

Giovanna Pacchiana Parravicini

Le complesse vicende del contratto di lavoro nel trasferimento d'azienda

Sommario: 1. Premessa. 2. La nozione di azienda. 3. La nozione di ramo d'azienda. 4. La nozione di trasferimento. 5. La procedura per il trasferimento d'azienda. 6. Le conseguenze sui rapporti individuali di lavoro. 7. Il rilievo della volontà delle parti. 8. La responsabilità solidale. 9. Trasferimento d'azienda e contratto collettivo. 10. Il trasferimento d'azienda ed il diritto del lavoro che cambia.

1. *Premessa*

La disciplina che sancisce la tendenziale insensibilità dei rapporti di lavoro alle vicende circolatorie dell'azienda – l'art. 2112 c.c. – è il punto di intersezione di molteplici piani: quello del dialogo tra ordinamento interno ed europeo, tra fonti collettive ed individuali, tra legislatori e giudici fino ad arrivare a toccare anche il rapporto tra discipline dettate da diritti che si ritengono speciali¹. Per questo si può sin da subito affermare che la trattazione dei profili giuslavoristici del trasferimento d'azienda si muove su una strada tortuosa ed in salita. E non tanto per la disciplina che, seppure oggetto di plurimi interventi del legislatore, è tutto sommato lineare e di agevole applicazione. Le difficoltà si incontrano a monte, quando, cioè, ci si interroga sulla fattispecie trasferimento di azienda.

Le nozioni di azienda e di parte di essa sono, infatti, al centro di un vero e proprio conflitto interpretativo, che poggia su un diverso appoggio ideologico alla problematica. Ad una forza centripeta – che tende ad allargare quanto più possibile il perimetro di applicazione della norma e farvi gravitare ogni ipotesi di mutamento nella titolarità di un'entità economica – si con-

¹ Con tali intendendosi il diritto del lavoro, il diritto commerciale e quello fallimentare.

trappone con sempre maggiore frequenza una tendenza centrifuga che, invece, tenta di svuotare la fattispecie e/o restringerne l'ambito di operatività. Le due forze contrapposte, che palesano precisi obiettivi finalistici, derivano dal fatto, ormai comunemente riconosciuto², che la norma – nata con il fine, espresso anche nella rubrica novellata nel 2001, di tutelare il lavoratore coinvolto nel mutamento di titolarità dell'azienda – ha subito in fase di applicazione una sorta di torsione³ che rischia, almeno a detta di alcuni ed in talune situazioni⁴, di alterarne il segno garantistico fino a farne precetto potenzialmente pregiudizievole per i lavoratori. Infatti, se da una parte l'art. 2112 c.c. nasce con lo scopo di garantire al lavoratore ceduto la continuità del rapporto e la sua tendenziale impermeabilità alla vicenda societaria, dall'altra può diventare il veicolo con cui il datore di lavoro, liberandosi dell'azienda o, più spesso, di parte di essa, espelle lavoratori senza dover passare attraverso la procedura di licenziamento, e quindi a costo zero⁵.

La questione della ritenuta eterogenesi dei fini deriva da una presunta antinomia tra il disposto con cui apre l'art. 2112 co. 1 c.c. – “il rapporto di lavoro continua con il cessionario” – e la regola generale dettata in tema di cessione del contratto dall'art. 1406 c.c. che subordina la modifica soggettiva al consenso del contraente ceduto.

In altre parole, la previsione contenuta nell'art. 2112 co. 1 c.c. per cui il rapporto di lavoro si trasferisce al cessionario, a prescindere dal consenso del lavoratore ceduto – previsione che nell'intenzione del legislatore vuole garantire il lavoratore ed evitare che il trasferimento sia causa di licenziamento – è stata tacciata di costituire lo strumento legale che consente al datore di lavoro di liberarsi di alcuni dipendenti senza dover subire i costi ed i rischi legati al licenziamento⁶. Come si vedrà, dopo un primo tentativo, rivelatosi vano, di ovviare alla “torsione” ricavando dalla disposizione di cui all'art. 2112 c.c. un diritto del lavoratore ad opporsi al passaggio alle dipendenze del

² MARESCA, *Le «novità» del legislatore nazionale in materia di trasferimento d'azienda*, in *ADL*, 2001, p. 587; SANTORO PASSARELLI, *La nozione di azienda trasferita tra disciplina comunitaria e nuova normativa nazionale*, in *ADL*, 2001, p. 575.

³ Così CORAZZA, *L'equivoco delle esternalizzazioni italiane smascherate dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *RIDL*, 2014, II, p. 461.

⁴ Come si vedrà *infra* l'eterogenesi dei fini di cui è accusata la disciplina riguarda il trasferimento del ramo di azienda.

⁵ Parla di forma incontrollata di espulsione Cass. 27 maggio 2014 n. 11832.

⁶ SPEZIALE, *Il trasferimento d'azienda tra disciplina nazionale e interpretazioni “vincolanti” della Corte di Giustizia Europea*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”*, 46/2006, p. 16.

cessionario⁷, la lamentata divaricazione tra fine garantista della norma e suoi effetti talora potenzialmente dannosi per i lavoratori ha portato alcuni interpreti ad arretrare la tutela dalla disciplina (e quindi dal tentativo di accreditare la necessità del consenso del lavoratore ceduto) alla fattispecie dell'art. 2112 c.c. Si è fatto, così, strada un filone interpretativo che cerca di circoscrivere i confini della norma codicistica per ridurre le ipotesi di trasferimento di azienda e quindi di passaggio automatico dei lavoratori al cessionario, a favore dell'applicazione della regola generale dell'art. 1406 c.c. che valorizza la volontà del contraente ceduto. È, peraltro, a questo punto necessario sottolineare, a dimostrazione delle plurime sfaccettature del tema, che la tendenza centrifuga e, prima ancora, la crisi di identità⁸ che ha investito la disciplina del trasferimento d'azienda ha un rilievo solo nazionale mentre nel contesto europeo, di cui costituisce, o meglio vorrebbe costituire, attuazione, essa gode di ampia legittimazione e consenso, nel senso di una chiara prevalenza delle spinte centripete.

Il rilievo che precede introduce un'altra problematica che spiega perché la strada è impervia: essa, infatti, si snoda su un percorso popolato da interlocutori che non solo non sono sempre sintonici, ma talora parlano linguaggi diversi.

Prova ne è la giurisprudenza in tema di identificazione del ramo di azienda, di cui si dirà *infra*, che vede la Corte di Giustizia⁹ ed i giudizi nazionali muoversi su piani che sembrano destinati non solo a non dialogare ma addirittura a non incontrarsi. Per concludere la premessa, ma senza il classico *dulcis in fundo*, occorre ancora avvisare che la stessa fattispecie "azienda" (così come quella di "parte" o "ramo" di essa), è affetta da polimorfismo.

In essa, invero, convivono, accanto alle spoglie dell'azienda modellata sulla fabbrica fordista e verticale, le nuove forme di organizzazione dell'attività economica in senso orizzontale, multisocietaria ed ora in rete¹⁰. Altri-

⁷ SCARPELLI, *Esternalizzazioni e diritto del lavoro: il lavoratore non è una merce*, in *LRI*, 1993, p. 351.

⁸ MARESCA, *op. cit.*, p. 588.

⁹ C. Giust., 6 marzo 2014, causa C-458/12 Telecom in *RIDL*, 2014, II, p. 461, con nota di CESTER, *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 e ibidem*, p. 684.

¹⁰ AIMO, IZZI, *Decentramento produttivo ed esternalizzazioni nell'era dell'impresa a rete: note introduttive*, in ID. (a cura di), *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Utet, 2014, p. XVII; DE LUCA TAMAJO, *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: scenari e strumenti*, in *RIDL*, 2007, I, p. 3; ID., *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*,

menti detto, nella stessa fattispecie azienda, accanto alla fabbrica materiale, pesante¹¹, alloggia la azienda dematerializzata, leggera, in cui *know-how*, marchio ed organizzazione costituiscono elementi fondamentali se non prevalenti¹².

