

IL TRASFERIMENTO D'AZIENDA: UNA SOLUZIONE

*di Valeria Mansueto**

Fino agli anni '60-'70 la categoria dei lavoratori, a fronte di una crisi dell'impresa, era inglobata nel generico ambito dei creditori concorsuali ossia del gruppo di creditori dell'azienda caduta in dissesto economico-finanziario che vanta pretese legittime verso la medesima assoggettata a procedura concorsuale. Ciò fu evidenziato da P. G. Alleva negli anni '70 che discorse di "prospettiva legislativa che considera naturale ed inevitabile lo smembramento dell'organizzazione aziendale" e di "angusta visuale di una legge fallimentare che non dedica neanche una norma ai rapporti di lavoro e si limita implicitamente a raggruppare i dipendenti dell'impresa fallita nell'ambito indistinto dei creditori concorsuali" (da P.G. Alleva "Fallimento e tutela dei diritti dei lavoratori", in Riv. Trimestrale di diritto e proc. Civile, '75, fasc.1, 211).

Con la l. 604/1966 e con l' art. 18 l. 300/1970, la posizione giuridica dei lavoratori di un'impresa in crisi si arricchì di significato: essi risultavano essere in primis portatori del diritto alla conservazione del posto di lavoro, oltre che titolari di pretese creditorie. Fatta tale premessa emerge, quindi, in modo ancor più evidente, un conflitto d'interessi tra l'azienda in dissesto economico serio e reale ed i lavoratori i quali intendono rivendicare il loro diritto alla conservazione del posto di lavoro che potrebbe esser compromesso da tagli ai costi d'esercizio dell'azienda inevitabili per sanare il disavanzo. Dinanzi a tale conflitto, l' istituto del trasferimento d'azienda sembrerebbe assurgere a possibile soluzione, sia nel corso che al di fuori delle procedure concorsuali.

Sommario: 1. La disciplina comunitaria e la normativa nazionale: il trasferimento d'azienda *in bonis*. 2. L'azienda in crisi: il trasferimento. 3. Conclusioni.

1. La disciplina comunitaria e la normativa nazionale: il trasferimento d'azienda in bonis

Con riguardo all' istituto del trasferimento d'azienda, a livello comunitario, occorre far riferimento alla Direttiva CEE 1977/187, ripresa poi da una successiva del 1998 n. 50 e poi ancora assorbita, in tempi più recenti, dalla Dir. CE 2001/23, la quale ultima ha modificato l' art. 2112 c.c..

Già nel 1977, quindi, in caso di trasferimento d'azienda, stabilimenti o di parti di aziende, si affermava il principio della prosecuzione del rapporto di lavoro in capo al cessionario acquirente, principio con il quale il diritto alla conservazione del posto di lavoro ha trovato tutela in situazioni nelle quali, in seguito a cessione contrattuale o fusione, viene a mutare la titolarità dell' impresa ma, da un punto di vista oggettivo-organizzativo, l'identità della azienda non è alterata.

Pertanto, gli artt. 3 e 4 della Direttiva 2001/23 hanno sancito:

1. il trasferimento d'azienda non può da sé solo considerarsi motivo di licenziamento;
2. il licenziamento è, tuttavia, possibile per motivi economici, tecnici o d'organizzazione;
3. i diritti ed obblighi derivanti da un rapporto di lavoro esistente alla data del trasferimento sono trasferiti in capo al cessionario.

* Laurea Magistrale in Giurisprudenza conseguita a Bari il 29 ottobre 2012.

Dalla tesi di laurea: La tutela del lavoratore nelle procedure concorsuali.

Tale disciplina, da ultimo, risulta essere inapplicabile nei casi in cui il cedente sia oggetto di una procedura fallimentare o d'insolvenza, salvo che le norme nazionali non dispongano diversamente (ed è il caso della nostra normativa).

Relativamente alla regolamentazione nazionale, ricordando che trattasi di disciplina concernente il trasferimento di un'impresa *in bonis* che impieghi complessivamente più di 15 lavoratori esclusi apprendisti e lavoratori a contratto di formazione, occorre aver riguardo all' art. 2112 c.c. nonché all' art. 47 della l. 428/1990 (in parte modificati dal d.lgs. 18/2001 a sua volta modificato dall'art. 32 d.lgs. 276/2003).

Dalla norma codicistica può estrapolarsi la nozione giuslavoristica di trasferimento: *“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”*.

