite in cui il cessionario sia subentrato a norma dell’articolo 2558 c.c., posizioni queste che seguono pertanto la sorte del contratto, la Corte ha osservato che la norma dell’articolo 2560, che prevede la solidarietà del cessionario dell’azienda per i debiti concernenti l’esercizio dell’azienda ceduta che risultino dei libri contabili obbligatori, è norma posta a tutela dei creditori aziendali e non dell’alienante e, pertanto, non può essere derogata da un accordo intercorso tra alienante ed acquirente essendo soltanto possibile mettere in discussione la sua operatività in forza di un accordo stipulato tra acquirente e i terzi creditori.

Ha poi osservato che la norma dettata dall’articolo 2558 c.c. trova applicazione anche con riguardo agli aspetti collegati alla restituzione dell’azienda dall’affittuario al concedente a seguito di cessazione dell’affitto, sempre che però la cessazione dell’affitto e la conseguente retrocessione dell’azienda siano ricollegati direttamente alla volontà delle parti o a un fatto da queste espressamente previsto nel contratto precedentemente stipulato; invece la successione nei rapporti di credito o di debito nonché nei rapporti di lavoro subordinato relativi alla stessa azienda, costituisce una conseguenza necessaria ed ineliminabile del trasferimento di questa, intendendo la nozione di trasferimento come riferita anche alla restituzione dell’azienda dall’affittuaria al concedente in tutti casi di cessazione dell’affitto.

**Riconosciuta quindi l’applicabilità dell’articolo 2560, comma secondo, c.c.** anche all’ipotesi di retrocessione dell’azienda al concedente in seguito alla cessazione del contratto d’affitto**, la Corte ha affermato che questa interpretazione trovava indiretta conferma nell’ultimo comma dell’articolo 104 bis della legge fallimentare**, che stabilisce che la retrocessione al fallimento di aziende o rami di aziende, non comporta la responsabilità della procedura per i debiti maturati sino alla retrocessione, in deroga a quanto previsto dagli articoli 2112 e 2560 codice civile: ciò corrispondeva a dire che, anche nell’ipotesi di affitto di azienda attuato nell’ambito della procedura concorsuale, in mancanza di una norma simile di contenuto derogatorio si dovrebbe applicare l’articolo 2560 codice civile il quale determinerebbe, all’esito della retrocessione dell’azienda affittata, la responsabilità della procedura per i debiti sorti a carico dell’affittuario.

Questa sentenza ha suscitato dei commenti non positivi per gli effetti dirompenti che la stessa produce. È stato osservato infatti che l’interpretazione sostenuta dalla Corte di Cassazione comporterebbe una sostanziale inutilizzabilità nella pratica del contratto di affitto di azienda in quanto l’affittante sarebbe esposto a tutte le obbligazioni contratte dall’affittuario, eliminando ogni efficacia segregativa che ha caratterizzato l’uso dell’istituto. Senza considerare poi gli effetti dirompenti sui numerosissimi rapporti in corso nel sistema economico, stipulati anche in fase fisiologica dell’impresa e non solo in funzione delle procedure concorsuali, sulla base della “communis opinio” in tema di responsabilità, trattandosi di una circolazione inversa. Peraltro l’interpretazione, anche se riguarda specificamente il caso della retrocessione, a questo punto troverebbe applicazione anche a contrario all’affitto di aziende in genere visto che la logica applicativa delle norme è sempre la stessa.

Si è osservato come la soluzione adottata dalla Cassazione sia in contrasto con l’opinione finora prevalente, sia in dottrina che in giurisprudenza, circa la non applicabilità dell’articolo 2560, comma due, c.c. all’affitto di azienda e ciò sulla base di due motivi.

In primo luogo per l’assenza nell’articolo 2561 codice civile -usufrutto dell’azienda-, richiamato dall’articolo 2562 codice civile- affitto dell’azienda -di qualsiasi esplicito richiamo alle regole dell’articolo 2560 codice civile -debiti dell’azienda ceduta - dove si parla espressamente di “alienante” e di “acquirente” dell’azienda, termini che, seppure nella loro genericità, indicano circolazione della proprietà dell’azienda. In secondo luogo per la natura eccezionale della norma di cui al secondo comma dell’articolo 2560 c.c. che, importando una responsabilità per debito altrui, ne impedisce un’applicazione estensiva o analogica a fattispecie diverse da quella disciplinata.