La talora sfuggente nozione di azienda rende problematica la sua identificazione e definizione, così che l'istituto appare talora un gigante dai piedi d'argilla.

2. *La nozione di azienda*

Il problema della definizione di azienda, trasferimento e, vieppiù, parte di essa, costituisce certamente il tema che maggiormente impegna chi affronta questa tematica¹³. Ne sono testimoni i numerosi interventi che sulla fattispecie sono stati fatti dal legislatore interno ed europeo nonché dalla giurisprudenza. A livello unieuropeo il legislatore è passato dalla originaria versione della direttiva del Consiglio 14 febbraio 1977, n. 187, priva di individuazione della fattispecie e con la mera delimitazione dell'ambito di applicazione riferito ai "trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti ad un nuovo imprenditore", alla definizione di trasferimento di azienda contenuta nella direttiva del Consiglio 29 giugno 1998, n. 50 che fa riferimento al trasferimento "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", definizione rimasta inalterata anche nella direttiva del Consiglio 12 marzo 2001 n. 23 che sostituisce la precedente.

Occorre peraltro precisare che tali interventi sono tributari della lunga

in ID. (a cura di), *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, Esi, 2002, p. 9; CARINCI M.T., *Le delocalizzazioni produttive in Italia: problemi di diritto del lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo d'Antona"*, 44/06; CORAZZA, RAZZOLINI, *Who is an employer?*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 110/14.

¹¹ SPEZIALE, *op. cit.*

¹² Sui cambiamenti dell'organizzazione produttiva ed i riflessi che essi hanno sulla tutela dei diritti dei lavoratori si veda RUSCIANO, *Diritti dei lavoratori e mutamenti economico-produttivi*, Editoriale Scientifica, 2014.

¹³ Il problema definitorio affligge peraltro il diritto del lavoro in generale, a partire dalla stessa nozione di datore di lavoro e lavoratore subordinato, su cui si rinvia a CORAZZA, RAZZOLINI, *op. cit.*

operazione ermeneutica svolta dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia che a partire dalla sentenza *Spijkers*¹⁴ ha rielaborato, via via ampliandola, la nozione di azienda.

Nell'occuparsi della fattispecie la Corte di Giustizia ha assunto un approccio fenomenologico chiarendo sin da subito che di per sé l'alienazione di elementi attivi di un'impresa, stabilimento o parte di essi non configura un trasferimento di azienda. Ciò che a detta della Corte concretizza la fattispecie, distinguendola dalla mera cessione di una pluralità di beni singolarmente considerati, è il fatto che la gestione dell'azienda come insieme aggregato di strumenti di produzione materiali e/o immateriali "sia stata effettivamente proseguita o ripresa dal nuovo titolare"¹⁵. La stessa Corte, dopo aver precisato che "un'entità non può essere ridotta all'attività che le era affidata"¹⁶, sul presupposto che alla dilatazione della fattispecie corrisponde un'estensione della sua disciplina garantista, ha via via ricondotto sotto l'ombrello della Direttiva ogni ipotesi in cui vi sia un mutamento di titolarità di un'entità economica organizzata, per tale intendendosi ogni entità organizzata in grado di produrre beni e/o offrire servizi autonomamente, che mantenga l'identità della precedente. Con la precisazione che tale entità può consistere tanto in un insieme organizzato di beni materiali quanto in un'organizzazione di rapporti giuridici¹⁷.

¹⁴ C. Giust. 18 marzo 1986, causa C 24-85, *Spijkers*, in *FI*, 1989, IV, p. 11.

¹⁵ C. Giust. 18 marzo 1986 nel procedimento 24/85, *Spijkers* nonché da ultimo C. giust. 26 novembre 2015, C-509/14, *ADF-Pascual*.

¹⁶ C. giust. 11 marzo 1997, causa C 13-95, *Suzen* nonché, più di recente, C. Giust. CE 20 gennaio 2011 causa C 463-09, CLECE.

¹⁷ C. Giust. causa C-160/14 ma occorre rilevare che in passato la C. Giust., 20 gennaio 2011, causa C 463-09, CLECE, in *MGL*, 2011, p. 172 con nota di COSIO, *La distinzione tra appalto e trasferimento d'impresa nella giurisprudenza comunitaria* aveva negato la sussistenza della fattispecie in un caso in cui un comune, dopo aver affidato all'esterno l'attività di pulizia, ha deciso di svolgerla internamente, assumendo a tal fine proprio personale, diverso da quello in precedenza adibito all'appalto. Poco tempo dopo, però, la Corte pare tornare sui suoi passi quando con la sentenza causa C-509/14 ammette che rientri nella nozione di trasferimento di azienda ai sensi della "direttiva 23/2001 l'ipotesi in cui un'impresa pubblica, incaricata di esercitare un'attività economica di movimentazione di unità di trasporto intermodale, affidi, con un contratto di gestione di servizi pubblici, la gestione di tale attività a un'altra impresa, mettendo a disposizione di quest'ultima le infrastrutture e le attrezzature necessarie di cui essa è proprietaria, e in seguito decida di porre termine a tale contratto senza riassumere il personale di quest'ultima impresa, con la motivazione che in futuro avrebbe gestito essa stessa detta attività con il proprio personale. Così, peraltro, anche C. Giust., 6 settembre 2011, causa C-108/10, *Scattolon*.

Se il cammino del legislatore europeo e della Corte di giustizia sono lineari e sostanzialmente sintonici, recependo il primo le sollecitazioni che arrivano dalla seconda, è sul versante interno che si colgono, già a livello di dato normativo, le difficoltà poste dalla delimitazione dell'ambito e, soprattutto, le tensioni tra i diversi protagonisti del percorso.

Iniziando dal dato normativo, si deve rilevare che, al pari della Direttiva 77/187, anche la versione originaria dell'art. 2112 c.c. non si preoccupava di definire la fattispecie, limitandosi a dettare la disciplina ad essa applicabile.

Il silenzio del legislatore ha indotto la giurisprudenza a ritenere implicito un rinvio alla nozione di azienda di cui all'art. 2555 c.c. da intendersi come insieme di beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa¹⁸.

Soltanto nel 2001, con il d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 18, attuativo della direttiva del Consiglio 29 giugno 1998, n. 50, il legislatore italiano si fa carico di dare una definizione di trasferimento di azienda, che poi modifica leggermente¹⁹ nel 2003 con l'art. 32 del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276.

Ai sensi del comma 5 del (due volte) riscritto art. 2112 c.c. "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, preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità".

La lettera delle due norme segna già un chiaro mutamento di passo. L'art. 2555 c.c. definisce l'azienda come il complesso di *beni* organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa mentre nell'art. 2112 co. 5 l'azienda è un'*attività economica organizzata*, con o senza scopo di lucro, preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità.

Vi è, dunque, un primo dato da registrare che appare non secondario, anche per il suo rilievo sistematico: il legislatore interno riconosce, quantomeno con riferimento alla disciplina del trasferimento di azienda, la specialità del diritto del lavoro rispetto al diritto civile.

In altre parole, quando sono in gioco le posizioni dei lavoratori, la nozione di azienda cui fare riferimento è quella scritta per il diritto del lavoro all'art. 2112 co. 5 c.c. e non, invece, quella contenuta nell'art. 2555 c.c.²⁰.

¹⁸ In Cass. 8 novembre 1983 n. 6608.

¹⁹ Quanto alla nozione di azienda, mentre, come si vedrà, è più radicale la modifica della nozione di ramo.

²⁰ MARESCA, *op. cit.*

Il rilievo non è però di ordine meramente sistematico.

Esso, infatti, ha un forte impatto anche sull'ambito di estensione dell'istituto, atteso che, come si vedrà, le due nozioni, quella dell'art. 2112 co. 5 e quella contenuta nell'art. 2555 c.c. non sono sovrapponibili presentando caratteri strutturali fortemente distinti.

