

ISSN 1127-8579

Publicato dal 07/05/2013

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/35008-trasferimento-di-azienda-e-rapporto-di-lavoro-subordinato>

Autore: Viceconte Massimo

Trasferimento di azienda e rapporto di lavoro subordinato

Viceconte Massimo

Trasferimento di azienda e rapporto di lavoro subordinato

(m.viceconte1@virgilio.it)

Premessa e contesto normativo generale

Una delle vicende più importanti della azienda/impresa che maggiormente incidono sul rapporto di lavoro dei dipendenti è rappresentata dal trasferimento di azienda.

Natura derogatoria dell'art.2112c.c. ed evoluzione dell'istituto

La norma che regola la cessione del contratto, sia individualmente sia che rientri in un contesto più generale, è contenuta nell'art. 1406 c.c. secondo il quale ciascuna parte può sostituire a sé un terzo nei rapporti derivanti da un contratto con prestazioni corrispettive purchè l'altra parte vi consenta. Quindi nel caso di trasferimento di azienda tutti i rapporti con prestazioni corrispettive in corso che passano in capo al nuovo titolare necessiterebbero, incluso il rapporto di lavoro, del consenso della controparte, compreso il lavoratore dipendente.

A tale regolamentazione di carattere generale deroga l'art.2112 c.c..

Il testo vigente è frutto di una successione di norme: art.47 legge 20 dicembre 1990 n.428 (attuazione della Direttiva comunitaria 77/187/CEE); art.1 Decreto legislativo 2 febbraio 2001 n.18 (attuazione della Direttiva comunitaria 98/50/CE); art.32 Decreto legislativo 10 settembre 2003 n.276, nonché art.9 D.lgs. 6 ottobre 2004 n.251.

L'art.2112 c.c. infatti, nella versione vigente, prevede che in caso di trasferimento d'azienda, il rapporto di lavoro prosegua con il cessionario ed il lavoratore conservi tutti i diritti che ne derivano. La norma nell'intenzione del legislatore ha lo scopo di tutelare il lavoratore.

La normativa originaria (art.47 L.428/1990) prevedeva *expressis verbis* soltanto il trasferimento dell'azienda. Non era invece ancora stata delineata la fattispecie del trasferimento del ramo di azienda. La nozione giuridica di <cessione di ramo di azienda> (più propriamente <trasferimento di parte dell'azienda>, secondo la terminologia del nostro legislatore) è stata enucleata con il Decreto legislativo 2 febbraio 2001 n. 18 (in attuazione della Direttiva comunitaria n. 98/50/CE) e venne successivamente modificata, nel nostro ordinamento, dall'art. 32 del Decreto legislativo 10 settembre 2003 n. 276. Tuttavia alla fattispecie del trasferimento del ramo di azienda veniva applicata, anche precedentemente al D.lgs. 18/2001, la normativa che riguardava il trasferimento d'azienda.

Trasferimento di azienda

L'ambito di applicazione

Come abbiamo anticipato la vicenda del trasferimento di azienda nel nostro ordinamento è regolato dall'art.2112 del Codice civile.

La rubrica dell'articolo già dà conto della *ratio* della norma. Essa infatti recita <mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di azienda>. Tale rubrica denota che la norma si muove nel senso di concedere una tutela ai lavoratori coinvolti nella vicenda del trasferimento conservando loro tutti i diritti acquisiti (ad es scatti di anzianità, qualifiche conseguite etc).

E' quindi da dirsi, il che è fondamentale ai fini dell'esegesi della norma e della sua applicazione pratica, che tale normativa nasce come tutela integrale del rapporto di lavoro dei dipendenti dell'azienda trasferita.

Occorre inoltre preliminarmente fare una precisazione di carattere terminologico. E' opportuno precisare che la legge parla impropriamente di trasferimento di azienda.

Invero deve distinguersi nel linguaggio giuridico l'azienda dall'impresa. Per il codice civile, art. 2555, l'azienda rappresenta il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa. Mentre pur non reperendosi nella normativa una definizione oggettiva di impresa, essa può desumersi dalla definizione che il codice civile dà dell'imprenditore nell'art 2082 c.c., ossia che è imprenditore chi esercita professionalmente un'attività organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi. Donde spostandoci su di un piano oggettivo, l'impresa può definirsi l'attività dell'imprenditore organizzata ai fini economici di cui sopra, di cui l'azienda è solo strumento.