A tali argomenti si affianca, sul piano della ragione della scelta normativa, la considerazione che non può il trattamento di un trasferimento transeunte dell’azienda , o meglio dell’attribuzione a un terzo del diritto di godere dell’azienda per un certo periodo di tempo, non essere diverso da quello di una definitiva sua dismissione, dal momento che nell’ipotesi di trasferimento temporaneo di un apparato produttivo il pericolo di ripercussioni negative per i creditori aziendali è meno intenso. Non solo e non tanto in considerazione della precarietà temporale del trasferimento, precarietà che potrebbe anche essere vanificata nella sostanza nel caso in cui la durata dell’usufrutto e/o dell’affitto fosse particolarmente estesa, ma anche soprattutto in considerazione del fatto che, nel caso di usufrutto e/o dell’affitto, l’azienda continua a far parte del patrimonio del concedente sicché, mentre da un lato i creditori di questo possono ancora soddisfarsi sui beni che compongono l’azienda stessa, pur nel rispetto dei diritti di godimento dell’usufruttuario e dell’affittuario, dall’altro i creditori di costoro, ai quali l’usufrutto o l’affitto è noto in ragione dell’iscrizione del contratto nel registro dell’imprese, già non potevano fare affidamento sugli assets aziendali e dunque non possono lamentarsi di essere pregiudicati, terminato il rapporto, dalla restituzione dell’azienda al suo proprietario.

Queste affermazioni, del resto, hanno sempre trovato consenso presso la dottrina. Infatti anche prima della riforma della legge fallimentare del 2006 nel sostenere l’ammissibilità dell’affitto dell’azienda da parte di una procedura concorsuale, tra i vantaggi che esso presentava rispetto all’esercizio provvisorio ad opera della procedura, si annoverava il fatto che attraverso l’affitto la procedura si sarebbe sottratta ai rischi connessi alla prosecuzione dell’attività di impresa, non rispondendo, al termine del contratto, delle obbligazioni assunte dall’affittuario.

Cioè già prima della riforma del 2006 si riteneva che la vendita fallimentare dell’azienda avesse effetto purgativo, salvo accollo volontario totale o parziale a titolo di prezzo, ed analogamente nessun addebito si sarebbe accollato il fallimento concedente in caso di affitto, fino allora previsto nella prassi fallimentare, salvo per il subentro nei contratti stipulati per l’esercizio dell’impresa.

Si è osservato pertanto che in realtà la deroga introdotta dall’articolo 104 bis della legge fallimentare aveva un carattere meramente pleonastico.

**Se queste considerazioni possono valere e sono certamente condivisibili con riferimento all’articolo 2560**, secondo comma, codice civile, **non sono invece decisive per quanto qui interessa con riferimento all’articolo 2112 del codice civile e in particolar modo alla solidarietà che lo stesso dispone tra alienante e cessionario per i debiti nei confronti dei lavoratori esistenti al momento del trasferimento dell’azienda, norma che espressamente trova applicazione anche nel caso di affitto d’azienda.**

Pertanto dalla sentenza della Cassazione in esame dovrebbe trarsi il principio che l’articolo 104 bis legge fallimentare e, in particolar modo, la deroga all’articolo 2112 del codice civile prevista dal sesto comma, limitatamente alla solidarietà tra cedente/affittante e cessionario/affittuario, non trova applicazione in caso di affitto esofallimentare – e a maggior ragione nell’ambito di una procedura di concordato preventivo ove la norma dell’art. 104 bis non è richiamata dall’art. 169 l.f.-, superando quindi il diverso orientamento giurisprudenziale finora espresso sul punto dai giudici di merito.

Premesso infatti che è pacifico orientamento della Corte di Cassazione – a sua volta fondato sul costante indirizzo della Corte di Giustizia - quello secondo cui anche nel caso di retrocessione dell’azienda, a seguito della cessazione del contratto di affitto, trova applicazione l’ articolo 2112 del codice civile ( cfr. tra le tante Cass. n. 6770/17; Cass. n. 12909/2003; Cass. n. 16255/11; Corte di Giustizia 9.9.2015, sez. II, Joao Filipe Ferreira da Silva e Brito e a.), si è sempre molto discusso sull’applicabilità dell’articolo 104 bis, sesto comma, all’affitto esofallimentare, cioè a quei contratti d’affitto conclusi prima che il locatore entrasse in decozione.

Pur non essendo questa la sede per approfondire l’argomento, possono essere ricordate brevemente le diverse opinioni sostenute.

Secondo un primo orientamento questa estensione dovrebbe essere esclusa in considerazione della collocazione toponomastica della norma e per il diverso contesto iniziale in cui è stato stipulato il contratto di affitto essendo l’impresa “in bonis” e dovendo pertanto trovar naturale applicazione l’articolo 2112 c.c..

Secondo invece un diverso orientamento, sia dottrinale che fatto proprio dalla giurisprudenza di merito, in particolar modo dal tribunale di Monza nella decisione del 19 novembre 2013 ( in “il caso”) e dal tribunale di Milano in un provvedimento del 16 aprile del 2015 ( in “il Fallimento” 3/2016), questa deroga troverebbe applicazione anche nel caso di affitto di azienda esofallimentare innanzitutto sulla base della lettera della norma, che non distingue tra affitto “endo” ed “eso” fallimentare e della sua “ratio”, che è quella di non gravare la massa fallimentare di debiti che non sono imputabili alla massa stessa. Si osserva infatti che la “ratio” sottesa dalla norma di salvaguardia del ceto creditorio non può essere disattesa solo per il fatto estrinseco della conclusione del contratto di affitto da parte dell’ imprese “in bonis” rispetto a quella fallita.

