



DOTTORATO DI RICERCA IN
DIRITTO E IMPRESA

XXX CICLO

Coordinatore: Chiar.mo Prof. Giuseppe Melis

**I rapporti di lavoro nell'ambito dei processi
di decentramento produttivo:
dal caso MPS al caso Alitalia-CAI e
Alitalia-Etihad**

Candidato:
Dott.ssa
Tiffany D'Ottavio

Tutor:
Chiar.mo Prof.
Roberto Pessi

**I rapporti di lavoro nell'ambito dei processi di
decentramento produttivo:
dal caso MPS al caso Alitalia-CAI e Alitalia-Etihad**

INDICE

INTRODUZIONE.....	1
CAPITOLO I – IL TRASFERIMENTO D’AZIENDA E DI RAMO D’AZIENDA.....	5
1. Una breve panoramica sull’art. 2112 c.c.	5
2. Le direttive dell’Unione Europea sul trasferimento d’azienda.....	9
3. L’evoluzione normativa dell’art. 2112 c.c.....	12
4. Il trasferimento d’azienda.....	16
5. La nozione giuslavoristica di ramo d’azienda	19
5.1. L’autonomia funzionale del ramo d’azienda.....	23
5.2. La preesistenza del ramo d’azienda	34
6. Il trasferimento del ramo d’azienda “ <i>back-office</i> ” da Monte dei Paschi di Siena a Fruendo	40
6.1. La giurisprudenza sul trasferimento del ramo d’azienda “ <i>back- office</i> ” da Monte dei Paschi di Siena a Fruendo.....	46
CAPITOLO II – IL TITOLO DEL TRASFERIMENTO.....	61
1. Lo strumento giuridico che legittima il trasferimento d’azienda.....	61
2. La fusione, la scissione e il provvedimento amministrativo	63
3. La successione nell’appalto	68
4. Il cambio di controllo.....	74
CAPITOLO III – LE GARANZIE PREVISTE IN FAVORE DEI LAVORATORI IN CASO DI TRASFERIMENTO D’AZIENDA.....	76
1. La continuazione del rapporto di lavoro e il divieto di opposizione ..	76
2. La solidarietà tra cedente e cessionario	77
2.1. La solidarietà e il trattamento di fine rapporto	80
2.2. La liberazione del cedente.....	82
3. La sostituzione dei contratti collettivi applicati dal cedente.....	82
4. Il divieto di licenziamento motivato dal trasferimento d’azienda e le dimissioni del lavoratore trasferito	84
4.1. Le dimissioni dei dirigenti	86
5. L’impugnazione del trasferimento d’azienda, l’interesse ad agire e le conseguenze derivanti dal trasferimento d’azienda illegittimo	88

CAPITOLO IV – LA PROCEDURA SINDACALE NEL	
TRASFERIMENTO D’AZIENDA	94
1. Premessa	94
2. Il requisito dimensionale ai fini dell’applicazione della disciplina in tema di informazione e consultazione sindacale	96
3. I soggetti sindacali destinatari dell’informativa	97
4. Termini per l’espletamento della procedura di informazione e consultazione	98
5. I contenuti dell’informativa	102
6. L’esame congiunto.....	105
7. La mancata osservanza da parte del datore di lavoro degli obblighi previsti dall’art. 47 e le conseguenti sanzioni.....	106
CAPITOLO V – IL TRASFERIMENTO D’AZIENDA NELLE	
IMPRESE IN CRISI: IL CASO ALITALIA-CAI E ALITALIA-	
ETIHAD	111
1. Le vicende circolatorie delle imprese in crisi	111
2. Origine ed evoluzione della disciplina europea.....	113
3. Il difficile dialogo tra la Corte di Giustizia e il legislatore italiano ..	125
4. L’adeguamento della normativa italiana alla disciplina europea: il nuovo art. 47 delle Legge n. 428/1990	131
4.1. L’art. 47, comma 4-bis, Legge n. 428/1990: il trasferimento d’azienda nelle procedure non liquidatorie	132
4.2. L’art. 47, comma 5, Legge n. 428/1990: il trasferimento d’azienda nelle procedure liquidatorie	135
4.3. Gli accordi sindacali quale condizione per la disapplicazione dell’art. 2112 c.c.....	143
4.4. Lo stato di crisi aziendale.....	148
4.5. Il concordato preventivo con continuità e l’omologazione dell’accordo di ristrutturazione dei debiti	150
4.6. La procedura di amministrazione straordinaria prima del caso Alitalia.....	156
4.7. Le modifiche introdotte dal legislatore in materia di amministrazione straordinaria in connessione con l’operazione Alitalia - CAI.....	162
4.8. L’operazione Alitalia-CAI e la giurisprudenza sulle nuove norme introdotte sull’amministrazione straordinaria	170
4.9. Il caso Alitalia-Etihad e la giurisprudenza sull’applicazione dell’art. 47, comma 4-bis, Legge n. 428/1990	182
CONCLUSIONI	194
BIBLIOGRAFIA.....	197

INTRODUZIONE

Il modello di impresa che per lungo tempo ha dominato la scena mondiale è stato quello di tipo *fordista*. L'impresa era caratterizzata dalla produzione di massa ed era concepita e strutturata per assicurare l'integralità del processo produttivo in un unico edificio: da una porta entravano le materie prime, dall'altra usciva il prodotto finito. È solo verso la fine degli anni 80 che si iniziano ad avvertire i limiti di tale modello. L'esigenza di disporre di strutture più flessibili, competitive e orientate all'innovazione, ha determinato una profonda razionalizzazione della struttura organizzativa dell'impresa.

