

Numero 2 / 2021

Ilaria Giovannelli

Nota a Cass. 7364/2021

**Trasferimento di ramo d'azienda, autonomia e
preesistenza del ramo ceduto: la vicenda di Banca Monte
dei Paschi S.P.A.**

Nota a Cass. 7364/2021

Trasferimento di ramo d'azienda, autonomia e preesistenza del ramo ceduto: la vicenda di Banca Monte dei Paschi S.P.A.

Ilaria Giovannelli
Praticante Avvocata

1. I fatti oggetto della sentenza: il trasferimento di ramo da Banca Monte dei Paschi S.p.A. a Fruendo S.r.l.

Con sentenza del 16 marzo 2021, la Corte di Cassazione scioglie i nodi di una vicenda che da quasi un decennio vedeva la Monte dei Paschi S.p.A. (anche, BMPS) difendere davanti a molteplici corti territoriali la legittimità del trasferimento di ramo d'azienda riguardante i servizi di *back office* (ossia di tutte quelle attività, amministrative e contabili, ausiliarie dell'attività bancaria) verso la *NewCo* Fruendo S.r.l.

BMPS aveva adottato un piano aziendale per il triennio 2012-2015, volto alla gestione della crisi dell'Istituto bancario, e che prevedeva anche la preventiva reinternalizzazione delle attività di *back office* in un'unica divisione interna di BMPS e poi, a stretto giro, la loro cessione alla neocostituita Fruendo S.r.l. mediante lo strumento messo a disposizione dall'art. 2112 c.c..

Da tale operazione scaturiva l'instaurazione davanti al giudice del lavoro, da parte di un gruppo di lavoratori coinvolti, di una serie di contenziosi al fine di vedere dichiarata l'inefficacia nei propri confronti del negozio traslativo e riconosciuto il proprio diritto alla continuazione del rapporto di lavoro presso la Banca cedente.

La S.C. si pronuncia sulle istanze di cedente e cessionario che ricorrevano avverso la sentenza della Corte d'Appello di Firenze del 30 gennaio 2017. In tale pronuncia, la Corte fiorentina, accertava la perdurante esistenza del rapporto di lavoro tra i dipendenti trasferiti e BMPS, ritenendo privo di autonomia funzionale il ramo di azienda trasferito.

I ricorrenti si dolgono della interpretazione della disciplina codicistica e comunitaria operata dalla Corte territoriale nell'individuare gli elementi decisivi che qualificano il requisito dell'autonomia funzionale di un ramo d'azienda oggetto di cessione.. In particolare, censurano la sentenza impugnata laddove, a loro avviso, questa ritiene implicitamente necessario il requisito della preesistenza del ramo ceduto, a loro avviso non richiesto né dall'art. 2112 c.c. né dalla direttiva 2001/23/CE.

La Suprema Corte, dopo aver ripercorso la sua costante giurisprudenza secondo la quale la verifica dei presupposti fattuali che consentano l'applicazione o meno del regime previsto dall'art. 2112 c.c., implica una valutazione di merito che, ove espressa con motivazione sufficiente e non contraddittoria, sfugge al suo sindacato di legittimità, rigetta i motivi di ricorso proposti da

cedente e cessionario nonché le loro istanze di rinvio pregiudiziale alla CGUE, richiamandosi agli orientamenti giurisprudenziali che si sono andati consolidando in tema di autonomia funzionale del ramo d'azienda ceduto e di preesistenza del medesimo.

2. Sulla nozione di autonomia funzionale del ramo ceduto e sua individuazione in concreto

Sul punto, la Corte, in coerenza con la disciplina comunitaria, nonché con la nozione stessa di “ramo d'azienda” definita ai fini e per gli effetti dell'art. 2112 c.c., prendono i passi da un risalente principio proprio della giurisprudenza di legittimità, secondo il quale una cessione di ramo d'azienda è configurabile ove venga ceduto un complesso di beni che sia oggettivamente dotato di una propria autonomia organizzativa ed economica funzionalizzata allo svolgimento di un'attività produttiva (in questi termini si vedano, tra le più recenti, Cass. 6077/2021, Cass. 26702/2020, Cass. 25625/2020 e Cass. 7042/2019).

Dunque, viene in prima battuta ribadita la necessaria autonomia funzionale del ramo ceduto come elemento costitutivo della cessione stessa ai fini dell'applicazione dell'art. 2112 c.c. (nei medesimi termini si vedano anche Cass. 7042/2019, Cass. 28593/2018, Cass. 19034/2017 e Cass. 1316/2017).

