

Numero 2 / 2018

(estratto)

Chiara Colosimo

**Il trasferimento d'impresa: casistica
giurisprudenziale**

Il trasferimento d'impresa: casistica giurisprudenziale⁽¹⁾

Chiara Colosimo

Giudice della Sezione Lavoro del Tribunale Ordinario di Milano

1. Premessa.

Avuto specifico riguardo al fenomeno dei trasferimenti di azienda (2) e all'inquadramento delle varie ipotesi che alla fattispecie risultano riconducibili, la definizione del rapporto tra ordinamento nazionale e ordinamento dell'Unione Europea è particolarmente complessa. A dispetto dell'incremento esponenziale delle vicende circolatorie e del progressivo susseguirsi di pronunzie in materia, il panorama giurisprudenziale sulle principali problematiche e casistiche è lungi dall'offrire un quadro univoco di riferimento e, *prima facie*, l'approccio dei giudici nazionali e quello dei giudici dell'Unione Europea paiono muovere da premesse concettuali opposte (3).

Semplificando all'estremo (azzardo che troverà opportuno chiarimento nel prosieguo di questa riflessione), si potrebbe affermare che i giudici dell'Unione guardano con favore la garanzia di mobilità del lavoratore cui sia consentito "seguire" il posto di lavoro trasferito in

(1) Il contributo è destinato al volume collettivo (pubblicato dalla Casa Editrice Giuffrè, Collana diretta da Guido Alpa), sul trasferimento di impresa nel quadro del diritto dell'Unione Europea.

(2) Per un compiuto inquadramento della materia: CARINCI M.T., *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo*, Giappichelli, 2013; DE LUCA TAMAJO E., SALIMBENI M.T., *Il trasferimento d'azienda*, in BROLO M. (a cura di), *Il mercato del lavoro*, Cedam, 2012; D'AQUINO F., MACCARRONE A., ROSICA M., RUGGIERO C., *Trasferimento dei lavoratori nella grande impresa in crisi*, Giuffrè, 2010; ROMEI R., *Il trasferimento di azienda e gli orientamenti della dottrina*, in AA.VV., *Trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro – Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza*, Quaderni di diritto del lavoro, 2005, 2; CESTER C., *La fattispecie: la nozione di azienda, di ramo d'azienda e di trasferimento fra norma interna e norme comunitarie*, in AA.VV., *Scritti in onore di G. Suppiej*, Padova, 2005; VIDIRI G., *Il trasferimento d'azienda tra diritto al lavoro e libertà di impresa*, in CARINCI F. (a cura di), *Trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro*, D.D.G., Giuffrè, 2005, 37; ZILIO GRANDI G., *Il trasferimento d'azienda e i fenomeni di esternalizzazione*, in BORTONE R., DAMIANO C., GOTTARDI D., *Lavori e precarietà. Il rovescio del lavoro*, Editori Riuniti, 2004, 69; DE LUCA TAMAJO R., *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, in DE LUCA TAMAJO R. (a cura di), *I processi di esternalizzazione, opportunità e vincoli giuridici*, ESI, 2002, 29; MARAZZA M., *Impresa ed organizzazione nella nuova nozione di azienda trasferita*, in ADL, 2001, 2; MARESCA A., *Le «novità» del legislatore nazionale in materia di trasferimento d'azienda*, in ADL, 2001; SANTORO PASSARELLI G., *La nozione di azienda trasferita tra disciplina comunitaria e nuova normativa nazionale*, in ADL, 2001; COSIO R., *La nuova direttiva sul trasferimento delle imprese: l'ambito di applicazione*, in *Foro it.*, 2000, 1.

(3) Per un esame della giurisprudenza nazionale e comunitaria, si vedano: ALVINO I., *Il trasferimento di azienda*, in AA.VV., *Vicende ed estinzione del rapporto di lavoro*, Giuffrè, 2018, 47; BOGHETICH E., *Art. 2112 c.c.*, in AMOROSO G., DI CERBO V., MARESCA A. (a cura di), *Diritto del lavoro*, Giuffrè, 2017; VALLAURI M.L., *La corte di giustizia torna sulle condizioni per la disapplicazione delle tutele in caso di trasferimento d'impresa soggetta a procedura concorsuale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, 1, 148; GAUDIO G., *Trasferimento d'azienda e crisi d'impresa: una eterogenesi dei fini da parte del legislatore italiano?*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 347/2017; COSIO R., *La Corte di giustizia e i diritti fondamentali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, 2, 313; BASILICO M., *Trasferimento d'azienda e diritto dell'Unione. Le questioni aperte*, relazione all'incontro di studi *Il diritto del lavoro dell'Unione Europea nella concreta esperienza dei giudici di merito*, C.S.M., Roma, 25-27 ottobre 2010; CESTER C., *Due recenti pronunce della Corte di Giustizia Europea in tema di trasferimento d'azienda*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, 1, 232; LECCESE V.S., *Giudici italiani e Corte di Giustizia sul trasferimento d'azienda: un dialogo a più velocità?*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 1999, 65.

ragione delle più varie operazioni societarie, mentre i giudici nazionali riservano maggior favore agli strumenti di rafforzamento della stabilità del rapporto in essere con il cedente.

E' un approccio senz'altro influenzato dal riparto delle prerogative legislative tra Stati Membri e Unione Europea e, più nello specifico, dall'insussistenza di una competenza specifica della seconda in materia di occupazione e politiche sociali. Rileva, sotto questo profilo, la diversa base giuridica cui i giudici sono chiamati a far riferimento nell'opera di interpretazione e coordinamento della normativa sovranazionale rispetto a quella interna.

Come noto, l'Unione Europea può intervenire se, e nella misura in cui, gli Stati Membri le abbiano riconosciuto – per mezzo dei Trattati – il potere di regolare determinati segmenti dell'ordinamento giuridico. Il settore del diritto del lavoro riveste un'importanza primaria in quanto è tra quelli che maggiormente consentono al Legislatore interno di agire sotto il profilo della allocazione delle risorse e della giustizia redistributiva: afferendo all'ambito più generale della politica sociale ed economica dei singoli Paesi, esso è tendenzialmente sottratto alla regolazione da parte dell'Unione e riservato alle determinazioni di ciascuno Stato.

Il Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea riconosce, all'art. 4, che *“l'Unione ha una competenza concorrente con quella degli Stati membri nei principali seguenti settori:... b) politica sociale”*, ma solo *“per quanto riguarda gli aspetti definiti nel presente trattato”*: quindi, nel necessario e pieno rispetto del principio di sussidiarietà (4), soltanto se una specifica disposizione del Trattato legittima l'intervento dell'Unione in una determinata materia. Solo in via meramente strumentale, inoltre, il successivo art. 5 attribuisce all'Unione la promozione del *“coordinamento delle politiche occupazionali degli Stati membri, in particolare definendo gli orientamenti per dette politiche”*, una politica occupazionale che è – e resta – esclusivamente nazionale.

Il Titolo IX – “Occupazione” – e il Titolo X – “Politica sociale” – del Trattato sul funzionamento dell'Unione recano disposizioni che esplicitamente riservano agli Stati Membri l'iniziativa legislativa nelle materie ivi contemplate e, in ogni caso, riconoscono all'Unione Europea una mera competenza “di sostegno” che interviene, con iniziative di coordinamento, a rafforzare le discipline nazionali.

In questo contesto, la direttiva 2001/23/CE, *“concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti”* trova la propria base giuridica di una norma strumentale di coordinamento delle legislazioni destinate a esplicare un'incidenza diretta sulla regolazione e sulla salvaguardia del mercato interno: l'art. 115 (*ex art. 94 T.C.E.*) del Trattato

(4) Nei settori di competenza non esclusiva, in base al principio di sussidiarietà, l'Unione Europea interviene solo se – e nella misura in cui – gli obiettivi dell'azione non possono essere adeguatamente realizzati dagli Stati Membri e possono essere attuati meglio a livello dell'Unione Europea.

sul funzionamento dell'Unione che stabilisce che, *“fatto salvo l'articolo 114 (5), il Consiglio, deliberando all'unanimità secondo una procedura legislativa speciale e previa consultazione del Parlamento europeo e del Comitato economico e sociale, stabilisce direttive volte al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che abbiano un'incidenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato interno”*.

La tutela dei diritti dei lavoratori per il caso di trasferimento di azienda o di un ramo di essa ha dunque fondamento giuridico, non in una norma sulle politiche occupazionali o di politica sociale, ma in una disposizione funzionale al *“ravvicinamento delle legislazioni”* nella regolazione del mercato: in una previsione volta a realizzare l'obiettivo del mercato interno, con un meccanismo che attribuisce al Consiglio la possibilità di decidere all'unanimità, previa la mera consultazione non vincolante del Parlamento Europeo.

Per quanto non possa negarsi che – in una prospettiva di ampio respiro – le vicende circolatorie appartengano alla macro-questione della allocazione delle risorse e del funzionamento del mercato, ricorrendo a questa specifica disposizione, l'Unione Europea è intervenuta in un ambito estraneo alla competenza legislativa formalmente attribuitale.

Quello che precede è un rilievo di non poco momento poiché, nonostante la sostanziale connotazione giuslavoristica della disciplina di cui si discute, la base giuridica difficilmente potrà risultare del tutto neutra: il mercato interno si fonda sul principio della libera circolazione dei fattori di produzione (tra i quali, ovviamente, i lavoratori), ne consegue l'obiettivo dichiarato della Direttiva 2001/23/CE non è quello di assicurare la tutela dei lavoratori, bensì di favorire quella circolazione individuata quale strumento privilegiato per l'ottimale allocazione delle risorse all'interno dell'Unione.

Certamente, la direttiva 2001/23/CE contiene misure di protezione dei lavoratori, ma nell'interpretarla, soprattutto in ipotesi di contrasto tra norma dell'Unione e ordinamento nazionale (6), dovrà necessariamente tenersi conto di quanto previsto dal diritto comunitario in ragione dell'obiettivo che vi è sotteso e che, nel caso di specie, è quello del mercato. Si tratta, in sostanza, di una disciplina complessa la cui attuazione impone di operare una convergenza tra legittimazione giuridica, finalità istituzionale e precipitato sostanziale.

(5) Art. 114 (ex art. 95 T.C.E.): *“1. Salvo che i trattati non dispongano diversamente, si applicano le disposizioni seguenti per la realizzazione degli obiettivi dell'articolo 26. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione del Comitato economico e sociale, adottano le misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno. 2. Il paragrafo 1 non si applica alle disposizioni fiscali, a quelle relative alla libera circolazione delle persone e a quelle relative ai diritti ed interessi dei lavoratori dipendenti...”*.

(6) Situazioni che, come noto, impongono al giudice nazionale di operare in primo luogo in ossequio al meccanismo dell'interpretazione conforme.

