

Margherita Dominici



Trasferimento di azienda ed esternalizzazione di servizi

1. Il trasferimento d'azienda - trasferimento di ramo d'azienda art. 2112 c.c.

La normativa dettata all'art. 2112 c.c., prevede l'ipotesi di trasferimento di azienda (o parte di essa) nel caso di *“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”*.¹

La definizione di cui sopra, è stata altresì enunciata dalla Direttiva Comunitaria n.98/50/ CE del Consiglio del 29/06/1998 (che modifica altresì la Direttiva 77/187/ CEE, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati

membri e relativa al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese); all'art. 1 punto B della suddetta normativa, si asserisce che *“è considerato 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”*.

ASPETTI CIVILISTICI DELLA CESSIONE D'AZIENDA

Definizione di azienda

L'art. 2555 del c.c. definisce l'**azienda** come il *“complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa”*.

- Il trasferimento dell'azienda (o ramo) deve necessariamente riguardare un complesso di beni funzionalmente legati tra di loro ed idoneo all'esercizio dell'impresa.
- Il trasferimento di singoli beni non realizza un trasferimento d'azienda

¹ La Corte di Cassazione, con sentenza n. 26196 del 01/12/2005, sottolinea la necessità, in caso di trasferimento d'azienda, di accertare che i beni ceduti siano stati considerati nella loro *“autonoma individualità o non piuttosto nella loro funzione unitaria e strumentale”*, ossia l'evidenza di un passaggio ad altro ente concernente un'attività economica propria e separata da quella svolta di default dal cedente e non un mero trasferimento di attività accessorie a quella principale (es. Casa di riposo per anziani: l'azienda intende trasferire presso un cessionario il servizio di pulizie della struttura, questa operazione non è propriamente configurabile all'istituto di cui all'art. 2112 c.c.).

Se, ad esempio, un Istituto socio-sanitario volto all'assistenza di soggetti anziani possiede anche un ramo aziendale che si occupa della gestione di una "Casa per Ferie", ovvero un'attività economica autonoma, questa può essere assoggettata ad un eventuale trasferimento presso altro soggetto privato.

In caso di trasferimento d'azienda, il rapporto di lavoro continua con l'impresa cessionaria e i lavoratori interessati alla procedura conservano tutti i diritti che ne derivano (con la sola mutazione della titolarità soggettiva dell'ente); permangono, sino a naturale scadenza, le disposizioni normative previste dai contratti collettivi nazionali applicati ai dipendenti coinvolti nel passaggio, salvo che gli stessi non siano sostituiti con altri CCNL ad essi comparabili.

L'azienda cedente, che intende porre in essere tale operazione, è obbligata in solido con l'impresa subentrante relativamente a tutti i crediti che vanta il dipendente all'atto del passaggio. Tuttavia, il lavoratore può consentire la liberazione del cedente dalle obbligazioni derivanti dal servizio prestato antecedentemente al passaggio².

Art. 2112 co.5 cod.civ.

"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. 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".

Il dipendente, qualora rilevi un mutamento e un demansionamento delle sue originarie condizioni di lavoro nei tre mesi successivi al trasferimento d'azienda (o di ramo d'azienda), ha facoltà di rassegnare le dimissioni per giusta causa, con relativo

² La sentenza emessa dal Tribunale di Cassino in data 27.06.2008, asserisce che "Il principio generale enunciato dalla norma di cui all'art. 2112 c.c., secondo cui, in caso di trasferimento di azienda, il rapporto di lavoro continua con l'acquirente ed il lavoratore rimane titolare di tutti i diritti innanzi vantati (mentre alienante ed acquirente sono obbligati solidalmente per tutti i crediti spettanti al lavoratore all'atto del trasferimento), è applicabile unicamente ai rapporti di lavoro ancora in corso al momento della cessazione dell'azienda. Invero, siffatta norma non può trovare applicazione relativamente ai rapporti di lavoro cessati ed esauriti anteriormente all'attuato trasferimento, salva la generale applicabilità della disposizione di cui all'art. 2560 c.c. nella parte in cui contempla in via generale la responsabilità dell'acquirente per i debiti dell'azienda ceduta, laddove risultanti dai libri contabili obbligatori ex art. 2214 c.c".

diritto alla percezione d'indennità per il preavviso; talvolta i lavoratori hanno altresì posto in essere un assenteismo ingiustificato presso l'azienda subentrante, a decorrere dal primo giorno rispetto all'inizio del passaggio, con conseguente richiamo disciplinare per conto del cessionario. In questi casi, la Corte di Cassazione, con sentenza n. 12919/2017, ha stabilito che *“preso atto che il lavoratore non aveva mostrato interesse a svolgere attività di lavoro alle dipendenze del cessionario, poneva nel nulla la precedente contestazione disciplinare, sul rilievo che nessun rapporto di lavoro era stato instaurato dalle parti”*.