Sparisce, infatti, nella nozione giuslavoristica interna, oltre al riferimento alla natura imprenditoriale dell'attività, il richiamo alla presenza di beni, sostituito dal rinvio all'elemento dell'organizzazione. Dunque, l'azienda ai fini giuslavoristici è un'entità che può avere forme diverse: può esser un insieme di beni materiali, può avere una componente smaterializzata che si affianca ai beni materiali ma può anche essere del tutto immateriale e consistere in un insieme di rapporti giuridici e/o contratti (è il caso della attività cd. *labour intensive* quali ad esempio quella dei programmatori software)²¹; la disciplina lavoristica si applica a tutte queste ipotesi a condizione che gli elementi, materiali e non, siano tra loro organizzati e che il cessionario subentri in tale organizzazione.

Si può quindi affermare che la fattispecie rilevante ai fini del diritto del lavoro si libera dell'aspetto necessariamente materiale – a lungo tempo ritenuto essenziale²² – e fa perno, invece, sulla “organizzazione”.

A corroborare l'opzione interpretativa della nozione di azienda, ai fini giuslavoristici, come insieme organizzato anche solo di beni immateriali, occorre un'altra norma che individua, seppure in negativo, i confini della fattispecie. È il comma 3 dell'art. 29 del d.lgs. 29 settembre 2003, n. 276, recentemente riformato dalla L. 7 luglio 2016, n. 122 secondo cui non costituisce trasferimento “l'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di un nuovo appaltatore dotato di propria struttura organizzativa ed 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”²³.

Occorre qui ricordare che, ai sensi del comma 1 dello stesso art. 29, l'ap-

²¹ SPEZIALE, *op. cit.*

²² SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*

²³ Cfr. anche Cass. 15 marzo 2017 n. 6770 che, conformemente ad altra giurisprudenza precedente, ritiene che il dato formale dell'esistenza di un contratto di appalto non possa escludere la sussistenza di un trasferimento quando vi sia stato un passaggio di beni di non trascurabile entità, tale da rendere possibile lo svolgimento di una specifica impresa nonché il dattiloscritto della relazione A.I.D.La.S.S. 2017 di GAROFALO D.

paltatore “genuino” è colui che organizza i mezzi necessari allo svolgimento dell’appalto, potendo tale organizzazione “risultare, in relazione alle esigenze dell’opera o del servizio dedotti in contratto, dall’esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell’appalto, nonché per la assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio d’impresa”.

Il legislatore del 2003, cioè, indica chiaramente che l’appalto è genuino quando l’appaltatore organizza i mezzi necessari, siano essi beni materiali oppure rapporti giuridici.

Il legislatore del 2016 ribadisce, poi, ove ve ne fosse necessità, che l’appaltatore deve essere “dotato di propria struttura organizzativa ed operativa” e che proprio in tale struttura organizzativa devono essere ravvisati “elementi di discontinuità che determinano una specifica identità di impresa”.

Dunque, ai sensi dell’art. 29 d.lgs. 276/03, se un soggetto subentra a un altro in un appalto, acquisendone i lavoratori ma modificando l’organizzazione precedente, il mutamento nella titolarità di quei rapporti di lavoro, privo del “collante” della immutata organizzazione – e quindi, ai sensi della novella del 2016, che presenta elementi di discontinuità che gli conferiscono una specifica identità di impresa non ricade sotto l’art. 2112 c.c. bensì sotto l’art. 1406 c. c., risolvendosi in singole cessioni di contratto²⁴. Viceversa se, a seguito di subentro in un appalto, l’organizzazione anche dei soli lavoratori rimane identica alla precedente, tale modifica soggettiva configura un trasferimento d’azienda, grazie appunto al “collante” della inalterata struttura organizzativa²⁵.

Sussiste, dunque, piena continuità tra le previsioni di cui agli artt. 2112 c.c. e 29 d.lgs. 276/03²⁶, nel senso che entrambe le norme distinguono il mutamento di titolarità dell’azienda dal subentro in singoli rapporti giuridici. Nel primo caso nulla muta se non la titolarità dell’impresa, mentre nell’appalto la diversa organizzazione dell’appaltatore comporta sia il mutamento della titolarità, sia la modifica dell’organizzazione di beni e rapporti giuridici²⁷.

²⁴ Trib. Udine 16 febbraio 2016.

²⁵ Cass. 15 marzo 2017 n. 6770 nonché Trib. Firenze 17 ottobre 2014, in *ADL*, 2015, p. 473.

²⁶ Continuità di cui la novella del 2016 non costituisce che una prova tangibile.

²⁷ NOVELLA, VALLAURI, *Il nuovo art. 2112 c.c. ed i vincoli del diritto europeo*, in *DLRI*, 2005, p. 177; CESTER, *Il trasferimento di azienda o di parte d’azienda fra garanzie per i lavoratori e nuove forme organizzative dell’impresa*, in CARINCI M.T., CESTER (a cura di), *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d’azienda*, in CARINCI F. (coordinato da), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n.*

Sempre in tema di fattispecie occorre rilevare che sia nella norma nazionale che in quella europea²⁸ la fattispecie azienda si caratterizza per un connotato diacronico: entrambe le disposizioni prevedono che l'entità economica organizzata debba avere una propria identità organizzativa specifica preesistente che viene conservata dopo il mutamento nella titolarità dell'azienda²⁹.

Il requisito temporale rappresenta uno snodo che deve essere correttamente risolto e ciò non solo e non tanto per individuare la nozione di azienda, quanto perché, come si vedrà, il tema ha ricadute anche sull'interpretazione della, parzialmente difforme, nozione di ramo di essa.

Occorre al proposito rilevare che il connotato della preesistenza è stato comunemente interpretato in senso storico-cronologico: esso imporrebbe, cioè, di considerare azienda un'entità già consolidata e non, invece, qualcosa che venga creato *ad hoc* per esser ceduto³⁰. Secondo questa tesi l'azienda oggetto di trasferimento dovrebbe, cioè, avere alle spalle una storia che trasferisce al cessionario.

L'interpretazione proposta, che come si è detto è funzionale a dare anche del ramo d'azienda un significato analogo, non appare, però, l'unica possibile e/o necessitata. Occorre, infatti, rilevare che il legislatore non indica da quanto tempo l'azienda dovrebbe preesistere al trasferimento. Se l'elemento temporale fosse davvero determinante, si può pensare che il legislatore avrebbe indicato un termine minimo per configurare la fattispecie. Ma soprattutto, affermare che il requisito della preesistenza ha una valenza storica significa o impedire che un'azienda venga costituita e poi immediatamente ceduta (nessuna norma dell'ordinamento interno o comunitario contiene, però, tale divieto) o concludere che in caso di costituzione di azienda e suo immediato mutamento di titolarità non si applichi la disciplina di cui all'art. 2112 c.c. (ma non si vede quale altra disciplina sarebbe applicabile).

Alla luce di quanto precede, si legittima un'altra interpretazione del re-

276, Ipsoa, 2004; in giurisprudenza, Trib. Firenze 13 novembre 2013 n. 411, est. Tarquini, in *ADL*, 2014, p. 765 con nota di FONTANA, *Trasferimento d'azienda, successione nell'appalto, contratti a tempo determinato: circolarità e continuità del rapporto di lavoro*.

²⁸ La direttiva 98/50 prevede che l'entità economica debba conservare la sua identità ma non parla di preesistenza.

²⁹ Cass. 1 ottobre 2012 n. 16641, in *RIDL*, 2013, II, p. 343 con nota di IGRAO, *La nozione di trasferimento d'azienda tra giurisprudenza interna e comunitaria*.