Oggi l'impresa *post-fordista* si presenta come una struttura leggera, orientata alla produttività, all'economicità e alla flessibilità: da una parte concentra il proprio *core business* in quelle attività specifiche che ne costituiscono il differenziale competitivo; dall'altra, decentra le attività complementari del proprio processo produttivo, affidandole a terzi attraverso contratti che le consentono di procurarsi i fattori produttivi necessari alla realizzazione del prodotto finito.

Le espressioni utilizzate dagli addetti ai lavori per spiegare questo fenomeno sono diverse: decentramento produttivo, esternalizzazione, outsourcing, terziarizzazione. Sebbene vi sia un diffuso consenso nel ritenere che si tratti per lo più di sinonimi, il decentramento produttivo viene generalmente inteso come la scelta imprenditoriale orientata al “*comprare*” piuttosto che al “*fare*”, mentre i termini esternalizzazione, outsourcing e terziarizzazione sono piuttosto indicativi degli strumenti tecnico-giuridici attraverso cui tale strategia organizzativa viene attuata¹.

¹ In dottrina è stato osservato che «dinanzi l'alternativa tra “*make*” or “*buy*”, ossia tra il fare, ovvero produrre con i propri mezzi all'interno dell'impresa, o, viceversa,

Questa complessa frammentazione del processo produttivo ha evidenti ricadute sul diritto del lavoro che, negli anni, è stato chiamato a contemperare l'esigenza di non penalizzare aprioristicamente le operazioni di riorganizzazione del sistema produttivo con l'obiettivo di tutela dei lavoratori coinvolti.

Infatti, quando un'impresa intende dismettere un segmento della propria attività, la scelta è stringente, soprattutto se l'impresa è sottoposta ad una procedura concorsuale: (i) cessare quell'attività, con conseguente soppressione dei posti di lavoro; oppure (ii) cedere il settore a terzi affinché proseguano la stessa attività anche a favore del medesimo cedente, attraverso un contratto d'appalto.

Nel primo caso si tratterà di valutare se, e in che misura, la dismissione del segmento dia luogo a soppressione di posti di lavoro cui conseguono licenziamenti individuali o collettivi. Nel secondo caso, sarà invece necessario valutare se il segmento ceduto configuri un ramo d'azienda e se, di conseguenza, l'operazione integri gli estremi di un trasferimento di ramo d'azienda.

La possibilità di ricondurre una determinata fattispecie concreta alla disciplina del trasferimento di ramo d'azienda è di particolare importanza, in relazione soprattutto alle diverse implicazioni di carattere giuslavoristico previste dall'art. 2112 c.c.

il comprare, ossia acquisire da terzi, mediante contratti commerciali di vario tipo, il prodotto, il semilavorato o il servizio corrispondenti ad alcuni segmenti della complessiva lavorazione che porta alla luce il prodotto finito», la scelta dell'imprenditore - «lecita manifestazione della libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 Cost.» - di «orientarsi verso il "buy"» è dettata da «un criterio di efficienza, in quanto si confida nella specializzazione dell'impresa esterna relativamente ad una fase ben definita del processo produttivo, che verosimilmente di tale impresa esterna costituirà il *core business*», così E. BARACCO, *Un nuovo oggetto di disciplina per l'art. 2112 c.c.: dal ramo d'azienda all'articolazione funzionalmente autonoma*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006.

Tale norma - oggetto di diverse modifiche legislative susseguitesi negli anni, anche per effetto dell'intervento del legislatore europeo - prevede che, qualora il complesso di beni e rapporti oggetto del trasferimento sia giuridicamente qualificabile come ramo d'azienda, i rapporti di lavoro continuano con il cessionario automaticamente e senza soluzione di continuità.

Proprio in virtù delle diverse conseguenze derivanti dalla configurabilità o meno di un trasferimento d'azienda di ramo d'azienda, è evidente come sia di fondamentale importanza individuare i requisiti che qualificano tale ramo.

Punto partenza del presente lavoro non può che essere rappresentato dall'analisi dell'art. 2112 c.c. e la sua evoluzione nel tempo, tenendo soprattutto conto dell'impatto del legislatore europeo nella disciplina del trasferimento d'azienda.

L'attenzione si concentrerà altresì sul variegato panorama giurisprudenziale, sia nazionale che europeo. Sul punto si avrà modo di vedere che l'identificazione dei requisiti che qualificano il ramo d'azienda ai sensi dell'art. 2112 c.c. è questione tutt'altro che pacifica ed è ancora oggetto di una variegata interpretazione giurisprudenziale, tanto a livello nazionale che a livello europeo.

Infine, verranno analizzati alcuni dei più importanti decentramenti produttivi operati negli ultimi anni dalle imprese italiane: (i) il trasferimento del ramo d'azienda "*back-office*" da Banca Monte dei Paschi di Siena a Fruendo; (ii) il trasferimento dell'intero complesso aziendale di Alitalia-Linee Aeree Italiane (Alitalia-LAI) ad Alitalia-Compagnia Area Italiana (Alitalia-CAI); e (iii) la *partnership* tra Alitalia-Compagnia Area Italiana (Alitalia-CAI) e la compagnia aerea degli Emirati Arabi *Etihad Airways* con il conseguente trasferimento

del complesso aziendale di Alitalia-Compagnia Area Italiana (Alitalia-CAI) ad Alitalia-Società Area Italiana (Alitalia-SAI).