Inoltre si osserva che in questo caso il trattamento deteriore nei confronti dei lavoratori, cioè la deroga dell’articolo 2112 c.c. per quanto riguarda la solidarietà tra cedente e cessionario, è previsto e disposto espressamente dalla legge e non è rimesso invece all’accordo sindacale come nel caso dell’articolo 47, comma 5, della legge n.428/1990: l’automatismo infatti solitamente corrisponde ad una tecnica del legislativa che viene utilizzata per tutelare in modo completo, pieno ed immediato un determinato bene, interesse giuridico e quindi questa circostanza rafforza l’opinione che il principio deve avere una portata generale e deve trovare applicazione in tutti i casi di retrocessione d’azienda.

**A mio avviso la non applicabilità dell’art. 104 bis l.f. all’affitto esofallimentare e a maggior ragione all’affitto stipulato nell’ambito di una procedura di concordato preventivo appare coerente al diritto comunitario e, in particolare, alla Direttiva UE 2001/23 cit.** la quale, infatti, consente deroghe ai diritti dei lavoratori consacrati nell’art. 2112 c.c. solo ove il trasferimento d’azienda e/o del ramo d’azienda avvenga dall’impresa in procedura e/o in grave crisi – limitatamente in quest’ultimo caso alle modifiche delle condizioni di lavoro dei lavoratori intese a salvaguardare le opportunità occupazionali di cui all’art. 5, par. 2 lettera b) - verso un imprenditore “in bonis” e non viceversa.

Il che potrebbe fare dubitare anche della conformità al diritto comunitario della stessa norma dell’art. 104 bis, comma 6, l.f. che, per l’affitto endofallimentare, esclude la solidarietà della procedura per i debiti contratti dall’affittuario verso i lavoratori, posto che anche in tal caso la vicenda “traslativa” dell’azienda è dall’impresa “in bonis” a quella in procedura.

Infatti l’art. 5, par. 2 lettera a) della Direttiva UE 2001/23 consente, **nei casi diversi di procedura aperta “in vista della liquidazione dei beni del cedente stesso” –quindi per esempio in caso di concordato preventivo con continuità aziendale -** che il cessionario non risponda dei debiti di lavoro maturati verso il cedente non solo a condizione che venga assicurata una tutela dei diritti del lavoratore non inferiore a quella prevista dalla Direttiva 80/987/CEE - poi trasfusa nella Direttiva 2008/94/CE - in tema di garanzie retributive dei crediti dei dipendenti per insolvenza del datore di lavoro – là ove il nostro Fondo di Garanzia INPS assicura solo copertura ai crediti collegati alla cessazione del rapporto di lavoro e non quando vi sia continuità dei rapporti – ,**ma sempre e comunque quando la vicenda circolatoria sia da un’azienda in procedura ad una “ in bonis” e non viceversa.**

Un modo per ritenere conforme al diritto comunitario la disposizione dell’art. 104 bis, comma 6, l.f., quanto alla deroga alla solidarietà tra” cedente” – originario affittuario, - e “cessionario” – originario affittante – a mio avviso potrebbe essere quello di ritenere che nella retrocessione dell’azienda dall’affittuario al fallimento la procedura non possa essere considerata un “cessionario” ai sensi dell’art. 2, par. 1, lettera b) della Direttiva 2001/23 secondo cui per “cessionario” si intende “ ogni persona fisica o giuridica che, in conseguenza di un trasferimento a norma dell’articolo 1, paragrafo 1, - trasferimento di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti ad un nuovo imprenditore in seguito a cessione contrattuale o a fusione -, acquisisce la veste di imprenditore rispetto all’impresa, allo stabilimento o a parte dell’impresa o dello stabilimento, avendo perduto definitivamente tale veste, ove non sia disposto l’esercizio temporaneo dell’impresa, con la stipula del contratto di affitto.

**Quindi in definitiva e concludendo si può affermare che**: l’art. 104 bis, comma 6, l.f. non può trovare applicazione nell’ambito di una procedura di concordato preventivo, tanto liquidatorio che in continuità aziendale; ad escludere la solidarietà della procedura concorsuale in caso di retrocessione dell’azienda non può invocarsi neppure la stipula di un accordo sindacale ex art. 47 legge 428/1990, accordo derogatorio ammissibile solo nel caso che la vicenda “circolatoria” dell’azienda avvenga da una azienda in procedura ad una azienda “in bonis” e non viceversa; in ogni caso l’accordo derogatorio di cui all’art. 47, comma 4 b-bis legge 428/1990, nell’ambito di un concordato in continuità aziendale non può mai riguardare ed incidere sulla solidarietà tra cedente/affittante e cessionario/affittuario in conformità a quanto previsto dalla direttiva comunitaria 2001/23 - art. 5, par. 2, lett. a-.

