**ESTERNALIZZAZIONI SE LE CONOSCI LE EVITI**

Se soltanto cinque anni or sono qualcuno avesse detto che nel 2014, sarebbe stato abolito l'articolo 18, sarebbe stato legalizzato il demansionamento ed il controllo a distanza, sarebbero state abolite le pensioni di anzianità elevando l’età ad almeno 67 anni, il contratto collettivo nazionale di lavoro sarebbe stato ridotto ad una pura cornice di riferimento con una sorta di salario minimo, sarebbe stato rinchiuso in manicomio. Invece non solo è tutto vero e si è realizzato in pochissimo tempo purtroppo questa situazione si è determinata mentre nel corso di diversi anni ma si è realizzata la più grande distribuzione di ricchezza al contrario che il pianeta abbia mai visto, drenando tutta la ricchezza dal lavoro a favore del capitale e della rendita.

Nel 2008 si manifesta la crisi dei mutui subprime. Una crisi che evidenzia in maniera chiara, la tendenza in atto da parte del capitale di cercare una più alta remunerazione attraverso strumenti finanziari piuttosto che in un economia reale asfittica.

L'operazione straordinariamente perversa è trasformare la grande massa di debiti sulla quale poggia l'intero sistema in investimenti. Fannie Mae e Freddie Mac agenzie costituite in USA dopo la grande depressione, hanno acquistato i mutui concessi dalle varie istituzioni finanziarie trasformandoli in prodotti derivati ovvero obbligazioni strutturate chiamate cdo, e vendute sul mercato a fondi pensioni, istituti di credito. Questi a loro volta si sono rivolte ad assicurazioni per premunirsi dal rischio di fallimento delle società che hanno emesso le obbligazioni ed ottenendo altri prodotti derivati chiamati cds. Le assicurazioni per coprirsi da eventuali esborsi hanno emesso altre obbligazioni. Nel 2008 a fronte di 1 euro vero ne giravano almeno 10 di carta straccia pari a 10 volte il Pil mondiale. Quando l'economia reale non riesce più a valorizzare i capitali in quanto i consumi scendono e la concorrenza internazionale è sempre più agguerrita la finanza diventa una sorta di paradiso. Ed oggi a che punto siamo? Le banche che ruolo giocano in questa partita? A giugno 2014 il totale dell’attivo delle prime 25 banche USA era di 14 trilioni di dollari mentre i prodotti derivati in pancia ammontavano a 302 trilioni di dollari. Un dollaro di attivo Tra il 2011 ed il 2012 i derivati erano 637 mila miliardi di dollari nove volte il Pil. Insomma nonostante grandi discorsi sulla necessità di tornare ai "fondamentali", la constatazione della dura realtà è che forse l'incastro tra economia finanziaria ed economia reale è tutt'altro che facile da districare.

Sicuramente per noi è importante constatare che la bolla dei subprime scoppia perché i lavoratori precari americani indebitatisi in maniera eccessiva, nel momento in cui l'economia rallentava, hanno perso il lavoro e non sono più stati in grado di restituire i mutui contratti.

Dunque la finanziarizzazione di un economia asfittica insieme a condizioni precarie dei lavoratori e salari bassi hanno determinato la crisi che stiamo vivendo. Qual’è stata la risposta alla crisi? Salari ancora più bassi, azzeramento delle garanzie ed estensione a tutti della precarietà.

La battaglia sull'art.18 rappresenta la volontà del padronato di restaurare un clima di terrore sui posti di lavoro. Si intende cioè riproporre le stesse dinamiche precedenti alla promulgazione dello statuto del Lavoratori, quando anche un semplice gesto della mano del datore di lavoro poteva significare che era ora di preparare gli scatoloni come negli USA. Si intende così alzare, attraverso la paura, ulteriormente il livello di produttività dei lavoratori drenando ancor di più ricchezza dal lavoro al capitale, alla rendita.

I processi di esternalizzazioni rappresentano un moderno sistema di reazione alla crisi. Mentre i manager continuano ad alzarsi in maniera vergognosamente i propri redditi indipendentemente da qualsiasi obbiettivo raggiunto, hanno introdotto tale sistema per disfarsi di quella che considerano forza lavoro in eccesso. Gli esternalizzati potremmo definirli "licenziati a lento rilascio". Le esternalizzazioni nel sistema bancario cominciano a manifestarsi in maniera dirompente nel 2011 su impulso del secondo gruppo italiano l'Unicredit, e verranno presto estese anche in altri gruppi importanti come il Monte dei Paschi di Siena.

Pur essendoci state altre esperienze negli anni addietro, vedasi il caso della cessione di Gruppo Carta Si (Si Call) a Bassnet, è nel corso degli ultimi tre anni che le cosiddette "cessioni di ramo di azienda" assumono il rilievo di strategia padronale finalizzata all'espulsione di forza lavoro dai processi produttivi.

I grandi gruppi bancari, che nel corso di questi anni non hanno fatto altro che fusioni su fusioni, hanno alle loro dipendenze decine di migliaia di dipendenti e trovando difficoltà ad espellere direttamente gli "esuberi" demandano ad aziende di grandezza notevolmente più piccole, spesso newco con natura giuridica di società a responsabilità limitata, di svolgere il lavoro sporco.

Questi semplici concetti ora espressi, se qualche anno or sono all'occhio dell'osservatore distratto potevano essere considerate pure ipotesi, oggi a distanza di tre anni sono delle certezze facilmente riscontrabili.

Lo scopo di questo documento è partire dalle terribili esperienze concrete per come esse si sono date per togliere qualsiasi alibi a chi in questi anni non ha svolto il lavoro utile a contrastare efficacemente i processi di esternalizzazione.

Riteniamo infatti che le sigle sindacali che hanno sottoscritto in maniera solerte gli accordi che hanno permesso di espellere migliaia di lavoratori/trici abbiano commesso non solo un errore di lettura della realtà ma siano venuti meno alla propria funzione e ragion d'essere, permettendo operazioni che vanno contro norme di legge.

