



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PADOVA

**DIPARTIMENTO DI SCIENZE ECONOMICHE ED AZIENDALI
"M.FANNO"**

**DIPARTIMENTO DI DIRITTO PRIVATO E CRITICA DEL DIRITTO
(DDPCD)**

CORSO DI LAUREA IN ECONOMIA

PROVA FINALE

**"LA TUTELA DEI LAVORATORI NEL TRASFERIMENTO
D'AZIENDA"**

RELATORE:

CH.MO PROF. BARBARA DE MOZZI

**LAUREANDO/A: LORENZO BAÙ GIURIATO
MATRICOLA N. 1147833**

ANNO ACCADEMICO 2019 – 2020

INDICE

INTRODUZIONE	1
--------------	---

CAPITOLO 1

TRASFERIMENTO D'AZIENDA E DI RAMO D'AZIENDA

1.1 - PREMESSA	3
1.2 - EVOLUZIONE DELLA DISCIPLINA	4
1.3 – LA NOZIONE DI TRASFERIMENTO D'AZIENDA	7
1.4 - NOZIONE TRASFERIMENTO DI PARTE D'AZIENDA	10
1.5 - TRASFERIMENTO DI MERA MANODOPERA	12

CAPITOLO 2

LE GARANZIE RICONOSCIUTE AI LAVORATORI E LA CONSERVAZIONE DEI DIRITTI

2.1 - PREMESSA	14
2.2 - LA RESPONSABILITÀ SOLIDALE TRA CEDENTE E CESSIONARIO PER I CREDITI DEL LAVORATORI	14
2.3 - CONTINUITÀ DEL RAPPORTO DI LAVORO E I DIRITTI DEL LAVORATORE	15
2.4 – IL CONTRATTO COLLETTIVO APPLICABILE	17

CAPITOLO 3

OBBLIGO DI INFORMAZIONE E CONSULTAZIONE SINDACALE

3.1 - PREMESSA	18
3.2 - PROCEDURA DI PARTECIPAZIONE SINDACALE	18
3.3 - CONDOTTA ANTISINDACALE	20

CAPITOLO 4

TRASFERIMENTO D'AZIENDA IN CRISI: CENNI	23
-----------------------------------------	----

CONCLUSIONI	25
--------------------	----

BIBLIOGRAFIA E SITOGRAFIA	27
----------------------------------	----

INTRODUZIONE

Nell'era della globalizzazione e dei mercati caratterizzati da una forte competitività, si è sviluppata negli anni una tendenza sempre maggiore all'esternalizzazione e all'outsourcing. Si è constatato che molti dei nuovi modelli di produzione si sono incentrati sulla frammentazione del processo produttivo, dove ciascuna fase viene affidata ad una diversa impresa, pertanto con il passare del tempo i sistemi di produzione che si basavano all'interno di unica impresa, le classiche aziende integrate verticalmente, vengono sostituiti da un modello dove le attività sono segmentate in molteplici fasi.

Inizialmente, l'esternalizzazione si era realizzata delegando a soggetti terzi, esterni all'impresa, segmenti di attività di natura non strategica, così da consentire all'impresa madre di focalizzarsi sul proprio "core business", demandando ad altri specifiche attività, anche spesso particolarmente rilevanti per i fini aziendali, ancorché non essenziali per la realizzazione del valore finale.

Recentemente si è riscontrata l'affermazione di una forte tendenza non soltanto all'*outsourcing* tradizionale, nel quale si affida lo svolgimento di una parte dei processi (quali la produzione) a una o più imprese che a tempo indefinito garantiscono l'espletamento di queste attività, ma anche la realizzazione di altre forme di *outsourcing* con scopi diversi, «(vale l'esempio dell'affidamento esterno della gestione dei rapporti con la clientela, delle certificazioni di qualità, di funzioni specialistiche quali il marketing, le vendite e via discorrendo).»¹

I soggetti che operano all'interno di una stessa rete possono lavorare in luoghi distinti, oppure come spesso accade, le imprese possono operare in uno stesso ambiente, così da poter creare sinergie tra lavoratori dipendenti da differenti datori di lavoro.

In particolare nell'ambito dei nuovi modelli produttivi e processi di frammentazione aziendale nominanti poc'anzi, è diventato particolarmente rilevante lo strumento giuridico del trasferimento d'azienda.

In una fase in cui l'organizzazione dei sistemi produttivi appare caratterizzata dal dilagante ricorso a processi di esternalizzazione, quest'analisi cerca di approfondire gli spazi e i vincoli concessi alle imprese, previsti dall'ordinamento giuridico italiano; in particolare l'oggetto del

¹ Valerio Speciale; Le "esternalizzazioni" dei processi produttivi dopo il d.lgs 276 del 2003: proposte di riforma; Associazione per gli Studi Internazionali e Comparati sul Diritto del lavoro e sulle Relazioni Industriali; www.bollettinoadapt.it

presente lavoro sarà l'esame e l'analisi dell'impatto delle discipline in tema di tutele per i lavoratori coinvolti nel trasferimento d'azienda e di ramo d'azienda.

Il trasferimento d'azienda è un istituto giuridico che mira a bilanciare anche interessi del tutto opposti, da una parte la flessibilità delle imprese, e dall'altra le tutele e le garanzie dei lavoratori.

Nel primo capitolo si tratterà la questione più nello specifico, definendo il concetto di trasferimento d'azienda o di un suo ramo, si approfondiranno le ragioni di tale fenomeno, si procederà ad analizzare l'evoluzione normativa della disciplina in tema di trasferimento d'azienda o di ramo d'azienda, con particolare attenzione alla nozione di articolazione funzionalmente autonoma adottata dal legislatore ai fini della configurabilità del trasferimento di ramo d'azienda ex art 2012 c.c., con riferimento anche al requisito della preesistenza.

Nel secondo capitolo si procederà poi ad analizzare le tutele previste dal legislatore per i lavoratori coinvolti in tale fattispecie, che prevede che i rapporti di lavoro vengano trasferiti automaticamente e senza soluzione di continuità all'imprenditore acquirente, senza modificare le condizioni economiche del lavoratore.

Nel terzo capitolo si vedrà l'obbligo d'informazione e consultazione sindacale, per l'appunto attraverso un coinvolgimento di queste organizzazioni nei processi di esternalizzazione, per regolamentare e verificare la legittimità della procedura, al fine di evitare illeciti e abusi nei confronti dei lavoratori.

Nel quarto capitolo in fine si tratterà dei rapporti di lavoro e delle garanzie nel trasferimento d'azienda in crisi.

CAPITOLO 1

TRASFERIMENTO D'AZIENDA E DI RAMO D'AZIENDA

1.1 - PREMESSA

Il processo di ristrutturazione e riorganizzazione aziendale assume a volte anche la forma del trasferimento d'azienda, dove appunto vi è un mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata, e ovviamente l'attuazione di tali processi impatta inevitabilmente sulle condizioni di lavoro dei lavoratori ceduti, nonché sulle sorti della loro stessa occupazione.

L'art. 2112 c.c., rubricato "mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda", dispone che in caso di trasferimento d'azienda da un imprenditore (cedente) ad un altro (cessionario), il rapporto di lavoro dei lavoratori dipendenti prosegua in capo all'acquirente, con conservazione di tutti i diritti che ne derivano, come la posizione economica e lavorativa, i crediti maturati fino a quel momento, compresa l'anzianità di servizio.