Di analogia complessità partecipa la disposizione nazionale per quanto l'art. 2112 c.c. – rubricato “*Mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda*” – sia, pacificamente, una disposizione speciale introdotta al precipuo fine di tutelare posizione e interessi dei lavoratori coinvolti nelle vicende circolatorie (7).

Uno degli elementi che presenta le più significative criticità interpretative, anche e soprattutto in prospettiva del rapporto con il diritto dell'Unione Europea, è la modifica legislativa intervenuta con l'art. 32, co. 1, d.lg. 276/2003 che ha emendato, tra l'altro, il previgente comma quinto nella definizione del trasferimento del “ramo” di azienda sostituendo l'inciso “*preesistente come tale al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità*”, con “*identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento*” (8). Come noto, infatti, ai sensi dell'art. 1, §1, lett. b), direttiva 2001/23/CE, è considerato come trasferimento quello di un'entità economica “*che conserva la propria identità*”, da intendersi “*come insieme di mezzi organizzati al fine di svolgere un'attività economica, sia essa essenziale o accessoria*”.

Disposizione meritevole di attenta valutazione è, altresì, quella della novella operata dall'art. 30, co. 1, lg. 122/2016 all'art. 29, co. 3bis, d.lg. 276/2003, che stabilisce che l'acquisizione da parte di un nuovo appaltatore subentrante del personale già impiegato nell'appalto non costituisce trasferimento d'azienda, o di parte di essa, qualora il subentrante sia “*dotato di propria struttura organizzativa e operativa*” e “*ove siano presenti elementi di discontinuità che determinano una specifica identità di impresa*”.

Nella consapevolezza di questo contesto multiforme e dinamico, si cercherà di analizzare la declinazione giurisprudenziale della fattispecie per cercare di comprendere se, e

(7) La definizione di azienda di cui all'art. 2112, co. 5, c.c. – introdotta dall'art. 1 d.lg. 18/2001, in attuazione della direttiva CE/98/50 – opera in chiave di specialità rispetto alla definizione di cui all'art. 2555 c.c. (“*L'azienda è il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa*”), precedentemente adottata quale fattispecie di riferimento anche nell'ambito della materia che qui ci occupa.

(8) Nella vecchia formulazione, l'art. 2112, co. 5, c.c. prevedeva: “*Ai fini e per gli effetti di cui al presente articolo si intende per trasferimento d'azienda qualsiasi operazione che comporti il mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi, preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità a prescindere dalla tipologia negoziale o dal provvedimento sulla base dei quali il trasferimento è attuato, ivi compresi l'usufrutto o l'affitto d'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 ai sensi del presente comma, preesistente come tale al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità*”. Nella versione attualmente in vigore, stabilisce: “*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*”. Sul tema, LEPORE A., *Commento all'art. 32 del d.lgs. 276/2003*, in DE LUCA TAMAJO R., SANTORO PASSARELLI G. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003*, n. 276, Cedam, 2007; DEL CONTE M., *Rimodulazione degli assetti produttivi tra libertà di organizzazione dell'impresa e tutele dei lavoratori*, in TIRABOSCHI M. (a cura di), *Le esternalizzazioni dopo la riforma Biagi*, Giuffrè, 2006; LAMBERTUCCI P., *Modifica all'articolo 2112, comma 5, del Codice civile*, in GRAGNOLI E., PERULLI A. (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003*, n. 276, Cedam, 2004.

fino a che punto, la giurisprudenza della Corte di Giustizia e quella nazionale si muovono effettivamente su presupposti e in ragione di obiettivi non coincidenti.

2. L'azienda.

Passaggio essenziale ai fini della delimitazione dell'ambito oggettivo di applicazione della disciplina in materia di trasferimento di azienda è dato dalla definizione della nozione stessa di azienda e di parte di essa (9).

La ragione prima delle difficoltà di inquadramento può ricercarsi nella contrapposizione di prospettive di cui poc'anzi si è cercato di dar conto: da un lato, vi è l'approccio di quanti ritengono necessario allargare il più possibile il perimetro di operatività della disposizione così da ricomprendervi una molteplicità di differenti ipotesi di mutamento nella titolarità dell'impresa e/o dell'entità economica; dall'altro, vi è la diffidenza di chi ritiene opportuno restringere il più possibile l'ambito di applicazione della fattispecie, per evitare che la stessa sia fraudolentemente impiegata per scopi contrari alle finalità garantistiche che dovrebbero esserle proprie e, quindi, in pregiudizio dei lavoratori (10).

La Suprema Corte ha sottolineato “*l'esigenza di tutela del lavoratore connessa al generale divieto di esternalizzazione*” 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)” (11). Nel caso in esame, il Giudice di legittimità ha ritenuto che non costituisce ramo d'azienda un complesso di servizi volti alla gestione e alla manutenzione di strutture informatiche, ove

(9) In proposito, PACCHIANA PARRAVICINI G., *Le complesse vicende del contratto di lavoro nel trasferimento d'azienda*, in *Dir. lav. mer.*, 2017, 2, 429; SPINELLI G., *Azienda e ramo d'azienda nell'art. 2112 c.c.: le (apparenti) contraddizioni della lettura garantistica*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, 3, 619; MARESCA A., *L'oggetto del trasferimento: azienda e ramo d'azienda*, in CARINCI F. (a cura di), *Trasferimento di ramo d'azienda*, cit., 87.

(10) Contrario alla progressiva riduzione del campo di applicazione delle nozioni di cui ci si occupa TREU T., *Cessione di ramo d'azienda: note orientative e di metodo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, 1, 43.

(11) Cass. 27 maggio 2014, n. 11832, con note di MONTEMURRO V., *I requisiti di “autonomia” e “preesistenza” nel trasferimento di ramo d'azienda alla luce dei nuovi orientamenti giurisprudenziali e dottrinali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, 1, 90, e di TURSÌ A., *Cessione di ramo d'azienda: apparenti contrasti e persistenti equivoci alla luce della giurisprudenza nazionale e comunitaria*, in *Dir. rel. ind.*, 2015, 1, 232.

siano privi di struttura aziendale autonoma e preesistente, disomogenei per funzioni svolte e professionalità coinvolte, non integrati tra loro e privi di coordinamento unitario.

Il rischio viene individuato nel fatto che, prescindendo dal consenso del lavoratore per tutelarlo dal rischio di licenziamento nel caso di trasferimento, la previsione di cui all'art. 2112 c.c. potrebbe tramutarsi in strumento per escludere dalla compagine datoriale dipendenti “non graditi”.

Parrebbe, tuttavia, prospettiva priva di omologo diretto a livello dell'Unione Europea atteso che la Corte di Giustizia – con una pronuncia che si è esposta, invero, a molteplici critiche e sulla quale si avrà modo di tornare – ha inteso precisare che la disciplina della direttiva 2001/23/CE “*non osta ad una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, la quale, in presenza di un trasferimento di una parte di impresa, consenta la successione del cessionario al cedente nei rapporti di lavoro nell'ipotesi in cui la parte di impresa in questione non costituisca un'entità economica funzionalmente autonoma preesistente al suo trasferimento*” e “*consenta la successione del cessionario al cedente nei rapporti di lavoro nell'ipotesi in cui, dopo il trasferimento della parte di impresa considerata, tale cedente eserciti un intenso potere di supremazia nei confronti del cessionario*” (12).

Vero è che la giurisprudenza della Corte di Giustizia si caratterizza per una progressiva e lineare tendenza ad ampliare la nozione di azienda e a ricondurvi la maggior parte delle ipotesi di modificazione nella titolarità di un'entità economica organizzata in grado di produrre autonomamente beni e/o servizi, “*nella circostanza che l'entità in questione conservi la propria identità*”, e a condizione che “*sia stata effettivamente proseguita o ripresa dal nuovo titolare, con le stesse attività economiche o con attività analoghe*” (13). Il tutto con la precisazione, proprio in chiave di ampliamento dell'ambito oggettivo di applicazione della direttiva, che l'entità economica giuridicamente rilevante può consistere, tanto in un insieme organizzato di beni e risorse, quanto in un insieme di rapporti giuridici (14).

Il percorso della norma nell'ordinamento interno e nell'interpretazione che ne è stata data è molto meno lineare e più sofferto.

(12) C. Giust. 6 marzo 2014, causa C-458/12, con note di CESTER C., *Il trasferimento del ramo d'azienda ancora alla prova della corte di giustizia fra uso capovolto della normativa di tutela e disciplina di maggiore favore*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, 2, 470, di SANTORO C., *La Corte di giustizia ritiene legittima la disciplina italiana sul trasferimento di “ramo” di azienda*, in *Dir. rel. ind.*, 2014, 2, 519, e di CORAZZA L., *L'equivoco delle esternalizzazioni italiane smascherate dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, 3, 684. Cfr. anche DIAMANTI R., *Trasferimento di ramo d'azienda, preesistenza e autonomia alla luce della più recente giurisprudenza comunitaria (nota a Tribunale di Siena, 17 aprile 2015)*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, 4, 1221.

(13) C. Giust. 18 marzo 1986, causa C-24/85, in *Racc.*, 1986, 01119.

(14) C. Giust. 9 settembre 2015, causa C-160/14, con note di CAVALLINI G., *Trasferimento d'azienda, “effetto lazzaro” e ruolo giocato dalla continuazione dell'attività nel sistema della direttiva 2001/23/CE*, in *Dir. rel. ind.*, 2016, 3, 888, e di LOZITO M., *La conservazione dell'identità dell'entità nel trasferimento d'azienda: un film o una fotografia?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, 1, 232.

Non solo l'adozione di una definizione “*ad hoc*” di azienda ha dovuto attendere il decreto legislativo attuativo della direttiva CE/98/50 (15), ma – come sopra anticipato – il comma quinto dell'art. 2112 c.c. è stato oggetto di un intervento normativo successivo che ne ha significativamente modificato il tenore letterale, soprattutto in punto di definizione del ramo di azienda (16).

Peraltro, la non coincidenza della definizione di cui all'art. 2555 c.c. con quella di cui all'art. 2112 c.c. impone all'interprete un'attenta valutazione del precipitato applicativo della disposizione speciale, che si libera del riferimento ai “*beni organizzati dall'imprenditore*” e guarda alla obiettiva ricorrenza di “*un'attività economica organizzata*”.

Sotto questo specifico profilo, il Supremo Collegio ha avuto comunque modo di precisare che “*si configura trasferimento di azienda in tutti i casi in cui, ferma restando l'organizzazione del complesso dei beni destinati all'esercizio dell'attività economica, ne muta il titolare in virtù di una vicenda giuridica riconducibile al fenomeno della successione in senso ampio. Il trasferimento non sussiste nel caso di esercizio successivo, da parte di due imprese, nella medesima attività produttiva (nella specie prosecuzione di alcuni o anche di tutti i contratti di appalto già in carico alla ditta individuale), senza alienazione del complesso dei beni*”: rileva, in particolare, “*l'oggetto specifico del contratto ossia la funzione unitaria e strumentale dei beni ceduti*” (17). Nella vicenda *sub iudice* si era potuto accertare che non vi era stato alcun trasferimento di beni – materiali o immateriali – tra una azienda e l'altra, bensì la mera cessazione dell'attività da una parte e l'inizio di un'attività analoga dall'altra.