Il sindacato che storicamente ha teso a migliorare il quadro normativo a favore del mondo del lavoro, in questo frangente, tranne rare e positive eccezioni, si è posto al di sotto del quadro normativo stesso assecondando la spinta illegale delle controparti.

Lo studio che intendiamo sottoporre a tutti coloro che intendono continuare a stare dalla parte del lavoro, dimostrerà in maniera inequivocabile che quelle che sin qui sono state chiamate "cessioni di ramo d'azienda" altro non sono che cessioni di lavoratori per cui è necessario il consenso degli stessi.

Gli articoli di legge che normano le cessioni di ramo d'azienda sono:

L' ART. 2112 c.c.

Mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda

Gli aspetti salienti di questo articolo sono:

il cessionario è tenuto ad applicare il CCNL vigente alla data di trasferimento fino alla loro scadenza;

per trasferimento d'azienda si intende qualsiasi operazione che , in seguito a cessione contrattuale o fusione , comporti il mutamento nella titolarità di un'attività economica preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità;

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; con decorrenza 24.10.2003 l'art.32 D.Lgs. 10.09.2003 ha cassato il termine PREESISTENTE al trasferimento dell'articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata;

nel caso in cui l'alienante stipuli con l'acquirente un contratto di appalto la cui esecuzione avviene utilizzando il ramo d'azienda oggetto di cessione, tra appaltante e appaltatore ed eventuali subappaltatori opera un regime di solidarietà entro 2 anni dalla cessazione dell'appalto a corrispondere ai lavoratori retribuzioni, TFR, contributi, premi assicurativi come da art.29, comma 2, D.Lgs. 10/9/2003, n.276;

l' ART.47 LEGGE N.428/90 RELATIVO TRASFERIMENTO AZIENDA DOPO LEGGE N.134/12

La legge n.428/90 e successive integrazioni definisce:

almeno 25 giorni prima che sia perfezionato l'atto di trasferimento il cedente ed il cessionario devono comunicare alle Rsu/Rsa nonché alle O.S. più rappresentative la data effettiva o proposta del trasferimento, i motivi del programmato trasferimento d’azienda, le conseguenze giuridiche, economiche e sociali per i lavoratori, le eventuali misure previste nei confronti di questi ultimi;

le rappresentanze sindacali aziendali o dei sindacati di categoria possono richiedere per iscritto UN ESAME CONGIUNTO, entro sette giorni dal ricevimento della comunicazione di cui sopra, che il cedente e il cessionario sono tenuti ad avviare, entro sette giorni dal ricevimento della predetta richiesta, con i soggetti sindacali richiedenti. La consultazione si intende esaurita qualora, decorsi dieci giorni dal suo inizio, non sia stato raggiunto un accordo. In assenza di tale procedura da parte del cedente e del cessionario trattasi di condotta antisindacale (art.28).

 Nel caso in cui sia stato raggiunto un accordo circa il mantenimento, anche parziale, dell’occupazione, l’art. 2112 del codice civile trova applicazione nei termini e con le limitazioni previste dall’accordo medesimo qualora il trasferimento riguardi aziende :

 a) delle quali sia stato accertato lo stato di crisi aziendale, ai sensi dell’art. 2, quinto comma, lettera c) , della legge 12 agosto 1977,n. 675;

b) per le quali sia stata disposta l’amministrazione straordinaria, ai sensi del decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270, in caso di continuazione dell’attività ovvero di mancata cessazione della stessa;

b-bis) per le quali vi sia stata la dichiarazione di apertura della procedura di concordato preventivo;

Qualora il trasferimento riguardi imprese nei confronti delle quali vi sia stata dichiarazione di fallimento, omologazione di concordato preventivo consistente nella cessione dei beni, emanazione del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa ovvero di sottoposizione all’amministrazione straordinaria, nel caso in cui la continuazione dell’attivita’ non sia stata disposta o sia cessata ,e nel corso della consultazione di cui ai precedenti commi sia stato raggiunto un accordo circa il mantenimento anche parziale dell’occupazione, ai lavoratori il cui rapporto di lavoro continua con l’acquirente non trova applicazione dell’art.2112 codice civile, salvo che dall’accordo risultino condizioni di miglior favore. Il predetto accordo può altresì prevedere che il trasferimento non riguardi il personale eccedentario e che quest’ultimo continui a rimanere, in tutto o in parte, alle dipendenze dell’alienante.

I lavoratori che non passano alle dipendenze dell’acquirente, dell’affittuario o del subentrante hanno diritto di precedenza nelle assunzioni che questi ultimi effettuino entro un anno dalla data del trasferimento, ovvero entro il periodo maggiore stabilito dagli accordi collettivi. Nei confronti dei lavoratori predetti, che vengano assunti dall’acquirente, dall’affittuario o dal subentrante in un momento successivo al trasferimento d’azienda, non trova applicazione l’art.2112 del codice civile.

In buona sostanza con l'art.47 della legge 428/90 si definiscono le modalità in cui si esplica l'art.2112 del c.c, l'informativa dovuta alle Organizzazioni Sindacali, le limitazioni nell'applicazione dell'art.2112 laddove ci si trovi a situazioni di crisi aziendali ed il ruolo di eventuali accordi sindacali raggiunti.

Legame tra cessione di ramo di azienda ed appalti mono mandatari

L'art. 2112 stabilisce che la continuità del rapporto di lavoro con l'acquirente avviene con la conservazione di tutti i diritti: anzianità di servizio, invarianza delle mansioni, della categoria o qualifica, della sede di lavoro (salvo trasferimento art.13 legge 300/70 per comprovate esigenze aziendali), diritto di continuità del periodo di ferie, di comporto e simili.