CAPITOLO I – IL TRASFERIMENTO D’AZIENDA E DI RAMO D’AZIENDA

SOMMARIO: 1. Una breve panoramica sull’art. 2112 c.c.; 2. Le direttive dell’Unione Europea sul trasferimento d’azienda; 3. L’evoluzione normativa dell’art. 2112 c.c.; 4. Il trasferimento d’azienda; 5. La nozione giuslavoristica di ramo d’azienda; 5.1. L’autonomia funzionale del ramo d’azienda; 5.2. La preesistenza del ramo d’azienda; 6. Il trasferimento del ramo d’azienda “*back-office*” da Monte dei Paschi di Siena a Fruendo; 6.1. La giurisprudenza sul trasferimento del ramo d’azienda “*back-office*” da Monte dei Paschi di Siena a Fruendo.

1. UNA BREVE PANORAMICA SULL’ART. 2112 C.C.

La disciplina dei rapporti di lavoro in caso di trasferimento d’azienda o di ramo d’azienda è stabilita dall’art. 2112 c.c. rubricato «*mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d’azienda*».

Nella versione attuale, il primo comma dell’art. 2112 c.c. sancisce il principio secondo cui, in caso di trasferimento d’azienda o di ramo d’azienda, il rapporto di lavoro continua senza soluzioni di continuità con il cessionario.

Nell’ipotesi di trasferimento d’azienda o di ramo si realizza pertanto una modifica soggettiva del rapporto di lavoro, e cioè, una successione a titolo particolare del cessionario nel rapporto di lavoro. Il cessionario subentra nella titolarità dei rapporti di lavoro per legge, sostituendosi automaticamente all’originario datore di lavoro, senza che assuma alcuna rilevanza il consenso dei lavoratori interessati al trasferimento o il loro eventuale dissenso a passare alle dipendenze del cessionario².

² Tale principio introduce una significativa deroga alla disciplina di cui all’art. 1406 c.c. secondo cui la cessione di un contratto richiede sempre il preventivo consenso del contraente ceduto («ciascuna parte può sostituire a sé un terzo nei rapporti

Come si avrà modo di analizzare più in dettaglio, l'art. 2112 c.c. è stato oggetto di numerose modifiche in ragione della necessità di adeguare la normativa nazionale a quella europea, anche tenendo conto dei sempre più frequenti processi di decentramento produttivo che da diversi anni hanno determinato una profonda razionalizzazione della struttura organizzativa dell'impresa.

Le modifiche legislative hanno radicalmente cambiato la *ratio* ispiratrice dell'art. 2112 c.c., introdotto con l'entrata in vigore del codice civile e rimasto immutato fino al 1990, e dunque per quasi cinquant'anni.

Se la *ratio* originaria dell'art. 2112 c.c. era essenzialmente la salvaguardia dell'integrità funzionale dell'impresa, a seguito dei numero interventi legislativi, la ratio della norma ora pare volta anche a garantire la salvaguardia dei diritti dei lavoratori coinvolti nel trasferimento d'azienda.

L'art. 2112 c.c., nella sua originaria formulazione del 1942, prevedeva che *«in caso di trasferimento dell'azienda, se l'alienante non ha dato disdetta in tempo utile, il contratto di lavoro continua con l'acquirente, e il prestatore di lavoro conserva i diritti derivanti dall'anzianità raggiunta anteriormente al trasferimento»*.

In sostanza, già nel 1942 l'art. 2112 c.c. sanciva l'automatico trasferimento dei rapporti di lavoro in capo al cessionario ma, in considerazione del principio della libera recedibilità dal rapporto di lavoro all'epoca vigente, al cedente era espressamente attribuita la facoltà di recedere dal rapporto di lavoro impedendo il trasferimento di alcuni o tutti i rapporti di lavoro al cessionario. Analoga facoltà era ovviamente attribuita anche al cessionario a seguito del trasferimento

derivanti da un contratto con prestazioni corrispettive, se queste non sono state ancora eseguite, purché l'altra parte vi consenta»).

d'azienda o di ramo d'azienda.

Lo scopo principale della norma era dunque quello di garantire che al cessionario fosse trasferita un'azienda, e cioè un complesso di beni e di persone, autonomo e funzionante, ferma restando la libera recedibilità dal rapporto di lavoro in favore del cedente e del cessionario.

L'unica garanzia in favore dei lavoratori era sancita dal secondo comma dell'art. 2112 c.c. che prevedeva un regime di solidarietà tra cedente e cessionario per tutti i crediti che i lavoratori avevano al momento del trasferimento (ivi quelli connessi al licenziamento), purché di tali crediti il cessionario ne avesse avuto conoscenza o comunque risultassero dalle scritture contabili o dai libri del lavoro.

Tale garanzia, come si avrà modo di vedere, era ben inferiore rispetto a quella attualmente prevista dall'art. 2112 c.c. laddove, invece, il cessionario è solidalmente responsabile per tutti i crediti di lavoro, a prescindere dal fatto che ne sia a conoscenza al momento del trasferimento o che tali crediti risultino da scritture contabili o libri del lavoro.

