

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BARI * FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
COLLANA DI *DIRITTO DEI LAVORI* diretta da Gaetano VENETO

Francesco Gismondi

Trasferimento d'azienda: garanzie e limiti dei diritti dei lavoratori

prefazione di
Gaetano Veneto



BARI - CACUCCI EDITORE - 2008

<i>Prefazione di Gaetano Veneto</i>	pag.	9
<i>Introduzione</i>	pag.	12

CAPITOLO ①

Nozione di trasferimento d'azienda

1. Nozione di azienda.....	pag.	15
2. I beni.....	pag.	18
3. Trasferimento di azienda e cessione di beni.....	pag.	19
4. Cessione di ramo di azienda.....	pag.	21

CAPITOLO ②

Il trasferimento di azienda: l'oggetto e il titolo

1. Disciplina del trasferimento di azienda.....	pag.	25
2. L'oggetto del negozio traslativo.....	pag.	26
3. La concezione europea.....	pag.	27
4. Il <i>nuovo</i> testo dell'art. 2112 cod. civ.....	pag.	28
5. Gli elementi della preesistenza e della conservazione dell'identità.....	pag.	31
6. Lo scopo di lucro.....	pag.	32
7. Il titolo del negozio traslativo.....	pag.	33
8. I titoli esclusi.....	pag.	34
9. Estensione della fattispecie.....	pag.	35
10. I "nuovi" titoli: provvedimento coattivo, concessione di pubblici servizi, appalto.....	pag.	36
11. I fenomeni societari.....	pag.	39

CAPITOLO ③

Cessione del ramo di azienda

1. La disciplina	pag.	45
2. Il ramo di azienda	pag.	46
3. Critiche alla disciplina	pag.	49
4. La riforma del 2003	pag.	49
5. <i>L'outsourcing</i>	pag.	51

CAPITOLO ④

La tutela del lavoratore

1. Il mantenimento dei diritti del lavoratore	pag.	57
2. I lavoratori che beneficiano delle tutele	pag.	59
3. La tutela del lavoratore	pag.	60
4. La salvaguardia dei diritti dei quesiti	pag.	65
5. La responsabilità solidale	pag.	67
5.1 La liberazione del cedente	pag.	70
6. Il regime di solidarietà tra appaltante e appaltatore introdotta con Legge Biagi	pag.	71
7. I contratti collettivi applicabili	pag.	72

CAPITOLO ⑤

L'inderogabilità delle tutele e sue eccezioni

1. L'inderogabilità delle tutele previste dall'art. 2112 c.c.	pag.	77
2. Il caso del trasferimento parziale di azienda: la possibilità concessa al cedente di conservare presso di sé alcuni lavoratori	pag.	78
3. La rinuncia del lavoratore al trasferimento del suo rapporto: dimissioni per giusta causa	pag.	78
4. Deroghe apportate con accordi sindacali	pag.	81

CAPITOLO ⑥

Le relazioni industriali

1.	L'art. 47 della legge 428/90	pag.	83
2.	La procedura: ambito di applicazione della norma e computo dei lavoratori	pag.	85
3.	L'informazione sindacale	pag.	87
	3.1 La forma della comunicazione e la buona fede	pag.	89
4.	La consultazione sindacale	pag.	93
	4.1. L'obbligo a trattare	pag.	94
5.	La condotta antisindacale	pag.	95
6.	Gli effetti del ricorso ex art. 28 St. Lav.	pag.	96
7.	La "rimozione degli effetti" nel caso della fusione	pag.	98
8.	La responsabilità oggettiva	pag.	99

CAPITOLO ⑦

Le deroghe al sistema garantistico

1.	L'art. 47, comma 5 della legge 428/90	pag.	101
2.	Le imprese per le quali sia stato dichiarato lo stato di crisi	pag.	102
3.	Le imprese per le quali vi sia stata dichiarazione di fallimento	pag.	105
4.	Le imprese oggetto di concordato preventivo	pag.	105
5.	Le imprese sottoposte ad amministrazione straordinaria	pag.	106
6.	Gli elementi necessari affinché sia possibile la deroga	pag.	108
7.	La deroga	pag.	109
8.	Il diritto di precedenza nelle assunzioni	pag.	110
9.	La pronuncia della Corte di Giustizia CE, Sez. VI, 5 giugno 2003	pag.	111
10.	L'art. 104 <i>bis</i> della legge fallimentare	pag.	112
	<i>Bibliografia generale</i>	pag.	115