Nello specifico, ai sensi dell'art. 2112 c.c., così come modificato dall'art. 32, d.lgs. n. 276/2003, si intende "per trasferimento d'azienda qualsiasi operazione che, in seguito a cessione contrattuale o fusione, comporti il mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità a prescindere dalla tipologia negoziale o dal provvedimento sulla base del quale il trasferimento è attuato ivi compresi l'usufrutto o l'affitto di azienda. Le disposizioni del presente articolo si applicano altresì al trasferimento di parte dell'azienda, intesa come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento".

L'art. 2558 c.c., ricorre allo stesso meccanismo operativo previsto dall' art. 2112 c.c. per assicurare all' impresa la continuazione dei rapporti contrattuali, la successione *ope legis* nei contratti.

L'art. 2558 c.c. è tuttavia derogabile dalle parti, a differenza dell'art. 2112 c.c.

Entrambe le norme in esame (art. 2112 c.c. e art.2558 c.c.) realizzano un effetto successorio nei rapporti di lavoro nei casi di circolazione di complessi aziendali, ciò può spingere erroneamente a ritenere che esse siano l'una integrativa dell'altra.

L'art. 2558 c.c. riguardante la successione nei contratti, dispone che "Se non è pattuito diversamente, l'acquirente dell'azienda subentra nei contratti stipulati per l'esercizio

dell'azienda stessa che non abbiano carattere personale [c.c. 1406, 1722, n. 4, 1902, 2112, 2610] (1).

Il terzo contraente può tuttavia recedere dal contratto [c.c. 1373] entro tre mesi dalla notizia del trasferimento [c.c. 2964], se sussiste una giusta causa, salvo in questo caso la responsabilità dell'alienante [c.c. 1918].

Le stesse disposizioni si applicano anche nei confronti dell'usufruttuario e dell'affittuario [c.c. 2561, 2562] per la durata dell'usufrutto e dell'affitto.”

Tale articolo si propone infatti di tutelare le due parti coinvolte nella operazione, salvaguardando

principalmente l'integrità funzionale dell'azienda. Ciò avviene attraverso una disciplina che deroga alla regola generale di cui all'art 1406 c.c. riguardante la cessione del contratto. Secondo tale ultima disposizione, la cessione richiede il consenso, oltre che del cedente e del cessionario, anche del contraente ceduto; al contrario in caso di trasferimento d'azienda la “cessione” del contratto di lavoro (ex art. 2112 c.c.) è automatica e non richiede il consenso dei lavoratori coinvolti.

La necessità di conservare e salvaguardare la continuità dell'attività di imprese predomina sull'interesse individuale del lavoratore coinvolto nell'operazione che, come dispone l'art. 2558 del Codice civile, è obbligato a subire una modifica del rapporto di lavoro, a meno che il terzo contraente non sia in grado di dimostrare la sussistenza di una giusta causa che gli permetta di recedere dal contratto. Inoltre, in base all'art. 2558 c.c. il meccanismo successorio automatico dei contratti può essere limitato nel caso in cui i contratti abbiano carattere personale, oppure perché le parti decidono autonomamente di escluderli dal trasferimento d'azienda.

Nelle pagine che seguono verranno analizzati gli interventi legislativi e giurisprudenziali sul tema, per l'appunto per far fronte a un fenomeno complesso e in continua evoluzione come il trasferimento d'azienda l'ordinamento giuridico si è dotato di misure volte a tutelare i lavoratori in tale processo, con l'obiettivo di contrastare gli abusi e le cessioni fraudolente d'azienda.

1.2 - EVOLUZIONE DELLA DISCIPLINA

Nell'attuale contesto economico e produttivo, l'esternalizzazione e la ristrutturazione aziendale realizzata tramite il trasferimento d'azienda, o di un suo ramo, può portare anche ad

effetti peggiorativi sulla posizione di lavoro del dipendente ceduto: minore affidabilità del nuovo datore di lavoro, minori garanzie sul piano della tutela occupazionale.

In tale fattispecie un imprenditore volendo potrebbe liberarsi di un certo numero di dipendenti, evitando faticose trattative, e aggirando la normativa in materia di licenziamenti collettivi, per l'appunto esso potrebbe cedere la propria attività, o una parte di essa, ad un'altra impresa, priva di solidità economica e finanziaria, mettendo a rischio la sicurezza lavorativa dei dipendenti.

In alcune occasioni, la cessione d'impresе riguardava un raggruppamento di lavoratori appositamente selezionati, per essere espulsi dall'azienda, la giurisprudenza ha concluso che tali entità prive di consistenza non costituissero un'articolazione funzionalmente autonoma proprio in mancanza del requisito di autonomia, che rende inefficace tale istituto nei confronti dei lavoratori, che possono opporsi al trasferimento, negando il proprio consenso (in base all'art. 1406 c.c.).

In diversi casi è stato anche ritenuto che se la cessione avviene a seguito di un comportamento doloso o colpevole del venditore, i lavoratori ingiustamente licenziati hanno diritto al risarcimento del danno da parte del cedente.

La legge, per tutelare e garantire i diritti dei lavoratori, prevede inoltre che nelle aziende medio/grandi, per procedere a una cessione aziendale, deve essere rispettato un procedimento sindacale, che possa garantire la trasparenza di tale processo, nel rispetto dei lavoratori coinvolti.

L'art 2112 c.c., è una norma che mira a creare un compromesso tra gli interessi delle aziende, agevolando i processi di riorganizzazione aziendale e esternalizzazione, e quelli dei lavoratori ceduti, garantendo la continuazione dei rapporti di lavoro, essi infatti, nel caso di trasferimento dell'intera azienda, o di un suo ramo autonomo, vengono trasferiti automaticamente e senza soluzione di continuità al cessionario, riconoscendo ai lavoratori i diritti di cui godevano presso l'imprenditore cedente.

Tale norma, originaria del codice civile del 1942, è stata più volte modificata, anche in attuazione delle direttive comunitarie, è stata inoltre oggetto di un'attenta interpretazione da parte della giurisprudenza, che ha vigilato affinché non si ritorcesse contro i lavoratori.

La nozione del trasferimento d'azienda o di un suo ramo, il consenso del lavoratore ceduto, la dimensione applicativa della normativa ed i contratti collettivi applicabili sono alcuni dei temi che hanno acceso ampi dibattiti e generato numerose tensioni interpretative. Prima di proseguire ad una attenta analisi di questi temi, nondimeno, occorre illustrare, senza pretese di esaustività, l'evoluzione della *ratio* ispiratrice dell'art. 2112 del Codice civile.

Originariamente la disposizione in esame mirava a tutelare l'interesse del datore di lavoro alla continuità aziendale, garantendo ai lavoratori unicamente una responsabilità solidale tra cedente e cessionario, avuto riguardo ai soli crediti maturati dal lavoratore di cui il cessionario era a conoscenza.

Nella nuova formulazione novellata dalla legge numero 604/1966 è emersa la *ratio* protettiva della suddetta norma. Tuttavia, è con l'art. 47 della legge 428/1990 che viene affermato il principio secondo cui il trasferimento d'azienda non costituisce giustificato motivo per il licenziamento.

Si tratta di una norma di estrema garanzia per il lavoratore ceduto che, non può venire licenziato solo per il fatto che l'azienda è stata trasferita, oppure subire delle modifiche nelle condizioni di lavoro.

L' art. 2112 c.c. (novellato prima dall'art.47 l. 29.12.1990, n. 428 e poi dal d. lgs. 2.2.2001, n. 18, in attuazione della dir. 2001/23/CE, infine dall' art. 32 d.lgs. 10.9.2003, n. 276) detta una tutela per i lavoratori in caso di modifica soggettiva del datore di lavoro.