Responsabilità in solido tra acquirente ed alienante per tutti i crediti che il lavoratore aveva nel trasferimento e, da verificare, per quelli derivanti dall'appalto. Da qui un ulteriore ragione per le aziende a non fornire più appalti da parte dell'alienante. Solo il lavoratore può rompere questo vincolo solidale con art.410/411 c.p.c. La legge non fidandosi del sindacato vuole evitare accordi transattivi a scapito di lavoratori dissenzienti.

Un eventuale contratto migliore dell'alienante potrà essere rinegoziato o considerato nullo alla scadenza.

L'art.47/90 a differenza del 2112 c.c. Si rivolge solo alle aziende sopra i 15 dipendenti

ITER STORICO DELLE NORME

Il Decreto Legislativo 2/2/2001 n. 18, che modificò sostanzialmente l' art. 2112 e l'art. 47 della legge 428/90, discendeva dalla direttiva della Comunità Europea n. 98/50/CE, che, per omogeneizzare le normative degli Stati membri, stabilisce l’applicazione per almeno un anno della normativa, vigente nella società cedente. Non solo, la Corte di Giustizia europea, nella sentenza C-36289 ha affermato che a questa norma non possono “derogarvi neanche i sindacati tramite accordi stipulati con il cedente o il cessionario”. Ciò è importante perché, fermo restando il vincolo per il cessionario dell'applicazione del contratto nazionale presente nell'azienda cedente, il problema si pone per quanto concerne la contrattazione collettiva aziendale. In tutte le cessioni di ramo d'azienda abbiamo assistito al ricatto, per costringere il sindacato a sottoscrivere accordi al ribasso, di non riconoscere, in caso di mancato accordo, i trattamenti della previdenza complementare aziendale, nonché le prassi aziendali con i relativi benefits (mutui, c/c, ecc.). La tutela di mantenere comunque i trattamenti collettivi nazionali e aziendali per minimo un anno permetterebbe di sfuggire ai pesanti condizionamenti aziendali, con la possibilità di predisporre subito una piattaforma del Cia che abbia al centro proprio le norme aziendali presenti nell'azienda cedente.

Il D.lgs. 2/2/2001 n.18 è stato voluto fortemente dai sindacati ed in primis dalla Cgil e dalla Fiom, per evitare, con specifico riferimento al settore metalmeccanico, il trasferimento di mere attività complementari e accessorie con successiva espulsione, nella nuova azienda, dei lavoratori dal ciclo produttivo dei lavoratori. Fino all'emanazione di questo decreto si era in presenza di due diversi orientamenti giurisprudenziali. Il primo che dilatava la nozione di trasferimento di azienda sino a considerare tale anche il trasferimento di mere attività o servizi accessori e complementari , a scarsissimo contenuto di beni materiali e con preponderanza netta della forza lavoro. Il secondo che escludeva potesse sussistere un legittimo trasferimento di ramo d’azienda in caso di cessione di meri servizi accessori e complementari. Un decreto che prendeva decisamente le parti di tale secondo orientamento e chiariva, ultimo comma art. 1, che il trasferimento di azienda comportava il mutamento della titolarità “di un’attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, al fine dello scambio di beni o di servizi, preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità” e che la disciplina si applicava anche al trasferimento di parte dell’azienda, purchè si trattasse di una “articolazione autonoma di un’attività economica organizzata” e anch’essa “preesistente come tale al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità”, e non di un ‘aggregazione di mere attività o di servizi accessori e complementari.

Con tale disposizione la legge dava ingresso al concetto di ramo di azienda, sino ad allora frutto di elaborazione giurisprudenziale e dottrinale, e chiariva, onde evitare operazioni sostanzialmente elusive della norma quali si erano determinate negli anni più recenti, che il ramo dovesse possedere una propria autonomia organizzativa già presso il cedente.

Fu il patto per l'Italia il 5/7/2002 a tentare di eliminare il concetto di autonomia funzionale preesistente al trasferimento . Oggi il testo risulta modificato sulla base dell'art.32 D.lg S. N.276 del 10.9.2003 applicativi della L.n.30 (cosiddetta legge Biagi) e dice che la verifica dell'autonomia funzionale si fa all'atto del trasferimento. In buona sostanza si è tentato (e vedremo perché in seguito, senza riuscirci) di legittimare la costituzione di fittizi rami di azienda, mai esistiti prima dell'operazione di trasferimento, per espellere i lavoratori addetti a quel ramo.

L'autonomia funzionale del ramo di impresa viene identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del trasferimento.

Noi non possiamo non rilevare che molti segmenti di impresa concettualmente autonomi fanno parte di un unico complesso imprenditoriale ove i nessi di interdipendenza con altre attività aziendali sono tali da rendere difficile l'individuazione di una compiuta autonomia funzionale.

Qual'è il grado di autonomia nell'esercitare l'attività d'impresa nei rami esternalizzati?

Occorre sempre verificare che si tratti di legittimo trasferimento di ramo di azienda e non di esternalizzazione di servizi eterogenei e non coordinato tra loro ( dunque senza autonomia funzionale) o di gruppi di lavoratori in esubero assemblati discrezionalmente dal cedente e strumentalmente ricondotti in un settore aziendale per trasferirli ad un cessionario di dubbia sopravvivenza sul mercato. In tal caso occorrerebbe il consenso dei lavoratori ceduti.

L'unico spazio lasciato dal 2112 c.c. al lavoratore, laddove si ravvisino i requisiti per la sua applicabilità e di rifiutare il lavoro se non conforme a quello precedente ed avere l'indennità di licenziamento contraddicendo la corte di giustizia della Ce che con la direttiva 77/187 stabiliva che "un lavoratore non può essere obbligato a lavorare per un datore di lavoro che non ha liberamente scelto". Il legislatore italiano molto spesso entra in contraddizione con quello europeo.

Il diritto nazionale molto di più di quello comunitario non ha garantito al lavoratore il diritto di poter rifiutare il trasferimento mantenendo il posto presso l'alienante. Al massimo si è garantito che l'acquirente non può disfarsi, subito, dei dipendenti. Il lavoratore può rifiutare nei primi tre mesi con dimissioni per giusta causa con diritto al trattamento indennitario di preavviso.

