

Corte di Cassazione - Sezione Lavoro - sentenza 22 gennaio 2013 n. 1456 (Presidente De Renzis; Relatore Filabozzi; Pm Corasaniti).

Trasferimento di ramo d'azienda - Nozione di ramo d'azienda - Valutazione complessiva di una pluralità di elementi in relazione al tipo di impresa - Necessità - Capacità di funzionare autonomamente sul mercato - Essenziale - Mancanza di avviamento congiunta a mancanza di autonoma e compiuta realtà organizzativa - Inconfigurabilità di cessione di ramo d'azienda ex art. 2112 cod. civ. - Applicazione dell'art. 1406 cod. civ. - Consenso tacito del lavoratore alla cessione del contratto di lavoro - Ammissibilità - Comportamento inequivocabilmente diretto a porre in essere la modificazione soggettiva del rapporto - Necessità.

Per ramo d'azienda, suscettibile di cessione ai sensi dell'art. 2112 cod. civ., deve intendersi ogni entità economica organizzata in maniera stabile la quale, in occasione del trasferimento, conservi la sua identità e consenta l'esercizio di un'attività economica finalizzata al perseguimento di uno specifico obiettivo, il cui accertamento presuppone la valutazione di una pluralità di elementi in relazione al tipo di impresa tra i quali l'autonomia commerciale e amministrativa e la presenza dell'avviamento.

Il consenso del lavoratore alla cessione del contratto di lavoro ex art. 1406 cod. civ. può essere manifestato anche in forma tacita, in considerazione della libertà di forma del contratto di lavoro, purché il comportamento sia inequivocabilmente preordinato a superare il precedente assetto negoziale, il che non può dirsi realizzato per il solo fatto che il lavoratore abbia fruito del trattamento di fine rapporto ed abbia continuato la prestazione della propria opera alle dipendenze del cessionario.

★ ★ ★

Maria Teresa Salimbeni

Il trasferimento di ramo d'azienda torna a coincidere per la Cassazione con il trasferimento della “piccola azienda”

Sommario: **1.** Il contesto normativo e giurisprudenziale: la giurisprudenza comunitaria. **2.** Segue: l'evoluzione della normativa nazionale in materia di trasferimento di ramo d'azienda. **3.** Il nucleo strutturale del ramo d'azienda. **4.** L'autonomia funzionale del ramo prima e/o al momento del trasferimento. **5.** La conservazione dell'identità del ramo: la verifica dell'autonomia funzionale nel contesto organizzativo del cessionario. **6.** La sentenza della Cassazione n. 1456 del 22 gennaio del 2013.

1. *Il contesto normativo e giurisprudenziale: la giurisprudenza comunitaria*

La sentenza in commento si inserisce nel percorso interpretativo dell'art. 2112 cod. civ. – e di individuazione della fattispecie ivi disciplinata – iniziato all'indomani dell'emanazione della Direttiva comunitaria n. 77/187 e proseguito, per oltre un trentennio, con l'obiettivo, alternativamente, di consolidarne una iniziale vocazione alla tutela dei lavoratori a fronte di operazioni imprenditoriali di smembramento aziendale, o di attribuirgli l'ulteriore, ma non esclusiva, finalità di agevolare processi riallocativi della produzione e del lavoro imposti dal mutato contesto socio-economico¹.

Oggetto della sentenza è la legittimità di una decisione della Corte d'Appello di Milano che ha escluso la sussistenza del trasferimento di un ramo d'azienda nella vicenda sottoposta al suo esame.

Si trattava di uno stabilimento risultato, secondo la sentenza di secondo grado, carente di autonomo impulso produttivo e di avviamento, in quanto commercialmente e amministrativamente dipendente da altri stabilimenti, e

¹ Per una sintesi dell'evoluzione dell'istituto nel nostro ordinamento sia consentito rinviare a DE LUCA TAMAJO, SALIMBENI, *Il trasferimento d'azienda*, in PERSIANI, CARINCI (a cura di), *Trattato di diritto del lavoro*, vol.VI, *Il mercato del lavoro*, Cedam, 2012, p. 1453 ss.; sul rapporto tra legislazione nazionale e diritto comunitario: SPEZIALE, *Il trasferimento d'azienda tra disciplina nazionale ed interpretazioni “vincolanti” della Corte di Giustizia Europea*, in WP, C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”, 2006; per un'analisi a caldo delle riforme: DE LUCA TAMAJO, *La disciplina del trasferimenti di ramo d'azienda dal codice civile al d. lgs. n. 276 del 10 settembre 2003*, in AA.VV., *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, Esi, 2004, p. 569 ss.; MARESCA, *L'oggetto del trasferimento: azienda e ramo d'azienda*, in AA.VV., *Trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro*, Giuffrè, 2004, n. 2, p. 87 ss.; BAVARO, *Il trasferimento d'azienda*, in CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo n. 276/2003*, Cacucci, 2004, p. 165 ss.; SANTORO PASSARELLI, *Fattispecie e interessi tutelati nel trasferimento d'azienda e di ramo d'azienda*, in RIDL, 2003, I, p. 189 ss.

la cui attività produttiva si era svolta, dopo il trasferimento, quasi esclusivamente, in virtù delle commesse della cedente. Di conseguenza la fattispecie riconoscibile, e riconosciuta, era stata la mera vendita di beni materiali accompagnata da una cessione di rapporti di lavoro senza il consenso dei lavoratori ceduti che, pertanto, erano stati reintegrati presso la cedente.

La sentenza della Cassazione, che conferma la decisione della Corte d'Appello, sul punto si fonda su un'interpretazione restrittiva dell'ultima parte dell'attuale comma 5 dell'articolo 2112 cod. civ. che individua il ramo d'azienda ai fini e per gli effetti di cui allo stesso articolo. Prima allora di valutare la posizione assunta dalla Suprema Corte, sembra opportuna una premessa che ne delinei, sia pur sinteticamente, il contesto normativo e giurisprudenziale di riferimento.

La nozione di ramo o parte d'azienda viene per la prima volta introdotta nell'art. 2112 cod. civ. dal d.lgs. 2 febbraio 2001 n. 18, di attuazione della direttiva n. 98/50, CE del 29 giugno 1998, anche se l'elaborazione giurisprudenziale nazionale aveva già da tempo incluso il trasferimento di "parti di stabilimento" nella fattispecie codicistica "trasferimento d'azienda" richiamandosi alla precedente direttiva 77/187/CE del 14 febbraio 1977 che lo comprendeva nel suo ambito di applicazione. Non si dubitava, infatti, che la pur legittima scelta economica di separazione e alienazione di una parte dell'impresa dal resto implicasse per i lavoratori appartenenti a quella parte le medesime esigenze di tutela riconosciute al personale tutto dell'azienda trasferita nel suo complesso ed anzi, proprio su questo indiscusso presupposto, la stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia utilizzava i medesimi criteri distintivi per individuare sia l'azienda sia la parte di essa costituenti oggetto del trasferimento coperto dalla direttiva.

Può ben dirsi quindi che l'elaborazione della Corte europea ha preso le mosse, nella maggior parte dei casi, da ipotesi riguardanti cessioni parziali, riferite a singoli servizi o settori, nelle quali erano ravvisabili la dismissione, da parte dell'impresa, di una certa attività, spesso accessoria, e la prosecuzione della stessa attività da parte di altro soggetto mediante moduli organizzativi implicanti o meno anche l'acquisizione e/o l'utilizzazione di strutture materiali fornite dal cedente.

Possiamo disaggregare la giurisprudenza della Corte di Giustizia, chiamata a pronunciarsi sull'interpretazione delle direttive in materia di trasferimento di imprese o parti di imprese, in base a due principali problematiche: attinenti, l'una, alla individuazione dell'entità oggetto del trasferimento, l'al-

tra, alla quota di autonomia richiesta al ramo d'azienda trasferendo, quest'ultima in una duplice prospettiva cronologica riferita al prima e al dopo l'operazione di cessione. Le questioni così individuate sono state sviscerate seguendo percorsi argomentativi condizionati dalla specificità delle vicende sottoposte all'attenzione della Corte la quale ha mostrato grande attenzione alle caratteristiche delle singole imprese e al tipo di attività esercitata.

