

IL TRASFERIMENTO DI RAMO D'AZIENDA

di **Mario Meucci** - Giuslavorista in Roma

NOZIONE DI TRASFERIMENTO D'AZIENDA

La disciplina legale del trasferimento d'azienda risiedeva esclusivamente nel vecchio art. 2112 c.c., prima delle innovazioni apportate al suo testo dall'art. 47 della L. 29 dicembre 1990, n. 428, recante «*Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità Europee*» (cd. Legge Comunitaria per il 1990), seguito dal D.Lgs. 2 febbraio 2001, n. 18 («*Attuazione della*

Analizziamo la recente elaborazione giurisprudenziale dei requisiti che legittimano – secondo il testo del nuovo art. 2112 c.c. (quale risultante dalle modifiche dell'art. 32 del D.Lgs. n. 276/2003) – la cessione di ramo d'azienda

direttiva 98/50/CE relativa al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti»).

Quest'ultima normativa ridefinì incisivamente l'art. 2112 c.c. che – per effetto dell'ulteriore modifica introdotta dall'art. 32 D.Lgs. n. 276/2003, che recepì il cd.

Patto per l'Italia del 5 luglio 2002, tra Confindustria e CISL-UIL (non firmataria la CGIL) – risulta oggi formulato come di seguito indicato:

«**Art. 2112 - Mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda** – In caso di trasferimento d'azienda, il rapporto di lavoro continua con il cessionario ed il lavoratore conserva tutti i diritti che ne derivano.

Il cedente ed il cessionario sono obbligati, in solido, per tutti i crediti che il lavoratore aveva al tempo del trasferimento. Con le procedure di cui agli artt. 410 e 411 c.p.c. il lavoratore può consentire la liberazione del cedente dalle obbligazioni derivanti dal rapporto di lavoro.

Il cessionario è tenuto ad applicare i trattamenti economici e normativi previsti dai contratti collettivi nazionali, territoriali ed aziendali vigenti alla data del trasferimento, fino alla loro scadenza, salvo che siano sostituiti da altri contratti collettivi applicabili all'impresa del cessionario. L'effetto di sostituzione si produce esclusivamente fra contratti collettivi del medesimo livello.

Ferma restando la facoltà di esercitare il recesso ai sensi della normativa in materia di licenziamenti, il trasferimento d'azienda non costituisce di per sé motivo di licenziamento. Il lavoratore, le cui condizioni di lavoro subiscono una sostanziale modifica nei tre mesi successivi al trasferimento d'azienda, può rassegnare le proprie dimissioni con gli effetti di cui all'art. 2119, primo comma.

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.

Nel caso in cui l'alienante stipuli con l'acquirente un contratto di appalto la cui esecuzione avviene utilizzando il ramo d'azienda oggetto di cessione, tra appaltante e appaltatore opera un regime di solidarietà di cui all'art. 1676».

Le innovazioni introdotte, al vecchio testo dell'art. 2112 c.c., dal D.Lgs. n. 18/2001, furono incisive e implicarono: *a)* la nuova nozione di trasferimento d'azienda, nel quale rientrano non solo i mutamenti

di titolarità dell'intera azienda ma di singoli rami, autonomi «preesistenti» al trasferimento; *b)* l'affermazione secondo cui il trasferimento non costituisce motivo di licenziamento; *c)* la (invero virtuale) possi-

Rapporto di lavoro

bilità per il lavoratore – le cui condizioni di lavoro subiscono per effetto del trasferimento una sostanziale modifica (es. logistica, organizzativa, contrattuale, mansionistica, ecc.) – di dimettersi per giusta causa (con percezione cioè dell'indennità sostitutiva del preavviso); *d*) la sostituzione automatica (e immediata) dei contratti collettivi (di vario livello: nazionale, territoriale, aziendale, ecc.) in atto presso l'acquirente al posto di quelli – di pari livello – applicati dal cedente.

La nuova normativa recepì il consolidato orientamento giurisprudenziale, secondo cui si ha trasferimento d'azienda «ogniqualevolta, ferma rimanendo l'organizzazione del complesso dei beni destinati all'esercizio dell'impresa – e quindi immutato il suo oggetto e la sua attività obbiettiva – vi sia soltanto sostituzione della persona del suo titolare, quale che sia il mezzo tecnico giuridico, consensuale o meno, mediante il quale tale sostituzione si attui, restando al di fuori del campo di applicazione del disposto dell'art. 2112 c.c. le ipotesi di semplice successione cronologica di aziende economicamente e giuridicamente diverse ed essendo, per contro, irrilevante, ai fini di precludere o realizzare il trasferimento d'azienda, la circostanza che alcuni beni rimangano in proprietà del cedente, o che il cessionario integri il complesso aziendale con altri beni o lo impieghi, nell'ambito dell'identico settore imprenditoriale, in uno specifico ramo dello stesso» (1).

Parimenti è stato recepito l'addizionale orientamento giurisprudenziale, per cui: «la disciplina dell'art. 2112 c.c. può trovare applicazione anche nel caso di trasferimento non già dell'intera azienda, ma anche di singole unità produttive della stessa, e cioè di quelle autonome articolazioni aziendali, funzionalmente idonee ad espletare in tutto o in parte l'attività di produzione di beni o servizi dell'impresa, della quale costituiscono elementi organizzativi; in tal caso gli effetti di detta normativa restano circoscritti ai lavoratori addetti al settore ceduto» (2).