Conseguentemente il potere conformatorio del Tribunale nell’ambito delle procedure competitive di cui all’art. 163 bis l.f. dovrà esercitarsi stabilendo a carico degli offerenti la prestazione di garanzie in grado di tutelare la procedura da un simile rischio.

L’ART. 47 DELLA LEGGE 428/1990 , GLI ACCORDI DEROGATORI EX ART. 2112 C.C. E L’ART. 163 BIS L.F.

L’articolo 47 della legge 428/ 90 prevede – per quanto qui interessa - che, in caso di trasferimento di azienda, ne sia data comunicazione, almeno 25 giorni prima del perfezionamento dell’atto o del raggiungimento di un’intesa vincolante, alle rappresentanze sindacali unitarie e ai sindacati di categoria. Successivamente, su richiesta delle rappresentanze sindacali, si procede ad un esame congiunto con la parte datoriale all’esito del quale può essere raggiunto un accordo anche in deroga all’articolo 2112 del codice civile. In particolare e con riferimento al concordato in continuità aziendale viene in considerazione il comma quattro b)- bis) dell’articolo 47 che stabilisce che "*nel caso in cui sia stato raggiunto un accordo circa il mantenimento, anche parziale, dell’occupazione, l’articolo 2112 del codice civile trova applicazione nei termini e con le limitazioni previste dall’accordo medesimo*”

La portata però derogatoria dell’articolo 2112 codice civile nel caso di concordato con continuità aziendale è meno ampia di quanto il tenore letterale della norma potrebbe lasciar intendere perché in questo caso in realtà l’accordo, per quanto sopra già ricordato, non può neppure escludere la solidarietà del cessionario per i debiti che i lavoratori trasferiti avevano al momento del trasferimento, ma può solo prevedere modifiche peggiorative delle condizioni di lavoro dei lavoratori transitati e una diversa regolamentazione del rapporto di lavoro, mentre non può pacificamente incidere sulla continuità del rapporto di lavoro e, quindi, non può escludere dal trasferimento al cessionario i dipendenti addetti al ramo dell’azienda ceduto.

Nonostante queste limitazioni la norma è molto utile per cd. “plasmare” i rapporti di lavoro in modo da rendere l’azienda più appetibile per il potenziale offerente. Tuttavia nel caso di procedimenti competitivi di vendita/affitto di azienda la possibilità di accordi preventivi che disattivino parzialmente l’articolo 2112 del codice civile sembrerebbe sostanzialmente preclusa.

Infatti per espressa previsione dell’articolo 47 l’obbligo di comunicazione preventiva, così come l’eventuale successivo esame congiunto, concernono sia il cedente che il cessionario e quest’ultimo non sarà ancora stato individuato nei 25 giorni che precedono la gara.

Né, si è osservato, è possibile per superare tale limite che le offerte concorrenti pongano come condizione sospensiva del trasferimento dell’azienda la stipulazione di accordi derogatori dell’articolo 2112 da perfezionarsi in epoca successiva all’aggiudicazione, alla vendita, stante l’impossibilità di presentare offerte concorrenti condizionate. Al contrario, secondo l’opinione prevalente, l’offerta originaria potrà essere anche condizionata, ma una simile condizione avrà effetto soltanto se non verranno presentate offerte concorrenti.

Certo astrattamente si potrebbe anche pensare che le procedure di comunicazione preventiva e di esame congiunto siano espletate con l’offerente originario e che ciò porti alla stipulazione di un accordo trilaterale, derogatorio dell’articolo 2112 c.c., che le parti dichiarino essere valido anche nei confronti di un diverso terzo aggiudicatario. Ma le probabilità di giungere a un simile accordo con l’offerente principale saranno molto basse: infatti non si vede che interesse possano avere ad addivenire ad un simile accordo da un lato il proponente e l’offerente principale e dall’altro le RSU e i sindacati, ogni qualvolta questi ultimi abbiano la consapevolezza che un diverso terzo aggiudicatario non potrà imporre alcuna condizione restrittiva dei diritti dei lavoratori.

Per questo motivo, si è osservato, l’offerente dovrà verosimilmente onerarsi dell’intero passivo derivante dai lavoratori dipendenti, salvo che la debitrice sia stata così “lungimirante” da aver stipulato per tempo specifici accordi individuali.

Per superare queste difficoltà e questa tendenziale incompatibilità della procedura dell’articolo 163 bis l.f. con l’articolo 47 della legge 428/ 90 si è da altri ( cfr. dr. Roberto Bellè in “Il Fallimento” 10/2017) sostenuto che gli accordi di cui all’articolo 47 in esame di regola trilaterali, in quanto coinvolgenti cedente, cessionario e sindacato, ben potrebbero essere invece nel caso di specie bilaterali. Si è sottolineato infatti che se la competizione venga attuata rispetto ad un’offerta di acquisto inserita nel piano da chi abbia chiesto il concordato è probabile che l’imprenditore avverta come ostili offerte di terzi in competizione con quella da lui prospettata e, dunque, non collabori alla definizione di questi accordi.