³⁰ SPEZIALE, *op. cit.*, p. 16.

quisito temporale che l'art. 2112 co. 5 attribuisce all'azienda: la fattispecie di cui all'art. 2112 ruota sulla conservazione della stessa prima e dopo il mutamento della titolarità. In questa prospettiva il requisito della preesistenza non ha un valore assoluto ma relativo: esso è funzionale a verificare se davvero l'organizzazione è rimasta immutata; la preesistenza rappresenta il termine di paragone che funge da cartina di tornasole per la verifica della fattispecie. Come se con la locuzione "che preesiste al trasferimento e che conserva la sua identità" il legislatore chiedesse all'interprete di scattare un'istantanea di ciò che era prima del trasferimento e ciò che è stato dopo e verificarne la sovrapposibilità. In questa prospettiva, per aversi trasferimento d'azienda, e non cessione di beni e di contratti, è necessario e sufficiente che l'attività economica risulti immutata nella sua organizzazione³¹, il che significa che è necessario che prima del trasferimento si possa individuare una specifica organizzazione che continua, immutata, dopo il mutamento di titolarità. Laddove al mutamento della titolarità dei beni segua una diversa organizzazione degli elementi, quel mutamento non rientra nella fattispecie di cui all'art. 2112 c.c., ravvisandovi, invece, una mera cessione di singoli beni e/o rapporti; al contrario se, nonostante il mutamento di titolarità, i beni restano organizzati come lo erano presso il cedente, tale mutamento è soggetto alla disciplina dettata dalla norma codicistica. In questa seconda chiave interpretativa, dunque, la preesistenza non ha una connotazione storico-cronologica né implica un assetto necessariamente protratto nel tempo. Essa richiede, invece, che l'entità preesista per poterla fissare e così verificarne la conservazione dopo il mutamento di titolarità dell'azienda.

3. *La nozione di ramo d'azienda*

La tutela apprestata dall'ordinamento sia interno che unieuropeo per il caso di trasferimento di azienda vale anche nell'ipotesi in cui il cambiamento di titolarità riguardi una sola parte di essa.

Sin dalla originaria Direttiva CEE 14 febbraio 1977, n. 187, infatti, il legislatore europeo aveva riferito l'ambito di applicazione della medesima al trasferimento anche di stabilimenti o parti di essi. Con la successiva Direttiva 29 giugno 1998, n. 50, il legislatore aveva altresì specificato che essa si appli-

³¹ Così Cass. 12 aprile 2016 n. 7121.

cava ai trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti ed il riferimento è rimasto immutato anche nella Direttiva 12 marzo 2001, n. 23 che ha sostituito la precedente.

Nel nostro ordinamento, invece, un riferimento alla parte di azienda compare solo nella modifica all'art. 2112 c.c. operata dal d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 18, attuativo della Direttiva 29 giugno 1998, n. 50. In quella sede il legislatore italiano specifica 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 ai sensi del presente comma, preesistente come tale al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità". La definizione di ramo ha però vita breve perché oggetto di nuova modifica ad opera dell'art. 32 del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, norma che modifica la precedente definizione sostituendola con la previsione per cui "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". È facile cogliere che la chiave di volta tra le due distinte definizioni sta nell'aggettivo "preesistente", che il legislatore del 2001 considera attributo necessario del ramo di azienda ed il legislatore del 2003 non solo elimina ma sostituisce con la previsione, esplicitamente contraria, per cui la parte di azienda può esser identificata come tale da cedente e cessionario al momento del suo trasferimento.

Come già anticipato, sulla configurazione del ramo di azienda ed in particolare sulla necessità che esso preesista al trasferimento, si è incentrato gran parte del dibattito che riguarda il tema in oggetto. Si è già, infatti, ricordato che la possibilità di individuare una parte di azienda per poi immediatamente cederla è stata ritenuta il possibile veicolo per legittimare operazioni espulsive di lavoratori "scomodi". Da lì la tendenza centrifuga rispetto alla fattispecie che ha portato dottrina e giurisprudenza pressoché compatte³² a interpretare restrittivamente la nozione di ramo di azienda e quindi spesso ad escludere che ricorresse un'ipotesi di trasferimento di parte di azienda, con automatico

³² A favore della tesi cfr. SPEZIALE, *op. cit.*, NOVELLA, *Il trasferimento di ramo d'azienda: la fattispecie*, in AIMO, IZZI (a cura di), *op. cit.*, p. 235; VALLAURI, *Outsourcing e rapporti di lavoro*, in *DDPCom.*, *agg.*, tomo 2, 2003, p. 722; *contra* TOSI, *La "preesistenza" del ramo d'azienda tra Corte di Giustizia U.E. e Corte di Cassazione: il re ora è nudo*, in *GI*, 2014, 8-9, p. 1950.

passaggio dei dipendenti addetti al cessionario, ravvisando, invece, una cessione di una pluralità di contratti, soggetta alla disciplina dell'art. 1406 ed *in primis* al consenso della parte ceduta.

In particolare nella giurisprudenza interna si è consolidato un orientamento ancorato alla necessaria preesistenza in senso storico del ramo di azienda, anche quando, e nonostante che, il legislatore del 2003 abbia abolito tale connotato sostituendolo con la previsione per cui il ramo può essere individuato come tale al momento del trasferimento. Secondo questo orientamento la necessità che la parte di azienda trasferita conservi la sua identità presuppone necessariamente che tale identità preesista alla cessione³³. Al contrario alcuna dottrina ha, correttamente, sottolineato che la nozione di ramo di azienda va intesa in senso “proiettivo”³⁴, e quindi con riferimento a ciò che la parte di azienda potrà potenzialmente produrre, e non già con riferimento ad un possibile “passato produttivo”.

Si coglie su questo punto una profonda frattura tra il legislatore nazionale, che con la previsione della possibilità di individuare il ramo al momento della cessione dà all'interprete un segnale (che parrebbe) inequivoco, e l'interprete medesimo che invece ritiene opportuno, quando non necessitato dalle norme comunitarie, forzare, ma forse anche stravolgere, il dato normativo³⁵.

All'osservatore esterno pare di assistere ad un dialogo tra sordi al quale partecipa, probabilmente inconsapevole, la Corte di giustizia, chiamata dal Tribunale di Trento a pronunciarsi sulla possibilità di qualificare come trasferimento di ramo d'azienda il conferimento effettuato da Telecom Italia a favore di TIIT di un ramo di attività informatica denominato IT Operations, di cui i lavoratori lamentavano la non autonomia e preesistenza. La risposta che il giudice europeo dà è emblematica della natura tutta italiana della crisi di identità da cui è affetta la fattispecie. La Corte, infatti, pur rilevando che la Direttiva 23/2001, laddove all'art. 6 paragrafo 1, parla di conservazione della propria autonomia implica che tale autonomia preesista al trasferimento³⁶, risponde al

³³ Da ultimo Cass. 19 gennaio 2017 n. 1316 nonché Cass. 26 maggio 2014 n. 11721 in *GI*, 2014, 8-9, 1950 con nota di TOSI, *op. cit.*

³⁴ Così TOSI, *op. cit.*

³⁵ Contro un'operazione ermeneutica finalizzata a restringere la nozione di ramo d'azienda “per concezioni ontologiche o autarchiche di unità produttive” cfr. TREU, *Cessione di ramo d'azienda: note orientative e di metodo*, in *RIDL*, 2016, I, p. 43.

³⁶ SPEZIALE, *op. cit.*

quesito postole affermando che “l’articolo 1, paragrafo 1, lettere a) e b), della direttiva 2001/23 deve essere interpretato nel senso che non osta ad una normativa nazionale ... 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”³⁷. In una prospettiva che legge la disciplina del trasferimento di ramo d’azienda in un’ottica meramente garantista, senza cioè le lenti di chi è preoccupato dalla presunta eterogenesi dei fini che la disciplina rischia di realizzare, la Corte ragiona in termini inclusivi, centripeti: nell’art. 1 della Direttiva rientra certamente il trasferimento di un’attività che preesiste ma il legislatore interno è libero di allargare la fattispecie ed includervi anche i casi in cui il ramo non preesiste ma viene creato *ad hoc*. La risposta del giudice europeo, se apparentemente può sembrare avvallare la tesi della preesistenza, in realtà non può esser letta in tal senso, sia perché la Corte ammette la conformità alla direttiva di diverse previsioni nazionali che ampliano lo spettro di applicazione della tutela, sia, e prima ancora, perché nel rispondere al Tribunale di Trento il giudice europeo muove chiaramente da un punto di vista distinto da quello del giudice remittente e mira ad uno scopo inclusivo che è opposto a quello di coloro che valorizzano la preesistenza in senso storico a fini centrifughi dall’art. 2112 c.c. Ed ancora, non si può non rilevare che se è vero che la Corte ha sottolineato che il ramo deve preesistere alle vicende circolatorie, altrettanto è vero che, come si è già argomentato, la conservazione dell’identità e la conseguente preesistenza non vanno intese in un’accezione storica, potendo accreditarsi altresì un’interpretazione in guisa di elemento di organizzazione stabile che consente la verifica della conservazione dell’identità. In questa accezione, che si ripete non rinvia ad un passato dell’azienda ma alla possibilità di individuarne i confini prima del trasferimento, per verificarne l’identità dopo, va intesa la preesistenza che la Corte ritiene implicita nella previsione comunitaria per cui l’azienda deve conser-