REQUISITI DEL TRASFERIMENTO DI RAMO AZIENDALE E RELATIVE TUTELE

Secondo tale orientamento giurisprudenziale – maturato sotto la precedente formulazione dell'art. 2112 c.c. (ora innovata e risultante nel testo riprodotto *sub* 1) – si ha, pertanto: *a*) trasferimento di un

«ramo d'azienda» – riconducibile all'art. 2112 c.c. – nel caso in cui il trasferimento attenga a singole unità produttive, suscettibili di costituire idoneo e compiuto strumento d'impresa, e sia quando dette unità acquistino autonomia organizzativa sia quando si inseriscano con la loro capacità produttiva nel più ampio contesto dell'impresa cessionaria (o acquirente), dando luogo al cd. fenomeno di incorporazione di unità autonome in precedenza scorporate dall'azienda alienante.

Dallo stesso orientamento giurisprudenziale (antececedente alla nuova formulazione), è stato invece escluso: *b*) il trasferimento d'azienda, sia: *b1*) in caso di trasformazione dell'assetto societario, come: *b2*) in caso di cessione della maggioranza del pacchetto azionario.

Nel primo caso (fusione o incorporazione, di cui *sub a*) è stato tuttavia asserito (cfr. Cass. n. 1963/1990; Cass. n. 4812/1986) che la società risultante dalla fusione subentra nei rapporti di lavoro dei dipendenti delle società o unità produttive estinte – e nelle obbligazioni ad esse inerenti – più per effetto di successione a titolo universale (art. 2504, ult. comma, c.c.) che per effetto della normativa *ex* art. 2112 c.c. sul trasferimento d'azienda.

Nel secondo caso (trasformazione d'assetto di cui *sub b1*), si è detto che la trasformazione di una società da uno ad altro tipo (anche se si tratti di trasformazione di una società di persone in società di capitali) non è considerata dalla legge come creazione di una nuova società, ma come modificazione dell'atto costitutivo della società trasformata, che continua ad esistere in un'altra veste, restando al di fuori della portata dell'art. 2112 c.c. (3).

Nel caso *sub b2*) – consistente nel mutamento proprietario del pacchetto azionario – la pregressa giurisprudenza ha asserito (oramai in maniera prevalente, anche se piuttosto formalisticamente) che: «l'acquisto, da parte di una società per azioni, delle azioni di un'altra società – o di quote di esse – in numero tale da consentire alla prima il controllo della seconda non configura, di per se solo, trasferimento d'azienda *ex* art. 2112 c.c., in quanto l'operazione traslativa delle azioni non esclude il permanere della distinta soggettività giuridica delle due società» (4).

Si è, invece, sostenuto (dalla pregressa giurisprudenza

(1) Così Cass. n. 1921/1981; Cass. n. 7338/1986; Cass. n. 3167/1990.

(2) Così Cass. 18 maggio 1995, n. 5483, in *NGL* 1995, 912; Cass. 5 maggio 1995, n. 4873, *ivi* 1995, 599; Cass. n. 67/1991; Cass. n. 4845/1988.

(3) Cfr. Cass. n. 2697/1986.

(4) Cfr.: Cass. 3 luglio 1992, n. 8145, in *NGL* 1992, 868; Cass. 2 aprile 1992, n. 4012, *ivi* 1993, 427; Cass. 15 luglio 1993, n. 7825, *ivi* 1993, 778, 39 (m); Cass. 15 ottobre 1991, n. 10829, *ivi* 1992, 345.

za) – con immutata validità a tutt’oggi – che l’ipotesi della continuazione dell’attività aziendale, a seguito di successione ereditaria, rientra nella lata nozione di trasferimento d’azienda, inteso come sostituzione nella titolarità dell’impresa, che sia rimasta immutata nella sua destinazione e nella sua entità economica (5).

Gli aspetti di rilievo del nuovo (e successivamente integrato dall’art. 32 D.Lgs. n. 276/2003) art. 2112 c.c., risultano sia sotto il profilo privatistico del rapporto di lavoro sia sotto il profilo del coinvolgimento sindacale.

Sotto il primo profilo, la novità più importante è l’asserita continuità del rapporto di lavoro dei dipendenti addetti all’azienda o ramo d’azienda trasferita. Il vecchio art. 2112 c.c. consentiva la risoluzione del rapporto tramite «*disdetta in tempo utile*» (cioè intimazione di preavviso), mentre ora l’art. 2112 c.c. stabilisce espressamente un principio già acquisito interpretativamente *ex lege* n. 604/1966: **quello per cui il mero fatto del trasferimento d’azienda non costituisce di per sé motivo di licenziamento.**

Addizionalmente il nuovo art. 2112 c.c. stabilisce che la continuità del rapporto di lavoro con l’acquirente avviene con la conservazione di tutti i diritti che alla continuità si accompagnano. Diritti che non sono solo quelli connessi all’anzianità di servizio, ma includono quello della invarianza delle mansioni, della categoria o qualifica, della sede di lavoro (salvo il caso di trasferimento *ex art.* 2103 c.c., per comprovate esigenze aziendali), oltre al diritto alla continuità o «unicità» del periodo di ferie, di comparto e simili (nel caso in cui il CCNL ricollegli la misura di tali periodi alla anzianità di servizio maturata).

L’art. 2112 c.c., naturalmente, non limita la risoluzione del rapporto che sia altrimenti fondata sulla ricorrenza di giustificato motivo soggettivo o oggettivo, di giusta causa o di riduzione di personale, al ricorrere dei presupposti individuati dalla consolidata giurisprudenza per tali fattispecie estintive del rapporto.