Inoltre poiché nel caso di concordato in continuità aziendale il transito del personale presso il cessionario è ineludibile, potendosi, come si è detto, soltanto trattare le modificazioni delle condizioni di lavoro presso lo stesso, l’interesse del cedente a partecipare all’accordo verrebbe meno e pertanto l’accordo anche per tale motivo potrebbe essere bilaterale.

Vero è peraltro che la mancata partecipazione del cedente potrebbe avere un rilievo non solo formale in quanto, ove egli non partecipi agli accordi, viene meno anche la possibilità che, al fine di assecondare la cessione, egli possa assumersi oneri economici rispetto al personale, quali, per esempio, incentivi all’esodo, destinati altrimenti a far carico al cessionario e quindi ad operare in senso negativo sul prezzo offerto.

Questo rischio può comunque essere ammortizzato in sede di ponderazione tra le varie offerte, essendo evidente che il maggior costo economico che può restare in capo al cedente per effetto di un accordo trilatero in tal senso, sottraendo risorse alla procedura, costituisce comunque voce da detrarre nell’attuare tale comparazione dal prezzo dell’offerta che la contempli.

Ove ammessa la possibilità di stipula di accordi anche bilaterali, In ordine ai tempi delle trattative sindacali non vi sarebbe alcun ostacolo a che l’esame in sede sindacale, che deve aver corso almeno 25 giorni prima del momento in cui intervenga un vincolo efficace per il trasferimento - posto che solo in questo modo può essere perseguito lo scopo di investire il sindacato della facoltà di interloquire rispetto alla cessione dell’azienda - possa essere sollecitato da ciascun offerente anche prima dello svolgimento della competizione. Il che se è positivo dal punto di vista del miglior realizzo, in quanto rimettere la valida definizione di accordi solo ad epoca successiva alla competizione rischierebbe di deprimere a priori il prezzo che i “competitors” sono disposti ad offrire, dovendo essi cautelarsi rispetto ad un riassetto del piano laboristico che resterebbe fatto futuro ed incerto, potrebbe peraltro comportare alterazioni della competizione nella misura in cui il sindacato intenda, per le ragioni più varie, concludere accordi solo con uno dei possibili offerenti, così indirettamente influendo sulla parità di posizioni dei contendenti.

Questo rischio non sembra però essere contemplato come causa di invalidità degli accordi sindacali conclusi ex ante, per contrasto con il principio di competitività, dovendosi ritenere che esso sia accettato come tale dal legislatore e che l’equilibrio del sistema sia rimesso alla capacità di ciascun offerente di attingere un consenso sindacale compatibile rispetto alla propria complessiva offerta economica.

L’unica ulteriore - ma direi impraticabile alternativa - sarebbe quella che sia lo stesso tribunale a svolgere consultazioni sindacali, eventualmente con finalità istruttorie rispetto all’impostazione della base uniforme laboristica da porre a fondamento della competizione.

Resta poi da stabilire quale sia il valore da attribuire all’incidenza sull’occupazione e sulle sue condizioni allorquando vi siano da comparare più offerte in competizione, operazione che può risultare necessaria non solo al momento della decisione finale sull’offerta prevalente ma anche, qualora il tribunale non fissi la base laboristica uniforme di cui si è detto, nello stabilire ex ante, ovverosia al momento dell’indizione della competizione, i parametri di valutazione delle varianti in ambito laboristico.

Va cioè valutato se la previsione di un mantenimento più ampio dell’occupazione e/o la prospettazione di condizioni di impiego meno penalizzanti devono essere valorizzate nel soppesare i valori delle offerte contrapposte.

In proposito non può esserci dubbio che la normativa sulla competizione concordataria si riferisca soltanto al miglior interesse dei creditori quale profilo che permea l’intero sistema concorsuale.

Le esigenze di riguardo per l’occupazione che sono espresse dall’articolo 33, comma tre, del decreto legislativo 270/1999 in ambito di amministrazione straordinaria, in ragione di un’esigenza intrinseca alle dimensioni della procedura, che ne fanno altresì dipendere le scelte da criteri fissati in sede amministrativa, e dall’articolo 104 bis della legge fallimentare in tema di affitto fallimentare di azienda, al fine evidentemente di non pregiudicare l’occupazione fin dal momento in cui le decisioni sono ancora interinali, appaiono del resto proprie degli istituti regolati in quelle sedi e non sono riproposte rispetto ai trasferimenti concordatari e fallimentari.

Le offerte inerenti il lavoro non riguarda i creditori e dunque esse si sottraggono ad un qualche rilievo nell’apprezzamento oggettivo complessivo della soddisfazione proposta con il concordato, se non per quanto riguarda i minori rischi di contenzioso e quindi i minori costi consequenziali o di rivendicazioni che possono essere determinati da un intervento meno penalizzante dal punto di vista laboristico.