Quanto alla prima, possiamo individuare una fase iniziale in cui la Corte ha richiesto, per la individuazione dell'impresa ai fini dell'applicazione della normativa comunitaria sul trasferimento, la presenza di elementi materiali, oggettivi e misurabili, quali mezzi organizzati dall'imprenditore per lo svolgimento di un'attività economica, oltre l'apporto della gran parte del personale², ciò allo scopo di restringere il campo applicativo della dir. 77/187/CE. Successivamente, però, la stessa Corte vi ha ricondotto anche le ipotesi di mero trapasso di un'attività economica da un imprenditore ad un altro a prescindere dal passaggio di mezzi organizzati³. Più di recente, ritornando sui suoi passi, ha recuperato il concetto di "entità economica", oggettivamente misurabile e non riconducibile a pura attività, anche alla luce della definizione datane dalla dir. 98/50/CE (rimasta inalterata anche nella successiva, e sostitutiva, direttiva 2001/23 CE del 12 marzo 2001), pur se ha precisato che in relazione a talune attività *labour intensive* il trasferimento dell'entità economica può non dipendere dal passaggio di elementi materiali, sostanziandosi la stessa, in tali casi, anche soltanto in un gruppo di lavoratori che assolvano stabilmente e in maniera organizzata una determinata attività senza un substrato materiale⁴.

La seconda problematica attiene al concetto di autonomia, riferibile sia all'impresa sia alla parte d'impresa, inteso come idoneità a "... svolgere un'attività economica, sia essa essenziale o accessoria" (art. 1, n.1, lett. b, dir. 2001/23/CE) e che la Corte di Giustizia valuta alla stregua della capacità del bene oggetto di cessione a produrre un risultato apprezzabile sia pur in relazione all'attività esercitata o addirittura "... in funzione dei metodi di pro-

² C. Giust. 18 marzo 1986, C-24/1985 (Spijkers), in *Racc.*, 1986, 1119; C. Giust. 10 febbraio 1988, C-324/1986 (Daddy's Dance Hall), in *Racc.*, 1988, 739.

³ C. Giust. 14 aprile 1994, C-392/1992 (Schmidt), in *Racc.*, 1994, I, 1311; C. Giust. 7 marzo 1996, C-171/1994 e C-172/1994 (Mercks e Neuhuys), in *Racc.*, 1996, I, 1253.

⁴ C. Giust. 11 marzo 1997, C-13/1995 (Suzen), in *Racc.*, 1997, I, 1259; C. Giust. 24 gennaio 2002, C-51/2000 (Temco), in *Racc.*, 2002, I, 969; C. Giust. 20 gennaio 2011, C-463/2009 (Clece), in *RIDL*, 2011, p. 1250 con nota di COMANDÈ.

duzione o di gestione utilizzati nell'impresa, nello stabilimento o nella parte di stabilimento in questione"⁵. Significativo il metodo induttivo tipologico utilizzato che mira alla ricognizione della fattispecie concreta (entità economica) attraverso l'individuazione di una serie di indici presuntivi da valutarsi nel loro complesso e con riguardo al tipo d'impresa⁶.

Ma più interessante è sicuramente il profilo della la conservazione, dopo il trasferimento, dell'identità dell'entità economica.

Anche, e soprattutto, in ordine a questo aspetto la Corte europea mostra di recente grande duttilità e attenzione ai meccanismi reali dell'organizzazione produttiva, ma soprattutto valorizza la finalità della direttiva 2001/23/CE di proteggere i lavoratori in occasione del cambio del titolare dell'impresa, assicurando loro la continuità dei rapporti di lavoro in essere. Da un lato, quindi, afferma che per poter stabilire se un'entità economica conservi la propria identità "... deve essere preso in considerazione il complesso delle circostanze di fatto che caratterizzano l'operazione di cui trattasi, fra le quali ... il tipo d'impresa o di stabilimento in questione, la cessione o meno di elementi materiali, quali gli edifici e i beni mobili, il valore degli elementi immateriali al momento della cessione, la riassunzione o meno della parte più rilevante del personale ..., il trasferimento o meno della clientela, il grado di somiglianza delle attività esercitate prima e dopo la cessione ...", tutti elementi che "... costituiscono tuttavia soltanto aspetti parziali della valutazione complessiva cui si deve procedere e non possono, perciò, essere considerati isolatamente"⁷. Interpreta pertanto il concetto di "mantenimento dell'identità" in senso funzionale e relativo alla natura della concreta impresa o parte di essa.

⁵ C. Giust. 11 marzo 1997, cit.; C. Giust. 10 dicembre 1998, C-173/1996 e C-247/1996 (Hidalgo e Ziemann), in *Racc.*, 1998, I, 8237; C. Giust. 20 novembre 2003, C-340/2001 (Abler); C. Giust. 15 dicembre 2005, C-232/2004 e C-233/2004 (Guney-Gorres).

⁶ La Corte di Giustizia mostra grande duttilità, attribuendo rilevanza o meno a determinati elementi (ai fini della sussistenza dell'oggetto del trasferimento ai sensi della direttiva comunitaria) a seconda della tipologia di impresa. Così se si tratta di una attività *labour intensive*, la cessione potrà avvenire anche attraverso la mera riassunzione del personale specificamente destinato dal predecessore a tale attività, mentre se l'attività si basa essenzialmente su attrezzature materiali l'assenza di riassunzione da parte del nuovo imprenditore di una quota sostanziale di dipendenti del predecessore non vale di per se ad escludere il trasferimento "... quando il secondo imprenditore utilizza rilevanti elementi patrimoniali materiali di cui si è servito precedentemente il primo imprenditore..." (C. Giust. 20 novembre 2003, C-340/2001, cit.).

⁷ C. Giust. 20 gennaio 2011, C-463/2009, cit.

Dall'altro, afferma che l'identità può ritenersi sussistente anche se la parte di impresa ceduta non conserva la sua autonomia da un punto di vista organizzativo "... a condizione che il nesso funzionale tra i differenti fattori di produzione venga mantenuto e consenta al cessionario di utilizzare questi ultimi al fine di proseguire un'attività economica identica o analoga"⁸. Quindi la Corte non ritiene necessario il mantenimento dell'organizzazione specifica imposta dall'imprenditore cedente ai diversi fattori di produzione trasferiti, ma considera sufficiente che tali fattori conservino un vincolo di interdipendenza che consenta al cessionario di utilizzarli anche se integrati in "... una nuova diversa struttura organizzativa..."⁹.

Ad una individuazione a monte dell'entità economica oggetto del trasferimento necessariamente calata nello specifico contesto produttivo di riferimento, corrisponde, a valle, una ricognizione del mantenimento dell'identità che ben può prescindere dal perpetuarsi dell'organizzazione preesistente purché vi sia continuazione di attività con utilizzazione, da parte del cessionario, dei fattori trasferiti, tra loro, e nel nuovo contesto, integrati. Pertanto, anche le ipotesi in cui l'organizzazione produttiva caratterizzante l'entità economica ceduta si dissolve nell'impresa del cessionario, purché resti in vita un nesso funzionale tra i fattori produttivi trasferiti, rientra a pieno titolo nell'ambito applicativo della direttiva comunitaria.

2. *L'evoluzione della normativa nazionale in materia di trasferimento di ramo d'azienda*

L'approccio pragmatico ultimo della giurisprudenza comunitaria che si coglie sia nel momento definitorio statico, che verte sull'oggetto del trasferimento, sia in quello dinamico, che valuta la continuazione dell'attività dopo la cessione, non trova una corrispondenza nella giurisprudenza nazionale la quale si è prevalentemente attestata su posizioni poco inclini ad interpretazioni elastiche dell'art. 2112 cod. civ. Tale atteggiamento può trovare spiegazione nella vicenda evolutiva della norma che è stata modificata tre volte, mutando non soltanto nella lettera ma anche nella ratio sottostante, con com-

⁸ C. Giust. 12 febbraio 2009, C-466/2007 (Klarenberg), in *RIDL*, 2010, II, p. 212, con nota di CESTER.

⁹ C. Giust. 20 gennaio 2011, cit.

prensibile difficoltà per l'interprete ad adeguarsi di volta in volta alla nuova versione legislativa.