Come già detto negli anni l'art. 2112 c.c. ha subito diverse rivalutazioni, nella formulazione originaria si faceva un generico riferimento all'azienda, considerata come un'entità economica unitaria, con conseguente rinvio alla nozione dettata dall'art. 2555 c.c., e la forza lavoro era un elemento inscindibile da essa, la norma era essenzialmente posta a tutela dell'interesse datoriale, essa infatti nel trasferimento d'azienda dava la possibilità al datore di lavoro di licenziare i dipendenti con l'unico obbligo di darne preavviso.

« Con il d.lgs. n. 18/2001 l'azienda è stata definita, ai soli fini e per gli effetti di cui all'art. 2112 c.c., come un'attività economica organizzata, mentre il ramo d'azienda come "l'articolazione funzionalmente autonomo di un'attività economica organizzata". »²

Vi è stata inoltre un'estensione delle tutele previste a favore dei lavoratori, vengono infatti introdotte alcune novità. Nel terzo comma dell' art. 2112, il legislatore dispone che i contratti collettivi applicabili ai lavoratori coinvolti devono essere del medesimo livello dei contratti applicati dall' imprenditore cedente. Inoltre un altro aspetto che dimostra il potenziamento delle tutele per i lavoratori può essere riscontrato nella possibilità concessa al lavoratore di rassegnare le proprie dimissioni, nei tre mesi successivi al trasferimento: se vi è stato un mutamento sostanziale delle mansioni e delle condizioni di lavoro a causa dell'operazione, le dimissioni sono considerate come rassegnate per giusta causa ed il lavoratore ha diritto a all'indennità di mancato preavviso.

² Elena Boghetich; Trasferimento d' azienda; www.treccani.it

« Il d.lgs. n. 276/2003 ha, poi, soppresso la previsione secondo cui la parte d'azienda (il ramo) trasferita doveva essere preesistente, e conservare nel trasferimento la propria identità, consentendo che l'articolazione aziendale autonoma sia identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento. La giurisprudenza ha evidenziato, che la funzione garantista nei confronti dei lavoratori assegnata dalla norma comporta l'accoglimento di una nozione estensiva del trasferimento d'azienda.»³

La quale riconosce l'ipotesi di trasferimento d'azienda anche nei fenomeni traslativi caratterizzati dall'assenza di beni patrimoniali o materiali.

Con l' art. 32 d.lgs. 10.9.2003, n. 276, il legislatore, ha cercato di proseguire nella direzione della gestione più flessibile dei rapporti di lavoro, si è concentrato più significativamente sulla fattispecie del trasferimento del ramo d'azienda, lasciando quasi inalterata la normativa inerente al trasferimento dell' intera azienda.

Tale riformulazione è stata interpretata da molti come un indebolimento delle tutele e garanzie concesse ai lavoratori nelle operazione di trasferimento d'azienda, semplificando e incentivando invece i processi di *outsourcing* e delocalizzazione, tuttavia al secondo comma dell'art.32 del decreto citato poc'anzi, si dispone che nell'ipotesi in cui tra cedente e cessionario sia stipulato un contratto d'appalto che preveda l'esecuzione di un'opera mediante il ramo oggetto dell'operazione traslativa, allorché tra appaltante e appaltatore sussiste un regime di solidarietà di cui all'art.1676, suddetta revisione sembra quindi fornire garanzie aggiuntive ai lavoratori sebbene si collochi su un piano diverso rispetto al caso di trasferimento del ramo d'azienda.

1.3 – LA NOZIONE DI TRASFERIMENTO D'AZIENDA

L'art. 2112 c.c., al comma n. 5, definisce come trasferimento d' azienda “qualsiasi operazione che, in seguito a cessione contrattuale o fusione, comporti il mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità, a prescindere dalla tipologia negoziale o dal provvedimento sulla base del quale il provvedimento è attuato, ivi compreso l'usufrutto o l'affitto d'azienda”.

Si parla di trasferimento d'azienda qualora si verifichino i seguenti presupposti:

³ Elena Boghetich; Trasferimento d' azienda; www.treccani.it

« - sostituzione nella titolarità dell'impresa (a prescindere dalla tipologia contrattuale con cui tale sostituzione viene realizzata);

- cessione di un'entità economica organizzata in modo stabile, strutturata ed autonoma ossia di un'attività economica organizzata in forma d'impresa ai sensi dell'art. 2082. La cessione dovrà riguardare beni /mezzi aziendali organizzati nonché il personale;

- preesistenza del complesso ceduto e conservazione della sua identità obiettiva da verificarsi sulla base del complesso delle circostanze di fatto che caratterizzano la specifica operazione tra cui: il tipo d'impresa, la cessione o meno di elementi materiali, la riassunzione o meno del personale, il trasferimento della clientela, il grado di analogia delle attività esercitate. »⁴

Per quanto concerne l'oggetto del negozio traslativo, ossia l'intera azienda, essenzialmente la sola riforma del d.lgs. n. 276/2003 risulta essere la rimozione del riferimento alla produzione o scambio di beni e servizi.

Tale rettifica è considerata dalla dottrina maggioritaria di scarsa importanza, dal momento che non incide in maniera rilevante sull'applicabilità della fattispecie.

L'applicabilità di tale fenomeno di cui all'art. 2112 del Codice civile, è quindi esclusa nei casi di:

1. "**trasformazione di società**". Il banale mutamento dello statuto non può ritenersi come un cambiamento nella titolarità dell'azienda ma semplicemente come una variazione della sua forma giuridica. I diritti del personale lavorativo, sebbene estromessi dalla disciplina del trasferimento, sono garantiti dall'art. 2498 c.c., che prevede nell'ipotesi di trasformazione, la continuazione di tutti i rapporti. Dunque seppure non tutelati dall'art. 2112 del Codice civile, i lavoratori della società trasformata, sono in ogni caso protetti dall'articolo citato poc'anzi che novella "Con la trasformazione l'ente trasformato conserva i diritti e gli obblighi e prosegue in tutti i rapporti anche processuali dell'ente che ha effettuato la trasformazione";
2. "**conferimento di un'azienda individuale in società**". Tale ipotesi sebbene realizzi un trasferimento di beni non comporta un mutamento nell'organizzazione aziendale, pertanto non è qualificabile come un trasferimento d'azienda, piuttosto è assimilabile ad una trasformazione, dunque tale fattispecie è anch'essa disciplinata dall'art. 2498 c.c.;
3. "**trasferimento del pacchetto azionario di maggioranza di una società**". Tale fattispecie non comporta una variazione del soggetto nella titolarità dell'azienda, dal momento che la società titolare dell'impresa non cambia;

⁴ Silvia Piccioli; Il trasferimento d'azienda; Associazione per gli Studi Internazionali e Comparati sul Diritto del lavoro e sulle Relazioni Industriali; www.moodle.adaptland.it

4. "**modifica della denominazione sociale**". Anche in questa ipotesi non si realizza una modifica del soggetto titolare dell'azienda.

Infine è escluso dalla disciplina dell'art.2112 c.c., la successione degli appalti che normalizzata dall'art. 29 co. 3, del Decreto Biagi, che recita: "l' acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di un nuovo appaltatore dotato di propria struttura organizzativa e operativa, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro, o di clausola del contratto d'appalto, ove siano presenti elementi di discontinuità che determinano una specifica identità d'impresa, non costituisce trasferimento d'azienda o di parte di azienda".