Nell'indicare il contenuto della nozione di autonomia funzionale la Suprema Corte ha aderito al consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui questa si sostanzia “*nella capacità del ramo ceduto, 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***” (così, *ex multis*, Cass. 6077/2021, Cass. 26702/2020 e Cass. 28593/2018. Nel merito si vedano anche, Corte d'Appello Roma 15 marzo 2018, Corte d'Appello Firenze 19 dicembre 2016, Tribunale Roma 23 giugno 2020 e 27 giugno 2019, Tribunale Milano 5 settembre 2018).

Come noto, la *ratio* di questa interpretazione della disciplina codicistica risiede nell'intento di impedire la creazione di strutture produttive *ad hoc* al momento della cessione, allo scopo di espellere in maniera incontrollata frazioni non autonome e coordinate fra loro, unificate soltanto dalla volontà dell'imprenditore, e dietro la quale spesso si nasconde un tentativo di eludere le discipline in materia di licenziamenti collettivi o di interposizione illegittima di manodopera (in questo senso, *ex multis*, Cass. 6077/2021, Cass. 15525/2018 e Cass. 1769/2018).

A tal proposito, è appena il caso di sottolineare che, sulla scorta della *ratio* sottesa a tale interpretazione della nozione di autonomia funzionale del ramo, la giurisprudenza si è spinta sino a considerare legittime anche le cessioni di rami “dematerializzati”, nei quali il fattore umano è l'unico o quasi l'unico elemento oggetto della vicenda traslativa, purché il gruppo di lavoratori trasferiti sia dotato di un comune bagaglio di conoscenze, esperienze e capacità tecniche, di un particolare *know how*, tale che proprio in virtù di esso sia a questi possibile fornire un servizio (si veda, Cass. 9957/2014 e Cass. 678/2013).. Sul punto, il Tribunale di Roma, con recente sentenza del 10 febbraio 2020, ha ribadito come possa dirsi legittimo un trasferimento aziendale che abbia

ad oggetto solo un gruppo di dipendenti purché stabilmente coordinati ed organizzati tra loro e aventi una capacità operativa assicurata dal fatto di essere dotati di un particolare *know how* comune volto ad un determinato scopo produttivo.

Tuttavia, se ben pochi dubbi si sollevano sul ruolo centrale che il requisito dell'autonomia funzionale del ramo ceduto gioca nel nostro ordinamento ai fini della cessione automatica dei rapporti di lavoro, questione largamente più dibattuta è la corretta individuazione in concreto di quei caratteri fattuali che permettano di qualificare un'entità come funzionalmente autonoma. La medesima vicenda traslativa messa in piedi da BMPS e che ha interessato una moltitudine di lavoratori dislocati su tutto il territorio nazionale ha, soprattutto nei primi gradi di giudizio, registrato sentenze contrastanti. Così, ad esempio, mentre il Tribunale di Siena del 14 aprile 2015 aveva accolto la domanda dei lavoratori che premevano per ottenere la declaratoria di illegittimità della cessione di ramo a Fruendo S.r.l., la pronuncia del Tribunale di Roma del 14 aprile 2015 la aveva respinta, sulla scorta di una diversa valutazione degli elementi di fatto oggetto della controversia.

È noto, nonché ribadito anche dalla sentenza in analisi, che l'esistenza del requisito dell'autonomia funzionale deve essere accertata caso per caso sulla scorta di una valutazione sistematico-complessiva di indici da cui desumere l'esistenza di una entità economica organizzata e in grado, dopo la cessione, di essere produttiva senza necessità di particolari integrazioni da parte del cessionario (in questi termini si veda, *ex multis*, anche Cass. 26702/2020, Cass. 29187/2018, Cass. 17366/2016. Sulla necessità di procedere ad una valutazione complessiva degli indici di fatto da cui derivare l'autonomia funzionale del ramo si veda anche Corte di Giustizia, 9 settembre 2015, C-160/14, Joao Filipe Ferreira da Silva e Brito e a.).