Ma nonostante i tentativi maldestri del legislatore italiano le sentenze contrarie alla cessione risalgono non solo al 2002, prima delle variazioni introdotte ma anche successivamente. Seppur è vero che si è tentato di passare dal concetto di azienda con annessi beni immobili e preesistente autonomia a quello di impresa, dunque semplice cessione di lavoratori, e verifica da parte del cessionario e cedente dell'autonomia funzionale al momento della cessione.

La sentenza riguardante l'Ansaldo evidenzia che non vi era corrispondenza tra attività trasferite ed attività facenti capo ai Servizi Generali (alcuni lavoratori inseriti non facevano capo al Servizio trasferito, e non tutte le attività del Servizio sono state cedute). È stato invece ceduto un "Centro di costo 991" che era stato costituito per ammissione della stessa Ansaldo per ricevere tutto il personale rientrato dalla CIG e dunque eccedente le esigenze strutturali. Inoltre torna il concetto di eterogeneità delle funzioni dei lavoratori.

Dunque se si tratta non di cessione di ramo di azienda bensì di esternalizzazione di solo personale ricade nell'ex art.1406 cessione dei contratti solo con il consenso.

Dopo il trasferimento nulla di fatto era cambiato l'operazione costituiva una violazione del divieto di appalto di mere prestazioni lavorative. Tutti i lavoratori avevano continuato a svolgere le identiche attività nelle stesse modalità.

La cassazione ha ravvisato che qualora cambi il debitore-cedente i lavoratori hanno diritto a chiedere che venga chiesto il loro consenso

Un interpretazione ricorrente in cassazione è che il mantenimento dell'identità dell'azienda o del ramo presuppone la preesistenza degli stessi a prescindere dalla modifica del legislatore italiano che ha cercato di indebolire la direttiva CE del 12/3/2001

È evidente che la identificazione del ramo d'azienda al momento del suo trasferimento entra in contrasto con il concetto di mantenimento della propria identità e con il concetto di attività economica organizzata. Insomma si è voluto volontariamente introdurre confusione rispetto alla normativa CE che si esprimeva chiaramente senza però distruggerla pena una procedura d'infrazione della UE.

La commissione UE così si esprime con riferimento ad un interrogazione di Di Pietro mettendo in evidenza la risposta fornita dalle autorità italiane (legislatore) e che involontariamente ed implicitamente da corpo e sostanza alle numerose sentenze di Cassazione che invocano la necessaria preesistenza proprio basandosi su concetto che si identifica ciò che esiste: "Nella risposta, le autorità italiane ricordano che questa disposizione non conferisce alle parti la facoltà di creare un’entità economica (articolazione funzionalmente autonoma), ma soltanto di identificarla sulla base del riconoscimento di ciò che esiste."(1)

L'orientamento interpretativo desumibile dalle sentenze della Corte di cassazione va nella direzione di evitare operazioni anti elusive evitando l'espulsione fraudolenta dall'azienda madre tramite l'outsourcing, ritenendo irrilevanti le modifiche intervenute con l'art.32 D.lg S. N. 276/2003, in buona sostanza che sia scritto o meno la preesistenza è un elemento centrale per mantenere la propria identità. (2)

Così pure il concetto di autonomia organizzativa contrapposto all'estrema eterogeneità delle funzioni degli addetti spinge in direzione del ramo di azienda inteso in senso commercialistico (ex art.2555 c.c.). In assenza di un quadro chiaro in questi termini si tratta di cessione di contratti di lavoro e dunque necessita del consenso dei lavoratori; sentenza Cassazione n.20012/2005 (3).

Il senso ed il significato vero del "ramo di azienda" designato dall'art.32 D. Lgs n.276/2003 quale "articolazione funzionalmente autonoma" è che cedente e cessionario possono "identificare" anche all'atto del trasferimento ma non surrettiziamente "strutturare o costituire" al momento del trasferimento medesimo, il segmento oggetto di cessione deve essere una entità o struttura o articolazione funzionalmente autonoma, tale da mantenere nel trasferimento la sua identità e attitudine produttivo-organizzativa.(4)

Sia chiaro l'impostazione prevalente in cassazione negli anni di passaggio dal 2001 al 2005 ha trovato piena conferma anche nei giorni nostri con motivazioni che arricchiscono ulteriormente le ragioni di opposizione dei lavoratori alle cosiddette cessioni di ramo di azienda laddove queste mostrano la loro insussistenza:

"Nel rapporto obbligatorio il debitore è, di regola, indifferente al mutamento della persona del creditore, mentre il mutamento della persona del debitore può ledere l’interesse del creditore. In base a questo principio -espresso negli artt. 2740, 1268 co. 1, 1272 co. 1, 1273 co. 1, 1406 cod. civ.- deve considerarsi inefficace la cessione del contratto di lavoro qualora il lavoratore, titolare di crediti verso il datore, non abbia prestato il consenso di cui all’art. 1406 citato. L’art. 2112 cod. civ., che permette all’imprenditore il trasferimento dell’azienda, con successione del cessionario negli obblighi del cedente e senza necessità di consenso del lavoratore, costituisce eccezione al detto principio e non si applica se non sia identificabile, quale oggetto del trasferimento, un’azienda o un suo ramo, da intendere come entità economica organizzata in maniera stabile e con idoneità alla produzione o allo scambio di beni o di servizi.