Ancora nel solco del primo profilo innovatore rientra l’asserita responsabilità dell’acquirente, prevista in solido con quella dell’alienante, per tutti i crediti che il lavoratore aveva al tempo del trasferimento. L’innovazione sostanziale, al riguardo, risiede nel fatto che tale responsabilità è sganciata dalla nuova legge dal fatto che dei crediti l’acquirente abbia avuto conoscenza diretta o indiretta, per risultare essi stessi dai libri aziendali o dal libretto di lavoro. Tale con-

dizione – prevista nel vecchio art. 2112 c.c. – risulta ora caducata nell’interesse dei lavoratori.

Resta salva la possibilità del lavoratore di liberare l’alienante dalle sue obbligazioni, ricorrendo alle procedure di conciliazione amministrativa e sindacale di cui agli artt. 410 e 411 c.p.c.

La circostanza che la nuova legge conceda la possibilità di liberare il datore di lavoro **al solo lavoratore** – e con particolari procedure – impedisce di ritenere che tale liberazione possa avvenire per accordo transattivo sindacale, valevole anche per i dissenzienti. Ciò preclude quindi l’applicabilità in futuro di una contraria giurisprudenza della Cassazione (cfr. Cass. n. 6861/1987 e Cass. n. 7397/1991) che aveva – sia pure per motivi occupazionali – legittimato l’accordo sindacale transattivo, statuente in maniera generalizzata il frazionamento dell’anzianità di servizio nel trasferimento d’azienda.

Inoltre il 3° comma dell’art. 2112 c.c. stabilisce che «*Il cessionario è tenuto ad applicare i trattamenti economici e normativi previsti dai contratti collettivi nazionali, territoriali ed aziendali vigenti alla data del trasferimento, fino alla loro scadenza, salvo che siano sostituiti da altri contratti collettivi applicabili all’impresa del cessionario. L’effetto di sostituzione si produce esclusivamente fra contratti collettivi del medesimo livello.*»

Questa disposizione appare tesa a risolvere il problema dei cd.«diritti quesiti» nel caso in cui il nuovo – e diverso – contratto collettivo sia meno favorevole per i lavoratori trasferiti. La nuova formulazione ci induce ad evidenziare il fatto che, siccome la sostituzione avviene tra contratti collettivi del medesimo livello (precisazione non contenuta nel precedente art. 2112 c.c.), si potrà benissimo verificare l’ipotesi di un’immediata sostituzione tra i contratti nazionali (eventualmente diversi) dell’acquirente e del cedente, con permanenza «fino alla scadenza» (per i lavoratori trasferiti) dell’eventuale contratto collettivo aziendale in atto per i lavoratori del cedente, sempreché sia assente o carente presso l’acquirente un corrispondente contratto aziendale. Dopo la scadenza, il CIA potrebbe essere rinegoziato (nella migliore delle ipotesi e a seconda della forza detenuta dalle OO.SS.) ovvero disapplicato dall’acquirente per intervenuta caducazione temporale.

La norma è ispirata alla Direttiva comunitaria n. 187 del 14 febbraio 1977, ed è finalizzata ad operare un contemperamento tra due distinte esigenze: da un lato, quella di assicurare, per quanto possibile, la stabilità del rapporto di lavoro nei suoi contenuti origi-

(5) Cfr. Cass. n. 4585/1984.

Rapporto di lavoro

nari complessivi, evitando traumatici mutamenti del medesimo; dall'altro, quella di consentire un allineamento del medesimo rapporto al regime collettivo vigente all'interno della nuova compagine aziendale, e, quindi, ad una (progressiva) parificazione di trattamento dei lavoratori ceduti ai trattamenti riservati agli altri dipendenti del cessionario (o acquirente), a parità di posizioni di lavoro, trattamento che può risolversi anche in peggiorativo rispetto al precedente, secondo la regola della pacifica modificabilità **anche in peius** dei CCNL, nella loro successione temporale.

In tal senso si è espressa la successiva giurisprudenza della Cassazione (6), secondo cui *«In tema di salvaguardia dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda, a norma dell'art. 2112 comma secondo c.c. (come modificato dall'art. 47 legge n. 428 del 1990 in attuazione della direttiva CEE n. 187 del 1977), deve ritenersi che solo nel caso in cui l'azienda acquirente non applichi alcun contratto collettivo ai lavoratori ceduti si applichi il contratto collettivo che regolava il rapporto con la precedente azienda, indipendentemente dall'attività svolta dall'impresa acquirente; la preoccupazione della continuità di una copertura contrattuale, invece, non ha più ragione d'essere quando l'impresa acquirente applichi comunque un contratto collettivo, dovendosi in tal caso ritenere che questo contratto sostituisca immediatamente e totalmente la disciplina collettiva vigente presso l'azienda alienante e che, secondo i principi generali, detto contratto possa essere modificato anche «in peius» dalla successiva contrattazione collettiva. Quanto alla liquidazione, nella fattispecie esaminata, da parte della banca cedente, del fondo pensioni, detta operazione deve essere ritenuta legittima a seguito della cessione del ramo di azienda e della cessazione dei rapporti di lavoro con il personale transitato dalla banca De. Ba. cedente alle dipendenze del Credito emiliano».*