La prima tappa di questo, talvolta affannoso, percorso riformatore va ravvisata nella legge 29 dicembre 1990 n. 428 che, recependo la dir. 77/187/CE, ha innervato la norma codicistica, originariamente forgiata sull'interesse datoriale alla libera circolazione dell'azienda, di una più intensa tutela della continuità dei rapporti di lavoro attraverso il divieto espresso di licenziamento a motivo del trasferimento d'azienda e la previsione di diritti di informazione e consultazione preventiva alle rappresentanze sindacali attraverso la procedura scandita dall'art. 47.

La seconda, nel d.lgs. n. 18/2001 che ha proseguito l'adeguamento del diritto interno alla normativa comunitaria, nel frattempo arricchitasi della dir. 98/50/CE, attraverso una formale implementazione della vocazione lavoristica della norma al cui centro sembra ormai collocarsi la tutela dei lavoratori ceduti: eloquenti a tal riguardo la nuova rubrica che intitola l'articolo 2112 cod. civ. al "*Mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda*" ed anche la previsione di una successione selettiva di contratti collettivi che tendenzialmente tende ad evitare deroghe peggiorative dei trattamenti contrattuali. Ma, in realtà, le principali novità della novella consistono nella definizione di azienda e parte di azienda "ai fini e per gli effetti del presente articolo" e nell'esplicita previsione dell'applicazione della norma anche ai trasferimenti parziali d'azienda. Per azienda deve intendersi "un'attività economica organizzata" al fine della "produzione o dello scambio di beni o di servizi" "preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità" e per parte dell'azienda, cui comunque si applicano le disposizioni della norma, l'"articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata" "preesistente come tale al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità".

L'ampliamento della portata applicativa della norma, derivante dalla possibilità, ormai esplicitamente prevista, di trasferire automaticamente i lavoratori addetti ai segmenti produttivi ceduti, ha indotto a parlare di "eterogenesi dei fini" della stessa, in quanto ormai sostanzialmente piegata alle esigenze imprenditoriali di dislocazione produttiva e di rapido smaltimento di personale¹⁰, e a ritenerne vulnerata la portata garantistica¹¹. Infatti, il passaggio automatico

¹⁰ DE LUCA TAMAJO, *La disciplina del trasferimento di ramo d'azienda dal codice civile al decreto legislativo n. 276 del 10 settembre 2003*, cit., p. 570.

¹¹ CAMPANELLA, *Outsourcing e rapporti di lavoro. La dimensione giuslavoristica dei processi di ester-*

al cessionario dei lavoratori afferenti al ramo ceduto, da un lato, favorisce processi di smembramento aziendale molto utili all'imprenditore, non solo quando si tratta di genuine esternalizzazioni con passaggio a terzi di attività estranee al *core business* aziendale (e successiva riappropriazione dei risultati dell'attività ceduta attraverso contratti stipulati con il cessionario) ma anche quando, attraverso fittizie cessioni di rami aziendali, ci si libera di lavoratori eccedenti, dall'altro, non sempre costituisce per i lavoratori (e/o viene percepito come) una garanzia di stabilità del rapporto e della sua disciplina, soprattutto se il nuovo datore di lavoro è dotato di una struttura meno solida e affidabile di quella del cedente che continua ad operare.

Sebbene non si debba trascurare l'effetto limitativo di tali pratiche esercitato dalla richiesta, in funzione qualificatoria, preesistenza e continuità dell'autonomia funzionale del ramo trasferendo. Questa caratterizzazione tipologica dell'oggetto del trasferimento parziale, individuato come "articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata (...) preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità", è stata, infatti, salutata da alcuni come un salvifico e necessario presidio della genuinità dei processi di decentramento¹², idoneo ad ostacolare operazioni volte a creare *ad hoc* rami d'azienda al fine di liberarsi di lavoratori appositamente ad esso addetti. Seppure a parere di altri costituisca una inutile restrizione alla circolazione di attività produttive, sia pur non già autonome all'interno dell'organizzazione del cedente, ma in grado di funzionare, anche se diversamente allocate ed integrate, e di assicurare in tal modo la durata dei rapporti di lavoro connessi¹³.

La terza tappa della marcia riformatrice è costituita dall'emanazione dell'art. 32, d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276 il quale, oltre ad aver ridisegnato la fattispecie cessione di ramo d'azienda, ha attribuito riconoscimento (ma non tipicità giuridica in senso tecnico)¹⁴ al contratto di appalto stipulato tra alien-

nalizzazione dell'impresa, in CAMPANELLA, CLAVARINO, *Processi, caratteristiche, sviluppi. Il caso TE.SS.*, Il Sole 24 ore, 2004, p. 115.

¹² SCARPELLI, *Nuova disciplina del trasferimento di azienda*, in DPL, 2001, n. 12, p. 779; CESTER, *Trasferimento d'azienda e rapporti di lavoro: la nuova disciplina*, in LG, 2001, p. 505.

¹³ DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, in DE LUCA TAMAJO (a cura di), *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, Esi, 2002, p. 9; CIUCCIOVINO, *La disciplina del trasferimento di azienda dopo il D. lgs. 18/2001*, in DE LUCA TAMAJO (a cura di), *I processi di esternalizzazione...*, cit., p. 83.

¹⁴ Secondo Cass. 17 aprile 2012 n. 5997, in ADL, 2012, p. 974, con nota di RICCOBONO, "...il termine "esternalizzazione"... non costituisce in alcun modo una espressione tecnico-

nante ed acquirente “la cui esecuzione avviene utilizzando il ramo d'azienda oggetto di cessione”, cd. “contratto di esternalizzazione”: si è realizzato così, secondo alcuni, il definitivo ritorno all'originaria vocazione della norma nata per favorire la circolazione dell'impresa e rivisitata per ulteriormente assecondare le nuove esigenze di scomposizione/ricomposizione delle aziende nei processi di outsourcing¹⁵. La chiave di volta dell'ultima riforma è stata, però, la possibilità, concessa dal legislatore a cedente e cessionario, di identificare l'“articolazione funzionalmente autonoma” al momento del trasferimento del ramo d'azienda senza richiederne la preesistenza e la continuità: soluzione da cui è sembrato automaticamente derivare l'alleggerimento della fattispecie da vincoli di destinazione, originaria e successiva, del segmento trasferito. Ciò avrebbe determinato, secondo parte della dottrina, un'accelerazione dei processi di dissolvimento dei complessi aziendali e di rarefazione occupazionale¹⁶, secondo altra, l'eliminazione di un presupposto di problematica applicazione che finiva per scoraggiare anche le esternalizzazioni di segmenti produttivi sganciate da ogni disegno elusivo o fraudolento¹⁷.

Sulla nuova formulazione del 5° comma dell'art. 2112 ha pesato, non poco, la scarsa aderenza della precedente versione ad una realtà produttiva sempre più dinamica e flessibile ed anche, molto più semplicemente, la difficoltà di concepire un'articolazione di una attività economica organizzata che possa essere realmente autonoma ed autosufficiente già prima di essere estrapolata dal complesso di cui fa parte, così come il legislatore sembrava richiedere con il requisito della preesistenza. Sia perché, come sottolineato in dottrina, le realtà aziendali complesse sono caratterizzate da significative interdipendenze funzionali tra i vari settori¹⁸, sia perché esistono rami autonomi nella fase produttiva ma “al netto” dei supporti di tipo amministrativo, commerciale, logistico i quali ultimi pur non avendo nulla a che vedere con l'articolazione produttiva in sé sono indispensabili per la sua sufficienza¹⁹.

giuridica tale da dover essere interpretata (n.d.r. solo) come affidamento di attività ad altra azienda che poi contrattualmente concluda accordi contrattuali con il cessionario”.

¹⁵ DE LUCA TAMAJO, *Il trasferimento d'azienda*, in DE LUCA TAMAJO, SALIMBENI, cit., p. 1459; PERULLI, *Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione*, in *ADL*, 2003, n. 2, p. 476 ss.

¹⁶ CAMPANELLA, *op. cit.*, pp. 116-117;

¹⁷ DE LUCA TAMAJO, *Il trasferimento d'azienda*, in PERSIANI, CARINCI (a cura di), cit., p. 1469 ss.