Sul punto, la giurisprudenza di merito ha nel corso del tempo valorizzato elementi diversi. Tra i più rilevanti sicuramente spiccano la sussistenza di un particolare *know how* comune tra i lavoratori, in tal senso si veda da ultima Cass. 1769/2018 in cui la Corte ha escluso la configurabilità di un ramo d'azienda nella cessione di un gruppo marginale di lavoratori non dotati di specifico *know how* comune (ciò in particolare nelle cessioni di rami “dematerializzati” o “*labour intensive*”), la cessione dei mezzi utilizzati per la resa della prestazione lavorativa (in particolare, in questa pronuncia si accenna alla rilevanza posta dai precedenti giudizi di merito sulla mancata cessione da parte di BMPS dei programmi e sistemi informatici utilizzati dai dipendenti per la prestazione di lavoro), l'autonoma organizzazione del lavoro o anche la preesistenza del ramo ceduto.

In buona sostanza, anche nella sentenza in commento, il pomo della discordia risiede nella valutazione circa la sussistenza dell'autonomia funzionale e, più specificatamente, nel ruolo rivestito all'interno di questo percorso valutativo dal requisito della preesistenza del ramo stesso.

3. Sul valore del requisito della preesistenza nel giudizio sull'autonomia del ramo ceduto

La formulazione dell'art. 2112 c.c. precedente alla riforma importata dal d.lgs. n. 276/2003 definiva l'azienda, ai soli fini e per gli effetti di cui all'art. 2112 c.c., come “*un'attività economica*

organizzata [...] preesistente al trasferimento”, mentre il ramo di questa viene definito “*come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata*”. Con la successiva novella del d.lgs. n. 276/2003 viene poi definitivamente cancellato il concetto di preesistenza del ramo d'azienda che, invece, s'ammette possa essere identificato “*come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento*”.

Nonostante questa suggestione data da una prima lettura dell'art. 2112 c.c., il dibattito sul ruolo rivestito dalla nozione di preesistenza nel processo di accertamento dell'autonomia funzionale del ramo ceduto è tutt'altro che concluso.

Sul punto, non è sfuggito in giurisprudenza e in dottrina il dato per il quale il legislatore, eliminando il requisito della preesistenza dalla disposizione codicistica, ha voluto sottrarlo degli indici da cui desumere la legittimità del negozio traslativo ai fini dell'applicazione dell'art. 2112 c.c..

Così, nella giurisprudenza di legittimità non sono mancate pronunce tese a marginalizzare il requisito della preesistenza. A tal proposito, si è spesso affermato come a valle della citata riforma del 2003, oramai rilevi solo indirettamente il fatto che anche in precedenza è sussistita tale organizzazione potenzialmente suscettibile di essere oggetto di un autonomo esercizio d'impresa (così, Cass. 2151/2013). Interpretazione espulsiva del concetto di preesistenza che peraltro, come precisato da certa giurisprudenza di legittimità, non stride con i principi comunitari. Sul punto, Cass. 10926/2014, dove si richiama l'affermazione della stessa CGUE per la quale “*L'art. 1, paragrafo 1, lettere a) e b), della direttiva 2001/23/CE del Consiglio, del 12 marzo 2001, [...], deve essere interpretato nel senso che 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*” (CGUE, 6 marzo 2014, C-458/12, Amatori ed a.).

Parimenti, anche la giurisprudenza di merito, ha talvolta riconosciuto che, a seguito della novella del 2003, sia possibile prescindere da un'analisi troppo stringente del requisito preesistenza del ramo ceduto. Si veda in questo senso la pronuncia del Tribunale di Milano del 18 maggio 2010 in cui viene chiarito che, “*seppur identificata al momento della cessione*”, ciò che deve rilevare è solo che l'articolazione aziendale oggetto del negozio traslativo abbia una propria autonomia e compiutezza funzionale “*per come individuata in seno alla cedente, e così si trasferisce presso il cessionario*”.

Anche in dottrina si è segnalata la non decisività del richiamo alla preesistenza del ramo d'azienda oggetto di cessione. In particolare, si veda T. Treu (in “*cessione di ramo d'azienda: note orientative e di metodo*”, RIDL, fasc.1, 2016, pag. 43), secondo cui il requisito della preesistenza sia stato esplicitamente eliminato dalla riforma del 2003 e non trovi alcun riscontro nelle indicazioni comunitarie. Non solo, il requisito della preesistenza pone, infine, anche un certo profilo di rischio laddove lascia all'arbitrio del giudice la fissazione del periodo temporale minimo di esistenza e di operatività del ramo aziendale. Si veda anche l'interpretazione fornita da G. Pellacani (in “*trasferimento d'azienda, Commento all'art. 32*”, in L. Galantino (a c. di), “*La riforma del*