Il trasferimento d'azienda o parte della stessa può avvenire, quindi, mediante cessione ma anche donazione o affitto aziendale, non tralasciando le operazioni societarie straordinarie quali fusione, scissione, conferimento, liquidazione, successione ereditaria. A tal proposito, ciò che rileva è che tra cedente e cessionario vi sia un vincolo di derivazione giuridica⁽¹⁾, per il quale è sufficiente che l'insieme organizzato dei beni aziendali sia passato a un diverso titolare in virtù di una vicenda giuridica riconducibile al fenomeno della successione in senso ampio (vedi all' uopo Cass. 3974/1995).

Di tal ché sono da escludere tutte quelle operazioni societarie che, pur incidendo sulla compagine azionaria, non comportano un effettivo mutamento della titolarità dell'

⁽¹⁾ FONDAZIONE STUDI CONSULENTI DEL LAVORO, *“Gli approfondimenti: Trasferimento d'azienda con conseguenze interne ed esterne”*, 2010, V, 5.

attività: per esempio la cessione del pacchetto azionario di controllo (Cass. civ. Sez. lav. n. 9251/2007⁽²⁾).

Di converso l'identità oggettiva e strutturale dell'azienda deve essere mantenuta a seguito di tali operazioni, ciò presupponendo la valutazione di una serie di condizioni quali gli “elementi materiali ed immateriali trasferiti, l'avvenuta riassunzione in fatto della maggior parte del personale, il trasferimento della clientela ed il grado di analogia tra l' attività esercitata prima rispetto alla successiva al trasferimento” (Cass. civ. Sez. lav. n. 6452/2009⁽³⁾).

Con la scelta del trasferimento di un ramo di azienda vengono trasferiti anche i lavoratori addetti in modo stabile al settore in questione, ed appare perfino sufficiente a configurare l' istituto in esame la cessione dei rapporti di lavoro relativi ad un gruppo di lavoratori dotati di un particolare *know-how*, e per questo specializzati, con comuni competenze perché operanti nel medesimo ramo⁽⁴⁾.

Ma quali sarebbero gli effetti *ex lege* del trasferimento di cui all'art. 2112 c.c. sui rapporti di lavoro subordinato?

La norma contenuta al comma 1 stabilisce due fondamentali conseguenze: 1- prosecuzione (senza interruzione anche della posizione previdenziale) dei suddetti rapporti esistenti al momento del trasferimento; 2- responsabilità solidale tra cedente e cessionario ai sensi dell'art. 2560 c.c..

In particolare, il primo degli effetti si rapporterebbe al 4°co. dello stesso articolo il quale sancisce che “il trasferimento non costituisce di per sé motivo di

⁽²⁾ VENTIQUATTRORE AVVOCATO CONTRATTI, Il Sole24ore, *“Il contratto di lavoro nel trasferimento d'azienda o di ramo di azienda”*, Sartori-De Palma, 2008, Ed n. 3, 122.

⁽³⁾ MFI.

⁽⁴⁾ “LAVORO 2011” MEMENTO PRATICO, F. LEFEBVRE, Ipsoa, 2011, 1272; Pertanto vedi la sentenza della Corte di Cassazione n. 10761/2002 relativamente alla cessione dei rapporti di lavoro, da MFI.

licenziamento, ferma restando la facoltà di esercitare il recesso ai sensi della normativa in materia di licenziamenti”.

In altre parole: il licenziamento non può essere motivato dal solo trasferimento d’azienda (di tal ché il rapporto di lavoro pendente al momento del trasferimento proseguirebbe), ma è possibile. Infatti, il cedente può recedere ai sensi della normativa in materia di licenziamenti individuali per giustificato motivo oggettivo ex art. 3 l. 604/1966, ossia per ragioni tecniche-organizzative-produttive, come anche avviare la procedura di licenziamento collettivo per riduzione del personale ex art. 24 l. 223/1991.

Quindi, la continuità dei rapporti di lavoro pendenti sancita dalla norma codicistica più che altro mirerebbe a tutelare i diritti maturati (quali TFR, diritti connessi alla qualifica e alle mansioni svolte⁽⁵⁾) dal lavoratore presso il cedente consentendogli di rivendicarne l’ esistenza innanzi al cessionario (responsabilità solidale), col presupposto che il rapporto di lavoro, al momento della cessione, era perfettamente operante (Cass. n. 2417/95) non intervenendo alcun legittimo licenziamento.

E’ stato inizialmente citato, come ulteriore contributo alla normativa, l’art. 47 l. 428/1990 il quale ai comma 1, 2 e 3 sancisce la necessità di ottemperare ad una procedura di consultazione sindacale, descrivendola, per pervenire ad un accordo che disciplini l’armonizzazione dei trattamenti collettivi dei dipendenti ceduti con quelli dei lavoratori del cessionario anch’esso imprenditore.