IL TRASFERIMENTO DEL RAMO AZIENDA NEL PATTO PER L'ITALIA, RECEPITO NELL'ART. 32 D.LGS. N. 276/2003

Una sostanziosa manomissione delle garanzie approntate dall'art. 2112 c.c. è avvenuta – ad iniziativa del Governo di centro-destra – tramite la tentata soppressione, per il trasferimento di rami d'azienda, del requisito della loro «autonomia funzionale» (intesa consolidatamente come idoneità di per sé all'esercizio di un'attività economica), nell'ottica della massima «esternalizzazione» di segmenti d'impresa,

comunque configurati o assemblati, cioè nell'intento del massimo utilizzo del cd. «*outsourcing*» applicato a qualsiasi nucleo aziendale non facente parte del «*core business*» dell'azienda. Nucleo o reparto suscettibile di essere confezionato anche ad arte dall'impresa, cioè fraudolentemente, riempiendolo di professionalità pertinenti a lavoratori sgraditi, in modo da espellerli dall'azienda, tramite la tecnica del trasferimento verso (o cessione ad) imprese al disotto dei 15 dipendenti (o ad imprese di nuova costituzione) non soggette all'art. 18 Stat. lav. e così poterli liberare sul mercato con la penale della sola monetizzazione per la perdita del posto di lavoro da licenziamento ingiustificato.

Le OO.SS. firmatarie, il 5 luglio 2002, di quel Patto arginarono la manovra governativa più radicale della integrale eliminazione – per il trasferimento di rami d'azienda – del requisito della «autonomia funzionale» (rispondente all'esigenza di escludere il carattere fittizio del ramo) ma subirono (e convennero, con l'all. n. 3, su) una sostanziale modifica: quella per cui l'autonomia del ramo trasferito non deve più essere riscontrabile – come recitava l'art. 2112 c.c. – quale «preesistente» al trasferimento, ma è sufficiente che sussista «all'epoca del trasferimento», quale (ed in quanto) individuata da cedente e cessionario.

La modifica venne recepita nell'art. 32, comma 1, del D.Lgs. n. 276/2003, attuativo della cd. legge Biagi o legge n. 30.

Ne è così discesa la conseguenza di un mutamento del quadro normativo il quale, lasciata immutata la nozione di trasferimento d'azienda, ha modificato il comma 5 dell'art. 2112 c.c. nella parte riguardante la definizione di ramo d'azienda prevedendo testualmente che *«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».*

Seguendo il primo criterio di interpretazione della legge dettato dall'art. 12 delle disposizioni in generale, quello letterale, si evidenzia innanzi tutto che non è più richiesto dalla previsione normativa l'elemento della «preesistenza» dell'articolazione funzionalmente autonoma prima del trasferimento. L'esclusione di tale requisito non può non implicare conseguenze interpretative tali da non rendere più condivisibile la tesi che ritiene necessario, ai fini della configurabilità di una valida cessione, il requisito della «preesisten-

(6) Cfr. Sentt. 12 giugno 2007, n. 13726 e 8 settembre 1999, n. 9545.

za» e ciò perché detta conclusione contrasta con la lettera della norma e priva di ogni significato la riforma legislativa la quale, a parte la modifica del dato testuale, non apporterebbe nella sostanza alcuna variazione applicativa, ma manterrebbe immutata la portata della previgente disciplina. Depone per tale interpretazione altresì l'ulteriore criterio ermeneutico volto all'accertamento della volontà del legislatore. Nella relazione riguardante il decreto attuativo della cd. legge Biagi (seduta 9 luglio 2003, XI Commissione della Camera) si legge che «*La nuova disciplina del trasferimento d'azienda è contenuta nel titolo IV del decreto attuativo della legge n. 30 del 2003. Lo schema di decreto legislativo di attuazione della legge Biagi integra il disposto di cui all'art. 2112 c.c., con l'obiettivo di razionalizzare i processi di esternalizzazione e di provvedere, recependo le recenti direttive del Parlamento e del Consiglio europeo, al riavvicinamento delle legislazioni degli Stati membri sotto il profilo del mantenimento dei diritti dei lavoratori nelle ipotesi di trasferimento di imprese, stabilimenti o di loro parti. Così, in primo luogo, è eliminato il riferimento alla necessaria preesistenza del requisito dell'autonomia funzionale del ramo di azienda - requisito non previsto dalle fonti comunitarie - richiedendosi semplicemente che tale autonomia intesa come conservazione, in capo al ramo ceduto, di un minimo di mezzi necessari allo svolgimento di una attività, sia essa essenziale o accessoria sia valutata dal cedente e dal cessionario al momento stesso del trasferimento. In tal modo il decreto legislativo, mostrando una piena consapevolezza della necessità di agevolare quelle forme di decentramento e segmentazione dell'attività produttiva e organizzativa così connaturate alle esigenze di un'economia moderna, provvede ad adeguare la disciplina lavoristica alle nuove realtà ed esigenze, **allentando gli elementi di rigidità attualmente esistenti e aprendo alle imprese nuovi spazi di azione in materia di organizzazione dell'attività produttiva** (...). Con riguardo ai profili di tutela dei lavoratori coinvolti in tali processi di decentramento produttivo, rileva come non abbiano ragione di esistere timori di elusione delle tutele. Al contrario, il legislatore delegato intende estendere le garanzie di continuità occupazionale a tutti quei casi in cui sarebbe estremamente facile per l'impresa "svuotare", attraverso le normali procedure di licenziamento, i rami non trasferibili in quanto non preventivamente dotati di autonomia funzionale. Sul punto, peraltro, lo schema di decreto legislativo dà attuazione a quanto previsto nel Patto per l'Italia in un contesto in ogni caso rispettoso della disciplina comunitaria della materia».*