mercato del lavoro, Commento al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 (Artt. 1-32)”, Giappichelli, Torino, 2004, p. 390) secondo la quale “*l'effetto più rilevante - e più dirimpente - è costituito dal fatto che ora l'articolazione da trasferire può essere appositamente confezionata ai soli fini della cessione*” e “*l'assemblaggio realizzato da cedente e cessionario può dar luogo ad un'entità organizzata nuova e diversa da quelle preesistenti*”. Taluni autori hanno, infine, notato come con la novella del 2003, il legislatore, eliminando il requisito della preesistenza “*agevola il processo circolatorio, svincolando il cedente dall'obbligo di dimostrare che il ramo aziendale ceduto aveva una propria identità già all'interno dell'originaria compagine organizzativa; prova, invero, non sempre agevole, specie al cospetto di strutture aziendali altamente connesse e interdipendenti ove una certa autonomia funzionale del segmento da cedere si accompagna ad una stretta complementarità con altri comparti o funzioni dell'azienda*” (Così, R. De Luca Tamajo, “*Tra le righe del d.lgs. n. 276/2003 (e del decreto correttivo n. 251/2004): tendenze e ideologie*”, in RIDL, fasc. 4, 2004, pag. 521).

Al contrario, la sentenza qui in analisi si pone nel ben più nutrito filone interpretativo che, anche a seguito della novella del 2003, continua a tenere fermo il requisito della preesistenza, ritenendo che non fosse sufficiente una mera individuazione del ramo in sede di accordo di cessione.

Nella sentenza che qui si commenta, seppur ribadendo che la preesistenza non costituisce elemento a sé stante, la S.C. riconosce come l'elemento costitutivo rappresentato dall'autonomia funzionale del ramo d'azienda ceduto debba venire letto in reciproca integrazione con il requisito della preesistenza di esso. Ciò nel senso che, quando si va a valutare se il ramo ceduto ha la capacità di svolgere autonomamente dal cedente, e senza integrazioni di rilievo da parte del cessionario, il servizio o la funzione cui esso risultava finalizzato (ossia, si va a valutare la sussistenza del requisito dell'autonomia funzionale), l'indagine deve basarsi non sull'organizzazione assunta dal cessionario successivamente alla cessione ma sull'organizzazione consentita già dalla frazione del preesistente complesso produttivo costituito dal ramo ceduto.

Tale interpretazione trova, secondo la Corte, conferma anche nella giurisprudenza comunitaria, per la quale l'impiego del termine “**conservi**” nell'art. 6, par. 1, commi 1 e 4 della direttiva, “*implica che l'autonomia dell'entità ceduta deve, in ogni caso, preesistere al trasferimento*” (Corte di Giustizia, 6 marzo 2014, C-458/12, Amatori ed a.) “*non potendo conservarsi quel che non c'è*” (così, *inter alia*, Cass. 19985/2014).

Sullo stretto rapporto tra l'utilizzo del verbo “conservare” e la necessaria preesistenza del ramo ceduto la Corte si esprime in termini estremamente netti. Conclude l'iter argomentativo affermando come, in linea con molti altri precedenti di legittimità (*Ex multis*, Cass. 20240/2020 e Cass. 18954/2020) e di giurisprudenza comunitaria (Corte di Giustizia, 13 giugno 2019, C-664/2017, Ellinika Nafpigeia AE), possa conservarsi solo qualcosa che già esiste e che tale principio, ampiamente ribadito, debba oramai assurgere a principio consolidato del diritto vivente. Principio dal quale, anche per non recare *vulnus* all'eguaglianza dei cittadini innanzi alla legge, la Corte vede ragione per distaccarsene.

Sul punto la Corte di Cassazione richiama numerosi precedenti nazionali (tra cui, Cass. 19842/2003; Cass. 8017/2006; Cass. 2489/2008; Cass. 8757/2014) e comunitari (tra cui, Corte di Giustizia, 13 giugno 2019, C-664/2017, Ellinika Nafpigeia AE e Corte di Giustizia, 6 marzo

2014, C-458/12, Amatori ed a.). Tuttavia, non mancano le critiche, soprattutto da parte di taluna dottrina (T. Treu, *op. cit.*) che sostiene come tale interpretazione del verbo conservare, che implicherebbe la preesistenza del ramo ceduto, nasconda in realtà un sillogismo fallace, dal momento che può essere conservato anche quanto presente e individuato al momento del trasferimento.