³⁷ C. Giust. 6 marzo 2014, C-458/12, *Telecom* ma sulla nozione di ramo d’azienda si veda anche C. Giust. 12 febbraio 2009, *Dietmar Klarenberg c. Ferrotron Technologies GmbH*, causa C-466/07, in *RIDL*, 2010, II, p. 212, con nota di CESTER, *Due recenti pronunzie della Corte di Giustizia europea in tema di trasferimento d’azienda*. Sulla nozione di ramo d’azienda ai fini dell’applicazione della direttiva e sull’inadempimento alla stessa da parte dello Stato italiano nelle ipotesi di deroga per crisi aziendale e più di recente, Corte Giust. 9 settembre 2015, n. 160, sez. II.

vare la sua identità. Ed anzi, proprio il fatto che la Corte asservisca l'elemento della preesistenza al requisito della conservazione dell'identità³⁸, si ritiene costituisca la migliore prova del fatto che la prima non ha un valore storico autonomo ma è un parametro di riferimento della seconda.

Certo è, invece, che il ramo per essere rilevante ai sensi dell'art. 2112 c.c. deve avere una propria autonomia e quindi poter “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”³⁹.

4. *La nozione di trasferimento*

La tendenza espansiva dell'art. 2112 c.c. si coglie anche nella nozione di trasferimento che il legislatore del 2001 dà riscrivendo il comma 5 della norma codicistica. Prevede, infatti, la disposizione in oggetto l'applicabilità della disciplina garantista ad ogni ipotesi in cui, a seguito di cessione contrattuale o fusione, si verifichi un mutamento nella titolarità dell'azienda, 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. Per quanto il dato normativo non sia del tutto lineare, facendo prima riferimento alla cessione contrattuale o alla fusione, e quindi ad atti tipicamente negoziali, per chiudere con un riferimento anche al “provvedimento sulla base del quale il trasferimento è attuato”, cioè ad un atto che può essere unilaterale ed autoritativo, da sempre la norma è stata concordemente interpretata nel senso di massima ampiezza. Rientrano, dunque, nello spettro della norma tutti i casi in cui si verifica un mutamento di titolarità dell'azienda, anche laddove ciò avvenga in assenza o contro la volontà della parte originariamente proprietaria⁴⁰.

La norma individua poi alcune fattispecie tipiche, tra le quali la cessione contrattuale, la fusione, l'usufrutto o l'affitto.

³⁸ Si legge in C. Giust. 6 marzo 2014, C-458/12 *Telecom* che “l'impiego, al citato articolo 6, paragrafo 1, primo e quarto comma, del termine “conservi” implica che l'autonomia dell'entità ceduta deve, in ogni caso, preesistere al trasferimento”.

³⁹ Cass. 11 maggio 2016 n. 9682.

⁴⁰ Cass. 25 novembre 2014 n. 25021 nonché Cass. 21 agosto 2015 n. 17063.

Le previsioni richiamate, ed in particolare il riferimento espresso all'affitto, innanzitutto chiariscono che il trasferimento sussiste anche quando il mutamento nella titolarità dell'azienda è solo temporaneo e quindi l'azienda è destinata in futuro a tornare nella titolarità del cedente. Ed infatti, è stata assoggettata alla disciplina dell'art. 2112 c.c. anche l'ipotesi di retrocessione di un'azienda all'originario proprietario⁴¹.

Il rinvio alla sola ipotesi di fusione, tra le tante operazioni societarie, ha fatto dubitare della riconducibilità alla fattispecie delle ipotesi di scissione societaria, dubbio che, però, la giurisprudenza ha sciolto in senso favorevole all'applicazione delle disposizione codicistica anche a quella fattispecie⁴².

È, invece, esclusa dall'art. 2112 la cessione di azioni o dell'intero pacchetto azionario atteso che tale cessione non determina la sostituzione di un soggetto ad un altro nella titolarità dell'azienda⁴³.

Infine, la giurisprudenza sia interna che della Corte di Giustizia ha ritenuto che rientrassero nella nozione di trasferimento anche i casi in cui manca un rapporto contrattuale tra cedente e cessionario ed il trasferimento è conseguenza di un atto unilaterale quale ad esempio una concessione, revoca e/o assegnazione di attività⁴⁴.

5. *La procedura per il trasferimento di azienda*

A partire dal 1990, con l'art. 47 della legge comunitaria 29 dicembre 1990, n. 428 il nostro ordinamento interno, così ottemperando all'indicazione europea, ha previsto, per il solo caso in cui l'impresa cedente occupi più di quindici dipendenti, che il trasferimento debba essere preceduto da una procedura di informazione ed eventuale consultazione del sindacato.

L'informazione ha quali destinatari le RSA o RSU ove costituite ed i sindacati di categoria che hanno stipulato il contratto collettivo applicato nelle unità produttive interessate dal trasferimento per tale intendendosi un contratto "normativo" e dunque un contratto che regola in modo organico

⁴¹ Cass. 26 luglio 2011 n. 16255.

⁴² Trib. Trieste 20 novembre 2014.

⁴³ Cass. 12 marzo 2012 n. 6131.

⁴⁴ Cass. 31 gennaio 2013 n. 2281; Cass. 15 ottobre 2010 n. 21278; C. Giust. 20 novembre 2003, C-340/01, *Abler*.

i rapporti di lavoro⁴⁵. In assenza di tali soggetti, l'informazione va data ai sindacati comparativamente più rappresentativi.

Come ovvio, la procedura si applica tutte le volte in cui il mutamento di titolarità dell'azienda è effetto di un atto negoziale e, comunque, di un atto volontario mentre laddove il trasferimento sia conseguenza di un provvedimento autoritativo, non può ritenersi sussistente un obbligo in capo al cedente e cessionario, né, quindi, una violazione del dettato normativo⁴⁶.

Il legislatore individua innanzitutto il momento entro il quale la procedura deve essere iniziata, fissandolo in 25 giorni prima “che sia perfezionato l'atto da cui deriva il trasferimento o che sia perfezionata un'intesa vincolante tra le parti”. Il coinvolgimento delle organizzazioni sindacali deve quindi avvenire nella fase prodromica alla conclusione di accordo, al fine di consentire al sindacato di svolgere il ruolo di supervisione e tutela degli interessi dei lavoratori in un momento in cui le decisioni che possono avere riflessi sui rapporti di lavoro non sono ancora state prese⁴⁷.

Entro il termine fissato dal legislatore sia il cedente che il cessionario devono comunicare alle rispettive organizzazioni sindacali, oltre alla data del trasferimento, i suoi motivi, le sue conseguenze giuridiche economiche e sociali per i lavoratori e le eventuali misure previste nei confronti dei lavoratori medesimi. Come emerge chiaramente dalla lettera dell'art. 47 l. 29 dicembre 1990, n. 428 onerati dell'informazione preventiva sono sia il cedente che il cessionario, cioè sia l'attuale che il futuro titolare dell'azienda interessata dal mutamento, e quindi le parti dei relativi rapporti di lavoro. Precisa, inoltre, la norma che l'obbligo di informazione ed esame congiunto sussiste anche quando il trasferimento sia stato deciso non dal cedente e/o cessionario ma da un'impresa che li controlla.