Deve dunque evincersi che, in virtù di tale riforma, il legislatore ha inteso rendere possibile l'identificazio-

ne del ramo d'azienda da parte del cedente e del cessionario al momento della cessione, **con un notevole ampliamento del margine di discrezionalità nell'individuazione dell'articolazione aziendale oggetto del trasferimento, anche al di fuori dei limiti imposti dalla precedente normativa circa il requisito della preesistenza dell'autonomia funzionale della parte ceduta.**

Si deve, addizionalmente, dar conto che sono sorti dubbi interpretativi sul possibile contrasto della disciplina in tema di cessione del ramo d'azienda con l'ordinamento comunitario, alla luce del quale il Giudice nazionale è chiamato a interpretare la norma interna. La materia è stata disciplinata in ambito comunitario dalla direttiva 77/187/CEE che contiene misure utili a proteggere i dipendenti nel caso di cambiamento dell'impresa, segnatamente al fine di garantire il mantenimento dei loro diritti. L'art. 1, n. 1, dichiara la direttiva applicabile ai trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti ad un nuovo imprenditore in seguito a cessione contrattuale o a fusione. Secondo l'art. 3, n. 1, i diritti e gli obblighi che risultano per il cedente da un contratto di lavoro o da un rapporto di lavoro esistente alla data del trasferimento ai sensi dell'art. 1, n. 1, sono, in conseguenza di tale trasferimento, trasferiti al cessionario. La direttiva è stata modificata due volte. La direttiva del Consiglio 29 giugno 1998, 98/50/CEE, ha in prevalenza chiarito alcune nozioni giuridiche alla luce della giurisprudenza della Corte. Per razionalizzare il testo il 12 marzo 2001 **il Consiglio ha revocato la direttiva 77/187, sostituendola con la direttiva 2001/23/CEE**, 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. La direttiva 98/1950 ha modificato l'art. 1, n. 1, della direttiva in art. 1, n. 1, lett. a). Essa ha poi introdotto un nuovo art. 1, n. 1, lett. b), riguardante la nozione di «trasferimento» e il cui testo così recita: «*Fatta salva la lett. a) [...], è considerato come trasferimento ai sensi della presente direttiva quello di un'entità economica che conserva la propria identità, intesa come insieme di mezzi organizzati al fine di svolgere un'attività economica, sia essa essenziale o accessoria*». La disposizione non contiene riferimenti - quanto al ramo d'azienda - alla preesistenza di un'articolazione funzionalmente autonoma dell'attività economica, mentre permane il requisito del mantenimento della «propria identità». A tale elemento fa ripetutamente riferimento la giurisprudenza della Corte di Giustizia, la quale, premesso che la direttiva mira ad assicurare la continuità della relazione dei lavori nell'ambito di un'entità economica, ha precisato che «il

Rapporto di lavoro

critério decisivo per stabilire se si configuri un trasferimento ai sensi di detta direttiva consiste nell'accertare se l'entità in questione abbia conservato la propria identità. Il trasferimento deve quindi avere ad oggetto un'entità economica organizzata in modo stabile, la cui attività non si limiti all'esecuzione di un'opera determinata» (7). La Corte riconduce al concetto di «entità» il complesso organizzato di persone ed elementi che consentono l'esercizio di un'attività economica finalizzata al perseguimento di un determinato obiettivo: ha inoltre ripetutamente dichiarato che «il criterio decisivo per stabilire se si configuri un trasferimento ai sensi della direttiva consiste nella circostanza che l'entità in questione conservi la propria identità, che risulta in particolare dal fatto che la sua gestione sia stata effettivamente proseguita o ripresa» (8).

Ne consegue che, per poter affermare la sussistenza di un trasferimento di impresa, stabilimento o parte di esso, devono essere soddisfatte due condizioni fondamentali. Innanzi tutto il trasferimento deve riguardare un'entità economica organizzata in modo stabile, la cui attività non si limiti all'esecuzione di un'opera determinata.

In secondo luogo occorre risolvere la questione se l'impresa sia stata trasferita in base all'accertamento su alcune circostanze di fatto. La Corte ha enumerato alcuni fattori di cui il giudice nazionale deve tenere conto attraverso una valutazione complessiva, come: *a)* la natura dell'impresa o dello stabilimento; *b)* la questione se siano trasferiti o meno elementi patrimoniali materiali, come edifici e beni mobili; *c)* il valore degli elementi patrimoniali immateriali al momento della cessione; *d)* la questione se la nuova impresa riassuma o meno la maggior parte del personale; *e)* la questione se venga trasferita o meno la clientela; *f)* il grado di analogia delle attività esercitate prima e dopo la cessione; *g)* la durata dell'eventuale sospensione delle attività stesse (cfr. Sent. Causa C-51/00, cit.). Il potenziale contrasto verrebbe quindi sanato interpretando la normativa nazionale, alla luce di quella comunitaria, nel senso che l'espunzione del requisito della «preesistenza» viene contemperato dalla permanenza di quello della «conservazione nel trasferimento della propria identità» (ad evitare intenti fraudolenti attraverso un uso distorto dello strumento normativo a tutela delle posizioni lavorative), con conseguente necessità ai fini dell'applicabilità dell'art. 2112 c.c. che l'insieme

di beni o delle posizioni lavorative ceduti fosse già idoneo presso il cedente a svolgere una determinata attività economica, **ancorché accessoria**, proseguita o ripresa presso il cessionario, volta al raggiungimento di un obiettivo (9).