1.3.1 - MOTIVAZIONI

Le politiche di *outsourcing* e la tendenza all'esternalizzazione è un utile strumento per mantenere snella e flessibile la gestione e l'organizzazione aziendale, spetta all'ordinamento giuridico impedire gli abusi e l'utilizzo improprio di tale istituto, e alle organizzazioni sindacali vigilare e controllare che tali processi vengano attuati nel rispetto dei diritti dei lavoratori coinvolti.

Le ragioni economiche e le motivazioni che spingono le imprese a ricorrere a questi processi sono complesse e molteplici.

« Una prima spiegazione è rinvenibile nella teoria dei costi di transazione di W. Coase, secondo gli studi della *Transaction Costs Economics* la creazione di relazioni contrattuali stabili con fornitori esterni riduce i costi di transazione. Infatti la perduranza nel tempo del rapporto e la possibilità di definire, all'interno di un unico contratto, le variabili che di volta in volta si presentano (e che non sono prevedibili al momento della sua stipulazione) garantiscono al committente una flessibilità assai accentuata della gestione dei fattori produttivi

Quelle indicate, peraltro, non sono le uniche ragioni alla base dei fenomeni di esternalizzazione. »⁵

⁵ Valerio Speciale; Le "esternalizzazioni" dei processi produttivi dopo il d.lgs 276 del 2003: proposte di riforma; Associazione per gli Studi Internazionali e Comparati sul Diritto del lavoro e sulle Relazioni Industriali; www.bollettinoadapt.it

L'*outsourcing*, in aggiunta alla riduzione dei costi, permette di focalizzare risorse finanziarie e umane sul *business* principale e consente di sfruttare le competenze e conoscenze specialistiche di altri soggetti su *assets* non strategici. Per di più, l'*outsourcing*, oltre a portare una maggiore elasticità operativa, favorisce anche una migliore misurabilità dei risultati, della propria attività e dei collaboratori.

Affidare all'esterno l'esecuzione di attività più o meno rilevanti e strategiche per l'impresa non porta soltanto a una riduzione dei costi di transazione (quelli collegati alla selezione di un *partner*, e quelli necessari alla fase contrattuale e per rendere effettivo l'accordo), ma anche dei costi operativi.

In sostanza il principio alla base di questo fenomeno consiste nel far fare agli altri ciò che sanno fare meglio di noi. Sono dunque essenzialmente tre le ragioni che inducono le imprese ad attuare questi processi: migliori risultati in termini di efficienza, mantenimento e sviluppo del proprio vantaggio competitivo, risparmio di costi.

1.4 - NOZIONE TRASFERIMENTO DI PARTE D'AZIENDA

La fattispecie del trasferimento di ramo d'azienda è una questione molto delicata, dato che è stato dimostrato che tale fenomeno veniva spesso utilizzato per espellere dall'azienda consistenti quote di personale, aggirando in questo modo le procedure previste a tutela dei lavoratori nell'ambito dei licenziamenti collettivi, tantè che il legislatore è intervenuto diverse volte, producendo rilevanti modifiche. Con il d.lgs. n. 18/2001 il ramo d'azienda veniva definito come "parte dell'azienda, intesa come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata ai sensi del presente comma, preesistente come tale al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità".

Successivamente con l'art. 32 d.lgs. 10.9.2003, n. 276 viene ridefinito come "articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento"

I requisiti necessari per effettuare un trasferimento d'azienda conforme alla legge sono:

« - cessione di un'entità dotata di una propria autonomia organizzativa ed economica caratterizzata dall'esercizio di un'attività che persegue un obiettivo proprio (ancorché accessorio a quello principale) e da un dato organizzativo, cioè da un'insieme organizzato di persone e di elementi materiali che consentono l'esercizio di un'attività economica;

- identificazione dell'articolazione funzionalmente autonoma da parte dei due contraenti (cedente e cessionario) del negozio di cessione;
- identificazione di tale articolazione al momento del trasferimento. »⁶

L'atto di cessione, vitale nel trasferimento di ramo d'azienda, può essere scritto in sede di costituzione di società o successivamente, e osserva gli stessi principi formali previsti per l'elaborazione dell'atto costitutivo della società cessionaria.

« L'atto di conferimento deve individuare esattamente:

- l'oggetto del conferimento;
- l'indicazione del valore attribuito ai fini del conferimento alla cosa conferita;
- i beni materiali e immateriali compresi nel complesso aziendale trasferito;
- i rapporti obbligatori (crediti e contratti) conferiti;
- le passività aziendali che per accordo tra le parti vengono accollate alla società conferita unitamente al trasferimento dell'azienda. »⁷

In seguito alle varie modifiche la disciplina della materia ha trovato sempre maggiore elasticità e flessibilità, in quanto non è più necessario che la cessione del ramo d'azienda sia dotata di un'oggettiva e preconstituita esistenza, ma è stata concessa al ramo d'azienda la possibilità di acquisire la consistenza organizzativa e funzionale al momento del trasferimento.

« L'innovazione apportata dall'art. 32 del d.lgs. n. 276/2003 (come modificato e corretto dal d.lgs. n. 251/2004) incide proprio su questi ultimi aspetti, eliminando la condizione per la quale l'autonomia funzionale dell'attività economica ceduta debba necessariamente preesistere al trasferimento. »⁶

1.4.1 - IL REQUISITO DELLA PREESISTENZA

Con il decreto Biagi è stato abolito il requisito della preesistenza, scatenando così dei dubbi e problemi interpretativi, in quanto ci si pone il problema se bisogna considerare implicita o meno la preesistenza.

⁶ Silvia Piccioli; Il trasferimento d'azienda; Associazione per gli Studi Internazionali e Comparati sul Diritto del lavoro e sulle Relazioni Industriali; www.moodle.adaptland.it

⁷ Riccardo Riva Studio Legale; Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda. Le tutele in favore dei lavoratori dell'azienda ceduta; www.studiolegaleriva.it

Tuttavia, la giurisprudenza ritiene che in assenza del requisito della preesistenza non sussistente parte d'azienda, e ciò rende tale fattispecie non qualificabile come trasferimento di parte d'azienda quando l'oggetto della cessione non preesiste al mutamento della sua titolarità. L'art. 2112 c.c. sembra aver eliminato del tutto il requisito della preesistenza, infatti tra il 2001 ed il 2003, il legislatore ha provveduto più volte a riformare la disciplina del trasferimento d'azienda: prima con il d.lgs. n. 18 del 2001, introducendo l'ipotesi secondo cui la parte di azienda oggetto del trasferimento doveva preesistere all'operazione traslativa e poi, con l'art. 32 d.lgs. n. 276 del 2003 cancellando l'elemento della preesistenza, rimpiazzandolo con la previsione secondo cui il ramo oggetto della transazione può essere riconosciuto come tale dalle parti coinvolte nel trasferimento al momento dell'operazione.

« A dispetto del mutato dato normativo, che sembrerebbe indirizzare verso l'irrilevanza dell'elemento temporale nell'individuazione della parte di azienda, la giurisprudenza interna ha però continuato a affermarne la centralità in chiave definitoria, attribuendo a tale requisito il ruolo di mezzo di contrasto ad operazioni di espulsione fraudolente di lavoratori. »⁸

A ribadire tutto ciò la Corte di Giustizia UE con la sentenza n. C-458/12 del 6 marzo 2014 ha chiarito che “non si ha trasferimento di ramo d'azienda qualora il ramo non preesista alla cessione.