È solo negli anni 60, con l'entrata in vigore della Legge 15 luglio 1966, n. 604 sulla disciplina dei licenziamenti individuali che ha introdotto il principio di giustificazione del licenziamento³, che anche la *ratio* dell'art. 2112 c.c. è mutata diventando maggiormente protettiva nei confronti dei lavoratori. Pertanto, il mero trasferimento d'azienda o di ramo, come poi la giurisprudenza⁴ ha avuto modo di

³ La regola della libertà di recesso è stata abbandonata con l'emanazione di tale legge che ha rappresentato il primo intervento legislativo volto a definire un'organica disciplina limitativa dei licenziamenti. Il nucleo centrale di tale disciplina è rappresentato dalla previsione per cui la legittimità del licenziamento è subordinata alla ricorrenza di una giusta causa ai sensi dell'art. 2119 c.c. o di un giustificato motivo (oggettivo o soggettivo).

⁴ Si veda tra le tante, Cass., 19 agosto 1995, n. 8924 «ai sensi dell'art. 2112 c.c. (nel

affermare e il legislatore di recepire, non possono costituire motivo di licenziamento di per sé dei lavoratori coinvolti nel trasferimento.

La salvaguardia dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda è stato poi successivamente potenziata grazie all'intervento del legislatore comunitario (oggi europeo) che, come si avrà modo di analizzare di seguito, ha emanato tre direttive sul tema: la Direttiva n. 187 del 1977, la Direttiva n. 50 del 1998 e poi, per finire, la Direttiva n. 23 del 2001.

È proprio grazie all'introduzione della Legge n. 604/1966 e poi della Legge 20 maggio 1970, n. 300 (c.d. Statuto dei Lavoratori) in tema di licenziamenti individuali, e sotto la spinta del legislatore comunitario che, tanto la dottrina che la giurisprudenza, hanno per molto tempo (e cioè fino alle modifiche introdotte dal D.Lgs. 2 febbraio 2001, n. 18 che ha attuato la Direttiva n. 50 del 1998) sopperito alle mancanze del legislatore, tentando di risolvere problematiche estremamente complesse connesse al trasferimento d'azienda e all'individuazione del ramo d'azienda, anche tenendo conto del fatto che l'art. 2112 c.c. doveva applicarsi ad un contesto storico ed economico ben diverso da quello del 1942, dove i processi di esternalizzazione dell'impresa non

testo vigente prima dell'entrata in vigore dell'art. 47 l. 29 dicembre 1990 n. 428), qualora il datore di lavoro abbia intimato al lavoratore la disdetta "in tempo utile" - e cioè nel termine previsto da altre disposizioni, eventualmente anche di carattere pattizio - si realizza una ipotesi di licenziamento soggetto alla disciplina di cui alle leggi 15 luglio 1966 n. 604 e 20 maggio 1970 n. 300, licenziamento che, ai sensi dell'art. 1 della legge n. 604 del 1966 cit. deve essere fondato su un giustificato motivo (quale può essere quello dell'impossibilità di alienare l'azienda senza licenziare tutti o una parte dei dipendenti) e che deve essere impugnato ai sensi dell'art. 6 della legge da ultimo citata; nel caso in cui la disdetta sia stata intimata senza rispettare il termine suddetto, si realizza invece una prosecuzione automatica del rapporto di lavoro, con successione dell'acquirente dell'azienda all'alienante nella posizione di datore di lavoro; in tale ipotesi, non trovando applicazione la citata normativa sui licenziamenti individuali, non sussiste alcun onere di impugnazione a carico del lavoratore il quale può, in caso di contestazione, ottenere dal giudice, previa disapplicazione dell'atto di disdetta invalido, la declaratoria del proprio diritto alla permanenza nel posto di lavoro e l'eventuale condanna del datore di lavoro acquirente al pagamento delle retribuzioni non corrisposte».

erano più fenomeni isolati, bensì fenomeni necessari derivanti dalle mutate esigenze di un mercato pressoché globalizzato.

2. LE DIRETTIVE DELL'UNIONE EUROPEA SUL TRASFERIMENTO D'AZIENDA

La prima Direttiva sul «*mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese, stabilimenti e di parti di stabilimenti*» risale al 14 febbraio 1977 (Direttiva 77/187/CEE) e trova fondamento nell'art. 100 del Trattato di Roma (oggi art. 115 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea⁵).

La Direttiva, come si legge nel preambolo, viene adottata per «*proteggere i lavoratori in caso di cambiamento di imprenditore, in particolare per assicurare il mantenimento dei loro diritti*» e perché le diverse discipline previste dagli Stati membri «*per quanto riguarda l'entità della protezione dei lavoratori (...) possono ripercuotersi direttamente sul funzionamento del mercato comune*».

L'obiettivo del legislatore comunitario è di prevedere maggiori garanzie in favore dei lavoratori coinvolti in un trasferimento d'azienda, ma al tempo stesso, evitare i possibili fenomeni di *dumping* sociale e tutelare uno dei pilastri più importanti dell'ordinamento comunitario, vale a dire la concorrenza⁶.

⁵ L'art. 115 prevede che «il Consiglio, deliberando all'unanimità secondo una procedura legislativa speciale e previa consultazione del Parlamento europeo e del Comitato economico e sociale, stabilisce direttive volte al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che abbiano un'incidenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato interno».