ANTECEDENTI POSIZIONI DELLA GIURISPRUDENZA DI MERITO

Queste argomentazioni sono state sviluppate dalla Corte d'appello di Roma, nella sentenza del 27 marzo 2009 (est. Casablanca), la cui ricostruzione interpretativa della modifica introdotta nell'art. 2112 c.c. dall'art. 32 D.Lgs. n. 276/2003 implica che – ai fini dell'applicazione dell'art. 2112 c.c., interpretato in coerenza con il diritto comunitario – è **necessario e sufficiente** che l'insieme dei beni e delle posizioni lavorative cedute fosse già idoneo, presso il cedente, a svolgere una determinata attività economica, **anche accessoria**, e che la stessa venga organizzata presso il cessionario per il raggiungimento di un obiettivo economico. In sostanza, quando emerge in giudizio che con il trasferimento di beni e di persone si è realizzato il disimpegno di un'attività economica finalizzata ad un determinato risultato produttivo e che tale attività già esisteva presso il cedente (nella fattispecie esaminata dalla Corte d'appello di Roma: l'attività di programmazione, trasporto e consegna di prodotti petroliferi e la gestione amministrativa degli incassi), tanto basta per integrare la fattispecie del trasferimento di ramo d'azienda.

Tale chiarificazione va considerata convincente ma, al tempo stesso, provvisoria, in quanto attende, peraltro, la conferma della Cassazione, visto che nessuna delle sentenze emesse sinora dalla S.C. si è pronunciata su fattispecie di trasferimento di ramo d'azienda, attuate posteriormente all'introduzione dell'art. 32 D.Lgs. n. 276/2003 ma su fattispecie regolate *ratione temporis* dalla previgente normativa.

Antecedentemente a tale chiarificazione interpretativa, la nuova formulazione dell'art. 2112 c.c. – espulsiva del cd. requisito che i sostenitori della discrezionalità gestionale aziendale etichettano come «statico», individuato nella «preesistenza», ora sostituito dalla permanenza di una idoneità dell'unità organizzativa oggetto di programmata cessione a rivestire una sua autonomia già in ambito del cedente – ha comportato, nella giurisprudenza di merito, un contrasto interpretativo, avendo ritenuto diversi giudici di primo

(7) Cfr. Corte di Giustizia, sez. VI, 24 gennaio 2002, causa C-51/00, Temco Service Industries.

(8) Cfr. Corte di Giustizia 11 marzo 1997, C-13/95, Suzen.

(9) Così C. App. Roma 27 marzo 2009 - est. Casablanca - in NGL 2009, 227.

grado che l'autonomia funzionale del ramo trasferito non possa essere valutata con esclusivo riferimento al momento della sua cessione, operando così, per via interpretativa – sempre secondo i sostenitori della discrezionalità datoriale – un recupero sulla testualmente difforme volontà legislativa.

Tra le diverse sentenze che si sono espresse in tal senso, si citano a titolo esemplificativo Trib. Milano 28 febbraio 2008 e Trib. Roma 13 marzo 2008 (10) nonché Trib. Padova 5 febbraio 2007 n. 1079.

Secondo la sopracitata sentenza del Tribunale di Milano (est. Atanasio), la cessione di un'attività economica organizzata costituisce trasferimento d'azienda quando concorrono tre condizioni: il ramo ceduto deve costituire un'articolazione funzionalmente autonoma; quest'ultima deve preesistere nella sua struttura al trasferimento; deve inoltre conservare la sua identità sino all'attuazione del trasferimento. Il giudice milanese ha osservato che il primo requisito è testuale, mentre il secondo ed il terzo, introdotti dal legislatore del 2001 ed eliminati dalla riforma del 2003, sono nondimeno richiesti perché previsti dalla vigente direttiva CEE, che all'art. 1, par. 1, lett. b), individua come trasferimento «*quello di un'entità economica che conserva la propria identità, intesa come insieme di mezzi organizzati al fine di svolgere un'attività economica, sia essa essenziale o accessoria*». Infatti il verbo «conservare» presuppone la preesistenza. Ha, quindi, sostenuto che «*L'art. 2112 c.c., così come modificato dal D.Lgs. n. 276 del 2003, deve essere interpretato in conformità con le direttive comunitarie e la giurisprudenza della Corte di Giustizia. In considerazione di ciò non può ritenersi che l'autonomia funzionale del ramo trasferito possa essere valutata con esclusivo riferimento al momento della sua cessione attraverso l'individuazione che di essa ne hanno fatto il cedente e il cessionario. Diversamente opinando, sarebbe la sola volontà dell'imprenditore a unificare un complesso di beni, al solo fine di renderlo oggetto di un contratto di cessione di ramo d'azienda, disponendo così unilateralmente in ordine alla disciplina sulla sorte dei rapporti di lavoro che invece l'art. 2112 c.c. ricollega necessariamente alla presenza di elementi oggettivi*».

Da parte sua, il Tribunale di Roma (est. Valle) – parimenti valorizzando la normativa comunitaria e l'interpretazione della Corte di Giustizia nonché la necessità di evitare abusi a danno dei lavoratori – ha concluso nel senso che, a norma dell'art. 2112 c.c. il

ramo d'azienda deve costituire un'articolazione funzionalmente autonoma di una più ampia entità economica, deve «preesistere» alla vicenda traslativa e deve conservare con il trasferimento la propria identità, non avendo all'uopo i soggetti contraenti alcun potere dispositivo. Ha in particolare evidenziato che la possibilità concessa al cedente e al cessionario di «identificare» l'articolazione funzionalmente autonoma al momento del trasferimento non può consentire la creazione di un ramo d'azienda in funzione esclusiva del trasferimento stesso. Infatti, il termine «identificazione» deve essere interpretato – nonostante l'eliminazione dell'inciso «*preesistente come tale al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità*» – congiuntamente ed inscindibilmente al disposto della prima parte della norma relativa al trasferimento dell'intera azienda, anche perché «identificare» significa letteralmente effettuare la ricognizione di una realtà già esistente e non già costituirne una nuova.