¹⁸ DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, in *ID.*, *I processi di esternalizzazione, opportunità e vincoli giuridici*, Esi, 2002, p. 39.

¹⁹ MARESCA, *Le “novità” del legislatore nazionale in materia di trasferimento d'azienda*, in *ADL*,

Pertanto risultava di difficile, se non di impossibile, applicazione in alcuni casi un criterio che giustificasse ai sensi della normativa sul trasferimento d'azienda soltanto il passaggio di rami autoconclusi in guisa di piccole aziende autosufficienti. Se ne rilevava, inoltre, la scarsa potenzialità garantistica in contrasto con la finalità dell'art. 2112 che è quella di assicurare continuità occupazionale in caso di cessione di rami d'azienda, non di tagliare fuori dal suo ambito applicativo fattispecie circolatorie di segmenti aziendali sostanzialmente autonomi seppur con l'aggiunta di ulteriori ma ineliminabili funzioni esterne²⁰.

3. *Il nucleo strutturale del ramo d'azienda*

In questo scenario, delineato nel suo sviluppo in sintesi estrema, la giurisprudenza nazionale, in particolare quella di legittimità, nell'adeguare il diritto interno a quello comunitario, ha mostrato, in alcuni casi, una rigidità non riscontrabile nelle sentenze della Corte di Giustizia più libera in quanto interprete autentico della volontà del legislatore europeo.

Con specifico riferimento all'individuazione del ramo d'azienda – possibile oggetto di trasferimento ai sensi dell'art. 2112 cod. civ. – si possono individuare i principali orientamenti della Corte di Cassazione formati in relazione alla normativa applicabile *ratione temporis* e quindi sia antecedenti che successivi alla riforma del 2003.

Il primo aspetto riguarda la definizione di ramo d'azienda da un punto di vista oggettivo-strutturale, che consenta di renderlo riconoscibile al-

2001, p. 596; BENAGLIO, *La cessione di parte di azienda come "esternalizzazione"*, in questa rivista, 2009, I, p. 17.

²⁰ DE LUCA TAMAJO, *La disciplina del trasferimento di ramo d'azienda dal codice civile al decreto legislativo n. 276 del 10 settembre 2003*, cit., p. 576. Aderendo a questa impostazione Cass. 22 marzo 2006 n. 6292 ha affermato: "Se per ramo d'azienda si intende un complesso di beni e di persone organizzato per la produzione di specifici beni o servizi, nel suo trasferimento non possono non restare coinvolti, in tutto o in parte, anche i beni e il personale che prestavano l'indispensabile assistenza alla specifica produzione, anche se nell'organizzazione aziendale facevano parte di una struttura a se stante. Ragionando diversamente si perverrebbe a risultati del tutto contrastanti con le finalità dell'art. 2112 c.c., in quanto il personale addetto al servizio di supporto, una volta intervenuta la cessione del ramo d'azienda cui prestava assistenza, risulterebbe eccedente rispetto alle ormai ridotte esigenze dell'impresa e sarebbe esposto al rischio di licenziamento".

l'esterno. Gli elementi costitutivi la fattispecie nella sua struttura sono quelli che afferiscono all'"attività economica organizzata" (quindi all'azienda considerata nella sua interezza, la cui nozione lavoristica si evince dall'art. 2112 cod. civ. a partire dal 2001) e cioè gli elementi materiali e immateriali funzionalmente collegati per la realizzazione del risultato d'impresa. Sul punto la Cassazione, in linea con i giudici del Lussemburgo, accoglie una nozione non necessariamente materializzata di impresa ritenendo sufficiente anche l'esistenza di un insieme di dipendenti stabilmente coordinati ed organizzati la cui capacità sia assicurata dal fatto di essere dotati di particolari competenze e purché in grado di conseguire un risultato produttivo individuabile²¹.

Il nucleo minimo indispensabile dell'"attività economica" ("entità economica" per la dir. 2001/23/CE) che dà luogo all'applicazione della disciplina legale del trasferimento di ramo d'azienda si può, dunque, far coincidere con l'aggregazione di mezzi e/o lavoratori idonea al raggiungimento dello scopo secondo le modalità richieste dalla natura dell'impresa. I più recenti approdi della giurisprudenza di legittimità, in conformità con i risultati raggiunti dalla Corte di Giustizia, concordano, quindi, nel ritenere che il ramo d'azienda non coincide necessariamente "... con la materialità dello stesso (quanto a strutture, beni strumentali ed attrezzature, etc.), ma possa consistere anche in un ramo smaterializzato o leggero, costituito in prevalenza da rapporti di lavoro organizzati, in modo idoneo ... allo svolgimento di un'attività economica ..."²², ammettendosi che si possano trasferire "... anche i soli lavoratori addetti ad un unico ramo di impresa, i quali abbiano acquisito nozioni ed esperienze tali da poter svolgere autonomamente e senza il supporto di beni materiali le proprie funzioni ..."²³. Ciò che conta in questi casi è "... 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..."²⁴.

²¹ V: Cass. 5 marzo 2008 n. 5932, in *LG*, 2008, p. 773 ss.; Cass. 16 ottobre 2006 n. 22125, in *Mass GC*, 2006; Cass. 10 gennaio 2004 n. 206, in *RIDL*, 2004, p. 653, con nota di SITZIA; Cass. 23 luglio 2002 n. 10761, in *RIDL*, 2003, II, p. 148 ss., con nota di SCARPELLI.

²² Cass. 4 dicembre 2012 n. 21711.

²³ Cass. 6 giugno 2007 n. 13270. Analogamente Cass. 5 marzo 2008 n. 5932, cit., afferma che "... può configurarsi un trasferimento aziendale che abbia ad oggetto anche solo un gruppo di dipendenti stabilmente coordinati ed organizzati tra loro, la cui capacità operativa sia assicurata dal fatto di essere dotati di un particolare *know how*...".

²⁴ Cass. 5 marzo 2008 n. 5932, cit.

L'insieme di mezzi e lavoratori, o anche di soli lavoratori, coordinato al fine della produzione di utilità economiche viene in rilievo, nell'art. 2112 cod. civ., solo in quanto soggetto ad una particolare vicenda: il passaggio dal titolare dell'intera impresa – di cui il ramo forma un'articolazione – ad altro imprenditore; questo transito implica un distacco iniziale ed un approdo finale: nel primo momento l'art. 2112 richiede che il segmento dell'azienda sia funzionalmente autonomo, nel secondo che conservi la sua identità. Mentre, però, nella formulazione della norma codicistica derivata dal d.lgs. 18/2001 si richiedeva un'articolazione funzionalmente autonoma "... preesistente come tale al trasferimento e che conserva nel trasferimento la sua identità", successivamente il d.lgs. n. 276/2003, art. 32, ha eliminato sia il requisito della preesistenza sia quello della conservazione dell'identità.

4. *L'autonomia funzionale del ramo prima e/o al momento del trasferimento*

In ordine alla verifica dell'"*a quo*" della sussistenza dell'autonomia funzionale del ramo la giurisprudenza ha fatto proprio, nella maggior parte dei casi, un orientamento restrittivo basandosi: a) prima dell'abrogazione del requisito della preesistenza, sull'interpretazione letterale dell'art. 2112, 5° comma, seconda parte e/o sull'interpretazione conforme alla normativa comunitaria; b) dopo l'abrogazione, pur sempre sulla prevalenza delle direttive comunitarie che induce a ritenere ancora sussistente il requisito in parola.

a) Nella prima fase, anteriore al d.lgs. 276/2003, ha affermato che è possibile ricondurre alla cessione di azienda anche "... il trasferimento di un ramo della stessa, purché si tratti di un insieme di elementi produttivi organizzati dall'imprenditore per l'esercizio di un'attività, che si presentino prima del trasferimento come un'entità dotata di autonomia e unitaria organizzazione, idonea al perseguimento dei fini dell'impresa²⁵...", e che "... il ramo d'azienda ceduto deve consistere in una preesistente realtà produttiva autonoma e funzionalmente esistente, e non in una struttura produttiva creata ad hoc in occasione del trasferimento..."²⁶. Conclusioni nelle quali viene dato

²⁵ Cass. 5 marzo 2008 n. 5932, cit.