Affinché la vicenda circolatoria possa essere ricondotta all'alveo di applicazione della disciplina di cui all'art. 2112 c.c. (e non a quella della successione a titolo particolare di ogni singolo rapporto), sarà necessario un controllo in ordine al passaggio dell'universalità dell'azienda, dell'attività economica considerata nel suo complesso strumentale e funzionale, che dovrà proseguire, immutato, con la nuova titolarità: “*in tema di trasferimento di azienda, ai fini dell'accertamento dell'identità dell'entità economica trasferita va preso in considerazione il complesso delle circostanze di fatto che caratterizzano l'operazione, tra le quali rientrano il tipo di impresa, la cessione o meno di elementi materiali, il valore degli elementi immateriali al momento della cessione, la riassunzione o meno delle parti più rilevanti del personale a opera del nuovo imprenditore, il grado di somiglianza delle attività esercitate prima e dopo la cessione*” (18).

(15) Decreto Legislativo, 2 febbraio 2001, n. 18.

(16) Decreto Legislativo, 10 settembre 2003, n. 276.

(17) Cass. 1 ottobre 2012, n. 16641, con nota di INGRAO A., *La nozione di trasferimento d'azienda tra giurisprudenza interna e comunitaria*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, 2, 343.

(18) Cass. 12 aprile 2016, n. 7121, con nota di BRACCI D., *Trasferimento d'azienda e appalti labour intensive*, in *Ilgiuslavorista.it*, 29 luglio 2016.

La continuazione della attività produttiva deve essere possibile in potenza (19), ma la differente determinazione che il cessionario assuma in ordine alla prosecuzione della stessa non incide sulla validità del trasferimento di azienda: *“la validità della cessione non è condizionata alla prognosi della continuazione dell’attività produttiva, e, di conseguenza, all’onere del cedente di verificare le capacità e potenzialità imprenditoriali del cessionario”*, sicché *“non è in frode alla legge, né concluso per motivo illecito – non potendo ritenersi tale il motivo, perseguito con un negozio traslativo, di addossare ad altri la titolarità di obblighi ed oneri conseguenti –, il contratto di cessione dell’azienda a soggetto che, per le sue caratteristiche imprenditoriali ed in base alle circostanze del caso concreto, renda probabile la cessazione dell’attività produttiva e dei rapporti di lavoro”* (20).

Il principio è stato affermato nell’ambito di una controversia che aveva ad oggetto il trasferimento di una rete di informatori medico-scientifici, nominativamente individuata e dedicata alla commercializzazione di prodotti specialistici. Verificata la preesistenza del ramo rispetto all’operazione traslativa, si è ritenuto il negozio conforme alla disciplina nazionale e comunitaria in ragione del fatto che i singoli rapporti di lavoro coinvolti erano parte di una struttura organizzata in modo stabile e funzionale. In particolare, si era potuto verificare che le attività dei lavoratori erano connesse e interdipendenti in prospettiva del perseguimento di uno specifico obiettivo: capaci, quindi, di tradursi nella realizzazione di beni o servizi determinati.

La pronuncia in esame merita di essere segnalata anche per il fatto di aver chiarito che *“il motivo del trasferimento ben può consistere nell’intento di superare uno stato di difficoltà economica”* (21).

In ogni caso, il fatto che si tratti di una realtà che, anche nell’ordinamento giuridico interno, può risultare “smaterializzata” può considerarsi assunto acquisito al panorama giurisprudenziale nazionale: *“è configurabile il trasferimento di un ramo di azienda nel caso in cui la cessione 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, dall’utilizzo di “copyright”, brevetti, marchi, etc.), con la conseguenza che la cessione realizza la successione legale nel rapporto di lavoro del cessionario senza bisogno di consenso dei contraenti ceduti”* (22).

(19) Sul punto, si veda CAVALLINI G., *Trasferimento d’azienda*, cit.

(20) Cass. 26 gennaio 2012, n. 1085, con nota di PAPAEO L.G., *La tutela del lavoratore non si fonda sulla solvibilità e/o intraprendenza imprenditoriale del cessionario*, in *Diritto e Giustizia online*, 2012, 126.

(21) In questo senso, anche Cass. 8 giugno 2009, n. 13171, in *Diritto & Giustizia*, 2009. Nella specie, la Suprema Corte ha confermato la decisione della Corte di merito che aveva riconosciuto la liceità dell’atto di trasferimento accertata l’esistenza, prima del trasferimento, di un ramo d’azienda denominato “Costruzioni terra Italia” e destinato alla progettazione, fabbricazione e posa a terra di tubi di grande diametro, a cui erano assegnati i lavoratori coinvolti nella cessione; accertamento non infirmato dall’essere state tali attività ostacolate dalla crisi delle commesse.

(22) Cass. 7 marzo 2013, n. 5678, in *Giust. civ. mass. app.*, 2013.

Nel caso di specie, si è ritenuto estraneo alla nozione di cessione d'azienda il trasferimento di un "ramo" del quale non erano state chiarite struttura e dimensione, le cui attività non erano risultate del tutto corrispondenti a quelle trasferite, del quale non era stata provata l'autonomia organizzativa, che si caratterizzava per una marcata eterogeneità delle attività e delle attitudini professionali dei lavoratori ivi addetti e, peraltro, la mancanza di una qualsiasi funzione unitaria suscettibile di farlo assurgere a una entità economica "organica" (23).

L'orientamento è stato recentemente confermato *a contrario* dalla novella legislativa che ha interessato l'art. 29 d.lg. 276/2003, nella parte in cui ha chiarito che "non" costituisce trasferimento di azienda quell'operazione caratterizzata da "*elementi di discontinuità che determinano una specifica identità di impresa*".

3. Il ramo di azienda: la preesistenza e il necessario approccio funzionale.

La disciplina garantista di cui all'art. 2112 c.c. trova piena attuazione anche nelle ipotesi in cui oggetto del trasferimento sia una parte soltanto dell'azienda: "*articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata ai sensi del presente comma, preesistente come tale al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità*", che è poi diventata "*articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento*" (24).

E' agevole osservare come la novella legislativa sia andata a incidere in via oltremodo significativa soprattutto sulla definizione del ramo di azienda, espungendo il requisito della preesistenza. Si tratta dell'aspetto che ha mostrato le maggiori criticità interpretative risultando controversa, non solo la necessità stessa della preesistenza del ramo, ma prima ancora la declinazione della nozione, potendo essa avere tanto un connotato prettamente temporale quanto un'essenza funzionale (25).

(23) In termini, Cass. 10 gennaio 2004, n. 206, con nota di SITZIA A., *Trasferimento di «parte d'azienda»: il caso Ansaldo e la riforma del comma 5 dell'art. 2112 c.c. ex art. 32 d. lgs. n. 276 del 2003*, in *Giust. civ.*, 2004, 9, 2034. Cfr. anche Cass. SS.UU. 16 ottobre 2006, n. 22125, in *Giust. civ. mass. app.*, 2006; Cass. 5 marzo 2008, n. 5932, in *Giust. civ. mass. app.*, 2008.

(24) Ultima parte del comma quinto per come modificato dall'art. 32, co. 1, d.lg. 276/2003.

(25) Per un approfondimento della nozione di ramo d'azienda e delle problematiche connesse alla relativa individuazione: NOVELLA M., *Il trasferimento di ramo d'azienda: la fattispecie*, in AIMO M., IZZI D. (a cura di), *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Utet, 2014; SANTORO PASSARELLI G., *Il rapporto di lavoro nel trasferimento di impresa e di articolazione funzionalmente autonoma*, Giappichelli, 2014; PERULLI A., *L'autonomia privata individuale e collettiva nella determinazione dell'articolazione funzionalmente autonoma*, in CARINCI F. (a cura di), *Trasferimento di ramo d'azienda*, cit., 109; SANTORO PASSARELLI G., *Il trasferimento di parte dell'azienda tra libertà dell'imprenditore e tutela dei lavoratori*, in CARINCI F. (a cura di), *Trasferimento di ramo d'azienda*, cit., 15; MARAZZA M., *Contributo allo studio della fattispecie del ramo di azienda (art. 2112, comma quinto, cod. civ.)*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 363/2018; NOVELLA M., *La Corte di Cassazione dopo la sentenza Amatori: autonomia funzionale e conservazione dell'identità del ramo d'azienda ceduto*, in *Labor*, 2017, 5; CASIELLO G., *Il trasferimento del ramo d'azienda. L'interpretazione "multilivello" degli elementi costitutivi della fattispecie*, in *ADL*, 2016, 3; BIAGIOTTI A., *Ripensando l'«articolazione*

La prudenza che da sempre ha contraddistinto l'approccio interpretativo nazionale trova conferma nell'orientamento tendenzialmente univoco e nel rigore con il quale la Corte di Cassazione – anche a dispetto della novella legislativa – ha inteso operare nell'accertamento della preesistenza “temporale” del ramo oggetto di cessione: “*l'art. 2112 c.c., anche prima delle modificazioni introdotte dall'art. 1 d.lg. n. 18 del 2001, non precludendo il trasferimento di un ramo (o parte) di azienda, postulava comunque, che venisse ceduto un complesso di beni che oggettivamente si presentasse quale entità dotata di una propria autonomia organizzativa ed economica funzionalizzata allo svolgimento di un'attività volta alla produzione di beni o servizi, con esclusione, quindi, della possibilità che l'unificazione di un complesso di beni (di per sé privo di una preesistente autonomia organizzativa ed economica volta ad uno scopo unitario) discendesse dalla volontà dell'imprenditore cedente al momento della cessione*” (26).

La pronuncia muove da un accordo di *outsourcing* avente ad oggetto un ramo identificato nei c.d. “servizi generali” aziendali: mancando la prova dell'autonomia organizzativa delle attività svolte dal ramo così identificato, e risultando lo stesso caratterizzato dall'eterogeneità delle attività e dalla mancanza di una funzione unitaria, la Corte vi aveva ravvisato un processo di esternalizzazione avulso dalla fattispecie di cui all'art. 2112 c.c. e aveva ritenuto applicabili le norme sulla cessione dei singoli contratti.

Segnatamente, per ramo d'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*” (27).