Prefazione

Per presentare in modo un po' diverso dal solito, tradizionale, accademico e non di rado ovvio, un'opera prima di un giovane allievo della Scuola giuslavoristica barese, questo agile volumetto di Francesco Gismondi, sia consentita una breve digressione.

In un pregevole saggio sulla transizione che dalla fine della seconda guerra mondiale ci sta portando verso un nuovo quanto indefinito, a tutt'oggi, novus ordo, sul nostro pianeta Loretta Napoleoni sostiene che dopo il 1989, con la caduta del muro di Berlino, nessuna regola, come si usa dire, in nome della deregulation liberista, regge le sorti delle economie degli stati capitalistici. Meglio, forse, vige la regola del più forte così "dal controllo della politica sull'economia si è passati all'economia canaglia che tiene in scacco la politica" attraverso l'exasperazione della competizione, scomparsi tutti i valori morali, si afferma il nuovo "senso comune" delle società attuali così ancora in ogni paese la democrazia vacilla e, con essa, ogni sistema di regole, in particolare quelle giuridiche¹.

E su questa strada ancora l'economista italiana, fuggita insieme ad altri "cervelli" oltre i confini del nostro Paese, in un suo saggio dal titolo "la tragedia dei mercati"² descrive splendidamente la crisi dei sistemi finanziari statunitense ed europeo, paragonandola ad una tragedia greca, dove protagonista, deuteragonista, coro e, al di fuori e al di sopra, il fato, giocano il loro ruolo fino alla catastrofe finale.

La catastrofe è quella che cupamente sembra stagliarsi all'orizzonte degli interi sistemi sociali quasi facendo presagire un nuovo 1929 americano o il periodo che dal 1938 al 1945 ha attraversato, prima e durante la Seconda Grande Guerra l'Europa continentale. Questa catastrofe viene anche vista con una vena ironica dall'autrice così da riportarla in una giusta dimensione storica e, di conseguenza, lasciando aperta una possibilità di soluzioni molto meno tragiche verso nuovi assetti istitui a livello nazionale ed internazionale.

¹ Loretta Napoleoni "Economia canaglia", Milano 2008.

² Vedilo in INTERNAZIONALE n. 736, 21-27 marzo 2008, anno XV, pag. 19.

Ho ritenuto di aprire questa prefazione presentando uno scenario nel quale, senza ombra di dubbio, una problematica giuridica solo apparentemente limitata, quale quella del trasferimento di azienda, pur in tante sfaccettature (così come Gismondi si impegna a presentare in un breve ma stimolante affresco) va più esattamente collocata, cercando, cioè, di leggere il concetto di impresa, ed al suo interno esaltando l'uomo, importanza e problemi del fattore lavoro, nel magmatico evolvere degli assetti economico-produttivi, totalmente condizionati ed orientati sempre più in modo incontrollabile dal sistema finanziario nazionale ed internazionale.

Il tema del trasferimento d'azienda, con riferimento all'appalto, all'outsourcing, alle fusioni, alle incorporazioni, alle cessioni di rami aziendali, così come affrontato in queste pagine, in questo ancor giovane prodotto, con ordinate ricostruzioni e primi spunti critici indubbiamente da approfondire ulteriormente, altro non è che una faccia del più ampio poliedro del sistema di regole giuridiche che, con tutti i limiti propri, cercano di seguire e portare a razionalizzazione sistematica articolazioni, aggregazioni o scomposizioni delle aziende in quel sistema economico che della finanza è figlio ma che, molto spesso, non riesce a seguirne i percorsi, sempre più resi incerti ed oscuri dalle scosse telluriche degli ultimi anni.