Nella necessaria modulazione dei concomitanti e contrapposti interessi, può concludersi che il livello di mantenimento delle condizioni economiche professionali pregresse di lavoro può costituire elemento di scelta, in ragione del primario rilievo sociale costituzionale del valore da considerare, solo a fronte di offerte sostanzialmente omogenee dal punto di vista del corrispettivo economico, valutato tenendo conto anche dei rischi di contenzioso di cui si è detto, da destinare alla soddisfazione dei creditori.

Anche perché la tutela del lavoro non prevale necessariamente a fronte dell’esigenza, anch’essa di utilità sociale, di assicurare il miglior ristoro dei creditori coinvolti dalla crisi.

GLI ACCORDI DEROGATORI EX ART. 47, COMMA 5, LEGGE N. 428/1990 E I CRITERI DI SELEZIONE DEI LAVORATORI DA TRASFERIRE AL CESSIONARIO/AFFITTUARIO

Deve essere segnalata in materia una recente pronuncia della Corte di Cassazione, sezione lavoro, e precisamente la numero 1383 del 19 gennaio 2018.

Infatti il principio affermato, per quanto inerente ad un accordo sindacale stipulato ai sensi dell’art. 47, comma 5, l. n.428/90 e quindi in relazione al trasferimento/affitto di azienda effettuato nell’ambito di una procedura di tipo liquidatorio ( fallimento, concordato preventivo con cessione dei beni) che, come è noto, a differenza della disciplina dettata dall’art. 47, comma 4 b-bis, l. n. 428/90, consente, in presenza dei necessari presupposti, la totale disapplicazione dell’art. 2112 c.c., è rilevante a mio avviso anche nell’ambito di un trasferimento/affitto inerente un’azienda in concordato preventivo in continuità là ove si debba selezionare e quindi individuare il personale addetto allo specifico ramo d’azienda oggetto di affitto/cessione rispetto al quale esclusivamente opera il principio di necessaria continuità del rapporto di lavoro.

Il caso approdato alla decisione della Suprema Corte è il seguente.

Una lavoratrice licenziata a seguito di procedimento di licenziamento collettivo da una società in concordato preventivo cd. “ liquidatorio” o con cessione dei beni ha impugnato il recesso datoriale per violazione dei criteri di scelta, di cui all’articolo 5 legge 223/1991, chiedendo la reintegrazione presso la società affittuaria del ramo di azienda, oltre al risarcimento dei danni.

La Corte d’ Appello ha respinto le domande osservando la pacifica ricorrenza nella fattispecie di un affitto di azienda cosiddetto in deroga (ossia ai sensi dell’articolo 47, comma cinque, legge 428 del 1990 con stipulazione, in sede sindacale, di un accordo tra le società che individuava nominativamente i lavoratori trasferiti e sottoposto a condizione sospensiva del perfezionamento della procedura di cui al citato articolo 47); il difetto di allegazioni, da parte della ricorrente, di un motivo illecito concernente il criterio di scelta dei lavoratori nonché della violazione dei criteri di correttezza e buona fede (essendo inoltre carente il ricorso introduttivo del giudizio delle allegazioni circa le mansioni della lavoratrice, la collocazione nell’organizzazione aziendale, l’inerenza ai beni affittati, l’eventuale pretermissione con riguardo a colleghi aventi professionalità fungibile); l’assenza, nel ricorso introduttivo del giudizio, di doglianze circa la violazione dei criteri di cui alla legge 223 del 1991, articolo 5, nel caso di specie, peraltro, non applicabili, nonché di doglianze circa il mancato rispetto di modalità procedimentali.

La ricorrente ha quindi proposto ricorso per cassazione deducendo in particolar modo la violazione e falsa applicazione della legge 223 del 1991, articolo 5, avendo la Corte di merito omesso di considerare la specifica censura, contenuta nel ricorso introduttivo del giudizio, di arbitrarietà della scelta dei lavoratori da cedere all’affittuario effettuata in violazione dei criteri dettati dall’articolo cinque della predetta legge 223 del 1991, ponendo erroneamente a carico della lavoratrice l’onere della prova del motivo illecito sotteso all’affitto del ramo di azienda, nonostante la stessa non avesse mai ricevuto esaustiva comunicazione concernente le attività svolte dall’azienda, le professionalità impiegate, le condizioni del contratto di affitto del ramo di azienda da cui emergeva, in realtà, il trasferimento dell’intera compagine aziendale dell’impresa di cui era dipendente in concordato preventivo.

La Corte di Cassazione ha ritenuto il ricorso inammissibile ed infondato.