Conclusivamente l'art.2112 c.c. va interpretato come riferentesi più propriamente al trasferimento dell'impresa organizzata,ossia dell'attività dell'imprenditore.

Dopo varie trasformazioni, determinate anche dai mutamenti normativi e giurisprudenziali a livello comunitario, la norma si è consolidata con il seguente contenuto:< <Ai fini e per gli effetti di cui al presente articolo 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.>

In questi anni di grandi trasformazioni del mondo economico, di globalizzazione del mercato medesimo, e purtroppo di crisi industriale il fenomeno del trasferimento delle imprese ha raggiunto dimensioni importanti.

Nella regolamentazione del trasferimento dell'impresa la legislazione nazionale si è per lo più conformata alla normativa europea contenuta nelle Direttive e nelle Sentenze della Corte europea. Allo scopo sono fondamentali le Direttive comunitarie.

Si sono succedute 3 Direttive comunitarie :la Direttiva del Consiglio del 14 febbraio 1977,77/187(CEE,la Direttiva del Consiglio del 29 giugno 1998,98/50/CE;la Direttiva del Consiglio del 12 marzo 2001,2001/23/CE.

La Direttiva 98/50/CE prevede: <Articolo 1-La direttiva 77/187/CEE è modificata come segue: 1) Il titolo è sostituito dal seguente: "Direttiva 77/187/CEE del Consiglio, del 14 febbraio 1977, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti". 2) Gli articoli da 1 a 7 sono sostituiti dal testo seguente:

"Sezione I Ambito di applicazione e definizioni. Articolo 11. a) La presente direttiva si applica ai trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti ad un nuovo imprenditore in seguito a cessione contrattuale o a fusione. b) Fatta salva la lettera a) e le disposizioni seguenti del presente articolo, è considerato come trasferimento ai sensi della presente direttiva quello di un'entità economica che conserva la propria identità, intesa come insieme di mezzi organizzati al fine di svolgere un'attività economica, sia essa essenziale o accessoria. c) La presente direttiva si applica alle imprese pubbliche o private che esercitano un'attività economica, che perseguano o meno uno scopo di lucro. Una riorganizzazione amministrativa di enti amministrativi pubblici o il trasferimento di funzioni amministrative tra enti amministrativi pubblici, non costituisce trasferimento ai sensi della presente direttiva.>

Fondamentale per delineare la nozione di trasferimento di azienda è stata anche la pronuncia della Corte di Giustizia, Sentenza 18 marzo 1986, Causa 24/85, Spijker c.Gebroeders, che così ne ha delineato gli elementi costituenti:

< La Corte condivide quest'ultimo punto di vista. Dal sistema della direttiva 77/187CEE e dal tenore del suo art. 1, n. 1, risulta infatti che tale direttiva mira a garantire la continuità dei rapporti di lavoro esistenti nell'ambito di un'entità economica, indipendentemente da un cambiamento del titolare. Ne consegue che il criterio decisivo per stabilire se si configuri un trasferimento ai sensi di detta direttiva consiste nella circostanza che l'entità in questione conservi la propria identità. Di conseguenza, non si può constatare che si ha un trasferimento di un'impresa, di uno stabilimento o di una parte di stabilimento per il solo fatto che vengano alienati elementi attivi degli stessi. Si deve stabilire, in un caso come quello di specie, se sia stata alienata un'entità economica ancora esistente, il che risulta in particolare dal fatto che la sua gestione sia stata effettivamente proseguita o ripresa dal suo titolare, con le stesse attività economiche o con attività analoghe. Per determinare se siano soddisfatte queste condizioni, si deve prendere in considerazione il complesso delle circostanze di fatto che caratterizzano l'operazione di cui trattasi, fra le quali rientrano in particolare il tipo di impresa o di stabilimento in questione, la cessione o meno degli elementi materiali, quali gli edifici ed i beni mobili, il valore degli elementi immateriali al momento della

cessione, la riassunzione o meno della maggior parte del personale da parte del nuovo imprenditore, il trasferimento o meno della clientela, nonché il grado di analogia delle attività esercitate prima e dopo la cessione e la durata di un'eventuale sospensione di tali attività. Va tuttavia precisato che tutti questi elementi sono soltanto aspetti parziali della valutazione complessiva cui si deve procedere e non possono, perciò, essere considerati isolatamente.>

Alla chiarificazione dell'istituto *de quo* ha dato poi un notevole contributo la giurisprudenza del nostro paese sia di legittimità che di merito.