I grandi fallimenti della Parmalat, della Cirio ancor prima, le cessioni parziali più o meno chiare, le riaggregazioni, le trasformazioni di imprese pubbliche in gruppi privati pilotati dalla finanza, nazionale ed internazionale, fino alla grande crisi Alitalia della compagnia di bandiera del nostro Paese, inducono il giurista a riflettere sulla difficoltà di conservare punti di riferimento certi quali quelli della stabilità dei rapporti di lavoro, della garanzia dei crediti, della tutela effettiva degli stessi, ove si pensi, all'incertezza di trovare l'effettivo debitore da escutere e le forme di garanzia quando la finanza che sta dietro alle operazioni di scorporo, accorpamento o cessione o quant'altro possa ipotizzarsi, valica i confini nazionali e pone delicati problemi sul piano del coordinamento dei sistemi giuridici transnazionali.

Così dal trasferimento di azienda, lato sensu vista (come Gismondi più volte accenna almeno per ora) si finisce col debordare nella tematica del diritto comunitario o del diritto internazionale privato, così come in tema di garanzia della stabilità dei rapporti di lavoro o dei crediti derivanti. Ancora il trasferimento di azienda finisce coll'incontrare le tematiche della flexicurity o, ancor prima, del patrimonio e dei diritti dei lavoratori che, in sistemi quali quello nord americano, si identificano nella seniority; l'una e l'altra, flexicurity e seniority, altro non sono che due forme di tutela a mò di argine alle grandi pressioni esterne di garanzia del patrimonio professionale o di sicurezza personale per il lavoratore che, quale ultimo protagoni-

sta, vede cambiare la sua vita dal mutamento degli assetti finanziari e, come precipitato storico, delle imprese.

Il lavoro di Gismondi, in quanto opera prima può essere visto in due ottiche. La prima è quella di un "calepino" a cui attingere per informazioni e dati utili per l'operatore del diritto o per il giovane ricercatore che voglia avere riferimenti dottrinari, legislativi e giurisprudenziali sul tema

L'altra ottica ancora in nuce, tutta da sviluppare ma già presente in alcune pagine, così come di seguito riportate, è quella già presente in modo preoccupante, del trasmigrare di persone, con tutti i loro problemi, diritti ed aspettative, da una ad altra realtà produttiva o non di rado verso un incerto ed oscuro futuro di lavoro da un'azienda all'altra in un sistema che rapidamente perde le regole certe del passato ma molto meno rapidamente permette la ricostruzione di nuove regole certe.

Il lavoro si sviluppa in un percorso che, partendo da brevi ed agili considerazioni su impresa e azienda, analizza poi il sistema italiano con confronti con quello comunitario così come si è evoluto negli ultimi anni, chiaramente segnalando lo sforzo del legislatore ed insieme di dottrina e giurisprudenza, in particolare quest'ultima, nel cercar sempre di non dimenticare, ma anzi di render certi e rafforzare i diritti dei lavoratori nella "trasmigrazione" difficilmente controllabile dai sindacati ai quali Gismondi, talvolta segnala, l'opportunità di un intervento, attraverso una contrattazione, più puntuale.

È un lavoro, questo, che particolarmente segnala l'opportunità anche di una nuova fase di confronto e di collaborazione fra studiosi di diritto dell'impresa, civilisti e lavoristi, anche coinvolgendo gli studiosi del diritto comunitario ed internazionale per un lavoro sempre più comune di confronto e collaborazione.

Gismondi ha iniziato così un percorso di studio e di ricerca e ci presenta il suo prodotto in questo momento che vede anche l'Università, non ultima quella barese, convivere con l'incertezza del futuro, col superamento, lo scardinamento di vecchie regole in attesa di nuovi sistemi che si misurino con la realtà esterna e che vedano prospettive nuove per tutti in un auspizzato più profittevole e certo futuro.