A trasferimento avvenuto, il cedente ha l’ onere di comunicare ai lavoratori trasferiti del loro passaggio alle dipendenze presso il nuovo datore, la data, eventuali nuove condizioni contrattuali e modalità della loro prestazione lavorativa⁽⁶⁾.

⁽⁵⁾ “LAVORO 2011” MEMENTO PRATICO, F. LEFEBVRE, Ipsoa, 2011, 1273.

⁽⁶⁾ “LAVORO 2011” MEMENTO PRATICO, F. LEFEBVRE, Ipsoa, 2011, 1280.

La necessità di rispettare tale procedura da parte del cedente e del cessionario è rafforzata dalla possibilità, sancita dalla norma contenuta nell’art. 32 l. 183/2010, per i singoli lavoratori, che ritengano il trasferimento avvenuto *contra legem*, di impugnare specificatamente l’atto che determina il trasferimento mediante il regolare iter di impugnazione di un licenziamento con decorrenza del termine per ricorrere dalla data dell’operazione. In più, il mancato rispetto della stessa procedura sindacale costituirebbe condotta antisindacale ex art. 28 Stat. Lav.

Tale è la disciplina applicabile ai trasferimenti d’azienda o di rami della stessa che non sia in stato di crisi economico-finanziaria.

2. *L’azienda in crisi: il trasferimento*

Cosa deve intendersi per crisi d’impresa?

Ad oggi tale espressione non assume il solo significato di deficit della garanzia patrimoniale dell’imprenditore (art. 2740 c.c.) innanzi alle legittime pretese creditorie.

Pertanto, l’impossibilità di reagire all’indebitamento è, secondo la dottrina fallimentare prevalente, una delle manifestazioni della crisi economica e finanziaria della azienda nonché l’ “esito ultimo di un graduale processo di alterazione e degenerazione delle corrette funzioni organizzative e gestionali dell’attività imprenditoriale”⁽⁷⁾.

Qualora sussistano i presupposti di legge, è possibile all’uopo assoggettare l’impresa a procedura concorsuale fallimentare, ad amministrazione straordinaria oppure a liquidazione coatta amministrativa. La procedura del Fallimento è stata oggetto di riforma da parte del d.lgs. 5/2006 il quale ha inteso

⁽⁷⁾ ABRIANI - VV.AA., *Diritto fallimentare*, Giuffrè, Milano, 2008, 3.

immettere nel sistema un nuovo *modus* di pensare e vedere il fallimento: non una procedura per liquidare quasi in modo automatico e "cieco" definitivamente l'azienda caduta in dissesto economico-finanziario, ma un dispositivo di salvezza, ove ricorrano le condizioni, del complesso organizzato di beni e strumenti necessari all'attività d'impresa nonché strumento di risanamento del bilancio aziendale.

Senza entrare nel merito degli istituti fallimentari che si intrecciano con il trasferimento d'azienda, dato che non è la sede opportuna, sembra piuttosto necessario rilevarne la disciplina normativa: infatti, in caso di trasferimento d'azienda insolvente, l'art. 2112 c.c. risulta applicabile, pur trattandosi di trasferimento coattivo determinato da una decisione del magistrato poiché si deve prescindere dallo strumento o provvedimento impiegato per il mutamento della titolarità dell'impresa (Cass. n. 8617/2001⁽⁸⁾); dovrà, inoltre, osservarsi la anzidetta procedura di consultazione ex art. 47 l. 428/1990.

Dinanzi al fallimento o amministrazione straordinaria, l'istituto in esame si interseca con tre strumenti che risultano esser condizione ma al contempo mezzo attraverso il quale il trasferimento si verifica: esercizio provvisorio ex art. 104 l.f., affitto d'azienda ex art. 104-bis l.f., cessione d'azienda, di suoi rami o di rapporti giuridici individuabili in blocco ex art. 105 l.f..

Quindi, mediante l'esercizio provvisorio dell'attività d'impresa da parte del curatore fallimentare che gestisce in via sostitutiva, oppure l'affitto d'azienda che così continua con la produzione seppur sotto la gestione non sostitutiva dell'affittuario-imprenditore il quale rispetta il piano di prosecuzione, o ancora la cessione dell'azienda o di suoi rami con prosieguo dell'attività da parte del cessionario il quale fornisce le dovute

garanzie, l'azienda tenta il salvataggio e sopravvive traendo benefici da entrate quali i canoni d'affitto che vengono a rimpinguare l'attivo fallimentare in disavanzo o il prezzo ottenuto dalla cessione con ricollocazione sul mercato dell'impresa.

Quali sono gli effetti sui contratti di lavoro esistenti?