Il primo punto che si deve affrontare è quindi quello di definire la nozione di trasferimento di azienda/impresa (*e plurimis* Cass.07 aprile 2010 n.8262; Cass.19.08.2009 n.18385;Cass.06 luglio 2009 n.15820;Cass.06 maggio 2009 n.10400;Cass.17 luglio 2008 n.19740;Cass.07 dicembre 2006 n.26215; Cass. 13 gennaio 2005 n.493; Cass. 27 aprile 2004 n.8054;Cass.25 marzo 2004 n.15992; Cass. 22 dicembre 2005 n.28381)

Dal sovrapporsi di tali normative ne esce una nozione del trasferimento di azienda che possiamo definire "larga", comprensiva di diverse fattispecie.

Elementi costitutivi della fattispecie

Per aversi quindi un trasferimento di azienda/impresa devono concorrere alcuni elementi costitutivi

1) Il trasferimento dell'azienda/impresa: la norma individua tale elemento in " qualsiasi operazione che comporti il mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro"

2) la preesistenza al trasferimento dell'organizzazione dell'attività economica

3) il mantenimento nel trasferimento della propria identità.

4) che la gestione sia stata effettivamente proseguita o ripresa dal suo titolare con le stesse attività economiche o con attività analoghe

La sussistenza o meno di tali requisiti nelle fattispecie concrete ha dato luogo a interpretazioni a volte contrastanti a fronte della medesima fattispecie.

Occorre quindi approfondire tali requisiti.

Ribadiamo che elemento essenziale di tale istituto è rappresentato dalla sussistenza di una "attività economica organizzata" ed il suo trasferimento da un datore di lavoro ad altro datore di lavoro.

Per aversi il trasferimento di azienda, nella giurisprudenza più remota si richiedeva che vi fosse il trasferimento di beni materiali (strumenti,macchine,edifici),ciò anche a causa del riferimento in generale all'azienda,ed in particolare per il riferimento specifico della normativa europea alla cessione o meno degli elementi materiali (Spijker).

I più recenti orientamenti giurisprudenziali tendono all'ampliamento della tradizionale nozione di trasferimento di azienda adottando una nozione di azienda *leggera*, ritenendo sufficiente alla sua configurazione anche il semplice passaggio di rapporti giuridici, specificatamente di rapporti di lavoro purché costituenti un insieme,un *unicum*.

Ma, di più, la genericità del termine usato dal legislatore, "mutamento della titolarità" di un'attività economica organizzata, consente all'interprete di includere nella fattispecie ogni mutamento nel soggetto/datore di lavoro.Così sono stati considerati trasferimenti di azienda *in primis*, espressamente previste dal testo normativo: la cessione contrattuale,la fusione di società,l'usufrutto e l'affitto di azienda; quindi la cessazione di appalto di servizi con subentro di nuova impresa appaltatrice; il trasferimento di azienda per provvedimento autoritativo, del Magistrato o dell'Autorità amministrativa (requisizione di azienda con successivo trasferimento della stessa,azienda in liquidazione coatta amministrativa con cessione dell'intera azienda a soggetto terzo), o di provvedimenti legislativi (riorganizzazione del settore elettrico in forza dell'art 8 comma 1 del D.lgs.16/3/1999 n.79) *infine anche per successione ereditaria*

La cessione del ramo di azienda

L'affermarsi nel mercato economico delle forme di decentramento delle attività ,dettate dalla sempre più spinta specializzazione delle lavorazioni ,dal formarsi di gruppi industriali o

commerciali composti da società collegate svolgenti attività tra loro connesse o lateralmente o verticalmente, dalla maggior facilità nell'amministrare unità più contenute, a volte dalla non applicabilità-oltre certe dimensioni- di normative, ha indotto a individuare sia sul versante organizzativo e successivamente sul versante normativo la fattispecie del trasferimento del "ramo di azienda" o di "parte di azienda".

Il D.lgs n.18/2001 prevedeva che le disposizioni che regolavano il trasferimento di azienda si applicassero < altresì al trasferimento di 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 .> Tale norma richiedeva in definitiva per la cessione del ramo di azienda gli stessi requisiti della *preesistenza al trasferimento e del mantenimento della propria identità dopo il trasferimento*. La normativa veniva modificata dall' art. 32 del D.lgs n 276 /2003 che prevedeva che le disposizioni che regolavano il trasferimento di azienda si applicassero<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>.