Il contenuto dell'informazione va interpretato in chiave teleologica: cedente e cessionario sono tenuti a fornire ogni informazione utile a raggiungere lo scopo che il legislatore si prefigge, cioè, come la giurisprudenza ha più volte ricordato⁴⁸, quello di consentire all'organizzazioni sindacali coin-

⁴⁵ Cass. 21 ottobre 2015 n. 21430.

⁴⁶ Trib. Civitavecchia 11 maggio 2000.

⁴⁷ Così CESTER, *Trasferimento d'azienda e rapporti di lavoro: la nuova disciplina*, in LG, 2001, p. 514 nonché Pret. Benevento 29.4.1999 ma *contra* LAMBERTUCCI, *Le procedure sindacali nel trasferimento d'azienda*, in SANTORO PASSARELLI, FOGLIA (a cura di), *La nuova disciplina del trasferimento d'impresa. Commento al d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 18*, Ipsoa, 2002.

⁴⁸ Cass. 13 febbraio 2013 n. 3537.

volte di accompagnare l'operazione societaria valutandone con piena consapevolezza le ricadute sui rapporti di lavoro, oltre che verificando il rispetto delle tutele previste per i lavoratori coinvolti. Esula, invece, dal ruolo dell'organizzazione il sindacato in merito alle ragioni della scelta organizzativa imprenditoriale così come un potere di veto in ordine alla medesima⁴⁹.

Ricevuta l'informazione il sindacato può, entro il termine di sette giorni, chiedere un esame congiunto cui devono partecipare sia il cedente che il cessionario e che deve comunque esaurirsi nei successivi dieci giorni.

Proprio perché il fine dell'informazione è solo quello di consentire all'organizzazione sindacale di accompagnare il mutamento di titolarità, verificando il corretto rispetto delle norme dettate a tutela dei lavoratori coinvolti, la giurisprudenza ha più volte precisato che il mancato rispetto della procedura prevista, che pure concretizza, ai sensi dell'art. 47 l. 29 dicembre 1990, n. 428, l'unica ipotesi tipicizzata di condotta antisindacale⁵⁰ non incide sulla validità del negozio traslativo.

Qualora, dunque, cedente e/o cessionario non effettuino la comunicazione iniziale, ovvero non diano corso all'esame congiunto o, ancora, diano delle informazioni incomplete e/o inveritiere essi potranno essere condannati per condotta antisindacale ex art. 28 Stat. Lav. Secondo l'opinione prevalente, l'ordine del giudice non potrà incidere sul negozio traslativo della titolarità dell'azienda bensì dovrà limitarsi a sospenderne gli effetti al fine di consentire al sindacato di ricevere le informazioni dovute e procedere, se lo ritiene, ad un completo esame congiunto⁵¹. Occorre, infine, ricordare che uniche legittimate attive a far valere la violazione della procedura di cui all'art. 47 l. 29 dicembre 1990, n. 428 sono le organizzazioni sindacali destinatarie del diritto di informazione. La giurisprudenza esclude, invece, che il singolo lavo-

⁴⁹ Sulla funzione della comunicazione cfr. LAMBERTUCCI, *Le tutele del lavoratore nella circolazione dell'azienda*, Giappichelli, 1999; PERULLI, *I rinvii all'autonomia collettiva: mercato del lavoro e trasferimento d'azienda*, in *LRI*, 1992, p. 549; ROMEI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda*, in *Comm. Schlesinger* nonché ancora Cass. 13 febbraio 2013 n. 3537.

⁵⁰ L'art. 47 co. 3 prevede infatti che "Il mancato rispetto, da parte del cedente o del cessionario, degli obblighi previsti dai commi 1 e 2 costituisce condotta antisindacale ai sensi dell'articolo 28 della legge 20 maggio 1970, n. 300".

⁵¹ TOSI, *Due nodi della legge: informazione e consultazione sindacale*, in *LI*, 1991, p. 13; MARESCA, *Gli obblighi di informazione e consultazione sindacale nel trasferimento d'azienda*, in *LRI*, 1992; in giurisprudenza Cass. 8 giugno 2009, n. 13171; Trib. Arezzo 5 agosto 2008; Trib. Roma 29 dicembre 2005.

ratore abbia titolo per far valere il non corretto adempimento dell'obbligo di informazione e consultazione⁵².

6. *Le conseguenze del trasferimento sui rapporti di lavoro coinvolti*

Come la rubrica della norma dice chiaramente, finalità della stessa è il mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di azienda. A tal fine il legislatore predispose un articolato apparato di tutele che da una parte tendono a rendere il rapporto di lavoro quanto più possibile impermeabile alle vicende societarie e, dall'altra, lo rafforzano attraverso la previsione di una serie di garanzie del credito aggiuntive rispetto a quelle di cui godono i lavoratori in via ordinaria. Occorre, però, evidenziare che il sistema di garanzie approntato dal legislatore si arresta di fronte alla libertà di iniziativa economica del cedente. Non è dunque, possibile né sindacare il merito della decisione di cedere la titolarità dell'azienda, purché essa sia effettiva, né la scelta del cessionario⁵³. Il cedente, dunque, non risponde di *culpa in eligendo* qualora il cessionario si sia poi rivelato un soggetto incapace di proseguire nell'attività in cui è subentrato⁵⁴. Quanto ai lavoratori destinatari della tutela legale, il tenore del comma 1 dell'art. 2112 c.c., laddove si riferisce al rapporto che continua con il cessionario, dà la chiara indicazione che destinatari delle garanzie di cui all'art. 2112 c.c. sono i lavoratori che passano unitamente all'azienda ceduta. Se si considera altresì che, come si vedrà, ai sensi del comma 4 il trasferimento di azienda non costituisce motivo di licenziamento, la ovvia conclusione è che tutti coloro che appartengono all'azienda, o parte di essa, ceduta, passano al cessionario e dunque rientrano sotto l'ombrello di garanzie previste dall'art. 2112 c.c.⁵⁵ Nei fatti l'identificazione dei lavoratori coinvolti dal trasferimento è tuttavia meno lineare di quello che sembra. Certamente, condizione perché il lavoratore possa vantare un diritto di tutela ex art. 2112 c.c. è che il suo rapporto di lavoro con il cedente sia ancora in atto al momento del trasferimento⁵⁶. A tale ipotesi è equiparata quella in cui il rapporto

⁵² Cass. 13 novembre 2009 n. 24093.

⁵³ Cass. 22 aprile 2014 n. 9090 nonché Cass. 26 gennaio 2012 n. 1085.

⁵⁴ Cass. 20 marzo 2013 n. 6969.

⁵⁵ Cass. 11 febbraio 2016 n. 2747.

⁵⁶ App. Roma 29 ottobre 2005.

è cessato a seguito di un licenziamento regolarmente impugnato e soggetto a tutela reintegratoria: il cessionario, infatti, subentra nel rapporto ricostituito dal giudice a seguito di sentenza di reintegra⁵⁷. Secondo la giurisprudenza, inoltre, la sussistenza del rapporto utile per legittimare il lavoratore a pretendere le garanzie di cui all'art. 2112 c.c. può anche derivare dalla nullità del termine apposto al contratto di lavoro⁵⁸. Da ultimo, occorre ricordare che secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia è lavoratore ai sensi e per gli effetti di cui alla direttiva 2001/23/CE colui che è stabilmente assegnato ad un soggetto che ne usa le prestazioni, a prescindere dall'esistenza di un vincolo contrattuale tra le parti⁵⁹. Secondo questa interpretazione, che riflette ancora una volta la già sottolineata opzione centripeta del giudice europeo, dunque, la platea dei destinatari delle tutele è più ampia della cerchia di coloro che sono legati da un rapporto di dipendenza diretta dal cedente, valendo ai fini della identificazione del lavoratore protetto anche l'esistenza di un rapporto di fatto stabilmente riconducibile al cedente. Quanto alla tutele, innanzitutto il legislatore si preoccupa di disciplinare le sorti del rapporto di lavoro da una parte prevedendo, al comma 1 dell'art. 2112 c.c., che "il rapporto di lavoro continua con il cessionario" e dall'altra specificando al comma 4 dello stesso articolo che "il trasferimento d'azienda non costituisce di per sé motivo di licenziamento". Le richiamate previsioni legislative sono suscettibili di una lettura bidirezionale: se da una parte il trasferimento non crea una sorta di periodo di irrecedibilità (previsto, invece, in alcune situazioni soggettive del lavoratore), dall'altra il legislatore dice espressamente che l'eventuale recesso deve avere una ragione giustificatrice altra rispetto al trasferimento⁶⁰. Così, ad esempio, il cessionario può procedere al licenziamento del lavoratore ceduto nei confronti del quale il cedente abbia iniziato una procedura disciplinare per gravi fatti verificatisi quando ancora era alle sue dipendenze⁶¹. In assenza, invece, di una ragione giustificatrice autonoma rispetto alla vicenda traslativa, il lavoratore licenziato potrà adire il Tribunale, nel rispetto del termine di decadenza di cui all'art. 32 L. 183/10, chiedendo

⁵⁷ Cass. 11 febbraio 2016 n. 2747.