Tuttavia, proprio nel procedimento appena richiamato, la Suprema Corte ha chiarito che ricorre un genuino trasferimento di ramo di azienda anche laddove vi sia il frazionamento

funzionalmente autonoma»: una lettura controversa della nozione, in Riv. it. dir. lav., 2015, 1, 3; DIAMANTI R., *Trasferimento di ramo d'azienda*, cit.; MONTEMURRO V., *I requisiti di “autonomia” e “preesistenza”*, cit.; TURSÌ A., *Cessione di ramo d'azienda*, cit.; BOSCATI A., *La controversa qualificazione del ramo d'azienda tra preesistenza “qualificata” ed autonomia funzionale stabile e già compiuta*, in ADL, 2014, 2; LANFRANCHI E., *Ancora sui requisiti del ramo di azienda: lo stretto rapporto tra l’“autonomia” e la “preesistenza”*, in Riv. it. dir. lav., 2014, 1, 29; TOSI P., *La “preesistenza” del ramo d'azienda tra Corte di Giustizia U.E. e Corte di Cassazione: il re ora è nudo*, in Giur. it., 2014, 8-9; FUSCO F., *È ancora necessario che il ramo d'azienda preesista al trasferimento?*, in ADL, 2012, 503; BORDIGNONI D., *Il ramo d'azienda e gli indici di genuinità del trasferimento*, in Riv. giur. lav., 2009; PERULLI A., *Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione*, in ADL, 2003, 473.

(26) Così, Cass. 16 ottobre 2006 n. 22125, cit.

(27) Cass. 1 febbraio 2008, n. 2489, in *Giust. civ. mass. app.*, 2008. In questo senso, anche: Cass. 4 dicembre 2012, n. 21711, con nota di GIANNI G., *Le errate ragioni di una tutela bivalente*, in Riv. it. dir. lav., 2013, 3, 604; Cass. 15 aprile 2014 n. 8756, con nota di MARINO G., *L'imprenditore non cede beni materiali organizzati fra loro? La cessione è inefficace*, in *Diritto & Giustizia*, 2014, 262; Cass. 26 maggio 2014, n. 11721, inedita; Cass. 12 agosto 2014, n. 17901, in *Foro it.*, 2014.

e la cessione di una sola parte dello specifico settore aziendale destinato a fornire supporto logistico, tanto al ramo ceduto, quanto all'attività rimasta in capo alla società cessionaria. Questo, a condizione che il ramo conservi, all'interno della più ampia struttura aziendale oggetto di cessione, la propria organizzazione di beni e persone al fine della fornitura di particolari servizi e per il conseguimento di specifiche finalità produttive dell'impresa (28). In sostanza, in ipotesi quali quella in esame, si considerano parte del ramo d'azienda (trasferibili *ex art. 2112 c.c.*), non solo i dipendenti che operano esclusivamente per la produzione di beni e servizi del ramo ceduto, ma altresì i lavoratori che prestano una attività lavorativa "prevalente" in favore del ramo medesimo (29).

Recentemente, la Suprema Corte ha ribadito che, "*in materia di trasferimento di ramo di azienda opera, anche a seguito delle modifiche introdotte dall'art. 32 d.lg. n. 276 del 2003, il principio per cui per ramo d'azienda, ai sensi dell'articolo 2112 c.c., deve intendersi ogni entità economica organizzata la quale, in occasione del trasferimento, conservi la sua identità, presupponendo ciò comunque una preesistente entità produttiva funzionalmente autonoma (potendo conservarsi solo qualcosa che già esiste), e non anche una struttura produttiva creata ad hoc in occasione del trasferimento o come tale unicamente 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 a un'entità economica dotata di autonomia e obiettiva funzionalità*" (30).

La declinazione essenzialmente "temporale" della nozione di preesistenza non parrebbe trovare coincidenza né legittimazione nella giurisprudenza della Corte di Giustizia che, nella ormai nota sentenza Amatori, è giunta ad affermare la compatibilità di una disciplina nazionale che legittimi la successione nella titolarità di quella parte dell'impresa che non costituisce "*un'entità economica funzionalmente autonoma preesistente al suo trasferimento*" (31). Il principio – dal tenore letterale alquanto *tranchant* – merita, tuttavia, di essere approfondito alla luce del dettato normativo comunitario e delle altre pronunzie di rilievo sul tema.

A questo proposito, si è già avuto modo di premettere che la direttiva 2001/23/CE individua l'oggetto del trasferimento in una entità economica che deve "conservare" la propria identità.

La Corte di Giustizia ha chiarito che la "*direttiva può essere applicata anche in una situazione in cui la parte di impresa o di stabilimento ceduta non conserva la sua autonomia dal punto di vista*

(28) In questo senso, anche Cass. 22 marzo 2006, n. 6292.

(29) Cfr. Cass. 6 dicembre 2005, n. 26668, in *Giust. civ. mass. app.*, 2005.

(30) Cass. 10 novembre 2016 n. 22935, in *Guida dir.*, 2016, 49-50, 70; così, anche Cass. 19 gennaio 2017, n. 1316, con note di COSTANTINI S., *Tutele bidirezionali nel trasferimento di ramo d'azienda*, in *Ilgiuslavorista.it*, 26 maggio 2017, e di SPINELLI G., *Azienda e ramo d'azienda nell'art. 2112 c.c.*, cit.

(31) C. Giust. 6 marzo 2014, causa C-458/12, cit.

organizzativo, a condizione che il nesso funzionale tra i differenti fattori di produzione trasferiti venga mantenuto e consenta al cessionario di utilizzare questi ultimi al fine di proseguire un'attività economica identica o analoga, circostanza questa che spetta al giudice del rinvio verificare" (32).

Rileva, dunque, la conservazione dell'idoneità funzionale alla realizzazione di una determinata attività economica: il ramo preesiste se e in quanto, prima del trasferimento, l'organizzazione individuata da cedente e cessionario partecipi dei caratteri dell'autonomia e della autosufficienza strumentali alla realizzazione e/o alla produzione di uno specifico servizio o bene, e mantenga questa medesima coesa autonomia nel passaggio di titolarità. Un concetto che la Corte del Lussemburgo avuto già modo di chiarire con la sentenza Vidal: "*la nozione di entità economica si richiama ad un complesso organizzato di persone e di elementi che consentono l'esercizio di un'attività economica finalizzata al perseguimento di un determinato obiettivo*" (33).

Si tratta del passaggio dalla prospettiva storica a quella teleologica: "*nella cessione di ramo d'azienda ex art. 2112 c.c. è elemento costitutivo l'autonomia funzionale del ramo ceduto, ovvero la capacità di questo, già al momento dello scorporo dal complesso cedente, di provvedere ad uno scopo produttivo con i propri mezzi, funzionali ed organizzativi e quindi di svolgere – autonomamente dal cedente e senza integrazioni di rilievo da parte del cessionario – il servizio o la funzione cui risultava finalizzato nell'ambito dell'impresa cedente al momento della cessione, indipendentemente dal coevo contratto di fornitura di servizi che venga contestualmente stipulato tra le parti. Incombe su chi intende avvalersi degli effetti previsti dall'art. 2112 c.c., fornire la prova dell'esistenza di tutti i requisiti che ne condizionano l'operatività*" (34).

Nel caso all'esame della Corte di legittimità, le parti contraenti avevano inteso individuare il ramo oggetto di trasferimento nei servizi di *back office consumer*, *back office corporate* e gestione del credito, con il relativo personale addetto a varie sedi differenti; contestualmente, le società avevano sottoscritto un contratto di appalto avente ad oggetto l'erogazione di servizi dalla cedente a favore della cessionaria.

Nell'ambito del giudizio di merito si era accertato che erano stati ceduti i contratti inerenti al ramo, i beni materiali e immateriali necessari allo svolgimento dell'attività e le relative passività, tutto il personale adibito alle attività cedute (salvo alcuni responsabili rimasti presso la cedente, assegnati alla direzione di reparti più ampi); si era, altresì, verificato che i lavoratori del ramo ceduto avevano continuato a utilizzare i programmi di proprietà della cedente, e avevano continuato a interfacciarsi con il personale di quest'ultima, in quanto il servizio *back office* necessitava dell'acquisizione di informazioni e documenti relativi alla posizione dei clienti della cedente. Giudicata sussistente l'autonomia operativa, la Corte

(32) C. Giust. 12 febbraio 2009, causa 466/07. Cfr. anche C. Giust. 9 settembre 2015, cit.

(33) C. Giust. 10 dicembre 1998, cause riunite C-127/96, C-229/96 e C-74/97.

(34) Cass. 11 maggio 2016, n. 9682, con nota di APA S., *La tutela dei lavoratori in caso di cessione di ramo d'azienda e contratto d'appalto*, in *Ilgiuslavorista.it*, 2 settembre 2016.

territoriale aveva ritenuto che l'utilizzo da parte dei lavoratori del ramo ceduto dei programmi di proprietà della cedente e le interconnessioni con personale di quest'ultima non si ponevano in contraddizione con il concetto di autonomia funzionale, intesa quale capacità di produrre un determinato servizio.

La Suprema Corte, tuttavia, nel cassare con rinvio la sentenza impugnata, ha chiarito che, in simili fattispecie, l'autonomia funzionale del ramo deve essere necessariamente verificata avuto specifico riguardo alle potenzialità effettive del compendio ceduto, "al netto" delle integrazioni strutturali e organizzative adottate dal cessionario, e di quelle fornite in virtù del contratto di appalto.

Quello appena esaminato è un approccio che pare, non solo coerente con l'impianto della disciplina comunitaria, ma altresì idoneo a evitare abusi in fase di cessione del ramo, e segnatamente a impedire che il trasferimento si tramuti in un mero pretesto per risolvere singoli rapporti di lavoro. Un criterio interpretativo che consentirebbe, peraltro, di guardare in via propositiva alla novella di cui all'art. 32, co. 1, d.lg. 276/2003 che – nell'eliminare l'inciso "*preesistente come tale al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità*" – ha confermato che il trasferimento deve avere ad oggetto una "*articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata*", laddove l'autonomia funzionale e l'organizzazione sono caratteri necessariamente propri di una entità che sia stata pre-costituita e pre-ordinata al raggiungimento di uno scopo o di un fine determinato e, dunque, oggettivamente preesistente.

E' un rilievo quest'ultimo che, lungi dal porsi nel solco delle pronunzie che hanno inteso disconoscere qualsivoglia portata innovativa all'intervento del Legislatore del 2003, ne presuppone il superamento confermando la necessità di un'obiettiva preesistenza del ramo: una preesistenza declinata in quella chiave prettamente teleologica (35) che, se da un lato consente a cedente e cessionario di individuarlo anche "*al momento del suo trasferimento*"; dall'altro, risulta parimenti idonea a impedire l'impiego fraudolento dell'istituto. Ciò, in quanto l'organizzazione funzionale (da intendersi come una idoneità strumentale allo scopo) dovrà essere quel predicato, proprio del compendio ceduto, che si trasmette identico a se stesso con la vicenda circolatoria cui "sopravvive".

Se oggetto del trasferimento deve essere una struttura coordinata e autonomamente capace di conseguire un determinato obiettivo, risulta preclusa a cedente e cessionario la possibilità di coinvolgere nel trasferimento singole ed eterogenee realtà aziendali.

Il vincolo è, dunque, oggettivo e guarda all'attività.