Dal raffronto tra le due normative non si può non notare un forte cambiamento nella stessa nozione di ramo di azienda e dei requisiti di validità del suo trasferimento .

Non verrebbero più richiesti nella nuova normativa i requisiti della *preesistenza e del mantenimento dell'identità*. Con l'entrata in vigore dell' art.32 D.lgs 276/2003 ,per configurarsi la cessione era sufficiente che al momento del trasferimento cedente e cessionario ,congiuntamente , con autonoma valutazione, ravvisassero una connessione tra gli elementi ceduti in vista di una capacità produttiva anche futura.

Tuttavia la giurisprudenza di legittimità sembra propendere per una applicazione della nozione di cui al D.lgs,n.18/2001:< Per ramo di azienda deve intendersi ogni entità economica organizzata in maniera stabile la quale, in occasione del trasferimento, conservi la sua identità, il che presuppone una preesistente realtà produttiva autonoma e funzionalmente esistente e non anche una struttura produttiva creata *ad hoc* in occasione del trasferimento o come tale identificata dalle parti del negozio traslativo, essendo preclusa l'esternalizzazione come forma incontrollata di espulsione di frazioni non coordinate fra loro, di semplici reparti o uffici, di articolazioni non autonome, unificate soltanto dalla volontà dell'imprenditore e non dall'inerenza de] rapporto ad un ramo di azienda già costituito.(v. Cass. 1^ febbraio 2008 n.2489; v. anche Cass.8 giugno 2009 n.13171,Cass. 13 ottobre 2009 n.21697; Cass.8 aprile 2011 n.8066).

Sul trasferimento ramo di azienda vedi pure : *e plurimis* Cass.23 ottobre 2002 n.14961 Cass17 giugno 2005 n.13068;Cass.28 settembre 2005 n.20012;Cass. 1 dicembre 2005 n.26196;Cass.17 ottobre 2005 n.20012;9 marzo 2005 n.5138; Cass. 10 gennaio 2008 n.271;Cass. 10 luglio 2009 n.16198 ; Cass. 28 marzo 2011 n.7044; Cass. 14 novembre 2011 n.23808;Cass.29 dicembre 2011 n.29688 ; da ultimo Cass..21 novembre 2012 n.20422; Cass.4 dicembre 2012 n.21711; .

Del resto anche la nozione di trasferimento di ramo di azienda aveva subito le successive interpretazioni che abbiamo constatato a proposito del trasferimento di azienda. Così abbiamo un primo periodo in cui si afferma essere necessario il trasferimento di beni materiali (macchinari,edifici etc) ed un secondo periodo in cui si afferma una nozione di azienda *leggera* o *smaterializzata* (V.Corte di Giustizia Sentenza 14 aprile 1994 causa C 392/92 Schmit e Corte di Giustizia Sentenza 10 dicembre 1998 cause riunite C. 127/96,C. 229/96 e C. 74/97 Hernandez Vidal, V. pure Cass 23 luglio 2002 n.10761).

Dall'intreccio della normativa nazionale con la normativa comunitaria emerge uno scenario complesso.

In definitiva si contendono il campo *due orientamenti interpretativi*, a fondamento dei quali possono scorgersi due vedute diverse del fenomeno economico al di là e al di fuori di un possibile fenomeno patologico consistente nel tentativo di eludere norme imperative.

Così abbiamo.