Non si può non eccepire che tale pronuncia risulti alquanto contraddittoria rispetto al concetto del passaggio automatico da cedente a cessionario (previsto nei casi di trasferimento di ramo d'azienda); infatti, **l'istituto in oggetto**, come sopra accennato, **comporta una successione legale che non richiede il consenso del lavoratore**, salvo le forme di recesso ordinarie previste in caso di dimissioni volontarie.

In caso di ostentata disapprovazione del dipendente, risulta opportuno (per i datori di lavoro) redigere, in una sede protetta (come ad esempio l'ITL), un accordo tra le parti mediante il quale, in via esemplificativa, il prestatore di servizio potrebbe consentire di restare presso l'azienda con orario di lavoro ridotto e con il medesimo inquadramento contrattuale.

Per quanto concerne il numero complessivo dei lavoratori occupati in azienda, qualora l'art. 2112 c.c. si applichi a un'impresa che occupa complessivamente più di quindici dipendenti, il cedente e il cessionario devono redigere un'apposita comunicazione scritta, rivolta alle OO.SS. di categoria che hanno stipulato il CCNL applicato alle parti interessate. La comunicazione di cui sopra deve includere le seguenti informazioni:

- Data/proposta di trasferimento d'azienda (o di ramo d'azienda);
- Motivi che inducono all'espletamento della procedura di cui all'art. 2112 c.c.;
- Conseguenze economico-giuridiche per i lavoratori³.

Qualora i sindacati formulino una richiesta scritta di esame congiunto (pervenuta nell'arco temporale di sette giorni rispetto al ricevimento della missiva sopra citata), le parti coinvolte nel trasferimento sono tenute ad avviare detta procedura entro **sette giorni** dalla ricezione dell'istanza. All'esame congiunto sono tenuti a presenziare le due imprese interessate alla cessione (come sopra enunciato) nonché le rappresentanze sindacali e le relative associazioni di categoria dei dipendenti. L'inottemperanza all'espletamento della procedura di cui sopra, costituisce condotta antisindacale da parte del Datore di Lavoro, anche se non risulta tuttavia inficiata la validità del trasferimento stesso.

³ La conservazione delle condizioni economiche preesistenti al passaggio, nonché, complessivamente, la preservazione di tutte le condizioni di lavoro godute dai dipendenti in forza dei contratti individuali e dei CCNL di categoria.

La consultazione si intende esaurita decorsi **dieci giorni** dal suo inizio, qualora non sia stato raggiunto un accordo tra imprese e sindacati. In caso di mancato raggiungimento di un'intesa tra le parti, le aziende intenzionate all'operazione in oggetto possono dare corso al trasferimento.

2. Esternalizzazione di servizi aziendali- Outsourcing

Talvolta, alcuni datori di lavoro si rivolgono ad altre aziende per trasferire a queste ultime *alcune parti* del proprio processo produttivo. **L'esternalizzazione dei servizi aziendali si applica con riferimento alle attività accessorie e strumentali dell'impresa** e non a quelle principali, contrariamente a quanto accade nel caso di trasferimento d'azienda. Ad esempio, all'interno di un Istituto Scolastico Paritario (e quindi con attività prevalente di istruzione/formazione), è possibile porre in essere una esternalizzazione di servizi per le seguenti attività:

- Servizi di pulizie e portineria;
- Gestione del personale;
- Servizi di tipo informatico;
- Servizi di mensa.

La sentenza n. 21287/2006, emessa dalla Corte di Cassazione, definisce l'esternalizzazione/l'outsourcing come *“il fenomeno che comprende tutte le possibili tecniche mediante cui un'impresa dismette la gestione diretta di alcuni segmenti dell'attività produttiva e dei servizi che sono estranei alle competenze di base”*, i quali, pertanto, vengono assoggettati al controllo di un terzo.

Nell'ordinamento italiano il *contratto di outsourcing*, in quanto disciplinato dalla Common Law e pertanto non rientrante nella disciplina dei negozi “tipici” previsti dalla normativa nazionale, fa riferimento alle disposizioni dell'art. 1655 c.c. in materia di appalto⁴.

La procedura di esternalizzazione di servizi, (volta all'ottimizzazione della produttività del *core business* d'impresa) può legittimare il datore di Lavoro a licenziare, per giustificato motivo oggettivo, i dipendenti sino a quel momento occupati nello svolgimento delle attività accessorie affidate alla ditta esterna, purché non siano effettuate nuove assunzioni per qualifiche equivalenti a quelle di coloro che subiscono il licenziamento. L'affermazione dinanzi citata è stata pronunciata dalla Suprema Corte con sentenza 01 agosto 2013 n. 18416/2013, che asserisce *“con riguardo alle assunzioni di nuovo personale successivamente al licenziamento, per ritenere raggiunta la prova dell'inutilizzabilità del lavoratore licenziato, è necessario che il datore di lavoro, sul*

⁴ Il contratto con cui una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in denaro.

quale grava il relativo onere probatorio, indichi le assunzioni effettuate, il relativo periodo, le qualifiche, le mansioni affidate ai nuovi assunti e le ragioni per cui tali mansioni non siano da ritenersi equivalenti a quelle svolte dal lavoratore licenziato”.