In tal caso spetta all'ordinamento nazionale garantire il lavoratore” (così Cass. 16 marzo 2016, n. 5262). A conferma, la Corte Suprema di Cassazione nella sentenza n. 9641/2014 ha rigettato il ricorso di Telecom Italia s.p.a., dichiarando che non si trattasse di un idoneo trasferimento di ramo d'azienda, quanto piuttosto a uno smembramento per espellere illegittimamente personale dall'azienda.

Sembra così avvalorarsi la tesi secondo cui la preesistenza sia un requisito necessario ai fini della cessione, ed è quindi configurabile come trasferimento di parte d'azienda quando la parte in oggetto sia già esistente e non un'unità creata ad hoc ai fini dell'operazione traslativa.

1.5 - TRASFERIMENTO DI MERA MANODOPERA

Negli ultimi decenni vi è stata inoltre una progressiva dematerializzazione dei sistemi produttivi, dando spazio così alla nascita di forme di produzione e sistemi organizzativi dove

⁸ Giovanna Pacchiana Parravicini; Ramo d'azienda e preesistenza: la verità non è mai una sola...(o forse sì?); www.giustiziacivile.com

l'elemento materiale è divenuto via via meno essenziale, e il fattore umano sempre più fondamentale.

In tali attività, le cosiddette aziende *labour intensive*, si può avere il trasferimento d'azienda anche solo per il passaggio dei lavoratori, considerati come strumento dell'esercizio dell'attività.

Quindi anche solo un insieme organizzato di rapporti di lavoro può costituire oggetto del trasferimento d'azienda.

Questa elasticità è concessa se gli elementi materiali dell'azienda non risultano essere determinanti per l'attività, che si realizza prevalentemente mediante manodopera, ed è sufficiente anche un gruppo di lavoratori stabilmente organizzati per configurare tale fattispecie come trasferimento d'azienda.

Sulla scorta di tali premesse si realizza un trasferimento anche quando vi sia una cessione di un ramo dematerializzato, nel quale l'organizzazione del personale è un elemento dominante rispetto ai beni materiali; dunque anche il trasferimento di un gruppo di lavoratori autonomamente organizzati, dotati di un determinato *know-how*, ossia un certo numero di competenze e conoscenze ritenute essenziali ai fini aziendali, può essere qualificato come negozio traslativo ai sensi dell'art. 2112 c.c., con la conseguenza che, in tali casi, non è necessario il consenso dei dipendenti ceduti.

CAPITOLO 2

LE GARANZIE RICONOSCIUTE AI LAVORATORI E LA CONSERVAZIONE DEI DIRITTI

2.1 - PREMESSA

In questo capitolo analizzeremo le garanzie riconosciute a presidio dei lavoratori coinvolti nel trasferimento d'azienda, sulla scorta dei contributi normativi apportati dalla più recente giurisprudenza, la quale milita nell'attribuire una maggiore tutela in capo ai prestatori di lavoro.

Da questa prospettiva, giova osservare che la legge n. 428/1990 non prevede più, in materia di responsabilità solidale, il requisito della conoscenza del credito da parte dell'acquirente e ha disposto, in ultima analisi, la conservazione della disciplina collettiva.

Un segnale del progressivo ampliamento dello spettro di applicazione della disciplina in esame è apprezzabile nei diversi interventi legislativi avvenuti tra il 2001 e il 2003. In particolare, un esempio è la possibilità riconosciuta al lavoratore di dimettersi allorché subisca una significativa modifica delle proprie condizioni nei tre mesi successivi all'operazione traslativa, come prevede il d.lgs. n. 18/2001.

Dal tessuto di queste disposizioni, si evince il tentativo del legislatore di stemperare il diritto del cessionario di conseguire il massimo profitto dalla cessione dell'azienda, con quello del lavoratore di non subire un pregiudizio in caso di modifica della titolarità dell'impresa.

2.2 - LA RESPONSABILITÀ SOLIDALE TRA CEDENTE E CESSIONARIO PER I CREDITI DEI LAVORATORI

Come si è già sottolineato l'art. 2112 c.c. successivamente alla modifica della l. n. 428/1990, terzo comma, ha abolito il requisito della conoscibilità del credito di cui disponeva il lavoratore coinvolto.

Nella formulazione originaria, la responsabilità solidale del cessionario afferiva ai crediti dei lavoratori sussistenti nel momento del trasferimento, includendo anche i crediti maturati dai dipendenti che hanno terminato il proprio rapporto di lavoro prima della cessione d'azienda. A condizione che tali crediti siano registrati nei libri contabili.

Nella nuova formulazione del secondo comma dell'art. 2112 c.c. la solidarietà passiva tra cedente e cessionario riguarda solo i crediti maturati dai lavoratori precedentemente all'operazione traslativa, a condizione che il rapporto di lavoro sia proseguito senza soluzione di continuità con l'acquirente. Per quel che concerne i crediti inerenti ai rapporti lavorativi interrotti in data antecedente al trasferimento, invece, rientrano nell'alveo dell'art. 2560 c.c., il quale sancisce la responsabilità in solido del cessionario con l'alienante, in caso di debiti iscritti nei libri contabili.

Per chiarire in tema di trattamento di fine rapporto, l'accantonamento delle quote di t.f.r. avviene annualmente, è invece rinviata al momento della cessione del rapporto di lavoro l'esigibilità del credito. Conseguentemente la Cassazione (22.9.2011, n. 19291) ha ritenuto che nell'ipotesi in cui i rapporti di lavoro proseguissero in capo al cessionario, ex art. 2112 c.c., il cedente è obbligato alla liquidazione delle quote di t.f.r. maturate dal lavoratore fino alla risoluzione del rapporto, inoltre per tale credito del dipendente vige il vincolo di solidarietà tra cedente e cessionario disciplinato dall'art. 2112, comma 2 del Codice civile.

In merito invece alle quote di t.f.r. maturate nel periodo successivo all'operazione traslativa, l'unico obbligato al pagamento è il cessionario.

Per quanto riguarda la situazione debitoria del cedente nei confronti degli istituti previdenziali per il mancato pagamento degli oneri esistenti al momento del trasferimento, è da ritenersi esclusa la responsabilità solidale del cessionario, a differenza, come già detto sopra, dei crediti retributivi maturati dal prestatore di lavoro.

2.3 - CONTINUITÀ DEL RAPPORTO DI LAVORO E I DIRITTI DEL LAVORATORE

L'art. 2112 del Codice civile statuisce in materia di trasferimento d'azienda l'automatico passaggio dei contratti di lavoro preesistenti in capo all'acquirente. Tale disposizione mira a preservare l'esigenza dell'azienda di tutelare il patrimonio aziendale, senza compromettere la posizione lavorativa del dipendente.

Si configura altresì come nullo qualsiasi accordo fra le parti suscettibile di limitare al cessionario il trasferimento ex lege di uno o più contratti non scindibili dall'entità ceduta.

L'articolo 2558 c.c. al secondo comma dispone il potere di recesso per giusta causa del contraente ceduto.

Ciò nondimeno, i caratteri di inderogabilità dell'articolo 2112 citati in esergo al presente paragrafo,

non rendono applicabile, in via analogica, il dato normativo di cui all'articolo 2558.