⁶ Peraltro l'obiettivo della Comunità Economica Europea (oggi Unione Europea), come ripetuto a più riprese della Corte di Giustizia è quello di «*impedire che la ristrutturazione nell'ambito del mercato comune si effettui a danno dei lavoratori delle imprese coinvolte*» (così, Corte di Giustizia, 7 febbraio 1985, C-135/83 (Abels), e di «*garantire la salvaguardia dei diritti dei lavoratori in caso di cambiamento di datore di lavoro, consentendo loro di rimanere alle dipendenze del cessionario nella stessa situazione convenuta con il cedente*» (così Corte di Giustizia, 11 luglio 1985, C-105/84).

La Direttiva n. 187 del 1977 è stata rivisitata dalla successiva Direttiva del 29 giugno 1998 (Direttiva 98/50/CE)⁷ e poi abrogata dalla Direttiva del 12 marzo 2001 (Direttiva 2001/23/CE) che ha riorganizzato l'intera disciplina.

I principi fondamentali dettati dall'attuale Direttiva che verranno più approfondimenti analizzati nei paragrafi e capitoli successivi sono principalmente i seguenti:

- (i) in ordine al campo di applicazione (art. 1), la Direttiva si applica ai trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parte di imprese o di stabilimenti ad un nuovo imprenditore, a seguito di cessione o fusione contrattuale. Soggette alla Direttiva sono tutte le imprese, private o pubbliche, che esercitano un'attività economica a prescindere dal perseguimento di uno scopo di lucro. L'oggetto del trasferimento deve essere *«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»*⁸;
- (ii) sul piano individuale, la norma cardine è quella di cui all'art. 3

⁷ Rilevante è il richiamo del considerando (1) della Direttiva alla carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori adottata il 9 dicembre 1989 che nei punti 7, 17 e 18 dispone che *«la realizzazione del mercato interno deve portare ad un miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro dei lavoratori nella Comunità Europea»*. Inoltre, nel considerando (3) è specificato che l'obiettivo della Direttiva è di rivedere la Direttiva 77/187/CEE alla luce dell'impatto del mercato interno, delle tendenze legislative degli Stati membri per quanto riguarda il salvataggio delle imprese in difficoltà economiche, della giurisprudenza della Corte di Giustizia.

⁸ L'art. 1 della Direttiva 77/187/CEE si limitava a stabilire che la Direttiva doveva applicarsi ai trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti ad un nuovo imprenditore, a seguito di cessione contrattuale o fusione. In considerazione delle diverse interpretazioni fornite alla nozione giuridica di trasferimento d'azienda la Direttiva 98/50/CE ha voluto definire dettagliatamente l'oggetto del trasferimento (*«considerando che la sicurezza e la trasparenza giuridiche esigono un chiarimento della nozione giuridica di trasferimento alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia; che tale chiarimento non modifica la sfera di applicazione della Direttiva 77/187 quale interpretata dalla Corte di Giustizia»*, cfr. considerando (4) della Direttiva).

che prevede che il trasferimento di impresa comporta il trasferimento, *ipso iure*, dal cedente al cessionario delle obbligazioni derivanti dal rapporto di lavoro, vale a dire la continuazione dei rapporti di lavoro con il cessionario. Altre norme fondamentali riguardano la solidarietà tra cedente e cessionario per i crediti che i lavoratori avevano alla data del trasferimento (art. 3), o il principio secondo cui il trasferimento d'azienda non può costituire di per sé motivo di licenziamento (art. 4);

- (iii) sul piano collettivo, va segnalata soprattutto la procedura di informazione e consultazione sindacale (art. 7) quale strumento di tutela concorrente delle posizioni dei lavoratori coinvolti nel trasferimento. La Direttiva prevede, infatti, l'obbligo per il cedente e il cessionario d'informare in tempo utile i rappresentanti dei rispettivi lavoratori fornendo una serie di informazioni circa il trasferimento d'azienda ipotizzato (i.e. la data e il motivo del trasferimento, le conseguenze giuridiche ed economiche derivanti dal trasferimento per i lavoratori);
- (iv) sul piano statale, la possibilità degli Stati membri di non applicare gli artt. 3 e 4 della Direttiva e dunque di derogare in particolare all'importante principio dell'automatica continuazione dei rapporti di lavoro nel caso in cui il cedente sia soggetto ad un procedura concorsuale con finalità liquidatoria (art. 5)⁹.

⁹ Tale disciplina è stata introdotta dalla Direttiva 98/50/CE (il considerando (7) dispone che «al fine di garantire la sopravvivenza di imprese insolventi, gli Stati membri dovrebbero essere autorizzati espressamente a non applicare gli artt. 3 e 4 della Direttiva 77/187/CEE ai trasferimenti effettuati nell'ambito di una procedura di liquidazione, e che talune deroghe alle disposizioni della suddetta attività dovrebbero essere autorizzate in caso di trasferimenti effettuati nell'ambito di procedure di insolvenza»).

La suddette direttive, come si avrà modo di vedere, sono state oggetto nel corso degli anni di interpretazioni tutt'altro che uniformi, anche da parte del legislatore e della giurisprudenza italiana, soprattutto quando si è trattato di specificare e delimitare il relativo campo di applicazione. In tal senso, ha avuto un ruolo fondamentale la giurisprudenza della Corte di Giustizia che, in certi casi, ha elaborato principi che sono stati solo successivamente recepiti dal legislatore comunitario.

3. L'EVOLUZIONE NORMATIVA DELL'ART. 2112 C.C.

Per quasi cinquant'anni (1942-1990) la disciplina prevista dall'art. 2112 c.c. è rimasta immutata.