Gaetano Veneto

Introduzione

Una principale avvertenza al Lettore, ma soprattutto allo scrittore, è d'ordine. Chi abbia la ventura di introdurre un argomento di vasta portata, deve rispondere ad una duplice esigenza: quella di individuare una traccia atta a costituire la linea logica di unione dei singoli argomenti in discussione (in definitiva il loro minimo comun denominatore) e nel contempo mantenere la trattazione nell'ambito dei principi per evitare la sovrapposizione con analisi specifiche di diversa natura. Tale rischio è paventato proprio a causa della duplicità della materia che si va ad affrontare, prima che la stessa si riduca, come si spera, ad un unicum.

Ed allora (pur coscienti che la difficoltà e spinosità del tema sono state avvertite già decenni orsono) trattando di "impresa", il primo e principale interrogativo poggia proprio sul significato convenzionalmente (e poi legislativamente) attribuito a tale entità: "organizzazione dei fattori della produzione: natura, capitale e lavoro"³.

Ed il punto è: come questa organizzazione produttiva di risultati economici appare di fronte al diritto?

Alberto Asquini affermava che il fenomeno di impresa si presenta nell'ordinamento sotto quattro diverse sfumature. Sotto il profilo soggettivo, l'impresa appare come imprenditore. In secondo luogo, sotto il profilo funzionale, appare come l'attività organizzata per la produzione o circolazione di beni o di servizi sul mercato. In terzo luogo, in un'ottica squisitamente oggettiva, l'impresa è "stabilimento", ossia, quel complesso di beni che l'imprenditore predispone per l'esercizio della sua attività; ed infine, sotto il profilo corporativo, l'impresa è letta come istituzione ossia un'"organizzazione di persone e beni, includendo l'imprenditore e i suoi collaboratori, considerando un senso più ampio persino politicamente (l'impresa vista come una "gran famiglia")".

È di tutta evidenza che l'elemento organizzativo ricopra nella nozione di impresa una posizione di indubbia centralità. È l'organizzazione il fine mediato dell'attività professionale economica svolta dall'imprenditore; è, in altri termini, solo organizzando fattori produttivi (l'azienda) che l'imprenditore

³ A. Asquini, *Profili dell'impresa*, in Riv. dir. comm., 1943, I, p. 135 ss. ora in Scritti giuridici, vol. III, Padova, 1961, p. 123 ss., alla p. 141 ss.

può svolgere professionalmente un'attività di produzione o commercializzazione.

Le scelte organizzative d'impresa, sorrette da un più o meno codificato corpo di regole di corporate governance, si esplicano in una moltitudine di operazioni alcune delle quali sono dotate di un grado di "straordinarietà" (seppur fisiologica nella vita di un'impresa) proprio a causa degli effetti che esse esplicano, sul versante interno, sui fattori produttivi (provocandone un diverso assetto) e di riflesso sul reddito di impresa; e, su quello esterno, sul libero mercato in cui l'impresa opera.

Ed è proprio all'interno di questa tipologia di operazioni che l'impresa rileva proprio nella sua dimensione reale di complesso di beni e diritti costituito, appunto, dall'azienda.

La disciplina del trasferimento di azienda nasce, dunque, dall'esigenza di regolare gli effetti di tale operazione, proprio in ragione della sua straordinarietà intrinseca.

Più in particolare, per quel che rileva ai fini della presente analisi, il legislatore ha approntato una disciplina relativa ai presupposti ed agli effetti del trasferimento d'azienda in relazione al fattore produttivo umano di cui l'impresa dispone organizzandolo: il lavoro.

Ed allora, si intende come l'intera disciplina è, al riguardo, volta ad offrire al lavoratore una apposita tutela nei casi in cui l'azienda, presso cui egli stesso presta attività lavorativa, venga ad essere interessata dal trasferimento.

L'attuale assetto regolatorio della materia, ha subito, nel tempo, un'inevitabile evoluzione al mutare delle istanze sociali ed economiche connesse alla concreta realizzazione delle operazioni di trasferimento.

È possibile, così, ripercorrere le tappe di un itinerario regolatorio caratterizzato da un irrompente intervento normativo comunitario (direttiva n. 77/187/CEE del Consiglio delle Comunità Europee, 14 febbraio 1977 e direttiva n. 98/50/CE del Consiglio dell'Unione Europea, 29 giugno 1998, trasfusa nella direttiva n. 2001/23/Ce del Consiglio dell'Unione Europea, 12 marzo 2001) - al quale sono seguite le leggi di adeguamento dell'ordinamento italiano - accompagnato dai cambiamenti radicali che, nel nostro Paese, hanno interessato, nell'arco di sessanta anni, la fisionomia dell'impresa.