In sintesi, il lavoratore dipendente non è dotato della facoltà di recedere dal contratto di lavoro, laddove si verifichi semplicemente un cambiamento nella titolarità dell'azienda. L'unica eccezione si configura qualora il lavoratore subisca una modifica significativa delle condizioni di lavoro, a seguito del trasferimento. In questa circostanza, gli è riconosciuto il diritto di recesso, entro tre mesi dalla cessione.

Sarà la giurisprudenza a riconoscere e vagliare la significatività o meno delle modifiche nella posizione lavorativa.

Nella fattispecie, giova osservare che il requisito di modifica delle condizioni di lavoro, di cui all' art. 2112 c.c., afferisce non esclusivamente al cambiamento dei diritti ma anche, in larga misura, alle aspettative e agli interessi del capitale umano (ad esempio variazioni inerenti al luogo e all'orario della prestazione). In tale circostanza, il legislatore riconosce al lavoratore la possibilità di dimettersi senza darne preavviso, e il diritto a ricevere un'indennità sostitutiva.

Sebbene l' art. 2112 c.c. stabilisca che il trasferimento d'azienda non costituisce un motivo legittimo per il licenziamento, non inibisce la possibilità dell'acquirente e dell'alienante di licenziare prima e dopo la cessione, ma sancisce la necessità della sussistenza di una giustificazione.

Nell'ipotesi di licenziamento illegittimo da parte da parte dell'imprenditore cedente, è emerso come orientamento prevalente la continuazione del rapporto di lavoro con il cessionario, il quale dovrà provvedere alla reintegrazione del dipendente. Il nuovo titolare dell'attività potrà comunque intimare licenziamenti, laddove si verifichino nuovi avvenimenti estranei al trasferimento d'azienda, tali da rendere necessaria una ristrutturazione del personale.

Per quanto riguarda i diritti del lavoratore ceduto, dal tenore dell'art. 2112 Codice civile si evince che il prestatore di lavoro mantiene, anche in seguito al trasferimento, tutti quei diritti di cui godeva precedentemente all'operazione (ad esempio se il dipendente percepiva un superminimo, tale trattamento sarà conservato anche alle nuove dipendenze dell'acquirente) e conserva altresì quei trattamenti di cui beneficiava in forza delle differenti fonti normative che disciplinano il rapporto.

Il mantenimento dei diritti del lavoratore riguarda inoltre la conservazione della indennità di servizio per il computo del TFR e per il calcolo delle ferie maturate, in aggiunta verranno mantenuti i *fringe benefits*.

Un tema ancor oggi dibattuto è la questione relativa agli usi aziendali e alla previdenza integrativa.

Secondo la Cassazione l'uso aziendale si configura come “un obbligo unilaterale di carattere collettivo che agisce sul piano dei singoli rapporti individuali allo stesso modo e con la stessa efficacia di un contratto collettivo aziendale, sostituendo alle clausole contrattuali e quelle collettive in vigore quelle più favorevoli dell'uso aziendale” (Cass. 6 novembre 1996, n. 9690). Dunque, quei trattamenti economici e normativi applicati verso la generalità dei dipendenti sono conservati anche presso l'impresa acquirente, pertanto tali benefici proseguiranno anche con il cessionario. Tuttavia l'uso aziendale si comporta allo stesso modo di un contratto collettivo, ed esso sopravvive salvo che non sia sostituito da un contratto collettivo aziendale previsto presso il cessionario.

Per quel che concerne i diritti inerti alle prestazioni pensionistiche, l' art.2112 non tratta in alcun modo tale fattispecie.

2.4 – IL CONTRATTO COLLETTIVO APPLICABILE

In questo paragrafo illustreremo il profilo relativo all' applicazione dei contratti collettivi, posti a tutela dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda.

Come sancisce il primo comma dell'art. 2112 c.c. “in caso di trasferimento d'azienda il rapporto di lavoro continua con il cessionario ed il lavoratore conserva tutti i diritti che ne derivano” riconoscendo quindi anche la sopravvivenza dei contratti di natura collettiva.

È stato oggetto di diverse discussioni il significato da attribuire al termine “contratti collettivi”, impiegato per designare la sostituzione del complesso di norme accordate previgenti alla cessione.

L' attuale giurisprudenza afferma che nel caso in cui il cessionario scelga di non applicare alcun contratto collettivo, all'organico ceduto si deve applicare il contratto collettivo che regolamentava il rapporto di lavoro presso l'impresa cedente, fino alla scadenza. Per contro, nell'ipotesi in cui il cessionario applichi un contratto collettivo differente, ancorché dello stesso livello, rispetto a quello precedente, l'effetto di sostituzione è automatico per effetto dell'operazione traslativa.

CAPITOLO 3

OBBLIGO DI INFORMAZIONE E CONSULTAZIONE SINDACALE

3.1 - PREMESSA

Il coinvolgimento degli organi sindacali e la loro partecipazione è uno degli elementi fondamentali della disciplina del trasferimento d'azienda o di un suo ramo.

In tale materia l'art. 47, l. n. 428/1990, ha cercato di dare attuazione alla direttiva 1977/187/CE, e ha introdotto l'obbligo di consultazione e informazione sindacale. Il legislatore infatti ha voluto potenziare le tutele riconosciute ai lavoratori e la capacità d'intervento delle rappresentanze sindacali. Imponendo alle parti coinvolte un certo iter da rispettare e seguire, che tuttavia non costituisce un limite alla libera organizzazione economica.

Infatti, il potere riconosciuto ai sindacati non è proprio un diritto di veto sull'operazione traslativa, ma piuttosto un ruolo partecipativo, che guida e contribuisce al risultato finale.

In questo capitolo si vedrà la procedura di informazione e consultazione sindacale da rispettare in caso di trasferimento d'azienda, e le possibili conseguenze giuridiche e condotta antisindacale.

3.2 - PROCEDURA DI PARTECIPAZIONE SINDACALE

In seguito alle rivalutazioni dell'art. 2 del d.lgs. n. 18/2001, l'art. 47 l. n. 428/1990 ha disposto che nell'ipotesi di trasferimento d'azienda, nella quali siano presenti più di 15 dipendenti, anche nella fattispecie di ramo d'azienda, il cedente e il cessionario devono darne notizia agli organi di rappresentanza dei lavoratori, quindi che si attivi una procedura sindacale almeno 25 giorni prima del perfezionamento dell'atto traslativo.

Il requisito numerico dei 15 dipendenti, deve essere considerato anche nel caso in cui l'operazione riguardi solo una parte dell'azienda cedente, quindi l'obbligo di informazione vi è anche nell'ipotesi in cui nel ramo d'azienda siano presenti un numero inferiore a 15 di lavoratori. Pertanto il requisito occupazionale fa riferimento all'azienda cedente nel suo complesso.

Secondo l' art. 47, l. n. 428/1990 i soggetti destinatari del diritto di informazione e consultazione sono "le rappresentanze sindacali unitarie (RSU), rappresentanze sindacali aziendali (RSA) costituite nelle unità produttive interessate, i sindacati di categoria che abbiano stipulato il contratto collettivo applicato nelle imprese interessate nel trasferimento ed, in mancanza delle predette rappresentanze aziendali, resta fermo l'obbligo di comunicazione nei confronti dei sindacati di categoria comparativamente più rappresentativi." Inoltre anche nell'ipotesi in cui la decisione di trasferimento sia assunta da altra impresa controllante, anche in quel caso va attivata la procedura di partecipazione sindacale.