Di conseguenza sussiste l’interesse del lavoratore ad accertare in giudizio la non ravvisabilità di un ramo di azienda in un complesso di beni oggetto del trasferimento e perciò l’inefficacia di questo nei suoi confronti, in assenza di consenso. Né questo interesse è escluso dalla solidarietà di cedente e cessionario stabilita dal capoverso dell’art. 2112, la quale ha per oggetto solo i crediti del lavoratore ceduto, “esistenti” al momento del trasferimento e non quelli futuri, onde può ben considerarsi un pregiudizio a carico del ceduto in caso di cessione dell’azienda a soggetto meno solvibile. Per altro verso, è evidente che l’interesse del lavoratore ad agire per l’accertamento della illegittimità della cessione del ramo d’azienda si configura anche in ragione del rischio di una modifica in pejus della disciplina collettiva applicabile al rapporto lavorativo, nonché, per altro verso, della possibilità di diversa garanzia, in fatto o in diritto, di conservazione del posto di lavoro presso il cessionario."(5)

Sul punto di merito la Cassazione ribadisce il concetto che ai fini di una corretta applicazione dell'art. 2112, l'oggetto del trasferimento deve consistere in una preesistente entità economica che oggettivamente si presenti dotata di autonomia organizzativa ed economica, non essendo sufficiente la sola volontà dell'imprenditore ad unificare un complesso di beni.(6)

In buona sostanza la Cassazione interpreta la nozione di trasferimento di ramo d'azienda in coerenza con la disciplina in materia dell'Unione europea (direttiva 12 marzo 2001)

Se dunque è vero che in Cassazione i ricorsi presentati dai lavoratori ottengono un risultato positivo con una percentuale superiore al 90% c'è da chiedersi perché il sindacato non riesca a tenere a freno le mani e continuando a firmare accordi relativi a cessioni di rami di azienda che in maniera evidente contraddicono tutti i principi su enunciati

Un documento importante attinente la nostra categoria è il parere pro veritate espresso dal Prof. Avv. Piergiovanni Alleva il 7/11/2011 sull'applicabilità o meno dell'art.2112 c.c. al caso UCBP (Unicredit Business Partner SCpA). Il fatto consisteva nella decisione di UCBP di voler cedere ad altra società costituenda (Newco), un "ramo di azienda", costituito da 230 lavoratori espletanti attività di gestione del personale facenti parte della HRSSC (Human Resources Shared Service Centers Management). L'esternalizzazione tocca soltanto 3 dei 5 settori di cui è composta HRSSC si tratta di attività di servizi di diversa tipologia e di supporto a tutta l'organizzazione aziendale.

Nella valutazione il prof. Alleva definisce, come abbiamo già visto in diverse sentenze della Corte di Cassazione, che l'art.2112 deve essere interpretato alla luce della giurisprudenza della Corte Europea secondo cui perché la direttiva 2001/23 sia applicabile il trasferimento deve riguardare un'entità economica che conserva la propria identità dopo il cambiamento dell'imprenditore titolare. (7)

Nel caso di specie Alleva rileva che la mancanza di una preesistente organizzazione ed autonomia funzionale presso il cedente nonché un estrema eterogeneità delle funzioni delle funzioni degli addetti.

Anche Alleva rileva l'orientamento della Cassazione in direzione di una nozione commercialistica di azienda (ai sensi dell'art.2555 c.c.)

Ma Il giuslavorista entra in un discorso specifico del nostro settore facendo riferimento agli art.1/2/3 del CCNL che definiscono l'attività creditizia in senso stretto, le attività connesse con quella creditizia in senso stretto ed infine le attività complementari e/o accessorie appaltabili.

Tra queste attività le uniche individuate come trasferibili, ed a ragione, sono le attività connesse con quella creditizia (art.1 comma 3). Sono escluse le attività creditizia in senso stretto rappresentando il core business e le attività complementari e/o accessorie in quanto prive di autonomia funzionale possono essere soltanto appaltate.

Nel caso di HRSSC questo supposto ramo di azienda è di supporto ad attività lavorative che attraversano tutta l'azienda e dunque a tutte tre le tipologie di attività individuate. L'attività di gestione del personale è servente rispetto al personale impiegato in qualsiasi tipo si attività.

Dunque come per i servizi generali è pensabile solo in termini di costi e non di attività economiche organizzate. Se proprio si volesse forzare la mano l'attività di amministrazione del personale potrebbe essere inquadrata nell'art.3 quale attività attività complementare ed accessoria appaltabile.

Nel caso analizzato inoltre una volta effettuata l'esternalizzazione si è passati alla delocalizzazione all'estero delle attività svolte violando i commi 3 e 4 dell’art 1 del CCNL del credito che stabiliscono che le attività di cui all’art. 2, fra le quali vi sono, fra le altre, anche quelle di sistemi informativi e di gestione immobili, possono essere cedute anche a società non controllate che garantiscano però “ l’applicazione del presente contratto “ e si impegnino ad applicarlo anche nei confronti del personale assunto in futuro, oltrechè a fare assumere tale obbligo, in caso di successiva cessione, all’ulteriore nuovo acquirente.

A tal proposito l’ Abi nelle sue istruzioni applicative , ( pos. AS/2110) pag. 9, alle associate, inerenti il contratto collettivo nazionale di lavoro dell’11 Luglio1999 per i quadri direttivi e le aree professionali( dalla 1° alla 3°), relativamente ai due commi, così esplicita : “ E’ stato infine previsto un obbligo dell’azienda alienante di cedere le attività in parola solo a società acquirente che si impegni ad applicare il CCNL dei bancari con le relative specificità e demandi e a far assumere, in caso di successiva cessione, il medesimo impegno al nuovo acquirente”

Da ciò ne discendono alcuni, indiscutibili, corollari:

la dicitura “ applicazione del presente contratto”, riportata al comma 3, significa che si parla del CCNL del credito del nostro paese;

l’obbligo della società acquirente, che non sia controllata del gruppo, di applicare il CCNL del credito ai lavoratori ceduti con le attività e di estenderlo anche nei confronti del personale che, per l'espletamento delle medesime attività, verrà successivamente assunto dalle predette società, vale a maggior ragione per aziende di proprietà del Gruppo;

l’obbligo di cedere le attività di cui all’art. 2 solo ad acquirente che si impegni ad applicare il CCNL dei bancari italiani vale sia per l’imprese italiane che per quelle estere.