(35) Cfr., sul punto, DIAMANTI R., *Trasferimento di ramo d'azienda*, cit.

La riflessione riconduce alla, tanto dibattuta, sentenza Amatori nella quale si trova chiara conferma della necessità di un intrinseco legame funzionale nel compendio ceduto: “secondo una consolidata giurisprudenza, per stabilire se sussista un «trasferimento» dell'impresa, ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, della direttiva 2001/23, il criterio decisivo è quello di accertare se l'entità in questione conservi la propria identità dopo essere stata rilevata dal nuovo datore di lavoro” (36), e che “tale trasferimento deve riguardare un'entità economica organizzata in modo stabile, la cui attività non si limiti all'esecuzione di un'opera determinata. Costituisce un'entità siffatta qualsiasi complesso organizzato di persone e di elementi, il quale consenta l'esercizio di un'attività economica che sia finalizzata al perseguimento di uno specifico obiettivo e sia sufficientemente strutturata ed autonoma”. Sicché, “...l'entità economica in questione deve in particolare, anteriormente al trasferimento, godere di un'autonomia funzionale sufficiente, là dove la nozione di autonomia si riferisce ai poteri, riconosciuti ai responsabili del gruppo di lavoratori considerato, di organizzare, in modo relativamente libero e indipendente, il lavoro in seno a tale gruppo e, più specificamente, di impartire istruzioni e distribuire compiti ai lavoratori subordinati appartenenti al gruppo medesimo, e ciò senza intervento diretto da parte di altre strutture organizzative del datore di lavoro”.

E' esclusivamente in una chiave di ampliamento del possibile ambito di applicazione delle tutele previste dalla direttiva 2001/23/CE che la Corte di Giustizia afferma che “la semplice mancanza di autonomia funzionale dell'entità trasferita non può, di per sé, costituire un ostacolo a che uno Stato membro garantisca nel proprio ordinamento interno il mantenimento dei diritti dei lavoratori dopo il cambiamento dell'imprenditore”. Ciò, non in quanto detta fattispecie rientri in quella regolata dalla direttiva 2001/23/CE (circostanza esclusa dalla Corte al §35, “...qualora risultasse, nel procedimento principale, che l'entità trasferita di cui trattasi non disponeva, anteriormente al trasferimento, di un'autonomia funzionale sufficiente... tale trasferimento non ricadrebbe sotto la direttiva 2001/23”), ma in quanto non deve ritenersi precluso a uno Stato membro garantire il mantenimento dei diritti dei lavoratori anche in fattispecie differenti dal trasferimento di azienda (o di un ramo di essa) per come definito dalla direttiva medesima.

D'altronde, “tale conclusione è corroborata dall'articolo 8 della direttiva 2001/23, il quale dispone che quest'ultima non pregiudica la facoltà degli Stati membri di applicare o di introdurre disposizioni legislative, regolamentari o amministrative più favorevoli ai lavoratori?”.

(36) Cfr. anche C. Giust. 6 settembre 2011, causa C-108/10, con note di BARONI L., *Nota a Corte di Giustizia CE, Sez. I, 31 marzo 2011 n. 407 e a Corte di Giustizia CE, Sez. VII, 16 giugno 2011 n. 536*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2012, 3-4, 671, di CESTER C., *Il trasferimento del personale “ata” dagli enti locali allo stato davanti alla corte di giustizia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, 1, 124, e di PORCHIA O., *La sentenza Scattolon sulla disciplina sul trasferimento del personale ATA: un caso emblematico della difficoltà di «dialogo a tre»*, in *Giur. merito*, 2012, 1, 127.

4. Il trasferimento.

Come chiarito dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, “*la direttiva 2001/23 mira a garantire la continuità dei rapporti di lavoro esistenti nell’ambito di un’entità economica, indipendentemente dal mutamento del titolare. Il criterio decisivo per stabilire se si configuri un trasferimento ai sensi della detta direttiva consiste quindi nella circostanza che l’entità in questione conservi la propria identità, il che risulta in particolare dal fatto che la sua gestione sia stata effettivamente proseguita o ripresa (v., segnatamente, sentenze 18 marzo 1986, causa 24/85, Spijkers, Racc. pag. 1119, punti 11 e 12, e 15 dicembre 2005, cause riunite 0232/04 e 0233/04, Güney-Görres e Demir, Racc. pag. I-11237, punto 31 e giurisprudenza ivi citata)... Date le differenze tra le versioni linguistiche della direttiva e le divergenze tra gli ordinamenti nazionali sulla nozione di cessione contrattuale, la Corte ha dato a questa nozione un’interpretazione sufficientemente elastica per rispondere all’obiettivo della direttiva, che è quello di tutelare i lavoratori subordinati in caso di trasferimento della loro impresa (sentenze Redmond Stichting, cit., punto 11, e 7 marzo 1996, cause riunite C-171/94 e C-172/94, Merckx e Neuhuys, Racc. pag. I-1253, punto 28). Tale interpretazione elastica riguarda anche la forma del «contratto» con cui si realizza detta cessione. La nozione di cessione contrattuale può pertanto corrispondere, a seconda dei casi, ad un accordo scritto o verbale tra il cedente ed il cessionario vertente su un cambiamento dell’identità del responsabile della gestione dell’entità economica in esame o ancora ad un accordo tacito concluso tra questi ultimi e risultante da elementi di cooperazione pratica da cui traspare una comune volontà di procedere a siffatto cambiamento” (37).*

Nozione elastica e oltremodo ampia è anche quella che si rinviene nel comma quinto dell’art. 2112 c.c., a mente del quale “*si intende per trasferimento d’azienda qualsiasi operazione che, in seguito a cessione contrattuale o fusione, comporti il mutamento nella titolarità... 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*”.

Il riferimento espresso all’affitto di azienda dà conto di come il Legislatore consideri trasferimento, ai sensi dell’art. 2112 c.c., anche una modificazione meramente temporanea della titolarità dell’attività economica considerata.

Il Giudice di Legittimità ha così confermato che “*gli effetti dell’art. 2112 c.c., che regola i rapporti di lavoro in caso di trasferimento d’azienda, si applicano anche nell’ipotesi di retrocessione dell’azienda affittata, nel senso che il cedente assume, a sua volta, gli obblighi di mantenimento dell’occupazione derivanti dalla predetta norma, ma ciò presuppone che l’impresa retrocessionaria (cioè originariamente cedente) prosegua, mediante la immutata organizzazione dei beni aziendali, l’attività già esercitata in precedenza, vanificandosi, altrimenti, l’intento perseguito dal legislatore” (38). In precedenza,*

(37) C. Giust. 13 settembre 2007, causa C-485/05, in *Racc.*, 2007 I-07301.

(38) Cass. 26 luglio 2011, n. 16255, in *Giust. civ. mass.*, 2011.

aveva già osservato che “l’art. 2112 c.c., che regola la sorte dei rapporti di lavoro in caso di trasferimento d’azienda, trova applicazione in tutte le ipotesi in cui il cedente sostituisca a sé il cessionario senza soluzione di continuità, anche nel caso di restituzione all’originario cedente dell’azienda da parte del cessionario per cessazione del rapporto di affitto, con la conseguenza che, nel caso di licenziamenti intimati dalla società cedente, subito dopo la retrocessione dell’azienda, il criterio della normale occupazione per il computo dei dipendenti ai fini della tutela reale contro i licenziamenti individuali illegittimi va riferito alla società affittuaria” (39).

Nella pronuncia da ultimo richiamata, si rinvengono due rilievi di particolare importanza.

In primo luogo, la conferma del fatto che il trasferimento d’azienda è configurabile anche quando non ricorra un unico atto di cessione, ma si realizzi mediante una pluralità di contratti, pur se succedutisi in un arco temporale significativo. In secondo luogo, che il trasferimento di azienda è negozio attuabile mediante vendita, affitto o usufrutto, ma altresì con ogni altro strumento tecnico-giuridico che consenta la sostituzione nella titolarità dell’entità economica organizzata: ciò che rileva è che vi sia un nesso di derivazione giuridica, a qualsiasi titolo e a prescindere dalla schema giuridico utilizzato, tra l’alienante e l’acquirente.

E’ una condizione che sussiste senza dubbio nelle ipotesi di fusione, espressamente contemplata dalla norma così come nel caso, opposto, di scissione; una considerazione, questa, che trova conferma indiretta nella decisione con la quale la Corte di Cassazione ha accertato la sussistenza di un negozio in frode alla legge attuato mediante scissione di un’azienda in tre distinte società, che avevano poi proceduto a complessivi 12 licenziamenti in 120 giorni.

Il Giudice di Legittimità ha confermato la liceità dell’operazione di scissione societaria e la riconducibilità della stessa alla disposizione di cui all’art. 2112 c.c., con la cessione dei rapporti di lavoro che ne era conseguita; tuttavia, ha altresì evidenziato che la scissione era stata posta in essere al solo precipuo fine di eludere la disciplina sui licenziamenti collettivi: condizione accertata nella fase di merito, che aveva consentito di verificare il collegamento negoziale fra l’operazione societaria e i successivi licenziamenti. Di fatto, se la società originaria fosse rimasta integra, la riduzione dell’organico avrebbe potuto essere realizzata solo nel rispetto della disciplina sui licenziamenti collettivi; la Corte di Cassazione, quindi, ha ravvisato la frode nel fatto che, a dispetto dell’impiego di uno strumento giuridico lecito (la

(39) Cass. 4 aprile 2003, n. 12909, in *Giust. civ. mass.*, 2003. Conformi: Cass. 21 maggio 2002, n. 7458, in *Foro it.*, 2002; Cass. 6 marzo 1998, n. 2521, con nota di MATTO V., *Prosecuzione automatica del rapporto di lavoro e nullità del licenziamento non fondato su motivi diversi dal trasferimento di azienda*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, 2, 410; Cass. 5 aprile 1995, n. 3974, con nota di CARO M., *Subingresso, in due fasi, nella gestione di agenzia di assicurazioni e trasferimento di azienda ex art. 2112 cod. civ.*, in *Giust. civ.*, 1995, 11, 2729.

scissione), illecito è risultato l'effetto conseguito (il licenziamento di 12 lavoratori senza applicazione delle disposizioni di cui alla Legge 223/1991): vi è stato, in sostanza, l'abuso del mezzo e la distorsione della funzione che gli è propria (40).

L'assunto della potenziale riconducibilità della scissione alla fattispecie di cui all'art. 2112 c.c. può ritenersi consolidato.

Il Supremo Collegio – affrontando per la prima volta la problematica della qualificazione giuridica della scissione societaria, in relazione alla disciplina del trasferimento d'azienda – aveva già avuto modo di affermare che *“anche nel caso di scissione, totale o parziale, di società, ex art. 2504 septies ss. c.c. può configurarsi trasferimento d'azienda ex art. 2112 c.c., ove si accerti, con riferimento alle modalità specifiche con cui si è svolta l'operazione di scissione, che il complesso organizzato dei beni dell'impresa, nella sua entità obiettiva, sia passato, in tutto o in parte, ad un diverso titolare”* (41).