I contratti di lavoro esistenti proseguono con il curatore, l'affittuario o il cessionario salvo che il curatore non eserciti legittimamente e tempestivamente la facoltà di recesso ai sensi della normativa sui licenziamenti⁽⁹⁾: mentre legittimamente implica che alla base vi sia un giustificato motivo in tal caso oggettivo (art. 3 l. 604/1966), tempestivamente significa che il periodo di preavviso deve esser decorso del tutto prima del trasferimento.

Tuttavia, l'art. 47, co. 4-bis l. 428/1990, introdotto dall'art. 19-quater l. 166/2009, prevede l'applicazione dell'art. 2112 c.c. con possibilità di pervenire ad un accordo sindacale che stabilisca il trasferimento solo parziale (e non di tutti) dei lavoratori alle dipendenze del cessionario- con diritto dei lavoratori non trasferiti di precedenza nelle assunzioni per opera del cessionario (comma 6.)

In ultimo, relativamente ai crediti di lavoro:

1. quanto matura durante l'esercizio provvisorio in favore dei lavoratori compresi i contributi previdenziali ed assicurativi saranno a carico della procedura e da pagarsi in prededuzione ex art. 111 l.f.;
2. con il contratto di affitto fallimentare ex art. 104-bis l.f., non può rinvenirsi responsabilità solidale tra la procedura e l'affittuario al momento della retrocessione dell'azienda alla procedura;
3. con la cessione ex art. 105 l.f. è possibile convenire la

⁽⁸⁾ MFI.

⁽⁹⁾M. PERSIANI, *Interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro e dissesto dell'impresa*, GCOMM., '79, fasc. 2, 261 ss..

responsabilità solidale tra cedente (gli organi fallimentari) e cessionario per tutti i debiti rinvenibili nei libri contabili obbligatori (Trib. Roma 2004 ⁽¹⁰⁾), ma, qualora ciò non accada, la norma fa venir meno il vincolo di solidarietà liberando il cessionario dei debiti aziendali.

3. Conclusioni

In conclusione, tenendo presente la nuova veste cucita dal legislatore della riforma del 2006 per l'istituto del Fallimento, è doveroso in più ricordare che nel diritto del lavoro italiano è presente l'idea che le vicende giuridiche dell'imprenditore, e non dell'azienda, non debbano avere diretta influenza sui rapporti di lavoro in essere al momento per esempio del fallimento o del trasferimento d'azienda. Piuttosto, i rapporti sarebbero legati alle vicende dell'attività economico-produttiva in ossequio al principio elaborato dalla Corte di Cassazione (sent. n. 5550/2000): principio dell'inerenza del rapporto di lavoro al complesso aziendale.

In altre parole, qualora l'attività produttiva prosegua, nonostante il fallimento, ed anzi in virtù della stessa procedura mediante esercizio provvisorio o trasferimento d'azienda, non resta altro che avvalersi necessariamente della manodopera disponibile; per cui i contratti di lavoro inerenti in tal modo possono continuare insieme all'attività d'impresa, dando ulteriore fondamento alla tesi ormai prevalente nella dottrina giuslavoristica della automatica prosecuzione dei rapporti di lavoro in corso al momento del fallimento⁽¹¹⁾, i quali non restano semplicemente sospesi ex art. 72 l.f.

Ma, in situazioni aziendali in completo dissesto è possibile che il curatore del fallimento intimi recessi dai contratti poiché la procedura concorsuale può in tal caso concretamente costituire giustificato motivo di licenziamento con preavviso ex art. 3 l. 604/1966 "se ed in quanto abbia prodotto conseguenze tali da rendere inevitabili e indispensabili i licenziamenti stessi"⁽¹²⁾.

La stessa Cassazione (sent. 5913/1982) ha confermato che le due procedure concorsuali ex art. 2119 comma 2. c.c. possono costituire giustificato motivo di recesso ex art. 3 l. 604/1966 "in relazione alla situazione di evidente inattività dell'azienda"⁽¹³⁾.

Non tenendo conto di tale ultima opzione, dalla analisi fatta dell'istituto ex art. 2112 c.c. può affermarsi che il trasferimento d'azienda assurga, quindi, a soluzione per tentare di superare una crisi d'azienda alquanto seria, potendo bilanciare i contrapposti interessi in gioco tanto da condurre la Corte Suprema a riconoscerne la legittimità in tali ipotesi (una tra tutte: sent. 13171/2009).

⁽¹⁰⁾ MFI.

⁽¹¹⁾ Tra gli Autori che avvalorano tale tesi P.G. ALLEVA, *Fallimento e tutela dei lavoratori*, in Riv. Trimestrale di diritto e proc. Civile, '75, fasc.1, 216.

⁽¹²⁾ P.G. ALLEVA, *Fallimento e tutela dei lavoratori*, (op. cit.)

⁽¹³⁾ MFI.