È solo a seguito di una condanna da parte della Corte di Giustizia¹⁰ che il legislatore italiano ha recepito (con ben 13 anni di ritardo) la Direttiva 77/87/CEE sul mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento.

Con l'art. 47 della Legge 29 dicembre 1990, n. 428 il legislatore italiano ha innanzitutto codificato l'orientamento giurisprudenziale italiano - già previsto anche nella Direttiva - secondo cui il trasferimento d'azienda non costituisce di per sé motivo di licenziamento¹¹.

La solidarietà tra cedente e cessionario si estende a tutti i crediti dei lavoratori al momento del trasferimento, e dunque a prescindere dal fatto tali crediti risultino dalle scritture contabili del cedente o che cessionario ne sia a conoscenza al momento del trasferimento. È peraltro espressamente prevista la possibilità di liberare il cedente dalle obbligazioni derivante dal rapporto di lavoro sottoscrivendo una

¹⁰ Cfr. Corte di Giustizia, 10 luglio 1986, n. 235, C-235/84.

¹¹ Per un'analisi dell'influenza della Direttiva 77/187/CEE nelle more della sua tardiva attuazione da parte dell'Italia, si veda V. BUONAJUTO, *Il trasferimento d'azienda e del lavoratore*, Cedam, 1993.

transazione presso le sedi protette identificate dagli artt. 410 e 411 c.p.c.

Viene introdotta anche una procedura di informazione e consultazione sindacale da esperire prima del trasferimento d'azienda, così come viene data la possibilità al cedente, al cessionario e alla rappresentanze sindacali di poter disporre delle tutele di cui all'art. 2112 c.c. nel caso in cui la società cedente sia oggetto di una procedura concorsuale. L'obiettivo della nuova disciplina è dunque di tutelare i lavoratori non sul piano individuale ma anche su quello collettivo, posto che le organizzazioni sindacali sono chiamate ad esercitare un controllo sull'operazione di trasferimento e sulle conseguenze che tale operazione comporta nei confronti dei lavoratori.

Anche sulla disciplina del rapporto di lavoro, il legislatore prescrive l'obbligo di mantenere in forza i contratti collettivi applicati dal cedente fino alla loro scadenza, salvo che non siano sostituiti dai contratti collettivi applicati dal cessionario.

Complessivamente il legislatore italiano, nel recepire la Direttiva e gli orientamenti della giurisprudenza e della dottrina, appresta tutta una serie di garanzie nei confronti dei lavoratori interessati al trasferimento d'azienda.

L'unico punto lasciato scoperto dalla normativa del 1990 riguarda invece la definizione del trasferimento d'azienda e di ramo d'azienda: anche in questo caso, come nel passato, è stato determinante il contributo della giurisprudenza e la dottrina che, anche in base agli orientamenti della Corte di Giustizia, hanno contribuito a colmare il vuoto.

L'art. 2112 c.c. è stato successivamente novellato a seguire dell'entrata in vigore del D.Lgs. 2 febbraio 2001, n. 18 che ha dato attuazione alla Direttiva 98/50/CE.

Il legislatore italiano modifica innanzitutto la rubrica dell'art. 2112

c.c.: se fino al 1990 l'art. 2112 c.c. è rubricato "*trasferimento d'azienda*", con l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 18/2001, la rubrica diventa "*mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda*"¹².

Il D.Lgs. n. 18/2001 introduce poi per la prima volta la nozione di trasferimento d'azienda che viene definita come «*qualsiasi operazione che comporti il mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi, preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità, a prescindere dalla tipologia negoziale o dal provvedimento sulla base dei quali il trasferimento è attuato, ivi compresi l'usufrutto o l'affitto d'azienda*».

Altra novità rilevante è stata quella di specificare che tutta la disciplina del trasferimento d'azienda e le relative garanzie in favore dei lavoratori devono applicarsi anche «*al trasferimento di parte dell'azienda, intesa come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata (...), preesistente come tale al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità*».

Il legislatore dunque recepisce gli orientamenti della giurisprudenza secondo cui la disciplina dell'art. 2112 c.c. trova applicazione anche nell'ipotesi in cui l'oggetto del trasferimento non è l'intero complesso aziendale ma solo una parte di esso.

Il D.Lgs. n. 18/2001 ha inoltre precisato che la sostituzione dei contratti collettivi applicati dal cedente con quelli applicati dal cessionario può avvenire solo tra contratti dello stesso livello.

¹² La modifica della rubrica dell'art. 2112 c.c. è dovuta all'influenza del legislatore comunitario: la Direttiva 98/50/CE è infatti rubricata "*Direttiva 98/50/CE del Consiglio del 29 giugno 1998 che modifica la Direttiva 77/187/CEE concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti*".

Il legislatore ha poi attribuito ai lavoratori le cui condizioni di lavoro subiscono una sostanziale modifica nei tre mesi successivi al trasferimento d'azienda, la facoltà di rassegnare le dimissioni ai sensi dell'art. 2119 c.c., e dunque per giusta causa.

Successivamente, con il D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276 (c.d. Legge Biagi), il legislatore è intervenuto nuovamente sull'art. 2112 c.c.

La vera novità introdotta dal legislatore italiano non è frutto delle direttive comunitarie ma è la risposta alle varie istanze provenienti dal mondo imprenditoriale che chiedevano una maggiore flessibilizzazione dello strumento. Proprio per tale ragione, nella nozione di ramo d'azienda viene eliminato il requisito della "preesistenza". Il ramo d'azienda è ancora oggi definito come «*articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento*».