- a) un primo orientamento che vede il meccanismo del <trasferimento di parte di azienda> come il trasferimento di una <entità> economica, per così dire <compiuta>, per alcuni addirittura una sorta di <piccola azienda> e comunque una entità caratterizzata da una sua autonomia o autosufficienza, rispetto al restante corpo aziendale con una sua propria, come denominata dalla direttiva e dalla Corte di Giustizia, <identità>, preesistente rispetto al trasferimento e mantenuta dopo il trasferimento, nel senso di <proseguita o ripresa dal suo titolare, con le stesse attività economiche o con attività analoghe> [visione prevalente e fatta propria dalla Corte di Cassazione];
- b) un secondo orientamento che ravvisa l'esistenza del <trasferimento> di <parte dell'azienda> o di <ramo di azienda> e quindi l'applicabilità dell'art. 2112 c.c., anche nel caso di trasferimento di <pezzi> <pezzi> di azienda, <insieme di elementi atti alla produzione>, così <insieme di macchinari e lavoratori> o anche <insieme di soli lavoratori>; in forza di questo secondo orientamento, piuttosto controverso e certamente più difficile da delineare con chiarezza, sussisterebbero ugualmente gli elementi tipici dell'istituto; tale costruzione può a sua volta configurarsi in due modi:
 - b1) un primo modo si limita a considerare soddisfatte le condizioni dal come il fenomeno si realizza *tout court*, quale vera e propria struttura aziendale preesistente al negozio traslativo pur nella insussistenza delle altre condizioni [conservazione dell'identità, prosecuzione o ripresa della gestione con le stesse attività economiche o con attività analoghe];
 - b2) un secondo modo, particolarmente introdotto nel nostro ordinamento dall'art. 32 del d.lgs 276/2003, che invece viene a richiedere l'esistenza di un <processo volitivo o quanto meno identificativo (inteso come meramente ricognitivo)>, al momento del trasferimento, da parte del cedente e del cessionario della < articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata>.

Ovviamente a supporto dell'una o dell'altra concezione possono individuarsi due diverse visioni economiche del fenomeno. La prima più statica, la seconda più dinamica e orientata al futuro e allo sviluppo.

Si ritiene dai più che il primo orientamento salvaguardi maggiormente i diritti dei lavoratori, mentre il secondo possa più facilmente dare adito a elusione di norme imperative. Ma, a parer nostro, nello strumento in sé sia concepito a un modo che all'altro - è insita la possibilità di elusione. Si pensi, con riguardo al primo orientamento, al trasferimento di una entità economica [reparto, divisione], che anche anteriormente al trasferimento e notoriamente, perché i bilanci e i reports contabili aziendali appalesano la non convenienza economica di quella attività, in difficoltà, consistente un c.d. <ramo secco>. Il trasferimento dello stesso, realizzato in modo formalmente corretto e conforme ai dettati normativi, pur mantenendo e salvaguardando i diritti dei lavoratori, il cui consenso al trasferimento del rapporto non è richiesto, li espone ad un futuro incerto. Mentre con riguardo al secondo orientamento il trasferimento di questa pluralità di lavoratori, ed eventualmente di altri elementi-identificata dai contraenti al momento del trasferimento come attività economica organizzata con autonomia funzionale-, sempre mantenendo e salvaguardando i diritti dei lavoratori, trasferiti nell'applicabilità dell'art. 2112 c.c., con o senza eventuali integrazioni di mezzi ulteriori acquisiti e aggiunti dal cessionario, potrà andare ad inserirsi in un processo produttivo parzialmente nuovo o totalmente nuovo, o anche solo analogo, all'insegna della innovazione- così frequente in questa era di forte trasformazione tecnologica- così da offrire a tali lavoratori un futuro di occupazione e sviluppo professionale e migliori remunerazioni. Si potrà obiettare nel secondo caso che trattandosi di <attività nuova> il percorso può essere diverso,

passando attraverso, o il consenso dei lavoratori- sempre difficile e sospettoso in operazioni del genere- sia attraverso la cessazione dell' attività e la successiva riassunzione, percorso questo ancor più difficile (necessitando di forte appoggio sindacale e istituzionale).

Eternalizzazioni

Così non rientra nella nozione di cessione di ramo di azienda la semplice eternalizzazione di servizi. Vedi da ultimo Cass. 16 ottobre 2006 n.22125; Cass 5 marzo 2008 n.5932; Cass.21 novembre 2012 n.20422; Cass. 4 dicembre 2012 n.21711; in particolare Cass.4 dicembre 2012 n. 21710 con riguardo ad una struttura produttiva creata ad hoc, in occasione del passaggio dei lavoratori

Trattamento economico e normativo

Come su detto il rapporto di lavoro prosegue con il cessionario ed il lavoratore conserva tutti i diritti che ne derivano (ad es. scatti di anzianità, inquadramento etc.)