È importante precisare che oltre a dare notizia alle rappresentanze dei lavoratori interne all'azienda, direttamente coinvolte nel trasferimento, è altrettanto importante fornire le informazioni anche alle rappresentanze sindacali costituite in tutti gli stabilimenti produttivi, sia del cedente che del cessionario, che subiscano anche implicitamente gli effetti dell'operazione.

Per stabilire se l'azienda è dotata appunto del requisito dimensionale per attivare la procedura sindacale « dal computo dei dipendenti vanno esclusi:

- i lavoratori a termine assunti in sostituzione di lavoratori assenti con diritto alla conservazione del posto;
- apprendisti;
- lavoratori a domicilio;
- lavoratori assunti con contratto di formazione e lavoro;
- lavoratori assunti con contratto di inserimento (ai sensi del comma 2 dell'art. 59 del d.lgs. n. 276/2003);
- lavoratori somministrati.

I prestatori di lavoro intermittente sono computati in proporzione all'orario di lavoro effettivamente svolto nell'arco di ciascun semestre.

I lavoratori part-time si considerano in proporzione. »⁹

Per quanto concerne il contenuto della comunicazione preventiva, devono essere indicate la data del trasferimento o, laddove il cedente e il cessionario non abbiano certezza circa la data dell'operazione, è sufficiente la data presumibile della cessione; i motivi del programmato trasferimento; le conseguenze giuridiche, economiche e sociali per i lavoratori coinvolti nella vicenda traslativa, come ad esempio la modifica del settore merceologico di attività; e le eventuali misure previste nei confronti dei lavoratori coinvolti.

⁹ Silvia Piccioli; Il trasferimento d'azienda; Associazione per gli Studi Internazionali e Comparati sul Diritto del lavoro e sulle Relazioni Industriali; www.moodle.adaptland.it

Il principio che sta alla base dell'obbligo di informare le rappresentanze dei lavoratori è quello di dare la possibilità ai sindacati di vigilare sulle procedure di trasferimento d'azienda, col fine proprio di tutelare le condizioni di lavoro dei dipendenti coinvolti in tale operazione. È questa la ragione per cui la mancata osservanza degli obblighi di informazione agli organi sindacali designati, integra la fattispecie di condotta antisindacale di cui all'art. 28 l. n. 300/1970.

La comunicazione informativa descritta sopra è volta a consentire alle rappresentanze dei lavoratori di richiedere un esame congiunto al cedente e cessionario, entro 7 giorni dal ricevimento della comunicazione, si tratta ovviamente di un'eventualità, che però va richiesta dalle parti sociali per atto scritto, per l'appunto entro 7 giorni, dal quale scaturisce un obbligo a carico dei datori di lavoro di avviare un confronto con i soggetti sindacali.

Giova osservare, che vi è, sì, un obbligo di avviare una procedura di consultazione, per valutare l'impatto del trasferimento sui lavoratori, ma non vi è nessun obbligo di giungere ad un accordo, infatti come stabilito al secondo comma dell'art. 47, vi è un termine di 10 giorni per risolvere i negoziati, allo scadere dei quali le imprese coinvolte potranno comunque procedere al trasferimento.

« Il mancato rispetto da parte del cedente o del cessionario, dell'obbligo di esame congiunto, che deve essere avviato entro 7 giorni dal ricevimento della richiesta di incontro da parte dei soggetti sindacali, è configurabile come condotta antisindacale ai sensi dell'art. 28, l. 20 maggio 1970, n. 300. »¹⁰

3.3 - CONDOTTA ANTISINDACALE

La norma a cui si fa riferimento in materia di condotta antisindacale è l'art. 28 della legge del 20 maggio 1970 n. 300, si può definire come un comportamento inidoneo, del datore di lavoro o di chi agisce a suo nome, che lede gli interessi e i diritti sindacali.

In tema di trasferimento d'azienda come stabilito al terzo comma dell'art. 47 l. n. 428/1990, è configurabile come condotta antisindacale il mancato rispetto degli obblighi descritti al primo e al secondo comma di tale norma.

¹⁰ Silvia Piccioli; Il trasferimento d'azienda; Associazione per gli Studi Internazionali e Comparati sul Diritto del lavoro e sulle Relazioni Industriali; www.moodle.adaptland.it

In particolare poc' anzi si è affermato che il mancato rispetto dell' obbligo, ove richiesto, dell' esame congiunto tra le parti, è qualificabile come condotta antisindacale, inoltre dopo la modifica della novella del d.lgs. n. 18 del 2001, è considerata come tale anche l' inosservanza degli obblighi procedurali, ossia il mancato rispetto della procedura di informazione e consultazione sindacale, richiamata al primo comma dell' art. 47.

Tale estensione è spiegata dal fatto che l' insufficienza informativa costituisce un comportamento contrario ai principi di correttezza e di buona fede, limita e impedisce l' esercizio della libertà e dell' attività sindacale, ed è così configurabile come condotta antisindacale.

È importante anche chiarire che cosa in particola è qualificabile come condotta antisindacale e che cosa non lo è:

- Non costituisce condotta antisindacale l' indicazione generica dei motivi del trasferimento d' azienda. L' incompletezza informativa può essere sanata anche successivamente nella fase di consultazione.
- Costituisce condotta antisindacale la mancata comunicazione prevista in caso di cessione d' azienda, a tutti sindacati coinvolti anche indirettamente nell' operazione traslativa. Tuttavia tale fattispecie non determina la nullità del contratto ma solo una temporanea inefficacia.
- Un comportamento antisindacale può essere riconosciuto anche nella fattispecie in cui le imprese cercano di evitare un confronto con le rappresentanze sindacali, e cercano di avviare dei negoziati individuali con i lavoratori.

Quindi al riconoscimento di un comportamento inidoneo, che anela a impedire e ostacolare l' attività sindacale, seguirà un provvedimento giudiziale di accertamento che avvertirà il cedente e il cessionario di cessare il comportamento illegittimo e esprimere correttamente le procedure di informazione e consultazione sindacale.

Secondo gran parte della dottrina il provvedimento di accertamento di comportamento antisindacale non inficerebbe la validità del negozio traslativo, ma inciderebbe sulla sua efficacia. Saranno pertanto i provvedimenti che alienante e acquirente intendono perfezionare in seguito al trasferimento ad essere passibili di inosservanza alle procedure collettive.

Il rispetto dell' obbligo di informazione sindacale non si configura come un requisito di legittimità né tantomeno di validità dell' operazione, sicché una condotta datoriale che impedisca il normale compimento delle funzioni sindacali è riconducibile quale condotta antisindacale ex art. 28 l. n. 330/1970, tuttavia non pregiudica la validità del trasferimento.

In aggiunta a sostegno di questa tesi nell' art. 47 della l. n. 428/1990 non si ritrovano norme volte a invalidare il trasferimento in caso di violazione dell' obbligo di informazione e consultazione sindacale. Tali oneri invece, sono richiamati nel terzo comma dell' art. 5 della l. n. 223/1991, in materia di licenziamenti collettivi.

CAPITOLO 4

TRASFERIMENTO D'AZIENDA IN CRISI: CENNI

È considerata in crisi l'azienda la cui continuazione è cessata, oppure che si trova in una situazione economico-finanziaria degenerativa che può potenzialmente sfociare nell'insolvenza, perciò si considera il trasferimento d'azienda una *extrema ratio* per evitare la disoccupazione. Infatti i lavoratori hanno un diritto di prelazione nelle riassunzioni.

La disciplina del trasferimento di azienda in crisi è contenuta nell'art. 47, comma 5, l. n. 428/1990, e ha generato diverse tensioni tra la normativa nazionale e quella comunitaria.