Nella richiamata pronunzia, si osserva: *“è evidente che, essendo il trasferimento patrimoniale una costante della fattispecie della scissione, l'effetto traslativo può avere ad oggetto tanto una pluralità di beni non funzionalmente organizzati, quanto un'azienda, un complesso, cioè, di beni organizzati in modo tale da essere idoneo all'esercizio di un'attività imprenditoriale. La scissione può essere non solo occasione per un trasferimento d'azienda, ma può ben essere progettata espressamente allo scopo di porre in essere un tale trasferimento. Sulla base di quanto finora osservato, si può, a questo punto, rispondere al quesito iniziale, affermando il seguente principio di diritto: “anche nel caso di scissione (totale o parziale) di società, prevista dagli artt. 2504 septies e seg. cod. civ. può configurarsi un trasferimento d'azienda ex art. 2112 cod. civ. non sussistendo alcun ostacolo di carattere giuridico, rinvenibile nel nostro ordinamento, circa la compatibilità tra la fattispecie della scissione e quella del trasferimento dell'azienda”. L'applicabilità diretta, in linea teorica, delle norme sul trasferimento d'azienda tuttavia non risolve, da sola, i dubbi interpretativi che possono sorgere dal concorso tra la norma di cui all'art. 2112 cod. civ. e le norme sulla scissione. Il problema, a parere di questa Corte, è però facilmente superabile con riferimento alla costante giurisprudenza, che, in numerose sentenze, si è pronunciata per l'indifferenza dello strumento tecnico impiegato al fine di trasferire l'azienda. Essa, come è noto, ha affermato che si ha trasferimento d'azienda, regolato dall'art. 2112 c. c., allorquando – permanendo inalterata la struttura organica dell'azienda (o del ramo autonomo di essa separatamente alienato) – muti soltanto la persona del titolare, e qualunque sia lo strumento tecnico-giuridico utilizzato per ottenere tale sostituzione*

(40) Cass. 26 luglio 2018, n. 19863, con nota di TONETTI M., *Mutamenti societari in vista di licenziamenti: è frode*, in *Diritto & Giustizia*, 2018, 133, 14. Conforme, Cass. 7 agosto 2018, n. 20620: *“la scissione parziale realizzata da una società attraverso l'assegnazione a due società di nuova costruzione di altrettanti rami d'azienda, con redistribuzione della complessiva forza lavoro fra i tre soggetti giuridici, costituisce un negozio in frode alla legge se, nell'arco di successivi 120 giorni, vengono realizzati plurimi licenziamenti per giustificato motivo oggettivo nei confronti di una moltitudine di dipendenti. Sono pertanto nulli i licenziamenti se alla base vi è una scissione attuata in frode alla legge”*.

(41) Cass. 6 ottobre 1998, n. 9897, con nota di LAMBERTUCCI P., *Scissione societaria e trasferimento d'azienda*, in *Giust. civ.*, 1999, 3, 741.

(Cass. n.2887-92; n.2205-92; n.6016-93; n.7795-93; n.12872-95 ed altre). *Gli elementi di tale fattispecie possono, dunque, essere ravvisati quando sia accertata non solo la continuità delle prestazioni lavorative, svolte alle dipendenze prima di un imprenditore e poi di un altro titolare nei medesimi locali, ma anche l'identità di strutture e di oggetto delle due attività e, quindi, il passaggio all'impresa subentrante del complesso di beni e di strumenti inerenti all'impresa'* (42).

Ancora, è assimilabile alla fattispecie del trasferimento di azienda il caso della incorporazione di una società in un'altra, *“con la conseguente applicazione del principio statuito dalla citata norma secondo il quale ai lavoratori che passano alle dipendenze dell'impresa incorporante si applica il contratto collettivo che regolava il rapporto di lavoro presso l'azienda cedente solamente nel caso in cui l'impresa cessionaria non applichi alcun contratto collettivo, mentre, in caso contrario, la contrattazione collettiva dell'impresa cedente è sostituita immediatamente ed in tutto da quella applicata nell'impresa cessionaria anche se più sfavorevole”* (43).

Per contro, *“il trasferimento del pacchetto azionario di maggioranza di una società di capitali non integra gli estremi del trasferimento di azienda ai sensi dell'art. 2112 c.c., in quanto non determina la sostituzione di un soggetto giuridico ad un altro nella titolarità dei rapporti pregressi, ma solo modifica gli assetti azionari interni sotto il profilo della loro titolarità, ferma restando la soggettività giuridica di ogni società anche se totalmente eterodiretta”* (44). Nella pronuncia in commento, il Supremo Collegio ha chiarito che, se è vero che la nozione di trasferimento di azienda va riferita a ogni cambiamento della titolarità dell'azienda, indipendentemente dallo strumento giuridico mediante il quale si realizza la sostituzione dell'imprenditore; è parimenti vero che il trasferimento del solo pacchetto azionario di controllo di una società non incide sull'autonoma soggettività giuridica delle società interessate e non vale, quindi, a integrare il passaggio della titolarità dell'azienda dall'una all'altra società *ex art. 2112 cod. civ.*

Non si determina nello specifico, nella titolarità dei rapporti pregressi, la sostituzione di un soggetto giuridico con un altro.

Nel ricomprendere tanto l'atto “negoziale” quanto il “provvedimento”, infine, la previsione di cui al quinto comma prescinde dalla volontà delle parti e riconosce rilevanza giuridica all'effetto traslativo anche ove sia il risultato di una determinazione autoritativa.

In questo senso si è pronunciata la Corte di Cassazione affermando che, *“nell'ipotesi di passaggio di personale da ente pubblico a società di diritto privato a seguito di attribuzioni a quest'ultima di funzioni in passato esercitate direttamente dal primo ente, l'art. 34 del d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, come modificato dall'art. 19 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, applicabile “ratione temporis” (ora art. 31 del d.lgs.*

(42) Cass. 6 ottobre 1998, n. 9897, cit., parte motiva.

(43) Cass. 13 maggio 2011, n. 10614, in *Giust. civ.*, 2013.

(44) Cass. 12 marzo 2013, n. 6131, in *Giust. civ. mass.*, 2013.

30 marzo 2001, n. 165), si interpreta nel senso dell'applicabilità della disciplina di cui all'art. 2112 cod. civ. a prescindere dalla verifica circa la preesistenza di un'azienda in senso tecnico e dall'indagine sulle modalità di attuazione del trasferimento (su base negoziale ovvero per determinazione autoritativa)" (45).

La fattispecie esaminata concerneva la domanda di alcuni lavoratori che, già alle dipendenze di un Comune, erano stati assunti da una società per azioni di gestione del servizio di acquedotto cittadino e assumevano di aver diritto al riconoscimento degli scatti di anzianità previsti dal contratto collettivo applicato dalla cessionaria, in ragione della anzianità maturata anche presso il Comune cedente. La pretesa è stata ritenuta infondata dalla Corte di Cassazione che, pur riconoscendo l'applicabilità dell'art. 2112 c.c. e la prosecuzione senza soluzione di continuità del rapporto di lavoro (con conservazione, quindi, della anzianità originaria), ha escluso che detta anzianità possa assumere retroattivamente rilevanza ai fini del riconoscere scatti di anzianità mai precedentemente inseriti nel trattamento retributivo dei lavoratori: deve escludersi, in sostanza, che i dipendenti ceduti possano diritti estranei alla sfera giuridica del cedente.

L'ampiezza della definizione normativa consente, infine, di comprendere nell'applicazione dell'art. 2112 c.c. vicende traslative complesse.

Il Supremo Collegio ha chiarito, nello specifico, che la ricorrenza della fattispecie “non è esclusa, con riferimento all'attività dell'agente di assicurazioni in gestione libera, nell'ipotesi in cui il trasferimento di azienda abbia luogo in due fasi, connesse tra loro, costituite dalla revoca del mandato da parte del preponente e dalla retrocessione a quest'ultimo del complesso dei beni aziendali organizzato per la gestione dell'agenzia e dal successivo trasferimento di esso, da parte dello stesso preponente, a nuovi agenti, ove l'entità economica preesistente conservi la propria identità e la gestione dell'azienda venga proseguita senza interruzione dai nuovi titolari con lo stesso personale impiegato prima del trasferimento” (46).

Nel caso in esame, tuttavia, la Corte ha escluso la ricorrenza di un trasferimento azienda non essendovi stato il subentro del nuovo agente nei beni strumentali del precedente, risultando escluso l'utilizzo del personale già impiegato ed essendo stato omesso, nel mandato agenziale, ogni riferimento al precedente rapporto.

5. Il rapporto con il contratto di appalto.

Con l'art. 30, co. 1, lg. 122/2016 – recante disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione Europea – il Legislatore ha

(45) Cass. 25 novembre 2014, n. 25021, con nota di DUILIO R., *Se gli scatti di anzianità non erano dovuti dal cedente, non lo sono nemmeno dal cessionario*, in *Diritto & Giustizia*, 2014, 1, 38.

(46) Cass. 21 agosto 2015, n. 17063, in *Giust. civ. mass.*, 2015. In senso conforme, Cass. 3 giugno 1998, n. 5466, in *Diritto del lavoro*, 1999.

sostituito il previgente art. 29, co. 3, d.lg. 276/2003, disponendo che “*l’acquisizione del personale già impiegato nell’appalto a seguito di subentro di nuovo appaltatore dotato di propria struttura organizzativa e operativa, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro o di clausola del contratto d’appalto, ove siano presenti elementi di discontinuità che determinano una specifica identità di impresa, non costituisce trasferimento d’azienda o di parte d’azienda*”.

La modifica – che ha soppresso la norma che escludeva che l’acquisizione, da parte del subentrante, del personale già impiegato nell’appalto costituisse trasferimento (47) – ha preso le mosse dalla procedura di pre-infrazione avviata nei confronti dell’Italia (48): la Commissione Europea aveva ritenuto non soddisfacente l’approccio interpretativo della Corte di Cassazione alla previgente disposizione (49) nonostante quest’ultima, a dispetto del tenore letterale della norma, ritenesse astrattamente possibile qualificare in termini di trasferimento anche le ipotesi di cambio di appalto caratterizzate – oltre che dal passaggio del personale – da cessioni di beni di “non trascurabile entità”.

Segnatamente, il Giudice di Legittimità aveva osservato: “*l’art. 2112, c.c., nel testo modificato dall’art. 47, l. 428 del 1990, che ha recepito la direttiva comunitaria n. 77/187/Cee (successivamente modificato dall’art. 1, d.lg. n. 18 del 2001), in applicazione del canone dell’interpretazione adeguatrice della norma di diritto nazionale alla norma di diritto comunitario, e in considerazione dell’orientamento espresso dalla Corte di Giustizia delle Comunità europee con le sentenze 25 gennaio 2001, C-172/99, 26 settembre 2000, C-175/99 e 14 settembre 2000, C-343/98, deve ritenersi applicabile anche nei casi in cui il trasferimento dell’azienda non derivi dall’esistenza di un contratto tra cedente e cessionario, ma sia riconducibile a un atto autoritativo della p.a., con conseguente diritto dei dipendenti dell’impresa cedente alla continuazione del rapporto di lavoro subordinato con l’impresa subentrante, purché si accerti l’esistenza di una cessione di elementi materiali significativi tra le due imprese*” (50).