Riguardo quest’ ultimo corollario va rilevato che sarebbe un evidente, oltre che assurdo, comportamento discriminatorio, non permesso dalle norme internazionali, consentire ad un imprenditore estero, solo, perché di altra nazionalità , ciò che non si consente ad un imprenditore italiano.

Come organizzazione sindacale riteniamo, che il trasferimento di ramo d'azienda , previsto dalle normative vigenti, relativo ad aziende che svolgano non una produzione di beni materiali, ma di servizi , nel nostro caso connesse, accessorie o complementari alle attività bancarie, sia una finzione giuridica. Infatti nel trasferimento di parte di un ciclo produttivo, composto di macchinari e know-how dei lavoratori addetti, per la produzione di beni materiali può esservi la presenza di un'autonomia organizzativa ed economica che rende l'impresa cessionaria capace indipendentemente dal processo produttivo del cedente di operare come impresa indipendente. Invece per quanto concerne le cessioni di rami d'azienda inerenti le attività di servizi, queste rimangono nella sfera giuridica, patrimoniale, produttiva del cedente, e sono sempre seguite da un contratto d' appalto stipulato tra questi che assume la figura giuridica di committente e e il cessionario, spesso una newco costituita “ ad hoc” quella di appaltatore. Un contratto di appalto che, non a caso, nella quasi totalità dei casi ha natura di monocommittenza e che dimostra quindi che nel trasferimento di ramo d'azienda si è in mancanza di una vera e propria autonomia funzionale sia dal punto di vista economico che da quello organizzativo. Un' autonomia organizzativa inesistente in quanto non si è in presenza del trasferimento da parte del cedente al cessionario del potere e la capacità tecnica necessari affinché l'appaltatore possa operare in modo indipendente nelle sue funzioni e avere, anche, la capacità di acquisire di conseguenza ulteriori commesse con altre imprese. Tant'è che a prescindere dalla consistenza economica dell'appaltatore queste carenze si manifestano in tutta la loro gravità nel momento in cui il committente disdetta o non rinnova il contratto di appalto , riprendendosi la gestione delle attività, in quanto ciò ha come conseguenza l'immediata produzione di esuberi nella società appaltatrice. E' eclatante a tal proposito la vicenda, nel Luglio 2011, del trasferimento di ramo d'azienda delle attività di istruttoria mutui da Barclays alla newco Engo, del gruppo Engineering, con successiva stipula di un contratto di appalto per la durata di un anno. Alla scadenza Barclays non ha rinnovato l'appalto, e dato che le attività rientravano nella sua sfera di titolarità, i 23 lavoratori oggetto del trasferimento d'azienda si sono ritrovati licenziati. E' solo grazie all'intervento sindacale che si è trovato, in sede minesteriale, un accordo per il quale Engineering è stata costretta a ricollocarli all'inerno del gruppo. Ed è proprio per queste che sono vere e proprie finzioni giuridiche , dato che la titolarità delle attività rimane nella sfera giuridica del cedente e non si è in presenza di alcuna vera traslazione al cessionario, che si assiste al fatto che il sindacato tratti con il venditore, e non con l'acquirente, come sarebbe logico, le tutele e le garanzie più ampie possibili per la salvaguardia dell'occupazione dei lavoratori ceduti.

A riprova che si tratti di vere e propri mistificazioni vi è anche l'art. 5 del CCNL del credito – Nozione di controllo – dove addirittura si afferma : “ E' altresì da riconoscere come controllata la società partecipata che per vincoli di committenza o contrattuali intervenuti con aziende di credito o finanziarie di cui all'art. 1, comma 1 svolga per esse attività prevalente, compresa nell'area , e tale da da determinarne la sussistenza, essendo perciò carente di autonomia economica”.

Quindi per la stessa associazione bancaria di categoria è inesistente l'autonomia economica , quando l'impresa appaltatrice svolge le sue attività prevalentemente per un monocommittente, in quanto questi risulta determinante per la sua stessa sussistenza. Non si comprende , allora, come le aziende bancarie possano affermare che sia presente il requisito dell'autonomia funzionale, intesa come autonomia organizzativa ed economica, indispensabile per l'individuazione di un ramo d'azienda come tale, quando trasferiscono le attività e i lavoratori addetti ad una newco costituita “ ad hoc” per tale operazione.

E' evidente che abbiamo l'obbligo sia dal punto di vista sindacale, ma anche dal punto di vista legislativo che sia fatta estrema chiarezza per impedire operazioni di tal fatta che hanno come scopo quello di espellere i lavoratori dal ciclo produttivo aziendale.

Un elemento che dovrebbe far riflettere è l'antieconomicità di queste operazioni perché

rivelano la vera intenzione, finite le minime garanzie temporali, di espellere il personale ceduto. Le acquisizoni di altre commesse da parte di queste aziende acquirenti si sono dimostrate sempre un bluff. Il risultato attuale vede un incremento dei costi di almeno il 40% dato che le aziende cedenti e poi successivamente appaltanti pagano il 22% di Iva al momento della fatturazione, oltre al profitto da riconoscere agli appaltatori, quantificabile in almeno un 20%. Fatto 100 il costo di queste attività all'interno dei gruppi bancari, le sole esternalizzazioni all'esterno del gruppo lo trasformano in 140.

Da quanto delineato emerge il maniera chiara che il sindacato che accetti cessioni di ramo di azienda fittizie non solo non si pone come soggetto di trasformazione in positivo dell'esistente ma al contrario come soggetto che favorisce il peggioramento della condizione data accettando lo stravolgimento delle stesse norme vigenti.

Le richieste contenute nella contro piattaforma per il rinnovo del CCNL presentata dall'ABI con l'ampliamento delle attività appaltabili ed il no secco a qualsiasi limitazione alle cessioni di ramo di azienda rappresentano in maniera plastica la volontà di destrutturare completamente il settore. Un sindacato che intenda far tesoro delle esperienze già determinatesi dovrebbe rigettare completamente le richieste dell'ABI e riprendere senza esitazioni la strada della mobilitazione allargata ad altre categorie con scioperi e manifestazioni.