Nello stesso senso Trib. Padova n. 1079/2007, secondo cui «*Il superamento del requisito della preesistenza del ramo d'azienda oggetto di trasferimento ex art. 2112 c.c. da parte dell'art. 32 del D.Lgs. n. 276/2003 (cosiddetta legge Biagi) non comporta di per sé e automaticamente quello del requisito della strutturazione autonoma del ramo d'azienda e della sua funzionalizzazione alla produzione di beni e servizi, secondo la nozione di "piccola azienda" fatta propria dalla giurisprudenza di legittimità: in questa prospettiva deve escludersi la possibilità di ritenere sussistente la fattispecie del ramo d'azienda tutte le volte in cui manchi il nesso funzionale tra gli elementi strutturali che lo compongono, dovendo escludersi che tale nozione dipenda da una autonoma deliberazione dei contraenti il negozio traslativo, dal momento che tale requisito deve essere oggettivamente valutabile (nella fattispecie l'azienda resistente aveva ceduto un proprio segmento produttivo in cui aveva fatto confluire svariati ed eterogenei servizi – cosiddetti servizi generali – comprendenti la gestione immobiliare, la pulizia, la vigilanza, la reception, la manutenzione delle centrali telefoniche, il noleggio delle apparecchiature, la gestione delle aree verdi; il Tribunale di Padova ha accertato che tra i suddetti elementi non vi era alcun nesso funzionale e ne ha conseguentemente dedotto l'inapplicabilità dell'art. 2112 c.c.)*».

Dunque, alla stregua delle precitate sentenze, per l'applicazione dell'art. 2112 c.c. occorre che sia ceduto

(10) Entrambe in NGL 2008, 772.

Rapporto di lavoro

to un complesso di beni che si presenti «oggettivamente» quale entità dotata di una propria autonomia organizzativa ed economica, funzionalizzata allo svolgimento di un'attività volta alla produzione di beni e servizi; non può essere, viceversa, la volontà dell'imprenditore ad unificare un complesso di beni, di per sé privo di una preesistente autonomia organizzativa ed economica volta ad uno scopo unitario, al solo fine di renderlo oggetto di un contratto di cessione di ramo d'azienda, così da far venir meno il consenso del lavoratore alla cessione del contratto, richiesto dall'art. 1406 c.c.

Va, però, evidenziato che il trasferimento non richiede necessariamente la cessione di beni materiali, potendo avere ad oggetto anche la sola organizzazione della manodopera, alla stregua di una concezione «dematerializzata» dell'azienda, accolta dalla giurisprudenza comunitaria e da quella nazionale di legittimità. In particolare, è acquisito che l'entità economica oggetto del trasferimento parziale può essere costituita anche esclusivamente da un gruppo organizzato di dipendenti, dotati o meno di una precisa professionalità, in quanto specificamente e stabilmente assegnati dall'imprenditore ad un compito comune (11). Nello stesso senso si è espressa la S.C., secondo cui, in linea con un assetto produttivo diretto a dare sempre maggiore rilevanza alla capacità professionale e alle conoscenze tecniche dei lavoratori, può configurarsi un trasferimento aziendale che abbia ad oggetto anche i soli lavoratori che, per essere stati addetti ad un medesimo ramo dell'impresa e per avere acquisito un complesso di nozioni ed esperienze comuni (cd. *know how*), siano capaci di svolgere autonomamente – e, quindi, pur senza il supporto di beni immobili, macchine, attrezzi di lavoro o altri beni – le proprie funzioni anche presso il nuovo datore di lavoro, realizzandosi in tale ipotesi una successione legale di contratto non necessitante del consenso del contraente ceduto, ex artt. 1406 ss. c.c. È stato infatti detto che «può legittimamente configurarsi un trasferimento aziendale che abbia ad oggetto anche solo un gruppo di dipendenti stabilmente coordinati ed organizzati tra loro, la cui capacità operativa sia assicurata dal fatto di essere dotati di un particolare "know how" (o, comunque, dall'utilizzo di "copyright", brevetti, marchi ecc.), realizzandosi in tale ipotesi una successione legale di contratto non bisognevole

del consenso del contraente ceduto, ex art. 1406 e ss. c.c. Requisito indefettibile della fattispecie legale tipica delineata dal diritto comunitario e dall'art. 2112 c.c. resta comunque, anche in siffatte ipotesi, l'elemento della organizzazione, intesa come legame funzionale che rende le attività dei dipendenti appartenenti al gruppo interagenti tra di esse e capaci di tradursi in beni o servizi ben individuabili» (12).