La garanzia apprestata dall'art. 2112 cod. civ. ai diritti derivanti dal rapporto di lavoro non implica anche la parificazione a tutti gli effetti con i dipendenti già in servizio presso l'impresa cessionaria, cosicché non è precluso alla disciplina contrattuale operante presso quest'ultima di accordare rilevanza, ai fini della regolamentazione di sviluppi di carriera previsti presso questa realtà aziendale, all'esperienza professionale, intesa non come mera anzianità di servizio, ma in termini di professionalità acquisita nella medesima organizzazione aziendale e valutata insindacabilmente in sede di accordi negoziali collettivi. (V.Cass. 19 maggio 2009 n.11605)

Il cessionario è tenuto ad applicare i trattamenti economici e normativi previsti dai contratti collettivi nazionali, territoriali ed aziendali vigenti alla data del trasferimento, fino alla loro scadenza, salvo che siano sostituiti da altri contratti collettivi applicabili all'impresa del cessionario. L'effetto di sostituzione si produce esclusivamente fra contratti collettivi del medesimo livello. E' stato chiarito che ai lavoratori che passano alle dipendenze dell'impresa cessionaria si applica il contratto collettivo che regolava il rapporto di lavoro presso l'azienda cedente solamente nel caso in cui l'impresa cessionaria non applichi alcun contratto collettivo; in caso contrario, la contrattazione collettiva dell'impresa cedente è sostituita immediatamente ed in tutto da quella applicata nell'impresa cessionaria anche se contenga condizioni peggiorative per i lavoratori rispetto alla prima(V.Cass 4 febbraio 2008 n.2609).

Cessazione del rapporto di lavoro

L'art.2112 prevede che in caso di trasferimento d'azienda, il rapporto di lavoro prosegue con il cessionario ed il lavoratore conserva tutti i diritti che ne derivano. Nel terzo comma la norma dispone che il trasferimento d'azienda non costituisce di per sé motivo di licenziamento. Si prevede inoltre che il lavoratore, le cui condizioni di lavoro subiscano una sostanziale modifica nei tre mesi successivi al trasferimento d'azienda, possa rassegnare le proprie dimissioni con gli effetti di cui all'articolo 2119, primo comma.

Contratto di appalto tra il cedente ed il cessionario

Succede sovente per svariati motivi che vi sia convenienza ad esternalizzare alcune lavorazioni e successivamente a stipulare un contratto di appalto col cessionario per l'esecuzione, spesso in esclusiva, delle lavorazioni cedute. L'art.2112 prevede che in tali casi operi un regime di solidarietà ai sensi dell'art. 29 comma 2 del decreto legislativo 10 /9/2003 n.276, il quale articolo dispone che, in caso di appalto di servizi il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, entro il limite di un anno dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali dovuti.

Applicabilità della norma ad attività senza scopo di lucro e agli enti pubblici.

Per quanto riguarda l'applicabilità agli enti pubblici già la predetta Sentenza della Corte di Giustizia europea prevedeva che «la presente direttiva si applica alle imprese pubbliche... che esercitano un'attività economica che perseguano o meno uno scopo di lucro» Per quanto riguarda la

pubblica amministrazione occorre rifarsi all'art. 31 del Decreto legislativo n. 165/2001 che recita: Art. 31 - Passaggio di dipendenti per effetto di trasferimento di attività (Art. 34 del D. lgs. n. 29 del 1993, come sostituito dall'art. 19 del D. lgs. n. 80 del 1998) <1. Fatte salve le disposizioni speciali, nel caso di trasferimento o conferimento di attività, svolte da pubbliche amministrazioni, enti pubblici o loro aziende o strutture, ad altri soggetti, pubblici o privati, al personale che passa alle dipendenze di tali soggetti si applicano l'articolo 2112 del codice civile e si osservano le procedure di informazione e di consultazione di cui all'articolo 47, commi da 1 a 4, della legge 29 dicembre 1990, n. 428 >, vedi di Cassazione-Sezione lavoro 16 gennaio 2008 N. 677-
Trasferimento di azienda nel pubblico impiego-Necessità della presenza di elemento identificatore-Necessità che tale elemento costituisca vicenda ulteriore rispetto all'assegnazione di preesistente attività <Le nozioni di trasferimento d'azienda risultano peraltro declinate in modo particolare nell'ambito del rapporto di lavoro pubblico e, come si desume dal testo l'art. 34 del d.lgs 29/93 ruotano intorno al concetto di conferimento o trasferimento di attività. Tuttavia anche tale concetto va reinterpretato alla luce delle fondamentali coordinate fornite dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale e dunque tenendo presente il criterio fondamentale della previa identificabilità di un elemento che pur presentando un rilevante grado di dematerializzazione rispetto al trasferimento di azienda (connotato presente tuttavia anche in quest'ultima) non può mancare, e non può identificarsi senza residui nella sola vicenda del passaggio di un più o meno cospicuo gruppo di dipendenti. Occorre pertanto che questa vicenda sia effetto di altra vicenda, concettualmente, anche se non sempre temporalmente, distinta, costituita dall'assegnazione di una preesistente attività unitariamente considerata, di competenza di un determinato soggetto pubblico, ad un diverso soggetto. In tal caso l'assegnazione al nuovo soggetto dei rapporti di lavoro dei dipendenti impegnati nell'attività nasce quale effetto previsto e voluto dalla norma speciale tramite il richiamo dell'art. 2112 c.c. Il solo trasferimento dei rapporti di lavoro da un soggetto ad un altro ha invece carattere neutro e non può integrare di per sé la fattispecie del trasferimento di attività, essendo configurato dalla norma di riferimento come effetto di quest'ultima.>.