Nel caso all’esame della Corte di Cassazione, con sentenza cassata, i giudici del merito non avevano ritenuto applicabile la disciplina di cui all’art. 2112 c.c. ai dipendenti di una

(47) A mente del quale “*l’acquisizione del personale già impiegato nell’appalto a seguito di subentro di un nuovo appaltatore, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro, o di clausola del contratto d’appalto, non costituisce trasferimento d’azienda o di parte d’azienda*”.

(48) Caso EU Pilot 7622/15/EMPL.

(49) Per un approfondimento del rapporto tra appalto e trasferimenti di azienda e di rami di azienda: FONTANA F., *Trasferimento d’azienda, successione nell’appalto, contratti a tempo determinato: circolarità e continuità del rapporto di lavoro* (nota a Trib. Pisa 13 novembre 2013, n. 411), in *ADL*, 2014, 3, 765; COSIO R., *La distinzione tra appalto e trasferimento d’impresa nella giurisprudenza comunitaria*, in *MGL*, 2011; SPEZIALE V., *Appalti e trasferimento di azienda*, in C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT, n. 41/2006.

(50) Cass. 20 settembre 2003, n. 13949, con nota di SENATORI I., *Successione in appalto di servizi e trasferimento di azienda tra ratio comunitaria e riforma del mercato del lavoro italiano*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, 2, 404. Conformi, Cass. 16 maggio 2013, n. 11918; Cass. 13 aprile 2011, n. 8460; Cass. 15 ottobre 2010, n. 21278, in *Giust. Civ. mass.*, 2010; Cass. 10 marzo 2009, n. 5708, in *Giust. Civ. mass.*, 2009; Cass. 8 ottobre 2007, n. 21023, in *Giust. Civ. mass.*, 2007; Cass. 13 gennaio 2005, n. 493, con nota di ROSANO M., *Trasferimento d’azienda e successione in appalto di servizi aeroportuali: due discipline incompatibili?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, 4, 957; Cass. 27 aprile 2004, n. 8054.

società di autotrasporti sciolta e messa in liquidazione, alla quale era stata revocata la concessione per l'esercizio del trasporto pubblico, ma la cui attività era stata proseguita in capo a un'azienda che aveva preso in comodato, prima, e in affitto, poi, i mezzi già utilizzati dalla prima società.

L'approccio così definito parrebbe coerente con l'orientamento della Corte di Giustizia, per come cristallizzato nella sentenza Abler: *“l'art. 1 della direttiva del Consiglio 14 febbraio 1977, 77/187/CEE, 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 stabilimenti, va interpretato nel senso che quest'ultima si applica alla situazione in cui un committente, che aveva affidato con un contratto la completa gestione della ristorazione collettiva in un ospedale ad un primo imprenditore, pone fine a tale contratto e conclude, per l'esecuzione della stessa prestazione, un nuovo contratto con un secondo imprenditore, quando il secondo imprenditore utilizza rilevanti elementi patrimoniali materiali di cui si è servito precedentemente il primo imprenditore e messi successivamente a loro disposizione dal committente, anche qualora il secondo imprenditore abbia manifestato l'intenzione di non riassumere i dipendenti del primo imprenditore”* (51).

Nella decisione appena richiamata, il Giudice Europeo ha chiarito: *“per poter determinare se sussistano le caratteristiche di un trasferimento di un'entità economica organizzata, dev'essere preso in considerazione il complesso delle circostanze di fatto che caratterizzano l'operazione di cui trattasi, fra le quali rientrano in particolare il tipo di impresa o di stabilimento in questione, la cessione o meno di elementi materiali, quali gli edifici e i beni mobili, il valore degli elementi immateriali al momento della cessione, la riassunzione o meno della maggior parte del personale da parte del nuovo imprenditore, il trasferimento o meno della clientela, nonché il grado di analogia delle attività esercitate prima e dopo la cessione e la durata di un'eventuale sospensione di tali attività (citate sentenze Spijkers, punto 13, e Süzen, punto 14). Tali elementi costituiscono tuttavia soltanto aspetti parziali della valutazione complessiva cui si deve procedere e non possono, perciò, essere considerati isolatamente (v., in particolare, le menzionate sentenze Spijkers, punto 13, e Süzen, punto 14)”. Sicché, “il giudice nazionale deve tener conto, nell'ambito della valutazione delle circostanze di fatto che caratterizzano l'operazione de qua, del genere di impresa o di stabilimento di cui trattasi. Ne consegue che l'importanza da attribuire rispettivamente ai singoli criteri attinenti alla sussistenza di un trasferimento ai sensi della direttiva 77/187 varia necessariamente in funzione dell'attività esercitata*

(51) C. Giust. 20 novembre 2003, causa C-340/01, in *Racc.*, 2003 I-14023. Nella sentenza in esame la Corte di Giustizia conferma il principio, già espresso, per cui le direttive in materie di trasferimento di azienda debbono trovare applicazione anche in assenza di un vincolo contrattuale diretto fra le imprese, a condizione che vi sia il subentro in un complesso coordinato di elementi – lavoratori e strumenti – che consentono l'esercizio stabile di un'attività economica organizzata (in questo stesso senso, C. Giust. 11 marzo 1997, C-13/95; C. Giust. 25 gennaio 2001, C-172/99; C. Giust. 26 settembre 2000, C-175/99; C. Giust. 20 novembre 2003, C-340/01).

o addirittura in funzione dei metodi di produzione o di gestione utilizzati nell'impresa, nello stabilimento o nella parte di stabilimento in questione (citare sentenze Sützen, punto 18, e Hidalgo e a., punto 31)”.

Muovendo da tali presupposti, in una vicenda che aveva ad oggetto l'attività di ristorazione collettiva (52) e che si era caratterizzata per il trasferimento dei locali e delle attrezzature indispensabili alla preparazione e alla distribuzione dei pasti, nonché per il passaggio della maggior parte della clientela, la Corte di Giustizia ha ritenuto di ivi individuare un'ipotesi di trasferimento dell'entità economica. Ciò, in quanto *“l'assenza di riassunzione, da parte del nuovo imprenditore, di una quota sostanziale, in termini di quantità e di competenze, del personale che il suo predecessore destinava all'esecuzione della stessa attività non è sufficiente ad escludere l'esistenza di un trasferimento di un'entità che mantenga la sua identità ai sensi della direttiva 77/187 in un settore, come quello della ristorazione collettiva, in cui l'attività si basa sostanzialmente sulle attrezzature”*.

Ai fini della riconducibilità del subentro nell'appalto alla fattispecie di cui all'art. 2112, il Supremo Collegio ha recentemente ribadito la necessità del *“passaggio di beni di non trascurabile entità, nella loro funzione unitaria e strumentale all'attività di impresa, o almeno del “know how” o di altri caratteri idonei a conferire autonomia operativa ad un gruppo di dipendenti?”* (53).

Sulla base di tali presupposti, ha ritenuto infondata la pretesa dei dipendenti di una società appaltatrice del servizio di gestione di parcheggi comunali, poi affidato a una società *in house*, di vedersi riconosciuto il diritto *ex art. 2112 c.c.* di proseguire il rapporto di lavoro alle dipendenze della subentrante. La Corte ha escluso la ricorrenza di un trasferimento d'azienda riconducibile alla nozione di cui all'art. 2112 c.c. in quanto il giudizio di merito non aveva dato conto di nessun passaggio, diretto o indiretto, di beni di non trascurabile entità.

Secondo la Commissione, tuttavia, il previgente art. 29, co. 3, d.lg. 276/2003 si poneva in contrasto con la direttiva 2001/23/CE, *“concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti?”*. E' intervenuta, dunque, la novella legislativa che prevede che il subentro di un soggetto in un appalto già in essere, con contestuale acquisizione del personale già impiegato nell'appalto, sfugge alla disciplina di cui all'art. 2112 c.c. solo ove siano presenti *“elementi di discontinuità che determinano una specifica identità di impresa”*.

La riscrittura del comma terzo solleva questioni di non poco rilievo.

Il dato di più immediata percezione parrebbe essere quello della radicale inversione nella prospettiva del Legislatore, che parrebbe aver introdotto una sorta di presunzione di operatività dell'art. 2112 c.c. nelle ipotesi di subentro in appalto con contestuale assunzione

(52) Attività che necessitava, oltre che di manodopera, altresì di *“notevoli attrezzature”*.

(53) Cass. 6 dicembre 2016, n. 24972, con nota di ALVINO I., *Cambio di appalto, assunzione dei dipendenti da parte del nuovo appaltatore e condizioni per l'applicazione dell'art. 2112 c.c.*, in *Igislavorista.it*, 2017, 19.

dei lavoratori ivi già impiegati, e cristallizzare l'eccezione alla regola così introdotta nella verifica della sussistenza di elementi differenziazione del profilo gestorio e organizzativo dell'impresa (54).

Quale possa essere, tuttavia, il contenuto obiettivo della “*discontinuità*” richiesta dalla norma non pare aspetto di agevole definizione.

Allo stato, su questo specifico aspetto, si è affermato che, “*in caso di successione nell'appalto di servizi, la mera riduzione quantitativa dei servizi appaltati non comporta discontinuità d'impresa ai sensi dell'art. 29, comma 3, d.lgs. 276/2003 come modificato dall'art. 30, l. 7 luglio 2016, n. 122, con conseguente applicazione dell'art. 2112 c.c.*” (55).

Problematica di non poco momento si prospetta, altresì, l'inquadramento dei cosiddetti appalti *labour intensive* caratterizzati da uno scarso impiego di beni strumentali e che dipendono, in via del tutto prevalente, dall'apporto delle prestazioni lavorative (56).

Vigente la precedente disposizione, infatti, poteva risultare sufficiente la ricorrenza di una attività per la cui realizzazione fosse necessario impiegare esclusivamente un gruppo di lavoratori (seppur con l'utilizzo di beni di trascurabile entità) e appurare la permanenza, tra i lavoratori assunti dall'appaltatore subentrante, di un'autonoma capacità operativa (57). L'applicazione della nuova disposizione, allo scopo uguale ma contrario di escludere l'applicazione dell'art. 2112 c.c., impone di verificare la ricorrenza di un elemento di differenziazione – del piano organizzativo e/o produttivo dell'impresa – poiché, diversamente dal passato, l'assunzione di tutto o di parte del personale impiegato dal precedente imprenditore parrebbe da sola sufficiente a rendere applicabili le tutele previste per il trasferimento di azienda.