Come pure va evidenziato che il trasferimento di ramo d'azienda non presuppone che la cessione concerna un intero settore o reparto aziendale, essendo sufficiente anche la cessione «parziale» di maestranze e strumentazioni al cessionario, in contemporanea con il mantenimento delle restanti in seno all'azienda cedente per l'assolvimento delle proprie esigenze interne, con la conseguente ammissione del trasferimento di ramo d'azienda anche tramite cd. «frazionamento» e cessione di parte dello specifico settore aziendale destinato a fornire il supporto logistico sia al ramo ceduto che all'attività rimasta alla società cessionaria, purché esso mantenga, all'interno della più ampia struttura aziendale oggetto della cessione, la propria organizzazione di beni e persone al fine della fornitura di particolari servizi per il conseguimento di specifiche finalità produttive dell'impresa (cfr. Cass. 22 marzo 2006, n. 6292, in fattispecie di trasferimento di larga parte del parco automezzi di una società telefonica, alla società cessionaria del ramo aziendale avente a oggetto l'installazione di reti telefoniche di distribuzione, sulla considerazione che esso era funzionale sia al settore dell'azienda ceduto che a quello rimasto alla società cessionaria). Analogamente è stata legittimata [da Cass. 5 marzo 2008, n. 5932 (13)] la cessione del servizio esattoriale da parte di un Istituto di credito, non rilevando che il 5% dei dipendenti svolgesse compiti promiscui (bancari e esattoriali) e che il settore si avvallesse di alcuni servizi operativi della banca (centralino, servizio paghe, supporti informatici).

Al tempo stesso è stato evidenziato dalla S.C. (14) che il fatto che la cessione sia stata fatta nei confronti di cessionario poi fallito a breve distanza temporale, non è idoneo a comprovare che il negozio traslativo è nullo in quanto sarebbe stato presuntivamente effettuato in frode alla legge n. 233/1991 contemplante serie garanzie per i licenziamenti per riduzione di personale, poiché «Il legislatore, con l'art. 2112 c.c. e

(11) Cfr. Corte Giust. 1° marzo 1997, in causa C-13/95, Suzen, in *Foro it.*, 1998, IV, 437.

(12) Così Cass. 8 marzo 2006, n. 4693, est. Monaci; Cass. 5 marzo 2008, n. 5932, in *NGL* 2008,529; Cass. 16 ottobre 2006, n. 22125; Cass. 10 gennaio 2004, n. 206, in *NGL* 2004, 496; Cass. 23 luglio 2002, n. 10761, *ivi*, 2002, 532.

(13) In *NGL* 2008, 529.

(14) Cfr. Cass. 2 maggio 2006, n. 10108, est. Picone.

l'art. 47 legge n. 428 del 1990, ha predisposto un serie di cautele, che vanno dalla previsione della responsabilità solidale del cedente con il cessionario, in relazione ai crediti maturati dai dipendenti, all'intervento delle organizzazioni sindacali. Nondimeno, nessun limite, neppure implicito, è stato posto alla libertà dell'imprenditore di dismettere l'azienda che sia sanzionato con l'invalidità o inefficacia dell'atto, il che dimostra l'inconsistenza giuridica della tesi della nullità di una cessione che, lungi dal tendere alla conservazione dell'azienda, si realizza in condizioni e con modalità tali da renderne probabile la dissoluzione. **La validità della cessione, cioè, non è condizionata alla prognosi favorevole alla continuazione dell'attività produttiva, e, di conseguenza, all'onere del cedente di verificare le capacità e potenzialità imprenditoriali del cessionario.** Si tratta del resto, di un diritto dell'imprenditore costituzionalmente garantito (art. 41 Cost.), non confliggente con altri diritti costituzionali, considerato che i principi generali di tutela della persona e del lavoro non si traducono nel diritto al mantenimento di un determinato posto di lavoro, dovendosi piuttosto riconoscere garanzia costituzionale al solo diritto di non subire un licenziamento arbitrario (vedi C. Cost. n. 390 del 1999, n. 56 del 2006)».

In linea con tali rilievi è stato evidenziato che «in base al testo riformato dal D.Lgs. n. 276 del 2003 dell'art. 2112 c.c., il complesso trasferito, pur carente in precedenza di una propria autonomia, deve presentare una propria struttura ed essere in grado di avere un'autonomia organizzativa e potenziale redditività, non potendo diversamente integrare un ramo d'azienda, inteso

come complesso di beni organizzato per lo svolgimento di un'attività di impresa. Se, a seguito della modifica legislativa apportata dall'art. 32 D.Lgs. n. 276 del 2003, è dunque divenuto possibile realizzare quanto in precedenza non consentito, e cioè di rimettere alla volontà dell'imprenditore di unificare un complesso di beni in precedenza privo di una preesistente autonomia organizzativa ed economica al fine di renderlo oggetto di un contratto di cessione di ramo d'azienda, **occorre ovviamente verificare in modo rigoroso** – al fine di evitare operazioni fraudolente di trasferimento di personale, considerata la funzione anche di tutela dei lavoratori rivestita dall'art. 2112 c.c. – **l'idoneità del complessivo trasferimento, per come identificato all'atto della cessione, a vivere di vita propria o a svolgere un'autonoma attività economica organizzata**» (15); e che «il grado di autonomia richiesto attualmente dalla normativa, così come novellata, è diversamente configurabile rispetto alla disciplina previgente al punto che tale autonomia potrebbe addirittura essere identificata dalle parti al momento del trasferimento: in altre parole, **alla luce del testo novellato, l'autonomia funzionale del ramo di azienda non deve per forza essere verificata nel contesto di provenienza, purché al momento del trasferimento il ramo ceduto possa avere vita propria assicurando presso la cessionaria l'esercizio della relativa attività imprenditoriale**» (16).

Riassunte le posizioni sul tema, non possiamo che convenire con chi ha qualificato così la problematica del «trasferimento d'azienda»: ancora un «cantiere a cielo aperto!».

(15) Cfr. Trib. Torino 17 dicembre 2005, in OGL 2005, 810.

(16) Cfr. Trib. Milano 19 gennaio 2008, inedita per quanto consta.