Come si avrà modo di vedere più avanti, è proprio sui requisiti necessari per la configurabilità del ramo d'azienda che si sono concentrata sia la dottrina che la giurisprudenza, arrivando a conclusioni non solo contrastanti ma anche non del tutto conformi ai principi della giurisprudenza europea.

Infine, il D.Lgs. n. 276/2003, aggiunge un ulteriore comma all'art. 2112 c.c. che disciplina il caso in cui a seguito della cessione di un ramo d'azienda venga successivamente stipulato tra cedente e cessionario un contratto d'appalto con cui il cedente reinternalizza i servizi oggetto della precedente cessione. In tal caso, il legislatore precisa che opera il regime di solidarietà tra cedente e cessionario previsto dall'art. 29, comma 2, del D.Lgs. n. 276/2003¹³.

¹³ Il comma 2 del D.Lgs. n. 276/2003 prescrive che «in caso di appalto di opere o di servizi, il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con

4. IL TRASFERIMENTO D'AZIENDA

Prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 18/2001 non esisteva una nozione di "azienda" ai sensi dell'art. 2112 c.c., e dottrina e giurisprudenza per individuare l'oggetto del trasferimento avevano fatto riferimento alla nozione contenuta nell'art. 2555 c.c.¹⁴ e ai vari orientamenti della dottrina commercialistica dell'epoca. Occorre in ogni caso sottolineare che, sin dall'entrata in vigore del codice civile nel 1942, sulla nozione di azienda e impresa sono state date interpretazioni diverse - persino contrastanti - che non hanno certamente aiutato la dottrina giuslavoristica ad individuare l'oggetto del trasferimento d'azienda ai sensi dell'art. 2112 c.c. In particolare, secondo un primo orientamento, azienda e impresa sono due elementi inseparabili e imprescindibili¹⁵, il primo oggettivo e statico, il secondo soggettivo e dinamico, ma in ogni caso entrambi necessari ai fini

l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali subappaltatori entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi, comprese le quote di trattamento di fine rapporto, nonché i contributi previdenziali e i premi assicurativi dovuti in relazione al periodo di esecuzione del contratto di appalto, restando escluso qualsiasi obbligo per le sanzioni civili di cui risponde solo il responsabile dell'inadempimento».

¹⁴ L'art. 2555 c.c. dispone che «l'azienda è il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa».

¹⁵ L. MOSSA, *Sulle nuove posizioni del diritto commerciale*, Riv. dir. comm., 1992, F. SANTORO PASSARELLI, *L'impresa nel sistema del diritto commerciale*, Riv. dir. comm., 1942, G. SANTORO PASSARELLI, *Diritto e Processo del lavoro e della previdenza sociale*, UTET, 2017, G. SANTORO PASSARELLI, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, Giappichelli, 2004, secondo cui «nelle vicende del trasferimento le due componenti fondamentali dell'azienda-impresa, attività e organizzazione, devono necessariamente coesistere. Ne discende, come corollario di questa tesi che il trasferimento d'azienda comporta necessariamente la sostituzione nell'esercizio dell'impresa dell'acquirente all'alienante, e perciò la continuazione presso il cessionario dell'attività economica esercitata dal cedente. Il secondo orientamento, invece, tiene nettamente distinte impresa e azienda, esercizio dell'attività economica da organizzazione dei beni costituenti l'azienda: conseguentemente, ammette l'esistenza dell'azienda senza impresa, perciò il trasferimento dell'azienda senza la successione del cessionario nell'impresa del cedente, cioè il trasferimento dell'azienda inerte, ossia del complesso dei beni idonei all'esercizio dell'impresa».

dell'art. 2082 c.c.¹⁶. Secondo un altro orientamento, invece, l'azienda può essere concepita separatamente dall'impresa¹⁷.

A seguito delle varie direttive europee e delle modifiche legislative introdotte si è giunti alla conclusione che l'art. 2112 c.c. accoglie una nozione di azienda squisitamente giuslavoristica («ai fini e per gli effetti dell'art. 2112 c.c.»), con l'ovvio corollario che le nozioni di azienda e di trasferimento devono essere interpretate alla luce della *ratio* e delle finalità perseguite all'art. 2112 c.c., e cioè il mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda. L'art. 2112 c.c. può dunque considerarsi come una disposizione sufficientemente autonoma, che non deve essere interpretata in base agli artt. 2082 c.c. o 2555 c.c.¹⁸.

Ciò che invece può essere evidenziato che è la Direttiva 98/50/CE (così come la successiva 2001/23/CE) definisce l'azienda come “*entità economica*”, intesa «*come mezzi organizzati al fine di svolgere un'attività economica, sia esse essenziale o necessaria*». Diversamente, l'art. 2112 c.c. definisce l'azienda quale «*attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità*». Tre gli elementi che contraddistinguono il trasferimento d'azienda: (i) l'esistenza di “*un'attività economica organizzata*”; (ii) l'irrilevanza della presenza o meno di uno scopo di lucro; (iii) la preesistenza del

¹⁶ L'art. 2082 c.c. definisce l'imprenditore come chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi

¹⁷ G. SANTORO PASSARELLI, *Diritto e Processo del lavoro e della previdenza sociale, op. cit.*, G. SANTORO PASSARELLI, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro, op. cit.*, A. ASQUINI, *Sulle nuove concezioni del diritto commerciale, Riv. dir. comm.*, 1942, F. GALGANO, *L'imprenditore*, Zanichelli, 1994, G.E. COLOMBO, *L'azienda e il suo trasferimento, Tratt. Galgano*, Padova, 1979.