(1) Interrogazioni parlamentari

15 dicembre 2005

 E-4241/05 E-4242/05

Risposta data da Vladimir Spidla a nome della Commissione

Interrogazioni scritte : E-4241/05 , E-4242/05

Come recita la sentenza citata dall’ on. parlamentare nella sua interrogazione E-4242/05,

la direttiva 2001/23/CE (Direttiva 2001/23/CE del Consiglio, del 12 marzo 2001, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti, GU L 82 del 22.3.2001) tende a garantire il mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di cambiamento dei dirigenti d’azienda, permettendo loro di rimanere alle dipendenze del nuovo datore di lavoro alle medesime condizioni di quelle convenute con il precedente. Oggetto della direttiva in questione è quello di garantire, per quanto possibile, la continuazione dei contratti o dei rapporti di lavoro, senza modifiche, onde evitare che i lavoratori interessati si trovino in una posizione meno favorevole a motivo del trasferimento (Causa C-340/01. Sentenza della Corte del 20.11.03).

A questo scopo la direttiva dispone essenzialmente che: a) i diritti e gli obblighi che risultano per il cedente da un contratto di lavoro o da un rapporto di lavoro esistente alla data del trasferimento sono trasferiti al cessionario; b) il trasferimento non è di per sé motivo di licenziamento da parte del cedente o del cessionario e c) i rappresentanti dei lavoratori godono di diritti in materia di informazione e di consultazione.

Secondo quanto indicato all’art. 1, paragrafo 1 della citata direttiva 2001/23/CE, i trasferimenti di stabilimenti o di parti di imprese rientrano nel campo d'applicazione della direttiva in questione.

In Italia, nell'art. 2112 del Codice civile figurano sostanzialmente le misure nazionali per l’attuazione della direttiva. Il paragrafo 5 dell’articolo in questione, modificato dall’art. 32 del decreto legislativo n. 276 del 10 settembre 2003, si riferisce ai trasferimenti di parti d'imprese. Come ricordato nella risposta complementare della Commissione alle interrogazioni scritte dell'on. parlamentare P-3626/04 e E-3627/04, la Commissione, con una lettera del 24 marzo 2005, aveva chiesto alle autorità italiane chiarimenti in merito alla disposizione in questione, onde poter fornire una risposta esauriente all’on. parlamentare. Data la mancata risposta da parte delle autorità italiane, la Commissione ha inviato un sollecito con lettera in data 10 giugno 2005. Il 21 novembre 2005 la Commissione ha ricevuto la risposta delle autorità italiane.

Nella risposta, le autorità italiane ricordano che questa disposizione non conferisce alle parti la facoltà di creare un’entità economica (articolazione funzionalmente autonoma), ma soltanto di identificarla sulla base del riconoscimento di ciò che esiste.

La Commissione ritiene che il paragrafo 5 dell'art. 2112 del Codice civile italiano apparentemente non escluda dal campo d'applicazione dell'art. 2112 i trasferimenti di parti d'imprese o di stabilimenti ai sensi di quanto disposto dalla direttiva. Viceversa, esso sembra ampliare il campo d'applicazione dell'art. 2112 al fine di comprendere altre situazioni che non costituiscono dei trasferimenti conformemente alla citata direttiva. La Commissione non possiede informazioni in merito al fatto che il citato paragrafo 5 dell'art. 2112 sia stato interpretato dai tribunali italiani come escludente i trasferimenti di parti di imprese o di stabilimenti secondo quanto disposto nella direttiva. La Commissione ritiene che nella misura in cui i trasferimenti di parti d'imprese secondo quanto definito dalla direttiva sono ritenuti dalla legislazione e dai tribunali nazionali dei trasferimenti con le relative conseguenze giuridiche, la normativa comunitaria non si oppone a che vengano assimilate altre situazioni che non costituiscono dei trasferimenti secondo quanto disposto dalla direttiva.

In ogni caso la Commissione ricorda all'on. parlamentare che la direttiva non si oppone al fatto che vi possano essere licenziamenti per motivi economici, tecnici o organizzativi che comportano cambiamenti a livello occupazionale, purché sia stabilito che il trasferimento non è stato il motivo del licenziamento (art. 4).

Per quanto riguarda le azioni delle due aziende citate dall'on. parlamentare, la Commissione non è competente ad intervenire dal momento che si tratta di enti privati.

Relativamente al gruppo Telecom in particolare, le autorità italiane nella lettera del 21 novembre 2005 hanno fatto presente che «l'esternalizzazione di alcuni servizi è una decisione che spetta al potere discrezionale dell’impresa per motivi specifici di razionalizzazione. Le scelte del gruppo Telecom sono state definite mediante accordi con le organizzazioni sindacali più rappresentative, accordi sottoscritti presso il Ministero del lavoro. In questi accordi sono stati definiti alcuni interventi che mirano allo sviluppo e alla riorganizzazione del gruppo. Essendoci il rischio che si tratti di operazioni tendenti ad aggirare le leggi e a determinare delle riduzioni di personale non previste negli accordi, si ricorda che il Ministero intende controllare che non vi siano frodi per mezzo dell’ispettorato del lavoro e con gli strumenti ispettivi di cui sono dotate le direzioni provinciali e regionali del lavoro».