Preme, infine, rilevare come invece non sia fuggito a taluni autori che la caducazione del requisito della preesistenza dalle valutazioni circa l'applicabilità dell'art. 2112 c.c. può anche rischiare di dilatare i margini per l'uso fraudolento dell'istituto del trasferimento d'azienda, rendendo possibile celare dietro tali vicende traslative fenomeni di licenziamento collettivo o di interposizione di manodopera (in questi termini, R. De Luca Tamajo, "Ragioni e regole del decentramento produttivo", in DRI, fasc. 2, 2005, p. 307 ss.).

4. Sul rigetto delle istanze di rimessione alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea

Entrambe le società ricorrenti, BMPS e Fruendo S.r.l., hanno proposto molteplici istanze di rimessione alla CGUE. Un primo gruppo attiene alla individuazione della nozione di identità del ramo dopo il trasferimento, mentre un secondo gruppo attiene al concetto di preesistenza del ramo ceduto. In particolare, (i) se la preesistenza debba essere rapportata ad un profilo strutturale o funzionale; (ii) se essa possa essere individuata come tale dai contraenti al momento della cessione e se (iii) ai lavoratori sia consentito fornirne la prova contraria.

La S.C. ha rigettato tutte le istanze di rimessione alla CGUE formulate dai ricorrenti sulla scorta di un principio consolidato nella giurisprudenza di legittimità per il quale, posto che la CGUE non opera come giudice del caso concreto, bensì come interprete di disposizioni ritenute rilevanti ai fini del decidere da parte del giudice nazionale, l'obbligo di rimessione "viene meno quando non sussista la necessità di una pronuncia pregiudiziale sulla normativa comunitaria, in quanto la questione sollevata sia materialmente identica ad altra, già sottoposta alla Corte in analoga fattispecie, ovvero quando sul problema giuridico esaminato si sia formata una consolidata giurisprudenza di detta Corte" (*Ex multis*, Cass. 4776/2012).

Più specificatamente, con riguardo alle istanze attinenti all'individuazione della nozione di identità del ramo dopo il trasferimento, la Cassazione, dapprima, statuisce che non siano rilevanti ai fini del *decisum* della Corte territoriale, basato invece sull'analisi del concetto di autonomia funzionale. Poi, per completezza, ricorda che l'identità del ramo trasferito è da ricercarsi nel mantenimento del nesso funzionale tra i vari fattori trasferiti. Identità che, per insegnamento della stessa CGUE, deve emergere dalla valutazione complessiva di una serie di elementi inscindibili tra loro (tra cui, il personale, la sua organizzazione, il trasferimento della clientela, il grado di somiglianza delle attività esercitate prima e dopo il trasferimento e così via) e deve essere valutata in concreto dal giudice nazionale del rinvio.

Con riguardo, invece, alle richieste attinenti al concetto di preesistenza del ramo ceduto, la Corte ricorda come la CGUE si sia già espressa con riguardo alla nozione di preesistenza. In particolare, statuendo che il requisito della preesistenza stia ad indicare che il complesso organizzativo deve essere già concretamente preordinato presso il cedente all'esercizio dell'attività economica, in

quella che la Corte definisce “*una sintesi tra elemento strutturale e profilo funzionale*”. Restando, invece, escluso che l'autonomia funzionale del ramo di azienda ceduto possa derivare solo dalla individuazione fattane al momento del trasferimento da cedente e cessionario.

In sostanza, viene ricordato come l'atto di identificazione da parte del cedente debba avere un contenuto accertativo e non costitutivo. Ciò nel senso che la cessione presuppone l'individuazione del ramo nel contesto aziendale, ma non la sua creazione.

Il ramo ceduto deve, dunque, preesistere al momento della sua individuazione ad opera delle parti.

5. Conclusioni

La pronuncia qui in analisi ha concluso una vicenda giudiziale complessa, che ha visto numerose e contrastanti pronunce di merito nell'arco di quasi un decennio riconoscendo al requisito della preesistenza un ruolo scaturente dalla natura stessa della nozione codicistica di autonomia funzionale, secondo la quale – nella lettura che ne ha dato la Corte - l'atto di individuazione del ramo oggetto del negozio traslativo operato dalle parti non può che avere mera valenza accertativa e non costitutiva.