Resta fermo l’obbligo di “*repechage*”, vale a dire la proposta formulata dal datore di lavoro al dipendente in merito ad un possibile reimpiego in altre funzioni all’interno dell’impresa e ascrivibili allo stesso livello di inquadramento contrattuale, oppure l’adibizione alle stesse mansioni presso altra sede aziendale non interessata alla procedura di outsourcing.

Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, la parte datoriale può estendere la possibilità di preservare l’impiego in azienda del lavoratore, in accordo con lo stesso, tramite l’adibizione di incarichi di livello inferiore⁵, dimostrando così di aver esperito tutti i possibili tentativi volti a mantenere in forza il dipendente. Talvolta, in caso di licenziamento per le ragioni di cui sopra, i lavoratori interessati vengono immediatamente reclutati dalla ditta subentrante: di fatto si tratta di una forma anomala e “fittizia” di trasferimento d’azienda, cui il lavoratore può esprimere il suo dissenso.

3. La comparazione tra il trasferimento d’azienda ed esternalizzazione di servizio

La distinzione delle due fattispecie in oggetto è descritta nei precedenti paragrafi, è passibile di facili fraintendimenti. La Corte Costituzionale, con sentenza n. 121/1993 e n. 115/1994, ha asserito che: *“La cessione di ramo d’azienda, (cui consegue l’applicazione dell’art. 2112 c.c.) e la mera esternalizzazione di servizi (che può configurare un’ipotesi di interposizione vietata o di cessione illegittima di contratto di lavoro) deve fondarsi su elementi obiettivi e non può rimettersi alla mera volontà del datore di lavoro; non è configurabile il trasferimento di ramo d’azienda nel caso di mera esternalizzazione di servizi privi di quel carattere di autonomia organizzativa ed economica obiettivamente preesistente al trasferimento stesso”.*

Talvolta, la prassi utilizzata dalle imprese è quella di attuare, nell’alveo di una mera esternalizzazione di servizi (es. servizio pulizie all’interno di un istituto scolastico), la stessa procedura prevista nei casi di trasferimento di ramo d’azienda, al fine di evitare il licenziamento dei dipendenti occupati nell’unità operativa che si intende alienare. Tale *modus operandi*, volto a garantire una maggiore tutela per i lavoratori, *non adotta, tuttavia, le formalità previste in caso di cessione ex art. 2112 c.c., per le quali si richiede*

5 Cit. “Lavoro, Diritti e Europa”-“Rivista nuova di diritto del lavoro”, articolo a cura di F. SPENA, “Il licenziamento economico-obbligo di “repechage”, pubblicato in data 19/11/2018, - sentenze di riferimento: Cassazione civile, sez. lav., 21/12/2016, n. 26467, Cassazione civile, sez. lav. 08/03/2016 n. 4509; 13 agosto 2008 n. 21579; 18 novembre 2015 n. 23698. L’adibizione a mansioni inferiori prevede l’attuazione di un patto di demansionamento da effettuare in sede protetta, presso l’Ispettorato Territoriale del lavoro.

la redazione di apposito atto notarile ai fini della pubblicazione del contratto di cessione all'interno del Registro delle Imprese.

4. Conclusioni

Il labile confine tra cessione d'azienda ed esternalizzazione di servizi, sulla base di quanto definito dalla normativa vigente e dalle diverse pronunce della giurisprudenza, non contribuisce a delineare una chiara tutela nei confronti dei lavoratori interessati.

Il trasferimento di cui all'art. 2112 del codice civile, può comportare, per il datore di lavoro, i seguenti rischi:

- ✓ contenzioso in sede sindacale e/o giudiziale;
- ✓ stato di agitazione dei lavoratori;
- ✓ ripercussioni eventuali sulla produttività dei dipendenti coinvolti nel "trasferimento", non soddisfatti dalla nuova condizione lavorativa.

Anche nel caso dell'esternalizzazione di un servizio il dipendente, nel caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, può dimostrare giudizialmente l'eventuale insussistenza dei requisiti che hanno comportato tale provvedimento, chiedendo in tal modo una declaratoria dell'illegittimità della risoluzione del rapporto.

Non vi è dubbio che l'ordinamento italiano non abbia individuato ad oggi una chiara linea di demarcazione legislativa (oltre che giurisprudenziale) tra i due istituti qui commentati, ovvero il trasferimento di azienda o ramo di azienda e il procedimento di *outsourcing* di un servizio accessorio e comunque non autonomo, forse anche perché quest'ultimo ha radici in altra esperienza normativa quale appunto il sistema di common law. Non sempre i principi di sistema appaiono facilmente conciliabili, come nei casi qui esaminati.