Nella fattispecie, al quinto comma del citato articolo, nella sua formulazione originaria venivano introdotte delle deroghe all'art. 2112 c.c. nell'ipotesi in cui le operazioni traslative riguardassero imprese in stato di crisi riconosciute dai competenti organi amministrativi, ossia aziende in possesso di una dichiarazione di fallimento, concordato preventivo, provvedimento di liquidazione coatta amministrativa.

Il legislatore concedeva alle parti la possibilità di derogare alle previsioni di cui all'art. 2112 c.c., nel caso in cui si raggiungesse un accordo per il mantenimento dell'occupazione, ad eccezione che risultasse da tale accordo condizioni migliori nei confronti dei lavoratori, che continuano il rapporto di lavoro con l'imprenditore acquirente.

Tale formulazione sebbene concedesse una maggiore circolazione delle aziende in stato di insolvenza era in contrapposizione con il contenuto della direttiva 77/187/CEE, in quanto concedeva la disapplicazione delle garanzie di cui all'art. 2112 c.c. quando anche il negozio traslativo riguardasse aziende il cui stato di crisi fosse rilevato in via amministrativa.

La direttiva sopra citata non permetteva nessuna ipotesi di deroga alle tutele riconosciute ai lavoratori coinvolti nel trasferimento d'azienda, all'infuori della possibilità riconosciuta agli stati membri di applicare condizioni migliori per i lavoratori.

In sintesi, in origine il comma 5 previgente dell'art. 47, Legge 428/1990 « prevedeva la possibilità di derogare alla regola del trasferimento dei rapporti di lavoro non solo nei casi ammessi dalla Direttiva europea (procedure fallimentari o procedure di insolvenza analoghe aperte in vista della liquidazione dei beni del cedente, e dunque senza prosecuzione dell'attività d'impresa) ma anche nei casi di crisi aziendale senza finalità liquidatorie (vale a dire, finalizzate alla continuazione dell'attività d'impresa).

Senonché, anche la nuova disposizione è sembrata non in linea con la Direttiva Europea, perché pareva autorizzare una deroga alla regola del trasferimento dei rapporti di lavoro (ancorché subordinata al raggiungimento di un accordo sindacale) anche nei casi di aziende in

crisi soggette a procedure di tipo non liquidatorio, finalizzate a garantire la continuazione dell'attività d'impresa. »¹¹

In seguito la giurisprudenza ha concluso che l'accordo collettivo cui fa riferimento l'art. 47 co. 4bis, Legge 428/1990, può si revocare le garanzie previste all'art. 2112 c.c., soltanto prevedendo modifiche delle condizioni lavorative che mantengano i livelli occupazionali.

¹¹ Gionata Cavallini; il Trasferimento d'azienda; www.wikilabour.it

CONCLUSIONI

Ad oggi i sistemi produttivi e organizzativi sono in continua evoluzione, e il contesto economico e finanziario è caratterizzato da una sempre maggiore competitività, che ha spinto progressivamente le aziende a divenire via via più dinamiche e flessibili, per adattarsi ai continui cambiamenti del mercato.

Pertanto vi è stata una graduale scomparsa delle aziende tradizionali, e una crescente diffusione di mutazioni nelle forme organizzative, con conseguente espansione dei modelli decentrati, caratterizzati da una frammentazione della filiera produttiva.

Proprio per bilanciare tali e tanti interessi eterogenei, talvolta anche contrapposti - ovvero da un lato i lavoratori che necessitano di essere tutelati per evitare eventuali ripercussioni negative nella loro posizione lavorativa, e dall' altro lato le aziende e gli imprenditori che necessitano di normative più elastiche, che consentano loro di attuare i propri progetti di esternalizzazione -, il legislatore e la giurisprudenza nazionale e comunitaria hanno cercato di produrre e armonizzare un complesso corpo normativo, in virtù dei molteplici interessi coinvolti.

Garantire tutele e sicurezza a chiunque ovviamente non è facile, e la delicatezza dell' argomento mette in discussione diversi istituti fondamentali del diritto del lavoro in tema di trasferimento d'azienda.

In ragione dei continui cambiamenti all' interno delle strutture organizzative e delle evoluzioni dell'ambiente esterno tale disciplina deve essere continuamente rimodellata e ripensata per essere adeguata alle nuove esigenze richieste dalle imprese e dai lavoratori.

È da apprezzare il tentativo fatto dalla giurisprudenza di alleggerire la normativa in ipotesi di operazione traslative d'azienda, anelando a una certa flessibilità normativa, e guardando alla fattispecie con lungimiranza, evitando rigidità che potessero impedire i processi riorganizzativi aziendali oppure ostacolare il decentramento produttivo.

Tuttavia non si può negare l'uso improprio di tali istituti, infatti la diffusione d' illeciti in materia di trasferimenti d'azienda è un fenomeno reale che non può essere ignorato, pertanto garantire ai lavoratori coinvolti in tali processi una protezione e salvaguardia è un' esigenza indiscutibile.

Proprio in virtù del fatto che i processi di parcellizzazione e frammentazione d' impresa non possono essere negati, giacché fornire ai lavoratori gli strumenti per tutelarsi, come ad esempio il diritto di opposizione, oppure sostenendo la supervisione degli organi sociali in tali fenomeni e l'obbligo di informazione e consultazione sindacale, è compito del diritto del lavoro. Finalità di tale disciplina non è quella di ostacolare a priori i processi di evoluzione e

riorganizzazione aziendale, né tantomeno quella di assecondare qualsiasi pretesa imprenditoriale in ragione della libera iniziativa economica.

In conclusione il fine ultimo di tale elaborato non è assolutamente quello di definire come dovrebbe essere la disciplina del trasferimento d'azienda o impostare delle linee guida su come dovrebbero essere gestiti i fenomeni di esternalizzazione, ma bensì quella di educare e diffondere in maniera semplice e chiara un quadro normativo assai vasto e complesso, in continua evoluzione.

BIBLIOGRAFIA E SITOGRAFIA

- Valerio Speciale; Le “esternalizzazioni” dei processi produttivi dopo il d.lgs 276 del 2003: proposte di riforma; Associazione per gli Studi Internazionali e Comparati sul Diritto del lavoro e sulle Relazioni Industriali; www.bollettinoadapt.it;
- Gionata Cavallini; il Trasferimento d’azienda; www.wikilabour.it;
- Silvia Piccioli; Il trasferimento d’azienda; Associazione per gli Studi Internazionali e Comparati sul Diritto del lavoro e sulle Relazioni Industriali; www.moodle.adaptland.it;
- Giovanna Pacchiana Parravicini; Ramo d’azienda e preesistenza: la verità non è mai una sola...(o forse sì?); www.giustiziacivile.com;
- Riccardo Riva Studio Legale; Il rapporto di lavoro nel trasferimento d’azienda. Le tutele in favore dei lavoratori dell’azienda ceduta; www.studiolegaleriva.it;
- Elena Boghetich; Trasferimento d’ azienda; www.treccani.it;
- Maria Novella Bettini; Benefit, Trasferimento d’azienda e accordo aziendale; www.soluzionilavoro.it;
- Mario Meucci; La revoca dei trattamenti più favorevoli sorti per uso aziendale; altalex.com;
- Mario Fezzi; Condotta antisindacale; www.di-elle.it;

Altri siti consultati:

www.broccardi.it

www.parlamento.it

www.camera.it

www.di-elle.it

www.rassegnadirittolavoro.it