²⁶ Cass. 6 giugno 2007 n. 13270; conformi: Cass. 6 aprile 2006 n. 8017; Cass. 1 febbraio 2008 n. 2489; Cass. 23 aprile 2009 n. 9691; Cass. 13 ottobre 2009 n. 21697; Cass. 14 novembre 2011 n. 23808; Cass. 30 marzo 2012 n. 5117; Cass. 4 dicembre 2012 n. 21710, in *ADL*, 2013, p. 202 con nota di NUZZO. Secondo un orientamento più risalente, l'articolazione per avere au-

assoluto rilievo alla preesistenza di un'articolazione d'azienda in grado di funzionare in maniera autonoma anche prima dell'operazione di smembramento, alla luce di una lettura congiunta del testo dell'art. 2112 cod. civ. – sia antecedente che successivo alla novella del 2001 – e della dir. 98/50/CE.

L'interpretazione adeguatrice del testo dell'art. 2112 cod. civ. alla dir. 98/50/CE traspare soprattutto nelle sentenze emesse prima che si applicasse la l.18/2001 in cui la nozione di trasferimento di ramo d'azienda viene mutuata dal diritto comunitario che lo identifica come parte dell'impresa ed, in quanto tale, come entità economica che conservi, in occasione del trasferimento, la sua identità: tale nozione presuppone una preesistente realtà produttiva, non potendosi conservare un'identità che non esista già prima del trasferimento²⁷.

In alcune sentenze, relative a questa prima fase, la Corte afferma il carattere necessario della preesistenza a presidio della autenticità del ramo al fine di evitare “forme incontrollate di espulsione di frazioni non coordinate tra loro, di semplici reparti o uffici, di articolazioni non autonome unificate dalla volontà del datore di lavoro...”²⁸. Emblematico il caso dell'Ansaldo

tonomia funzionale deve presentarsi come una sorta di “piccola azienda” in grado di funzionare in modo autonomo; v: Cass. 25 ottobre 2002 n.15105; tale sentenza, pur pronunciando in relazione ad una fattispecie cui era applicabile, *ratione temporis*, il disposto dell'art. 2112 cod. civ. anteriore alla riforma del 2001, ha ritenuto di non poter ignorare la volontà del legislatore del 2001 di esplicitare il requisito della preesistenza dell'autonomia funzionale del ramo; in senso conforme: Cass. 4 dicembre 2002 n. 17207; Cass. 14 dicembre 2002 n. 17919; Cass. 23 ottobre 2002 n. 14961; Cass. 17 ottobre 2005 n. 20012.

²⁷V. fra le altre: Cass. 30 dicembre 2003 n. 19842 secondo la quale: “È opportuno sottolineare ancora una volta che il diritto positivo richiede per un'applicazione dell'art. 2112 c.c., che oggetto del trasferimento sia una preesistente entità economica che oggettivamente si presenti dotata di una propria autonomia organizzativa ed economica funzionalizzata allo svolgimento di un'attività volta alla produzione di beni o servizi. Solo in tal senso si può restare fedeli alla fattispecie comunitaria – così come configurata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, prima, ed esplicitata poi dalla direttiva del 1998 – la quale si caratterizza proprio per l'identità dell'entità economica che si conserva, ovvero permane, prima e durante la vicenda traslativa.” Si dissocia da questo orientamento maggioritario Cass. 17 marzo 2009 n. 6452, la quale, esplicitamente dichiarando di aderire ad una interpretazione della disciplina comunitaria “orientata nel senso della prevalenza attribuita alla effettività dei fenomeni considerati”, afferma che la tutela predisposta dalla direttiva 98/50/CE “... sembra possa essere riferita in maniera indifferente sia all'ipotesi in cui venga trasferita una entità economica avente una propria preesistente identità nell'ambito di una entità di maggiori dimensioni che a quella in cui l'impresa cedente accorpi una serie di funzioni in precedenza distinte per formare un insieme organico potenzialmente idoneo a svolgere in maniera autonoma una attività economica”.

²⁸ Cass. 30 dicembre 2003 n. 19842; Cass. 16 ottobre 2006 n. 22125; Cass. 17 luglio 2008 n. 19740; Cass. 29 gennaio 2013 n. 2040, tutte sul caso Ansaldo.

Energia che aveva esternalizzato i “servizi generali”, attraverso un’operazione di aggregazione di attività distinte ed eterogenee e l’unitaria cessione delle stesse ad altro imprenditore, e che è stata ritenuta illegittima dalla Cassazione proprio utilizzando il requisito della preesistenza del ramo: infatti nelle sentenze relative emerge il principio che un’operazione che faccia confluire in un unico ramo ciò che prima della cessione costituiva un insieme di funzioni separate, sia pur autonome, è illegittima, a prescindere dalla attuale e/o futura confluenza delle stesse in un complesso unitario e funzionale²⁹.

b) La fattispecie ramo d’azienda esce dalla riforma del 2003 disancorata dai requisiti della preesistenza e della conservazione dell’identità dovendo essere “identificata come tale dal cedente e dal cessionario” al momento del suo trasferimento. Sgombrato il campo dai tentativi di riconoscere alla volontà delle parti un potere qualificatorio svincolato da filtri valutativi³⁰ – in quanto, letteralmente, identificare non significa creare ma riconoscere qualcosa che esiste e, giuridicamente, non è possibile affidare alla responsabilità delle parti l’applicazione di norme inderogabili di legge come l’art. 2112 cod. civ. e l’art. 47 l. 428/1990³¹ – la soluzione più equilibrata, e rispettosa del requisito dell’autonomia funzionale, preservato in ogni caso dal legislatore nazionale, è sembrata essere quella che valorizza l’autonomia del ramo d’azienda al momento del passaggio³² sicché, come è stato efficacemente affermato, il punto fondamentale oggi sta nel verificare “se l’autonomia funzionale esiste e non da quanto e per quanto ancora”³³. L’abbandono del requisito della preesistenza interferirebbe quindi sul piano diacronico e non su quello qualificatorio della fattispecie il cui nocciolo essenziale e sufficiente

²⁹ Secondo Cass. 29 gennaio 2013 n. 2040 se si ammettesse una tale operazione “... l’unificazione del complesso dei beni troverebbe la sua fonte nella sola volontà dell’imprenditore che sarebbe così ... un indice di valutazione della natura della fattispecie traslativa ...”.

³⁰ ZILIO GRANDI, *Il trasferimento d’azienda e i fenomeni di esternalizzazione*, in BORTONE, DAMIANO, GOTTARDI (a cura di), *Lavori e precarietà, il rovescio del lavoro*, 2004, Editori riuniti, p. 86 ss.

³¹ CAMPANELLA, *op. cit.*, p. 126; PERULLI, *L’autonomia individuale e collettiva nella determinazione dell’articolazione funzionalmente autonoma*, in AA.VV., *Il trasferimento di ramo d’azienda e rapporto di lavoro*, 2005, Giuffrè, p. 122.

³² DE LUCA TAMAJO, *Il trasferimento d’azienda*, in PERSIANI, CARINCI (a cura di), *cit.*, p. 1473 ss.; SANTORO PASSARELLI, *La disciplina del rapporto di lavoro nel trasferimento d’azienda: evoluzione e prospettive*, in *QDLRI*, 2004, pp. 20 e 23; MAINARDI, “Azienda” e “ramo d’azienda”: il trasferimento nel d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276, in questa rivista, 2003, p. 699

³³ BAVARO, *op. cit.*, p. 179.

continua ad essere l'autonomia funzionale del ramo trasferendo, mai dissolvibile nel soggettivismo definitorio dei contraenti in ragione dell'inderogabilità della norma.