(2) Cass. n. 13608/2005, laddove asserisce che: « lo stesso art. 2112 c. c. ... consente, ... di ricondurre, ai fini da esso considerati, alla cessione di azienda anche il trasferimento di un ramo della stessa, purché si tratti di un insieme di elementi produttivi organizzati dall’imprenditore per l’esercizio di un’attività, che si presentino prima del trasferimento come una entità dotata di autonoma ed unitaria organizzazione, idonea al perseguimento dei fini dell’impresa e che conservi nel trasferimento la propria identità. In presenza di tali condizioni, può configurarsi un trasferimento aziendale che abbia ad oggetto anche solo un gruppo di dipendenti stabilmente coordinati ed organizzati tra loro, la cui capacità operativa sia assicurata dal fatto di essere dotati di un particolare know how (o, comunque, dell’utilizzo di copyright, brevetti, marchi, ecc.), realizzandosi in tale ipotesi una successione legale di contratto non bisognevole del consenso del contraente ceduto, ex art. 1406 ss. c.c. Requisito indefettibile della fattispecie legale tipica delineata dal diritto comunitario e dall’art. 2112 c.c. resta comunque, anche in siffatte ipotesi, l’elemento della organizzazione, intesa come legame funzionale che rende le attività dei dipendenti appartenenti al gruppo interagenti tra di esse e capaci di tradursi in beni o servizi ben individuabili, configurandosi altrimenti la vicenda traslativa come cessione del contratto di lavoro, richiedente per il suo perfezionamento il consenso del contraente ceduto».

(3) «Questa Corte in una fattispecie analoga ha statuito che il trasferimento ad altra impresa dei lavoratori addetti ad una struttura aziendale priva di autonomia organizzativa e caratterizzata dall’estrema eterogeneità delle funzioni degli addetti, insuscettibile di assurgere ad unitaria entità economica, non può configurare una cessione del ramo d’azienda cui sia applicabile il disposto dell’articolo 2112 Cc ma costituisce mera cessione di contratti di lavoro, richiedente per il suo perfezionamento il consenso dei lavoratori ceduti (cfr. in tali sensi Cassazione 17207/02). In altri termini la giurisprudenza della Corte ha recepito una nozione commercialistica di azienda, ai sensi dell’articolo 2555 Cc, attribuendo rilievo decisivo al requisito dell’autonomia organizzativa del ramo d’azienda ceduto che, deve presentarsi come idoneo al perseguimento dei fini dell’impresa. Alla stregua di questi principi non può condividersi la tesi della ricorrente società (e del Consorzio Manital) secondo cui l’autonomia funzionale del ramo trasferito può essere soltanto potenziale presso il cedente, essendo sufficiente, al fine dell’attribuzione della qualità del ramo d’azienda, l’astratta idoneità del nucleo di beni o rapporti ceduti ad essere organizzati per l’esercizio futuro di una attività. Al riguardo è stato precisato che il diritto positivo richiede per l’applicazione dell’articolo 2112 Cc che sia ceduto un complesso di beni, che oggettivamente si presenti quale entità dotata di una propria autonomia organizzativa ed economica, funzionalizzata allo svolgimento di una attività volta alla produzione di beni e servizi. Altrimenti sarebbe la volontà dell’imprenditore ad unificare un complesso di beni (di per sé privo di una preesistente autonomia organizzativa ed economica volta ad uno scopo unitario), al solo fine di renderlo oggetto di un contratto di cessione di ramo d’azienda, rendendo applicabile la relativa disciplina sulla sorte dei rapporti di lavoro».

(4) Meucci-Bavaro

(5) Sentenza Cassazione 27 maggio 2014, n.11832

Nella medesima sentenza si precisa:

 Del resto, la giurisprudenza di questa Corte ha sottolineato l’esigenza di tutela del lavoratore connessa al generale divieto di estemalizzazione “come forma incontrollata di espulsione di frazioni non coordinate tra loro, di semplici reparti o uffici, di articolazioni non autonome, unificate soltanto dalla volontà dell’imprenditore”, divieto funzionale proprio all’interesse ad accertare che il ramo di azienda ceduto consista in una “preesistente realtà produttiva autonoma e funzionalmente esistente, e non in una struttura produttiva creata ad hoc in occasione del trasferimento” (in tale senso, cfr. Sez. L, 6.4.2006 n. 8017 e Sez. L, 30.12.2003 n. 19842), e che il mutamento del datore di lavoro non si collochi in una prospettiva di elusione delle norme (così Cass. Sez. L, sentenza 28.10.2013, n. 22627).

 Può dunque affermarsi che, in tema di trasferimento di azienda, il lavoratore ha interesse ad accertare in giudizio la non ravvisabilità di un ramo di azienda in un complesso di beni oggetto del trasferimento e, quindi, l’inefficacia di questo nei suoi confronti in difetto del suo consenso, per l’inapplicabilità dell’alt. 2112 cod. civ. e l’operatività della regola generale di cui all’art. 1406 cod. civ., non essendo indifferente per il lavoratore, quale creditore della prestazione retributiva, il mutamento della persona del debitore, ossia del datore di lavoro, che può offrire garanzie più o meno ampie di tutela dei diritti dei lavoratori.

(6) Sentenza cassazione 27 maggio 2014, n.11832

"La conclusione è in linea con la giurisprudenza di questa Corte, che -con riferimento alla cessione di azienda regolata dall’art. 2112 cod. civ., nella formulazione anteriore alla modifica introdotta dalla c.d. legge Biagi- ha sempre ritenuto che l’elemento essenziale che caratterizza la cessione del ramo di azienda è la preesistenza di una struttura organizzata e funzionalmente autonoma all’interno della cedente ed il mantenimento di tale struttura all’interno della cessionario, non potendo costituire invece un ramo di azienda l’assemblaggio di frammenti del processo produttivo privi di autonomia.

Si è infatti affermato (così Cass. Sez. L, sentenza 3.10.2013, n. 22627; Sez. L, sentenza n. 22613 del 03/10/2013; Sez. L, sentenza n. 21711 del 04/12/2012; Sez. L, sentenza n. 2489 del 01/02/2008; Sez. L, sentenza n. 6452 del 17/03/2009) che per “ramo d’azienda” , ai sensi dell’art. 2112 cod. civ. (così come modificato dalla legge 2 febbraio 2001, n. 18 , in applicazione della direttiva CE n. 98/50), come tale suscettibile di autonomo trasferimento riconducibile alla disciplina dettata per la cessione 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 del rapporto ad un ramo di azienda già costituito."

(7) Sentenza C. Giust. Ce, 20 gennaio 2011, Causa 463/09, in EUR-Lex