⁵⁸ Trib. Firenze, 13 novembre 2013 in *ADL*, 2014, p. 765.

⁵⁹ C. Giust. 21 ottobre 2010, C-242/09, *Heineken* a proposito di un lavoratore distaccato da un'impresa ad un'altra appartenente allo stesso gruppo, che ha poi ceduto l'attività ad un'impresa esterna al gruppo medesimo.

⁶⁰ Cass. 11 giugno 2008 n. 15495 nonché Cass. 16 maggio 2006 n. 11424.

⁶¹ Cass. 27 settembre 2007 n. 20221.

l'accertamento della continuazione del rapporto in capo al cessionario⁶². Ulteriore corollario del principio di necessaria continuità dei rapporti di lavoro dei dipendenti ceduti, sancito dai comma 1 e 4, è il fatto che il cessionario non potrà godere degli sgravi e/o dei benefici contributivi connessi alle nuove assunzioni laddove esse riguardino lavoratori che avrebbero dovuto passare *ex lege* alle dipendenze del cessionario⁶³.

7. Il rilievo della volontà delle parti

Tangenziale rispetto al tema della continuazione del rapporto con il cessionario è la problematica che riguarda il rilievo della volontà delle parti. Ci si chiede, cioè, se il passaggio dei lavoratori coinvolti dall'operazione societaria sia automatico, e dunque prescindere dalla volontà non solo del cedente e cessionario ma anche degli stessi lavoratori, ovvero se essi abbiano il diritto di opporsi al passaggio ed in questo caso con quali conseguenze. La formulazione "secca" dell'art. 2112 comma 1 non pare lasciare adito a dubbi, prevedendo la continuazione *ope legis* del rapporto di lavoro con il cessionario. Proprio la scarsa previsione legislativa ha però autorizzato alcuni tentativi di valorizzare la volontà del singolo. Occorre subito rilevare che la problematica non è stata approfondita dal lato del datore di lavoro, in merito al quale è sostanzialmente pacifica l'opinione per cui il passaggio automatico è per il cessionario un effetto indisponibile della norma codicistica, mentre il cedente sarebbe libero di concordare con i singoli lavoratori il loro mantenimento presso l'azienda cedente⁶⁴. Essa, invero, si propone sul versante del rilievo della volontà del singolo lavoratore, specialmente nei casi in cui è in discussione una cessione solo parziale dell'azienda. Al proposito, la dottrina si è divisa tra chi ritiene che, in applicazione della regola generale di cui all'art. 1406 c.c., il singolo lavoratore può rifiutare il consenso al trasferimento e chi, invece, ritiene che la disposizione di cui all'art. 2112 c.c. sia speciale rispetto alla regola generale del codice civile e quindi imponga il passaggio a prescindere e quindi anche contro la volontà del singolo⁶⁵. Iniziando dal-

⁶² Trib. Firenze, 7 ottobre 2014.

⁶³ Cass. 9 settembre 2015 n. 17838; Cass. 30 dicembre 2011 n. 30664.

⁶⁴ SPEZIALE, *op. cit.*

⁶⁵ Per una rassegna delle diverse posizioni in dottrina sia consentito rinviare a PACCHIANA PARRAVICINI, *Trasferimento di azienda dissenso individuale: la modifica del 4° comma dell'art. 2112 c.c.*,

l'esame delle fonti occorre rilevare che la direttiva comunitaria lascia sul punto autonomia di scelta agli stati membri i quali sono liberi di decidere se e con quali modalità dare rilievo all'eventuale dissenso del lavoratore⁶⁶. Dal canto suo il legislatore italiano, dopo aver sancito la continuità del rapporto ed il fatto che il trasferimento d'azienda non costituisce di per sé motivo di licenziamento, ha altresì previsto che "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'articolo 2119, primo comma". Secondo una dottrina⁶⁷ la previsione normativa interna, che non contiene un espresso riferimento al rilievo del dissenso individuale, lascia un inammissibile vuoto normativo che deve essere colmato ricorrendo ad un'interpretazione adeguatrice della norma. In particolare la predetta dottrina suggerisce di dare comunque rilievo al dissenso del lavoratore, consentendogli di opporsi al passaggio alle dipendenze del cessionario e così rimanere presso il cedente. Altra dottrina, valorizzando la previsione di cui al già citato art. 2112 comma 5, ritiene, invece, che il lavoratore dissenziente non abbia altra facoltà se non quella di recedere dal rapporto. Secondo quest'ultima tesi, invero, la previsione legislativa per cui le dimissioni rese entro i tre mesi dal trasferimento possono essere rassegnate per giusta causa solo se vi è stato un cambiamento sostanziale delle condizioni del lavoratore, dimostra che per il nostro ordinamento non solo il dissenso del lavoratore è ininfluenza al fine di impedire il passaggio alle dipendenze del cessionario ma esso di per sé non configura neppure una giusta causa di dimissioni. La tesi del passaggio *ope legis* alle dipendenze del cessionario è fatta propria anche dalla giurisprudenza maggioritaria che, dopo aver ricordato che le conseguenze del trasferimento di azienda sono disciplinate dallo stesso art. 2112 c.c. e dunque aver escluso che a quella fattispecie sia applicabile la regola generale dettata dall'art. 1406 c.c. in tema di consenso del contraente ceduto, ha precisato che "tale peculiarità non comporta un processo di c.d. reificazione delle attività lavorative (e della persona del lavoratore cui ineriscono) – come effetto della assoluta irrilevanza del suo consenso nella vi-

in TOSI (a cura di), *Mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti*, in *NLCC*, 2002, p. 1283.

⁶⁶ C. Giust. 16 dicembre 1992, C-132/91, *Katzikas*. In dottrina da ultimo ALES, *Le condizioni di lavoro nel trasferimento d'azienda: mantenimento o mutamento?*, di prossima pubblicazione in *Studi in onore di Raffaele De Luca Tamajo*.

⁶⁷ SPEZIALE, *op. cit.*, p. 42 e SCARPELLI, *op. cit.*, p. 351.

cenda traslativa – risultando, al contrario, dall’assenza di soluzione di continuità prevista dall’art. 2112 c.c., tutelato il diritto del lavoratore all’esercizio della propria professionalità nonostante le vicende traslative che involgono i beni cui la stessa è connessa”⁶⁸. Peraltro, come si è già sottolineato in apertura, la giurisprudenza compensa il fatto di non ritenere rilevante il dissenso del lavoratore arretrando il momento di tutela della sua posizione rispetto alla decisione organizzativa del datore a quello della verifica della sussistenza della fattispecie. La giurisprudenza ha in proposito sottolineato che è onere del datore di lavoro che si vuole avvalere degli effetti previsti dall’art. 2112 c.c. – e quindi della disciplina speciale del passaggio automatico dei lavoratori in deroga al principio generale del consenso necessario ex art. 1406 c.c. – dimostrare che si è in presenza di un trasferimento di azienda o di ramo⁶⁹. Alla mancata prova della sussistenza della fattispecie speciale consegue, come è ovvio, il riespandersi della regola generale del consenso.