L'istituto ha, anzitutto, conosciuto notevoli istanze eteronome di cambiamento: l'internazionalizzazione dei mercati ha determinato l'elevazione del tasso di competitività delle imprese, inducendo le stesse ad una spasmodica ricerca di riduzione dei costi di produzione e, dunque, di quelli del lavoro. Più precisamente, la gestione delle risorse umane ha assunto un ruolo di neutralizzazione degli sprechi nell'innovazione della catena produttiva alla luce di una riduzione dei costi da "spreco" (appunto) di energia umana nella sua accezione più ampia.

In secondo luogo, all'interno delle dinamiche dell'impresa, il progresso tecnologico, stravolgendo il processo di produzione, ha determinato il superamento della figura socialmente omogenea del lavoratore, comportando il

riconoscimento di una pluralità di figure tutte caratterizzate da professionalità specifiche e perciò richiedenti alti gradi di preparazione.

Tali mutamenti hanno determinato, a loro volta, una variazione strutturale dell'impresa, la quale si pone al suo interno, non più come soggetto unico e indivisibile bensì come una complessa articolazione di "operazioni" (stampo reticolare) sia sul piano societario (fusioni, scissioni, gruppi), che mediante frazionamento del processo produttivo (appalti, outsourcing, somministrazione di lavoro, utilizzo di forme flessibili di lavoro).

Il legislatore nazionale, nel corso degli anni, si è visto, così, impegnato nella difficile missione di garantire un equilibrio tra la accelerata evoluzione dei mercati e del processo produttivo dell'impresa e l'esigenza di tutela del lavoratore.

Il tutto, con la consapevolezza della gravità di un eventuale mismatching, in termini di perdita di competitività dell'intero sistema produttivo nazionale, contro un'insopportabile compressione dei diritti del lavoratore.

In tal senso vanno letti i numerosi interventi susseguitisi negli ultimi anni primi tra tutti quelli sul mercato del lavoro il D.lgs. n. 18/2001 e della Legge n. 30/2003, D.lgs. n. 276/2003, D.lgs. n. 251/2004, e dalla Legge finanziaria per l'anno 2007 nonché dalla recentissima legislazione sulla sicurezza dei luoghi di lavoro.

Nonostante le rilevanti modifiche avvenute nel corso degli ultimi quindici anni, tuttavia, non è azzardato affermare che la normativa italiana ha conservato, seppure per sommi capi, una generale struttura di fondo della disciplina del trasferimento di azienda.

Al riguardo, si segnala come l'attuale assetto regolatorio, per quanto modificato nella sua lettera, risulta tutt'oggi ancorato al concetto di trasferimento di azienda, forse perdendo la vera sfida: il raggiungimento di una tutela "globale" del lavoratore garantita anche in assenza di un qualsiasi trasferimento di titolarità dell'universitas di beni e magari ancorata al semplice passaggio di commesse con svuotamento dell'attività aziendale.

Ma questo tipo di intervento, per essere adottato ed attuato, richiederà una nuova concezione del fattore lavoro lontana dal mero scambio di energie psico-fisiche contro retribuzione e più vicina alla sua vera essenza e ricchezza quale è il suo atteggiarsi a valore aggiunto dell'impresa.

Scopo di questo lavoro, allora, è lo studio della disciplina del trasferimento di azienda, e della sua evoluzione, attraverso una lettura (sistematica e aderente per quanto possibile alla realtà mercantile) degli artt. 2112 c.c., dell'art. 47 L. 29/12/90 n. 428 e 29 del D.lgs. 276/03, alla luce delle molteplici dispute interpretative nate in dottrina e in giurisprudenza, e attraverso la formulazione di alcune considerazioni finali circa le possibili variazioni anche di politica legislativa che potrebbero ritenersi quantomeno opportune.