Aspetti elusivi del trasferimento di azienda

Da strumento di tutela del lavoratore e dei suoi diritti il trasferimento di azienda e/o di ramo di azienda è diventato mezzo per alleggerire gli organici delle aziende proprio attraverso l'ampliamento dello spazio applicativo.

Si è poi affermato un orientamento che sancisce la validità del trasferimento di azienda pur a fronte della previsione di esiti negativi per il futuro dell'impresa e dei connessi rapporti di lavoro V.Cass 2 maggio 2006 N. 10108

Cessione di azienda che si realizzi in condizioni e con modalità da renderne probabile la dissoluzione-Nullità della stessa-Esclusione-Onere in capo al cedente di verificare le potenzialità imprenditoriali del cessionario-Inesistenza

<Dal sistema di garanzie apprestato dalla l. 223 del 1991 non riesce possibile enucleare un precetto che vieti, ove siano già in atto situazioni che possano portare agli esiti regolati dalla legge, di cedere l'azienda, ovvero di cederla solo a condizione che non sussistano elementi tali da rendere inevitabili quegli esiti

Nondimeno, dal legislatore con l'art. 2112 c.c. e l'art. 47 l. n. 428 del 1990, nessun limite, neppure implicito, è stato posto alla libertà dell'imprenditore di dismettere l'azienda che sia sanzionato con l'invalidità o inefficacia dell'atto, il che dimostra l'inconsistenza giuridica della tesi della nullità di una cessione che, lungi dal tendere alla conservazione dell'azienda, si realizzi in condizioni e con modalità tali da renderne probabile la dissoluzione. La validità della cessione, cioè, non è condizionata alla prognosi favorevole alla continuazione dell'attività produttiva, e, di conseguenza, all'onere del cedente di verificare le capacità e potenzialità imprenditoriali del cessionario.>.

Cassazione civile, sez. lav., 18 ottobre 2011, n. 21484

Trasferimento d'azienda - cessione di ramo d'azienda - motivi - individuazione - cessione in frode alla legge o per motivo illecito - esclusione

In tema di cessione di ramo di azienda, seppure la normativa dell'Unione europea e la legislazione nazionale perseguono il fine di evitare che il trasferimento si trasformi in strumento di sostituzione del datore di lavoro con altro sul quale i lavoratori possano riporre minore affidamento, ciò, però, non esclude che il motivo del trasferimento possa consistere nell'intento di superare uno stato di difficoltà economica né comporta il pregiudiziale divieto, ove siano ravvisabili situazioni che possano condurre agli esiti regolati dalla normativa sulla riduzione del personale, di cedere l'azienda ovvero di cederla solo a condizione che non sussistano elementi tali da rendere inevitabili quegli esiti, sicché non può considerarsi di per sé in frode alla legge o concluso per motivo illecito --non potendo ritenersi tale il motivo, perseguito con un negozio traslativo, di addossare ad altri la titolarità di obblighi ed oneri conseguenti —il contratto di cessione dell'azienda a soggetto che, per le sue caratteristiche imprenditoriali e in base alle circostanze del caso concreto, renda probabile la cessazione dell'attività produttiva e dei rapporti di lavoro.

Conforme Cass.26 gennaio 2012 n.1085.