8. *La responsabilità solidale*

Alla garanzia della continuità del rapporto l’art. 2112 c.c. affianca una particolare tutela dei crediti dei lavoratori ceduti nei confronti dei quali cedente e cessionario sono tenuti a rispondere in solido per i debiti sorti prima del trasferimento. Si tratta di una tutela che si aggiunge a quella ordinaria dei crediti dei lavoratori e che prescinde dal fatto che il cessionario sia o meno a conoscenza dell’esistenza dei crediti medesimi. Come si è già ricordato quando si è parlato dei lavoratori coinvolti nella disciplina di cui all’art. 2112 c.c., il regime di responsabilità solidale ha quale presupposto che il rapporto di lavoro sia vigente al momento del mutamento della titolarità dell’azienda. Sono, dunque, esclusi da tale garanzia i lavoratori del cedente che non siano transitati alle dipendenze del cessionario e/o coloro il cui rapporto si sia definitivamente concluso prima del trasferimento⁷⁰. Quanto ai crediti di cui risponde solidalmente il cessionario, vi rientrano, oltre a quelli che hanno ad oggetto il trattamento retributivo diretto e/o indiretto nonché la quota di TFR maturata presso il cedente⁷¹, anche quelli meramente risarci-

⁶⁸ Cass. 3 luglio 2004 n. 14670; conf., tra le tante, Cass. 14 novembre 2011 n. 23808.

⁶⁹ Cass. 6 marzo 2015 n. 4601 e Cass. 9 aprile 2015 n. 7144.

⁷⁰ Cass. 6 marzo 2015 n. 4598.

⁷¹ Cass. 8 gennaio 2016 n. 164.

tori⁷². Infine, occorre ricordare che l'art. 2112 ultimo comma consente al lavoratore di liberare il (solo) cedente dalla responsabilità solidale con il cessionario. La volontà liberatoria del lavoratore deve essere espressa in una delle sedi protette individuate dall'art. 2113 c.c.

9. *Trasferimento d'azienda e contratto collettivo*

La dichiarata finalità del comma 1 dell'art. 2112 c.c. di rendere i rapporti di lavoro coinvolti nel trasferimento insensibili al mutamento stesso trova una parziale eccezione nella disciplina dettata dal novellato comma 3 dell'art. 2112 c.c. a proposito della fonte collettiva. La norma, infatti, prevede la sostituzione automatica dei contratti del cessionario con quelli, di pari livello, del cedente. La possibilità, del tutto legittima, che il cessionario applichi ai lavoratori trasferiti un contratto collettivo diverso da quello del cedente, che viene così sostituito, porta però ad escludere che il trasferimento sia del tutto neutro per i lavoratori coinvolti, potendo la modifica del contratto applicato avere ripercussioni anche significative sulla disciplina dei rapporti individuali. Si crea, così, un'apparente antinomia tra il comma 1 dell'art. 2112 c.c. che dispone la conservazione di tutti i diritti che derivano dal rapporto di lavoro ed il successivo comma 3. L'antinomia appare ancora più evidente se si considera che, come la giurisprudenza ha più volte ricordato, la sostituzione del contratto collettivo di pari livello del cessionario a quello del cedente avviene a prescindere dalle condizioni contenute nei due accordi e dunque anche se la disciplina negoziale applicata dal cessionario è più sfavorevole rispetto a quella adottata dal cedente⁷³. In realtà, se si considera che i diritti dei lavoratori che sono intoccabili sono, oltre a quelli già maturati e quindi acquisiti al patrimonio individuale, quelli che trovano la propria fonte nel contratto individuale di lavoro, trattandosi di fonte che resta impermeabile alla vicenda circolatoria, mentre non sono garantite le mere aspettative e dunque la maturazione ed il godimento di quei diritti che hanno una fonte esterna rispetto al contratto individuale ed in quanto tali sono soggetti alle conseguenze che derivano dal mutamento della fonte, l'apparente antinomia trova una composizione. A ciò si aggiunga che secondo la giurisprudenza della Corte di

⁷² Pret. Milano 9 febbraio 1996.

⁷³ Cass. 29 settembre 2015 n. 19303; Cass. 7 aprile 2015 n. 6943.

giustizia, la modifica delle condizioni contrattuali trova un limite in quei trattamenti retributivi che derivano dall'anzianità di servizio del lavoratore⁷⁴. Infine, occorre altresì ricordare che una giurisprudenza di merito ha tentato di arginare le conseguenze derivanti dalla sostituzione automatica del contratto chiarendo che l'efficacia modificativa vale solo per il futuro e non può avere effetto retroattivo⁷⁵.

10. *Il trasferimento d'azienda ed il diritto del lavoro che cambia*

La sintetica disamina della disciplina del trasferimento d'azienda non può terminare senza una breve riflessione in ordine alle ricadute che le nuove regole in tema di rapporto di lavoro hanno sulla materia. Innanzitutto si può affermare pacificamente che il principio di continuità di cui al comma 1 dell'art. 2112 c.c. e la conseguente conservazione dell'anzianità di servizio pregressa, comportano che il momento utile per valutare la data di assunzione di quei lavoratori decorre dall'inizio del rapporto con il cedente e non, invece, dal passaggio al cessionario. Si nota, qui, la differenza rispetto al contratto di appalto per il quale, invece, il legislatore si è fatto carico di dettare, all'art. 7 del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23, una norma specifica in tema di anzianità aziendale. Non configurando l'appalto un'ipotesi di trasferimento d'azienda, in mancanza di previsione specifica, al cambio di appalto il lavoratore avrebbe perso, infatti, la sua anzianità. Più problematica appare, invece, la questione legata al divieto di licenziamento di cui al comma 4 dell'art. 2112 c.c. ed alle conseguenze della sua violazione. Al proposito si può agevolmente affermare che per quei rapporti ancora soggetti al regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo di cui all'art. 18 comma 6 legge 20 maggio 1970 n. 300 come modificato dalla legge 28 giugno 2012 n. 92, un licenziamento motivato dal trasferimento di azienda risulterebbe manifestamente infondato e come tale soggetto alla tutela reintegratoria con conseguente passaggio alle dipendenze del cessionario. La questione si presenta, invece, problematica per quegli eventuali licenziamenti per motivo economico intimati a lavoratori soggetti alla disciplina del contratto di lavoro a tutele crescenti per i quali, come è noto, è esclusa la sanzione reintegratoria. In

⁷⁴ C. Giust. 6 settembre 2011, C-108/2010, *Scattolon*.

⁷⁵ Trib. Brescia 23 luglio 2015.

queste ipotesi il principio di continuità del rapporto espresso al comma 1 dell'art. 2112 c.c., di cui la previsione di ingiustificatezza del licenziamento di cui al comma 4 della stessa norma codicistica appare un corollario, rischia di vedersi disinnescato dal fatto che quel licenziamento, per quanto ingiustificato, è soggetto solo ad una tutela indennitaria. In altre parole, il cedente ed il cessionario potrebbero sempre evitare il passaggio dei lavoratori ceduti alle dipendenze del secondo, semplicemente concordandone il licenziamento ad opera del cedente. Questa possibilità induce a riflettere sulla portata dei commi 1 e 4 dell'art. 2112 c.c. e sulle conseguenze della loro violazione. In altre parole, se in vigenza del regime sanzionatorio dell'art. 18 Stat. Lav. vecchia formulazione, appariva di fatto irrilevante chiedersi quale invalidità vi-ziasse il licenziamento intimato in ragione del trasferimento, atteso che le conseguenze dei possibili vizi erano sempre le stesse, la mutata disciplina sanzionatoria del licenziamento, articolata in base al tipo di vizio e che esclude la tutela reintegratoria avverso il licenziamento economico intimato ad un lavoratore assunto dopo il 7 marzo 2015, possono autorizzare una nuova prospettiva dalla quale valutare quel recesso. Prima ancora che ingiustificato ci si può chiedere se esso possa apparire nullo per violazione della norma imperativa, di derivazione unieuropea, che impone la conservazione del rapporto.

Key words

Trasferimento azienda, contratto collettivo, rapporto lavoro.

Transfers undertaking, collective bargaining, working relation.