Ma la preesistenza non viene messa da parte dalla giurisprudenza che continua ad invocarla quale indefettibile presupposto della conservazione dell'identità dell'entità economica, richiesta dalle dir. 98/50/CE e poi 2001/23/CE, in osservanza delle quali è stato modificato il nostro art. 2112 cod. civ. In particolare la giurisprudenza di merito, anche di fronte al nuovo testo normativo, mantiene fermo il principio secondo il quale per l'applicazione dell'art. 2112 cod. civ. è necessario che il trasferimento riguardi un'articolazione autonoma preesistente al trasferimento³⁴. Anche se significative aperture si riscontrano in talune pronunzie, inclini a spostare l'attenzione sulla concreta capacità di funzionamento autonomo del ramo al momento della cessione ed in funzione di un controllo della continuità dell'attività più che della preesistenza dell'autonomia. Emblematica in tal senso la sentenza della Corte d'Appello di Milano 22 marzo 2010 n. 492 la quale fonda la decisione su un'opzione interpretativa dell'art. 2112 cod. civ., nella versione successiva al d.lgs. 276/2003, in base alla quale requisito decisivo per la qualificazione del ramo è l'effettiva prosecuzione o ripresa dell'attività essendo irrilevante la circostanza che il ramo sia preesistente al trasferimento: nulla impedisce, infatti, "... sotto il profilo comunitario, che le parti possano individuare immediatamente prima dell'operazione economica la struttura economica organizzata da trasferire..."³⁵.

La Corte di Cassazione ha assunto un atteggiamento di rigore sul punto della preesistenza, pur dopo l'abolizione legale del requisito, in una delle prime sentenze in cui si pronuncia in regime di applicabilità dell'art. 2112 cod. civ. così come modificato nel 2003: "... nonostante talune difformi opinioni basate sul dato letterale dell'assenza, nelle Direttive comunitarie, del

³⁴ In questo senso: Trib. Ravenna 22 gennaio 20123; Trib. Milano 30 giugno 2010; Trib. Milano 25 febbraio 2009, in *RCDL*, 2009, p. 460; Trib. Roma 3 marzo 2008, in *RCDL*, 2008, p. 984; Trib. La Spezia 14 ottobre 2008, in *RGL*, 2009, II, p. 661 con nota di BORDIGONI; Trib. Milano 29 febbraio 2008; Trib. Napoli 16 febbraio 2007; Trib. Milano 8 luglio 2005; in *RCDL*, 2005, p. 779.

³⁵ In *RIDL*, 2011, II, p. 320 con nota di VALLAURI; in senso analogo: Trib. Napoli 3 maggio 2011 n. 10892, in *RIDL*, 2011, II, p. 1107 con nota di FUSCO, la quale pone l'accento sulla prosecuzione dell'attività dopo la cessione ai fini della riconduzione della cessione del ramo d'azienda all'art. 2112 cod. civ.; App. Torino 10 gennaio 2011 secondo; Trib. Milano 18 maggio 2010; Trib. Milano 10 aprile 2007; Trib. Torino 17 dicembre 2005.

concetto di preesistenza (pur essendo previsto quello della conservazione dell'identità), l'entità economica trasferita deve in realtà ritenersi preesistente al trasferimento, non potendo conservarsi quel che non c'è... Deve pertanto ritenersi operante, anche a seguito del d. lgs. n. 276 del 2003, art. 32, il principio per cui per ramo d'azienda... deve intendersi ogni entità economica organizzata la quale, in occasione del trasferimento, conservi la sua identità... ciò presuppone comunque una preesistente entità produttiva funzionalmente autonoma (potendo conservarsi solo qualcosa che già esiste), e non anche una struttura produttiva creata ad hoc in occasione del trasferimento³⁶. La sentenza basa, dunque, la propria interpretazione sulla necessità di adeguarsi alla dir. 2001/23/CE che, in sede di definizione della fattispecie trasferimento dell'impresa, o di parte di essa, indica quale elemento qualificatorio la conservazione dell'identità che intanto può essere ravvisata in quanto l'identità preesista³⁷.

Non sembra seguire la via del recupero sul piano esegetico del requisito della preesistenza la recentissima sentenza del 30 gennaio 2013 n. 2151 nella quale la Cassazione afferma che alla luce della novella del 2003 "... il baricentro della norma è ora costituito dall'identificazione di una parte dell'impresa ceduta al momento del trasferimento e solo indirettamente rileva il fatto che anche in precedenza sia sussistita tale organizzazione potenzialmente suscettibile di essere oggetto di un autonomo esercizio d'impresa". Ne consegue che: "...ciò che si richiede, ai fini della sussistenza del requisito di cui all'art. 2112 cod. civ., è l'idoneità all'esercizio in modo autonomo dell'attività produttiva e quindi alla realizzazione del risultato produttivo..."³⁸.

³⁶ Cass. 4 dicembre 2012 n. 21711.

³⁷ Sulla necessità di un'interpretazione adeguatrice dell'art. 2112 cod. civ. alla normativa comunitaria in dottrina: PERULLI, *Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione*, in *ADL*, 2003, p. 473; CESTER, *La fattispecie. La nozione di azienda, di ramo d'azienda e di trasferimento fra norme interne e norme comunitarie*, in *QDLRI*, 2004, p. 52; SANTAGATA, *Trasferimento del ramo d'azienda tra disciplina comunitaria e diritto interno*, in *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, cit., p. 615 ss.; *contra*: SANTORO PASSARELLI, *Fattispecie e interessi tutelati nel trasferimento d'azienda e di ramo d'azienda*, in *RIDL*, 2003, I, p. 202. In relazione al requisito della preesistenza e al suo collegamento alla Direttiva 2001/23/Ce si ricorda Cass. 17 marzo 2009 n. 6452, già citata, la quale nega l'imprevedibilità della preesistenza della entità economica nel trasferimento di ramo d'azienda. Alla fattispecie oggetto del giudizio si applicava l'art. 2112 cod. civ. nella versione antecedente la riforma del 2001 per cui in esso non era prevista alcuna definizione né di azienda né di ramo quindi neanche la preesistenza; in ogni caso la lettura dello stesso doveva essere già comunque conforme alle Direttive esistenti.

³⁸ Prevedeva il mantenimento di una posizione restrittiva ed ancorata al mantenimento

In accordo con tale ultimo orientamento, un utilizzo del requisito della preesistenza in funzione qualificatoria della fattispecie sembra, ad avviso di chi scrive, eccessiva in considerazione: dell'evoluzione della legislazione nazionale che l'ha espunta dalla definizione di ramo d'azienda; della direttiva comunitaria che richiede la conservazione dell'identità (dell'entità economica), ma nulla in ordine alla sua origine; della recente evoluzione della giurisprudenza della Corte europea da cui risulta ridimensionato anche quest'ultimo requisito laddove viene inclusa nella fattispecie di cui alla direttiva 2001/23/CE anche l'ipotesi di cessione di parte di azienda che non conserva la propria autonomia organizzativa nel trasferimento a condizione che venga mantenuto "il nesso funzionale" tra i fattori produttivi in modo da consentire al cessionario di "proseguire un'attività identica o analoga"³⁹. Se per la Corte di Giustizia il ramo può cambiare la sua originaria identità da un punto di vista organizzativo-produttivo sarà difficile per il futuro ancorare la sopravvivenza del requisito della preesistenza ad un obbligo di conservazione dell'identità che più non esiste in termini rigorosi nella normativa comunitaria.

Predicato della fattispecie ramo d'azienda è, dunque, l'autonomia funzionale che consiste nella idoneità a realizzare uno scopo produttivo e/o economicamente valutabile, e non certo la preesistenza o la conservazione di una autocompiuta e immodificabile identità dopo il passaggio che, sebbene scomparsi dall'art. 2112 cod. civ., continuano ciò nonostante ad essere richiamati dalla giurisprudenza sia per analogia con la fattispecie del trasferimento dell'intera azienda sia, come visto, in ossequio ad una restrittiva lettura del requisito dell'identità presente nella dir. 2001/23/CE e che riguarda anche parti di aziende o stabilimenti.

È vero che l'ancoraggio al requisito della preesistenza mirava ad impedire all'imprenditore di "sbarazzarsi di lavoratori addetti ad una articolazione aziendale costituita, autonomizzata o alterata in vista del trasferimento"⁴⁰, ma

del requisito della preesistenza, alla luce delle pronunzie sino al momento intervenute: NUZZO, *La Suprema Corte e il ramo d'azienda: ancora sul controverso requisito della preesistenza dell'articolazione funzionalmente autonoma*, in *ADL*, 2013, I, p. 210. L'autrice commentava Cass. 4 dicembre 2012 n. 21710, emessa sub art. 2112 cod. civ. antecedente alla riforma del 2003, e attestantesi su una rigida interpretazione del requisito della preesistenza dell'autonomia funzionale del ramo.