In particolare premesso che doveva ritenersi pacifica la sussistenza, nel caso di specie, dei requisiti richiesti dalla legge 428 del 1990, articolo 47 comma 5, costituiti dall’omologazione di un concordato preventivo consistente nella cessione dei beni, nonché dall’esistenza dell’accordo sindacale con allegato elenco nominativo dei lavoratori trasferiti all’affittuaria e di quelli che invece sarebbero rimasti in forza presso l’affittante in procedura, sì che il contratto di affitto era sospensivamente condizionato e con efficacia differita all’integrazione della fattispecie derogatoria a formazione successiva di cui al predetto articolo 47, comma 5, della legge 428 del 1990, sottolineava l’inammissibilità e l’infondatezza delle censure svolte dalla ricorrente.

Richiamato il contenuto normativo della più volte citata disposizione contenuta nell’articolo 47, comma 5, legge 428 del 1990 – nel testo all’epoca vigente - secondo cui: “ *qualora il trasferimento riguardi aziende o unità produttive delle quali il CIPI abbia accertato lo stato di crisi aziendale a norma della legge 12 agosto 1977, numero 675, articolo 2, comma 5, lett. c), o 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 coatta amministrativa ovvero di sottoposizione all’amministrazione straordinaria, nel caso in cui la continuazione dell’attività non sia stata disposta o sia cessata e nel corso della consultazione di cui ai precedenti commi sia stato raggiunto un accordo circa il mantenimento anche parziale dell’occupazione, ai lavoratori il cui rapporto di lavoro continua con l’acquirente non trova applicazione l’articolo 2112 codice civile, salvo che dall’accordo risultino condizioni di miglior favore. Il predetto accordo può altresì prevedere che il trasferimento non riguardi il personale eccedentario o e che quest’ultimo continui a rimanere, in tutto in parte, alle dipendenze dell’alienante*”, la Corte di Cassazione ha osservato che del tutto correttamente la Corte d’Appello ha affermato che nessuna questione, relativa all’applicazione dei criteri di scelta dei lavoratori di cui alla legge 223 del 1991, articolo 5, poteva porsi con riguardo al licenziamento collettivo comunicato alla ricorrente, posto che tutti i lavoratori rimasti presso la società locataria erano stati destinatari del provvedimento espulsivo.

Infatti la ricorrente finiva per confondere una fattispecie(l’affitto d’azienda) ontologicamente distinta dal licenziamento collettivo, invocando il rispetto dei criteri di cui all’articolo 5 della legge 223/1991 una volta per l’una e una volta per l’altra fattispecie, non cogliendo la chiara “ratio decidendi” della sentenza impugnata che aveva, da una parte, ritenuto sussistenti i requisiti previsti dalla legge 428 del 1990, articolo 47, comma 5, per la stipulazione di accordi sindacali in deroga all’articolo 2112 nell’ambito della procedura di trasferimento d’azienda e, dall’altra, accertato l’irrilevanza dell’applicazione di tali criteri al licenziamento collettivo che aveva coinvolto tutti i lavoratori della società locataria.

**Il ricorso appariva infondato, ha sottolineato la Corte, in quanto l’articolo 47, comma 5, citato “*nulla dispone circa il contenuto specifico dell’accordo e l’indicazione dei criteri di selezione dei lavoratori da trasferire, prevedendo unicamente che l’accordo riguardi il mantenimento, anche parziale, dell’occupazione*”.**

“*Né i principi vigenti in tema di licenziamenti collettivi di cui alla legge 223 del 91, articoli quattro e seguenti, in particolare quelli relativi alla obbligatoria indicazione dei criteri di scelta dei lavoratori da licenziare e delle modalità di applicazione di questi criteri, si potevano estendere analogicamente alla fattispecie in esame, stante la diversità di “ratio” dei due istituti e l’assoluta diversità di disciplina. Infatti le norme in materia di cessione d’impresa assoggettata a procedura concorsuale o di rami della stessa hanno il fine di privilegiare la salvaguardia , anche in parte, di posti di lavoro e sono quindi svincolati dai rigidi criteri previsti per la disciplina dei licenziamenti collettivi. In tal senso era l’orientamento consolidato della Corte di legittimità in base al quale il legislatore ha previsto un’ampia possibilità per l’impresa subentrante di concordare condizioni contrattuali per l’assunzione “ex novo” dei lavoratori, in deroga a quanto fissato dall’articolo 2112 codice civile ed ha altresì previsto la possibilità di escludere parte del personale eccedentario dal passaggio, in quanto la derogabilità, laddove prevista dall’accordo sindacale, anche se peggiorativa del trattamento dei lavoratori, si giustifica con lo scopo di conservare i livelli occupazionali, quando venga trasferita l’azienda di un’impresa insolvente e si legittima con la garanzia della conclusione di un accordo collettivo idoneo a costituire norma derogatoria della fattispecie. In tale ipotesi, invero, la priorità di tutela dal piano del singolo lavoratore (alla quale risponde l’esclusiva applicazione dell’articolo 2112 codice civile*) - ha continuato la Corte-, *si sposta al piano dell’interesse collettivo al perseguimento dell’agevolazione della circolazione dell’azienda quale strumento di salvaguardia della massima occupazione, in una condizione di obbiettiva crisi imprenditoriale, anche al prezzo del sacrificio di alcuni diritti garantiti dall’articolo 2112 del codice civile, pur sempre in un ambito tutelato di consultazione sindacale*”.