Ancora, oltremodo peculiare si prospetta la rinnovata previsione per il fatto di far dipendere l'applicabilità della disciplina prevista dall'art. 2112 c.c., non da elementi propri del compendio oggetto di cessione e/o passaggio, ma da caratteristiche specifiche del soggetto subentrante.

(54) Per una riflessione sul tema, ALVINO I., *La nozione di trasferimento di ramo di azienda alla prova del fenomeno dei “cambi di appalto”: un cantiere ancora aperto*, in *Dir. rel. ind.*, 2018, 2, 556.

(55) T. Bologna 7 luglio 2017, n. 5941, in fattispecie successiva alla modifica dell'art. 29, co. 3, d.lg. 276/2003 ad opera dell'art. 30 lg. 122/2016.

(56) Per un approfondimento del tema, ROCCELLA M., AIMO M., *Trasferimento d'impresa nella normativa codicistica e comunitaria: cessioni di beni materiali, o anche di sola manodopera?*, in CARINCI F. (a cura di), *Trasferimento di ramo d'azienda*, cit., 271.

(57) Cass. 19 maggio 2017, n. 12720: “*nei settori in cui l'attività si fonda essenzialmente sulla mano d'opera, come nell'ipotesi di successione nell'appalto di un servizio, è configurabile un trasferimento d'azienda qualora il nuovo imprenditore non si limiti a proseguire l'attività, ma riassuma anche una parte essenziale, in termini di numero e di competenza, del personale specificamente destinato dal predecessore a tali compiti, potendo corrispondere ad un'entità economica, idonea a conservare la sua identità al di là del trasferimento, un gruppo di lavoratori che assolva stabilmente un'attività comune*”.

Una considerazione, quest'ultima, che parrebbe quasi suggerire la necessità di uno slittamento del piano di osservazione della vicenda circolatoria: se l'originario art. 29, co. 3, d.lg. 276/2003 consentiva l'inquadramento *ex art. 2112 c.c.* delle ipotesi caratterizzate dal passaggio di un'organizzazione strumentale di "non trascurabile entità"; il nuovo art. 29, co. 3, d.lg. 276/2003 consentirebbe di escludere l'applicabilità dell'art. 2112 c.c. nel caso di acquisizione, da parte dell'appaltatore subentrante, di un compendio marginale rispetto all'organizzazione complessivamente predisposta ai fini dell'adempimento del contratto di appalto.

Si tratta, nondimeno, di un approccio che non manca di sollevare perplessità laddove si consideri che nelle ipotesi di trasferimento di ramo di azienda propriamente intese, non è certo l'aspetto "dimensionale" della parte di azienda ceduta a qualificare la fattispecie, quanto le caratteristiche intrinseche della stessa per come già sopra precisate (58).

6. Prospettive di convergenza.

Con la sentenza Ferreira da Silva e Brito e altri, la Corte di Giustizia ha ribadito che lo scopo della direttiva 2001/23/CE è quello di assicurare la continuità dei rapporti di lavoro esistenti nell'ambito di un'entità economica, a prescindere da un cambiamento del proprietario, laddove essa conservi la sua identità nel proseguimento effettivo della gestione o dalla sua ripresa.

Ha chiarito, inoltre, che per determinare se questa condizione sia soddisfatta si deve prendere in considerazione il complesso delle circostanze di fatto che caratterizzano la vicenda circolatoria, tra le quali, *"il grado di analogia delle attività esercitate prima e dopo la cessione e la durata di un'eventuale sospensione di tali attività"*, con la precisazione che *"l'importanza da attribuire rispettivamente ai singoli criteri varia necessariamente in funzione dell'attività esercitata, o addirittura in funzione dei metodi di produzione o di gestione utilizzati nell'impresa, nello stabilimento o nella parte di stabilimento di cui trattasi"*.

Il Giudice Europeo ha precisato, poi, che *"è il mantenimento non già della struttura organizzativa specifica imposta dall'imprenditore ai diversi fattori di produzione trasferiti, bensì del nesso funzionale di interdipendenza e complementarità fra tali fattori a costituire l'elemento rilevante per determinare la conservazione dell'identità dell'entità trasferita. Infatti, il mantenimento di un siffatto nesso funzionale tra i vari fattori trasferiti consente al cessionario di utilizzare questi ultimi, anche se essi sono integrati, dopo il trasferimento, in una nuova diversa struttura organizzativa al fine di continuare un'attività economica identica o analoga (v. sentenza Klarenberg, C-466/07, EU:C:2009:85, punto 48)"*. Sicché,

(58) Sulla definizione di ramo di azienda, si veda il paragrafo 3.

“l'articolo 1, paragrafo 1, della direttiva 2001/23, deve essere interpretato nel senso che la nozione di «trasferimento di uno stabilimento» comprende una situazione nella quale un'impresa attiva nel mercato dei voli charter è liquidata dal suo azionista di maggioranza, che è a sua volta impresa di trasporto aereo, e nella quale, successivamente, quest'ultima subentra all'impresa liquidata riassumendone i contratti di locazione di aerei e i contratti di voli charters in vigore, svolge l'attività precedentemente svolta dall'impresa liquidata, riassume alcuni lavoratori fino a quel momento distaccati presso tale impresa, collocandoli in funzioni identiche a quelle svolte in precedenza e riprende piccole apparecchiature di detta impresa” (59).

La Corte di Cassazione ha già avuto modo di far proprio questo orientamento in epoca anteriore alla novella di cui all'art. 29, co. 3, d.lg. 276/2003, precisando che il criterio decisivo per stabilire se sussista un trasferimento consiste nel fatto che l'entità economica conservi la sua identità a prescindere dal cambiamento del proprietario, circostanza che si desume dal proseguimento effettivo o dalla ripresa della sua gestione, da valutarsi tenuto conto dell'attività esercitata o “addirittura in funzione dei metodi di produzione o di gestione utilizzati nell'impresa, nello stabilimento o nella parte di stabilimento di cui trattasi”. Ne consegue che, “in accordo con il Giudice Europeo deve precisarsi, quanto all'elemento del trasferimento dei mezzi di produzione, che l'accertamento dell'avvenuto trasferimento non è subordinato al trasferimento della proprietà degli elementi materiali (cfr. Corte di Giustizia, sez. 3, 15 dicembre 2005 *Nurten Gliney-Gorres e altri*, punti 37-42 e giurisprudenza ivi richiamata) ed ancora, quanto al trasferimento del personale, che quando un'entità economica sia in grado, in determinati settori, di operare senza elementi patrimoniali significativi la conservazione della sua identità, al di là dell'operazione di cui essa è oggetto, non può dipendere dalla cessione di tali elementi sicché, nei settori in cui l'attività si fonda essenzialmente sulla mano d'opera, un gruppo di lavoratori – costituente parte essenziale, in termini di numero e di competenza, del personale specificamente destinato dal predecessore alla attività – può corrispondere ad un'entità economica (cfr. Corte di giustizia sez. 6, 24 gennaio 2002, *Temco Service Industries S.A.*; 14 aprile 1994, *Schmidt*; 11 marzo 1997, *Suzen*; 10 dicembre 1998, *Hernandez Vidal e a.*)” (60).

Sulla base di queste premesse logico-giuridiche, il Giudice di Legittimità ha ritenuto scorretta la decisione della Corte di merito che, nell'escludere il trasferimento di azienda, si era limitata al rilievo del mero dato formale inerente all'esistenza di una fattispecie di appalto di servizi, così attribuendo portata erroneamente dirimente al tipo contrattuale.

Orbene, nell'esame congiunto delle due decisioni e, *in primis*, nello studio della sentenza della Corte di Giustizia parrebbe possibile individuare l'approccio interpretativo funzionale a un'applicazione del rinnovato art. 29, co. 3, d.lg. 276/2003 conforme ai principi sanciti dalla direttiva 2001/23/CE, tanto nel suo precipitato sostanziale di disciplina dalle finalità di

(59) C. Giust. 9 settembre 2015, cit.

(60) Cass. 15 marzo 2017, n. 6770, in *Diritto & Giustizia*, 2017.

politica sociale ed occupazionale, quanto nella sua veste formale di strumento di regolazione del mercato e della libera circolazione. Una prospettiva, quest'ultima, che induce a non ritenere possibile – in quanto non coerente con i principi generali dell'ordinamento comunitario per come sopra tratteggiati – una interpretazione che conduca a una piana assimilazione di tutte le vicende di successione e subentro in appalti alla fattispecie del trasferimento di azienda o di una parte di essa.

Ai sensi della rinnovata disposizione, il subentro nell'appalto con contestuale acquisizione del personale ivi operante non costituisce trasferimento allorché presenti “*elementi di discontinuità che determinano una specifica identità di impresa*”.

Alla luce di quanto sin qui osservato deve ritenersi, da un lato, che sussista un trasferimento *ex art. 2112 c.c.* – indipendentemente dallo strumento tecnico-giuridico impiegato per realizzare la sostituzione nella titolarità dell'attività economica – laddove si conservi l'identità dell'entità trasferita e, dall'altro, che l'identità da ricercarsi attenga al nesso funzionale di interdipendenza e complementarità fra i fattori della produzione.

Se questi sono i principi ai quali la giurisprudenza comunitaria e, necessariamente, quella nazionale richiedono di far riferimento, parrebbe inevitabile concludere che la discontinuità debba essere accertata o esclusa avuto specifico riguardo alla conservazione dell'identità dell'entità trasferita da intendersi, una volta ancora, quale organizzazione funzionale – struttura coordinata e autonomamente capace di conseguire un determinato obiettivo – che “*sopravvive*” identica a se stessa nel cambio di appalto.

E se questa fosse l'interpretazione da adottare a fronte della novella di cui all'art. 30, co. 1, lg. 122/2016, potrebbe affermarsi che la fattispecie di cui all'art. 2112, co. 5, c.c. e quella di cui all'art. 29, co. 3, d. lg. 276/2003 si compenetrano in una complementarità reciproca, necessitata dall'esigenza di tener conto dell'effetto sostanziale potenzialmente identico di vicende circolatorie caratterizzate da presupposti logico-giuridici non sovrapponibili (tipicamente bilatero, il primo; necessariamente trilatero, il secondo).

Diversamente argomentando, dovrebbe ritenersi che il Legislatore abbia semplicemente inteso estendere la disciplina di cui all'art. 2112 c.c. alla diversa fattispecie dell'appalto, in tutti i casi di subentro con acquisizione del personale ivi già impiegato, ove manchino i predetti elementi di discontinuità.

Una conclusione cui non può pervenirsi, tuttavia, in ragione del tenore letterale della disposizione che sembra palesare la volontà di ricondurre quella specifica ipotesi alla fattispecie del trasferimento di azienda: si tratterebbe, in sostanza, di una miglior definizione del perimetro obiettivo del trasferimento di azienda o di una parte di essa, e non dell'estensione della relativa disciplina a una vicenda negoziale differente.