³⁹ C. Giust. 12 febbraio 2009, C-466/2007, cit. Sul punto: FUSCO, *Il trasferimento di ramo d'azienda: interesse ad agire, violazione della procedura sindacale e autonomia del ramo*, in *RIDL*, 2011, II, p. 1111.

⁴⁰ VALLEBONA, *Istituzioni di Diritto del lavoro, II, Il rapporto di lavoro*, 2004, Cedam, Padova,

il venir meno dello stesso o, comunque, il non ritenerlo essenziale ai fini della sussistenza del trasferimento di ramo d'azienda regolato dall'art. 2112 cod. civ., non rischia di attenuare le tutele dei lavoratori, in quanto gli stessi sono assistiti, da un lato, dalla normativa generale antifraudolenta (art. 1344 cod. civ.), "capace di colpire qualsivoglia utilizzo indiretto dell'esternalizzazione" a fini di "smagrimento degli organici"⁴¹, dall'altro, dalla barriera costituita dalla nozione di articolazione funzionalmente autonoma.

Quest'ultima intesa in senso rigoroso, come entità dotata di una organizzazione che unisca gli elementi materiali e/o immateriali al fine dell'esercizio di un'attività stabile, consente di espungere dal campo applicativo dell'art. 2112 apparati non in possesso di una capacità produttiva reale e, nello stesso tempo, di non escludere sia le ipotesi in cui con il ramo vengano cedute frazioni di altre attività che nell'organizzazione di provenienza erano di supporto all'attività della parte ceduta⁴², sia un minimo di integrazione e coordinazione con l'organizzazione del cessionario necessario per una continuazione dell'attività del ramo nel nuovo contesto di destinazione⁴³.

p. 328; in senso analogo: PERULLI, *il trasferimento di ramo d'azienda tra controllo di fattispecie e frode alla legge*, in *RGL*, 2004, p. 790; CARINCI M.T., *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 178-179; VALLAURI, *Autonomia funzionale e integrabilità del ramo da parte del cessionario*, in *RIDL*, 2011, II, p. 343 ss.

⁴¹ DE LUCA TAMAJO, *La disciplina del trasferimento di ramo d'azienda dal codice civile al decreto legislativo n. 276 del 10 settembre 2003*, cit., p. 576.

⁴² In tal senso la già citata Cass. 22 marzo 2006 n. 6292; conformi: Cass. 5 marzo 2008 n. 5932 secondo la quale per l'individuazione del ramo d'azienda, ai sensi dell'art. 2112 cod. civ., "... determinante è l'autonomia funzionale del settore prima e dopo il trasferimento e non certo la completezza materiale e l'autosufficienza del gruppo che non è messa in discussione nemmeno per l'utilizzazione da parte della Cerit di alcuni supporti operativi della Banca (centralino, servizio paghe, supporti informatici)..." e Cass. 1 febbraio 2008 n. 2489 che afferma: "... si applica la disciplina dettata dall'art. 2112 c.c., anche in caso di 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".

⁴³ Nel senso dell'ammissibilità di una integrazione del ramo ceduto con elementi dell'impresa del cessionario già Cass. 30 dicembre 2003 n. 19842 secondo la quale se pur il ramo d'azienda deve preesistere alla vicenda traslativa, tale requisito non viene a mancare "sol perché il ramo venga integrato con altri elementi, una volta entrato nella complessiva azienda dell'acquirente"; nonché Cass. 9 ottobre 2009 n. 21481 per la quale perché ricorra una cessione di

5. *La conservazione dell'identità del ramo: la verifica dell'autonomia funzionale nel contesto organizzativo del cessionario*

Il mantenimento dell'autonomia funzionale dopo il trasferimento sembra potersi considerare un dato acquisito sulla base dell'interpretazione dell'art. 2112 cod. civ. alla luce della direttiva comunitaria che richiede, anche per il trasferimento di parti di imprese, la conservazione dell'identità. Ma bisogna intendersi sul significato da attribuire al concetto. Si è già sottolineato come la Corte di Giustizia, pur ritenendo indispensabile accertare che l'entità abbia conservato la propria identità nel trasferimento considera positivamente superata l'indagine allorché sia conservato il solo nesso funzionale di interdipendenza tra i vari fattori ed esso consenta al cessionario di utilizzare questi ultimi, anche se integrati in una nuova struttura organizzativa, al fine di continuare un'attività economica identica o analoga⁴⁴. L'affermazione è molto importante perché può consentire di avvalorare una concezione di autonomia funzionale del ramo come potenzialità d'impresa, attuale e verificabile certo al momento del trasferimento, ma non necessariamente corrispondente alla capacità di realizzare un risultato produttivo al netto di ulteriori apporti successivi, perché di quest'ultima non si chiede continuità.

La sorte riservata al segmento d'azienda all'interno dell'impresa del cessionario diventa, allora, il banco di prova delle potenzialità dello stesso nei termini chiariti perché ne dovrà dimostrare la congruenza organizzativa e la resistenza allo snaturamento. La prima in quanto l'interdipendenza tra i fattori produttivi trasferiti deve connotare il ramo ceduto anche all'esito del trasferimento (secondo quanto da ultimo affermato dalla Corte di Giustizia), la seconda perché se il ramo può essere integrato da elementi della nuova realtà aziendale non può, tuttavia, perdere la sua originaria destinazione, il *core business* dell'attività economica (altrimenti sarebbe del tutto obliterato il requi-

ramo d'azienda "è indispensabile che i beni oggetto del trasferimento conservino un residuo di organizzazione che ne dimostri l'attitudine, sia pure con la successiva integrazione del cessionario, all'esercizio dell'impresa".

⁴⁴ C. Giust. 12 febbraio 2009, C-466/2007, cit.V. nota precedente per le sentenze di Cassazione che aderiscono a tale interpretazione estensiva del requisito della conservazione dell'identità. Anche la recente Cass. 4 dicembre 2012 n. 21711, cit., pur ritenendo, in regime di applicazione del d. lgs. 276/2003, che l'applicazione dell'art. 2112 cod. civ. presuppone comunque una preesistente entità produttiva, ammette che il requisito della conservazione dell'identità non viene meno in presenza di "interventi integrativi imprenditoriali ad opera del cessionario".

sito della conservazione dell'identità richiesto dalla direttiva europea)⁴⁵. Una volta dimostrata la coesione funzionale e organizzativa dei beni e dei rapporti trasferiti e la prosecuzione di un'attività identica o analoga da parte del cessionario, sia pur con integrazioni accessorie, sarà dimostrata l'autonomia del ramo e l'applicabilità dell'art. 2112 cod. civ.

Il requisito della conservazione dell'identità così configurata si pone, inoltre, a garanzia sostanziale della continuità occupazionale dei lavoratori ceduti non in quanto rimanda ad una realtà preesistente cristallizzata ed autosufficiente, e che tale autosufficienza deve mantenere, ma in quanto denota una idoneità alla prosecuzione nel futuro dell'attività svolta dal segmento aziendale prima della cessione⁴⁶.

L'accertamento di tale idoneità vedrà, sicuramente, accrescere il proprio ruolo nell'ambito dell'indagine giudiziale sulla sussistenza del ramo d'azienda *ex art. 2112 cod. civ.* Anche nelle pronunzie che accedono ad una interpretazione conservatrice sul punto della preesistenza, pur in regime di applicabilità del d.lgs. 276/2003, si intravede, infatti, una, sia pur moderata, apertura ad ipotesi di integrazione dell'organizzazione ceduta ad opera di elementi appartenenti alla nuova impresa inglobante⁴⁷. Ciò può essere indizio di un progressivo spostamento del baricentro della norma verso l'accertamento della prosecuzione dell'attività dopo il trasferimento quale indice rilevatore dell'idoneità del ramo all'esercizio di un'attività.