Ed infine è stato sanzionato di nullità il trasferimento di azienda posto in essere per eludere norme imperativa:

Cass. 7 febbraio 2008 n.2874- Trasferimento d'azienda – Volontà di sottrarre il cedente dal regime di stabilità reale di cui all' art. 18 st. lav. – Frode alla legge di cui all' art. 1344 c.c. – Configurabilità. [Art. 1344 c.c.; art. 18, 1.20 maggio 1970, n. 300]

<Integra gli estremi di frode alla legge di cui all'art. 1344 c.c. il trasferimento di azienda attuato, nella specie, attraverso l'affitto della stessa da imprenditore soggetto al regime di stabilità reale di cui all'art. 18 st. lav. ad altro imprenditore non soggetto a tale regime, che abbia subito provveduto a licenziare i dipendenti passati alla sue dipendenze e poi risolto il contratto in affitto, allorquando risulti che a tale complesso regolamento negoziale le parti si siano determinate al fine di sottrarre il cedente (primo imprenditore) dal rispetto della regola imperata va costituita del predetto art. 18 st. lav.

L'accertamento dell'esistenza degli estremi costitutivi della frode non è censurabile in Cassazione se la relativa valutazione degli elementi di fatto compiuta dai giudici di merito è completa ed immune da vizi logici e giuridici.

(Nella specie i giudici di merito, valutati gli elementi di fatto e in particolare la circostanza che i dipendenti transitati al cessionario erano stati immediatamente licenziati e che subito dopo tale licenziamento era stato risolto il contratto d'affitto di azienda con subentro nello stesso di altro imprenditore soggetto alla tutela reale il quale aveva riassunto due dei lavoratori licenziati, hanno ritenuto, con la sentenza tenuta ferma dalla Cassazione, che il trasferimento operato dal cedente, soggetto al regime di cui all'art. 18 st. lav., al cessionario non soggetto a tale regime, era stato determinato dal fine di sottrarre il primo alla regola imperativa e, pertanto, annullato il trasferimento, hanno qualificato la cessione come licenziamento disponendo la reintegrazione in capo al cedente) >.

Procedura sindacale

Quando si intenda effettuare, ai sensi dell'articolo 2112 del codice civile, un trasferimento d'azienda in cui sono complessivamente occupati piu' di quindici lavoratori, anche nel caso in cui il trasferimento riguardi una parte d'azienda, ai sensi del medesimo articolo 2112, deve osservarsi una procedura sindacale preventiva

1) Il cedente ed il cessionario devono darne comunicazione per iscritto almeno venticinque giorni prima che sia perfezionato l'atto da cui deriva il trasferimento o che sia raggiunta un'intesa vincolante tra le parti, se precedente, alle rispettive rappresentanze sindacali unitarie, ovvero alle rappresentanze sindacali aziendali costituite, a norma dell'articolo 19 della legge 20 maggio 1970, n. 300, nelle unita' produttive interessate, nonche' ai sindacati di categoria che hanno stipulato il contratto collettivo applicato nelle imprese interessate al trasferimento. In mancanza delle predette rappresentanze aziendali, resta fermo l'obbligo di comunicazione nei confronti dei sindacati di categoria comparativamente piu' rappresentativi e puo' essere assolto dal cedente e dal cessionario per il tramite dell'associazione sindacale alla quale aderiscono o conferiscono mandato.

2) La comunicazione deve contenere: a) la data o la data proposta del trasferimento; b) i motivi del programmato trasferimento d'azienda; c) le sue conseguenze giuridiche, economiche e sociali per i lavoratori; d) le eventuali misure previste nei confronti di questi ultimi. Su richiesta scritta delle rappresentanze sindacali o dei sindacati di categoria, comunicata entro sette giorni dal ricevimento della comunicazione di cui al comma 1, il cedente e il cessionario sono tenuti ad avviare, entro sette giorni dal ricevimento dell'apredetta richiesta, un esame congiunto con i soggetti sindacali richiedenti. La consultazione si intende esaurita qualora, decorsi dieci giorni dal suo inizio, non sia stato raggiunto un accordo.

3) Il mancato rispetto, da parte del cedente o del cessionario, degli obblighi previsti dai commi 1 e 2 costituisce condotta antisindacale ai sensi dell'articolo 28 della legge 20 maggio 1970, n. 300.

Gli obblighi d'informazione e di esame congiunto previsti dal presente articolo devono essere assolti anche nel caso in cui la decisione relativa al trasferimento sia stata assunta da altra impresa controllante. La mancata trasmissione da parte di quest'ultima delle informazioni necessarie non giustifica l'inadempimento dei predetti obblighi.