La Corte quindi ha concluso osservando che queste argomentazioni non risultavano efficacemente contestate dalla ricorrente, “*la quale aveva sostanzialmente concentrato le proprie censure sulla violazione della legge 223/91, articolo 5, e sulla esclusiva idoneità di tale criterio a consentire un controllo effettivo delle singole posizioni lavorative e una loro comparazione ai fini della scelta improntata a razionalità, senza tuttavia considerare quanto affermato dalla sentenza impugnata in ordine alla specificità della fattispecie di cui alla legge 428 del 1990, la sua finalità (incentivare l’assunzione di lavoratori e conservare posti di lavoro, destinati necessariamente a venir meno per effetto dello stato di insolvenza dell’impresa cedente), alla diversità di tale fattispecie rispetto alla procedura prevista per i licenziamenti collettivi nonché alle esigenze organizzative della società affittuaria che ha ritenuto di assumere i lavoratori in servizio”*.

Questa affermazione della Corte di Cassazione della completa estraneità dell’accordo sindacale di cui all’articolo 47, comma 5, legge 428 del 1990, rispetto ai criteri di scelta di cui all’art. 5 legge 223/91 e, comunque, così sembrerebbe, da qualsiasi indicazione dei criteri che hanno presieduto all’individuazione e alla scelta dei lavoratori da trasferire al cessionario/affittuario, suscita qualche perplessità.

Il comma cinque dell’articolo 47 in esame stabilisce infatti che l’accordo sindacale rappresenta la “ condicio sine qua non” per consentire le deroghe all’articolo 2112 codice civile e, pertanto, la mancanza dell’accordo determina, per l’impresa in procedura, l’applicazione totale ed integrale a favore dei lavoratori delle tutele ivi previste, ovverosia il subentro del cessionario nei rapporti di lavoro pendenti all’atto del trasferimento, la perdurante applicazione della relativa contrattazione collettiva applicata dal cedente (salva la sostituzione con altri contratti del medesimo livello applicabili dal cessionario), la solidarietà del cessionario per i crediti dei lavoratori verso il cedente al tempo del trasferimento.

Il perfezionamento dell’accordo comporta, peraltro, l’obbligo di osservare la disciplina di informazione sindacale prevista dei commi 1 e 2 dello stesso articolo 47.

Nell’ambito delle comunicazioni da inviare alle organizzazioni sindacali, dovrà essere indicato il numero dei lavoratori che saranno impiegati presso il cessionario con le relative condizioni economiche e normative che verranno applicate, nonché le eventuali misure riguardanti i lavoratori eccedentari che rimangono in capo alla procedura.

Ora mi sembra che, in sede di esame congiunto con le parti sindacali, la selezione tra lavoratori che vengono trasferiti e quelli eccedentari non possa certamente avvenire arbitrariamente a discrezione del cessionario, ma debba trovare fondamento esclusivamente su criteri oggettivi al fine di consentire un controllo sulla eccezionalità della deroga.

In questo senso mi sembra che ben le parti possano far riferimento sia ad eventuali diversi criteri individuati in sede di esame congiunto, sia ai criteri di cui all’articolo 5 della legge 223/1991, ovverosia alle ragioni tecniche, produttive ed organizzative, all’anzianità aziendale e ai carichi di famiglia. Ciò in quanto, generalmente, i lavoratori eccedentari, che rimangono in capo alla procedura, saranno oggetto di licenziamento e, pertanto, si verifica una “simmetria” tra l’individuazione dei lavoratori trasferiti con l’azienda e quelli che verranno licenziati.

L’utilizzo di criteri obiettivi, come sono sicuramente quelli dell’articolo 5, legge 223 del 1991, dovrebbe proprio evitare che i lavoratori eccedentari possano fondatamente contestare il mancato trasferimento al cessionario, anche se nella prassi questo rischio è solitamente neutralizzato attraverso la sottoscrizione da parte dei predetti lavoratori di un verbale di conciliazione in cui essi rinunciano al diritto di “passare” alle dipendenze del cessionario.

Al riguardo va osservato che la necessità di indicare dei criteri obiettivi, a prescindere dal fatto che coincidano esattamente con quelli previsti dall’articolo 5, legge 223 del 1991 più volte citato, sì da permettere un controllo sulla non arbitrarietà della scelta, risponde ai generali principi di correttezza e buona fede che devono presiedere alla stipulazione, interpretazione e all’esecuzione di ogni accordo negoziale ex artt. 1337, 1365 e 1375 c.c..

Caterina Santinello