A favore di una valorizzazione dell'autonomia in termini di potenzialità produttiva (da misurarsi prima e dopo la vicenda traslativa) depone la stessa terminologia usata dal legislatore che, a ben vedere, rimanda non ad un'autonomia misurabile in termini di risultati economico-produttivi raggiunti ma all'idoneità allo svolgimento di un'attività identificabile: le disposizioni dell'art. 2112 cod. civ. si applicano, infatti, all'"articolazione funzionalmente autonoma" di un'attività economica organizzata, non all'articolazione produttiva. L'elemento considerato, quindi, è l'attualità, al momento della cessione, della concreta potenzialità di un insieme di mezzi materiali e/o personali a svolgere una attività economica

Conclusivamente, appare conforme ad un'interpretazione della norma che tenga conto della *ratio* protettiva ad essa sottesa, nonché degli attuali svi-

⁴⁵ In tal senso: VALLAURI, *op. cit.*, p. 342 ss.

⁴⁶ Evidenzia la corrispondenza alla *ratio* protettiva dell'art. 2112 cod. civ. dell'idoneità alla prosecuzione dell'attività rilevabile nel ramo ceduto App. Milano 22 marzo 2010 n. 492, cit.

⁴⁷ V: Cass. 4 dicembre 2012 n. 21711, cit.

luppi della giurisprudenza comunitaria, ritenere funzionalmente autonomo un segmento aziendale "... capace di sviluppare un' autonoma iniziativa imprenditoriale al fine della produzione di un bene o di un servizio"⁴⁸ al momento della cessione, e applicabile l'art. 2112 cod. civ. a siffatta articolazione anche se integrata, successivamente, nella sua struttura, purché idonea al raggiungimento di un obiettivo produttivo⁴⁹.

6. *La sentenza della Cassazione n. 1456 del 22 gennaio 2013*

La sentenza in commento si pone in controtendenza rispetto all'evoluzione delineata nei paragrafi precedenti e che ha visto protagonista, in primo luogo, la Corte di Giustizia e, in parte, la Cassazione. Evoluzione che può sintetizzarsi nella apertura verso un concetto di ramo d'azienda potenzialmente in grado di perseguire un obiettivo economicamente valutabile, al momento della cessione al netto dei supporti amministrativi, commerciali e logistici che inevitabilmente assistono ogni attività nelle realtà produttive complesse come le attuali; sul punto ammettendosi, come già rilevato, anche il trasferimento frazionato di parti d'azienda destinate a supportare, con attività accessorie, il principale ramo ceduto⁵⁰. Fa da corollario a questa visione aggiornata di ramo d'azienda la compatibilità dell'autonomia funzionale con l'eventuale integrazione del segmento ceduto ad opera degli elementi presenti nella azienda del cessionario, come altra faccia della medaglia della dipendenza delle unità, sia pur economicamente autonome, dalle attività

⁴⁸ DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, cit., p. 27.

⁴⁹ In questo senso: MARESCA, *Le novità del legislatore nazionale in materia di trasferimento d'azienda*, in *ADL*, 2001, p. 595.

⁵⁰ V. la già citata Cass. 22 marzo 2006 n. 6292, nonché Cass. 1 gennaio 2008 n. 2489 che considera far parte del ramo d'azienda, e quindi automaticamente cedibili, non solo i rapporti dei dipendenti addetti alla produzione, ma anche quelli dei lavoratori che erano addetti ad attività di supporto al ramo stesso. Anche la recente, già citata, Cass. 4 dicembre 2012 n. 21711 la quale, non soltanto ammette che il ramo d'azienda possa consistere in un'entità anche potenzialmente, o al netto dei supporti generali sussistenti presso l'azienda cedente, idonea allo svolgimento di un'attività economica, ma ritiene anche che nel contratto di cessione possa individuarsi una "porzione o frazione produttiva che precedentemente era strettamente legata ai supporti logistici e materiali presenti nell'azienda cedente". In dottrina: MARESCA, *L'oggetto del trasferimento: azienda e ramo d'azienda*, in AA.Vv., *Trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro*, 2004, Giuffrè, p. 395.

accessorie dell'azienda di appartenenza. Se, infatti, è possibile che i servizi accessori siano trasferiti in uno con l'attività produttiva del ramo, ugualmente questi potranno essere reperiti nell'azienda del cessionario, senza che ciò metta in dubbio la sussistenza di un trasferimento ai sensi dell'art. 2112 cod. civ.

La Corte, nella sentenza in esame, afferma innanzitutto che per ramo d'azienda deve intendersi "...ogni entità economica organizzata in maniera stabile la quale, in occasione del trasferimento, conservi la sua identità e (...) consenta l'esercizio di un'attività economica finalizzata al perseguimento di uno specifico obiettivo...". Per accertarne l'esistenza bisogna valutare una serie di elementi in relazione al tipo di impresa e che attengono al trasferimento di elementi materiali o immateriali, alla riassunzione della maggior parte dei lavoratori, al trasferimento della clientela e all'analogia tra le attività esercitate prima e dopo la cessione. Fin qui la sentenza non si discosta dai precedenti ed apre ad interpretazioni più o meno "allargate" della fattispecie.

L'esplicazione dei suddetti criteri in relazione al caso concreto è invece significativa di una volontà di restringere il campo di applicazione dell'art. 2112 cod. civ. al di là di quanto non sia stato fatto in precedenti pronunzie: la genuinità del trasferimento dipende dall'esistenza di "una autonoma e compiuta realtà organizzativa", che permetta alla struttura di funzionare autonomamente anche da un punto di vista commerciale e amministrativo, cui deve aggiungersi l'elemento dell'avviamento comprensivo della clientela. È la "piccola azienda" autoconclusa e autosufficiente che torna a farsi spazio nelle argomentazioni della Corte con evidente distacco da una realistica visione dei processi circolatori e di esternalizzazione di attività aziendali e delle potenzialità degli stessi in termini non solo di salvataggio delle imprese ma anche dell'occupazione. Significativa al riguardo la negativa considerazione ai fini della sussistenza del ramo funzionalmente autonomo, della temporanea dipendenza del ramo ceduto dalle commesse del cedente che aveva assunto la veste di appaltante a seguito di contratto di esternalizzazione stipulato col cessionario; situazione in cui viene a trovarsi la maggior parte dei rami esternalizzati e che ha trovato consacrazione nell'ultima parte del comma 5° dell'art. 2112 cod. civ. aggiunta dal d.lgs. 276/2003. A dimostrazione che la debolezza in cui potrebbero trovarsi i lavoratori esternalizzati, per mancanza di lavoro e di disponibilità finanziaria del cessionario e dietro la quale potrebbe intravedersi la dipendenza dalle commesse del cedente, non è indice

di mancanza di autonomia del ramo, ma un dato acquisito alla fattispecie, il legislatore prevede un regime di solidarietà tra appaltante/cedente e appaltatore/cessionario a garanzia rafforzata dei lavoratori ceduti ma non l'ille-gittimità della cessione come conseguenza di una eventuale esclusiva dipendenza del ramo ceduto dalle richieste del cedente.

Parafrasando una nota ed efficace espressione con la quale era stata descritta la parziale curvatura della disciplina legislativa in direzione degli interessi datoriali, già all'indomani della riforma del 2001⁵¹, può dirsi che assistiamo oggi all'"eterogenesi dell'eterogenesi dei fini" dell'art. 2112 cod. civ.: una riforma pensata, e poi ripensata nel 2003, per assecondare le pratiche di dismissione dettate dalla convenienza di produzioni esterne che poi vengono riacquisite, svolge oggi un ruolo di tutela di lavoratori che rischiano l'espulsione definitiva dal processo produttivo ove questo non venga flessibilizzato.

All'obiezione, condivisibile in linea di principio, che un allargamento delle maglie del dettato normativo possa consolidare un'interpretazione che invece costituisce un rimedio estremo in una situazione contingente, può risponderci che appartiene alla natura del diritto del lavoro lo spostamento continuo del baricentro delle norme a favore dell'una o dell'altra parte del rapporto senza che ciò significhi abbandono della vocazione alla tutela della parte debole, e che anzi proprio tale flessibilità consente di evitare ben più dolorosi strappi nel tessuto normativo, o cancellazione di tutele, sotto la spinta esterna del fattore politico-economico⁵².

⁵¹ DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, cit., p. 21.

⁵² Sul tema della flessibilità e dell'impatto della stessa sull'inderogabilità delle regole a tutela del lavoro v. DE LUCA TAMAJO, *Il problema dell'inderogabilità delle regole a tutela del lavoro, ieri e oggi*, Relazione al Convegno A.I.D.LA.S.S., Bologna, 2103.