¹⁸ Cfr. R. DE LUCA TAMAJO - M. T. SALIMBENI, *Il trasferimento d'azienda*, in *Tratt. di diritto del lavoro* (diretto da M. Persiani e F. Carinci), *Il mercato del lavoro*, (a cura di M. Brollo), Cedam, 2012.

trasferimento e la conservazione dell'identità dopo l'operazione di cessione.

Sulla differenza terminologica tra “*entità economica*” e “*attività economica organizzata*” sono stati registrati in dottrina e giurisprudenza due orientamenti diversi. Per il primo orientamento, il legislatore italiano utilizza la nozione di “attività economica organizzata” con la precisa volontà di «*escludere proprio la rilevanza di ciò che, invece, caratterizza la nozione di tale entità, vale a dire la sussistenza di un insieme di mezzi*¹⁹».

L'altro orientamento invece attribuisce alla differenza terminologica un'importanza marginale, l'art. 2112 c.c. presupporrebbe in ogni caso il passaggio di un complesso di beni organizzati, escludendo che tale disciplina possa ritenersi applicabile nel caso di un insieme di rapporti di lavoro funzionalmente collegati alla realizzazione di un'attività produttiva²⁰.

A tal fine, assume particolare importanza la giurisprudenza della Corte di Giustizia che, come si avrà modo di analizzare più approfonditamente nei paragrafi che seguono, ha affermato a più riprese che il trasferimento d'azienda si configura anche quando l'attività esercitata del cedente e oggetto di cessione non abbia un substrato materiale ma bensì un gruppo di lavoratori, organizzati al fine di esercitare una determinata attività.

In conclusione, potrebbe ritenersi che, alla differenza terminologica tra la Direttiva e l'art. 2112 c.c. in merito all'oggetto del trasferimento, non corrisponda una sostanziale differenza di significato, dal momento che tanto il diritto interno che quello europeo

¹⁹ Cfr. A. MARESCA, *Le “novità” del legislatore nazionale in materia di trasferimento d'azienda*, *Arg. dir. lav.*, 2001.

²⁰ G. SANTORO PASSARELLI, *La nozione di azienda trasferita tra disciplina comunitaria e nuova normativa nazionale*, *Arg. dir. lav.*, 2001.

hanno accolto una nozione dematerializzata di azienda.

5. LA NOZIONE GIUSLAVORISTICA DI RAMO D'AZIENDA

Come già è stato accennato, prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 18/2001, l'art. 2112 c.c. non conteneva alcun riferimento all'ipotesi di trasferimento di una sola parte dell'azienda.

Ciononostante, sia giurisprudenza che dottrina avevano da sempre ritenuto pacifica la configurabilità di un trasferimento anche di una singola porzione dell'azienda.

La distinzione tra azienda e ramo d'azienda veniva ricercata nella diversa ampiezza delle due nozioni che aveva dunque natura squisitamente quantitativa: il ramo d'azienda doveva possedere, seppur in scala minore, tutte le caratteristiche dell'azienda, e cioè doveva essere *«una sorta di piccola azienda in grado di funzionare in modo autonomo e non rappresenti, al contrario, il prodotto dello smembramento di frazioni non autosufficienti e non coordinate tra loro, né una mera espulsione di ciò che si riveli essere pura eccedenza di personale²¹»*.

Elementi costitutivi del ramo d'azienda, secondo l'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale, erano allora considerati la sua *«autonomia organizzativa e funzionale e la sua capacità di realizzare un risultato produttivo e comunque economicamente valutabile, ma separabile dal risultato produttivo dell'azienda; si richiedeva, in altre parole, l'esistenza di una piccola azienda, con autonomia gestionale e amministrativa unita ad indipendenza economico-commerciale ed autonomia del risultato produttivo, escludendosi che l'individuazione*

²¹ Cass., 25 ottobre 2002, n. 15105, Cass., 18 maggio 1995, n. 5483, Cass., 17 marzo 1993, n. 3148, Cass., 5 agosto 1998, n. 4845, Cass., 21 novembre 1984, n. 5971, Trib. Genova, 4 novembre 1999, Trib. Genova, 7 settembre 1999. In dottrina, G. PERA, *Movimenti del capitale e libertà dei lavoratori*, Riv. it. dir. lav. 1998, S. CIUCCIOVINO, *La nozione di azienda trasferita alla luce dei recenti sviluppi della giurisprudenza interna e della giurisprudenza comunitaria*, Arg. dir. lav. 1998.

del ramo potesse dipendere dalle determinazioni dell'alienante e dell'acquirente in assenza dei suddetti requisiti oggettivi²²».

Secondo la giurisprudenza, la disciplina di cui all'art. 2112 c.c. doveva ritenersi applicabile «anche nelle ipotesi di cessione di singole unità produttive, purché suscettibili di costituire idoneo e compiuto strumento di impresa», ciascuna dotata di autonomia rispetto alla originaria struttura unitaria, integrando così «gli estremi dell'azienda²³».

Successivamente, con il recepimento della Direttiva 98/50/CE, l'art. 1 del D.Lgs. n. 18/2001 riscrivere l'art. 2112 c.c. introducendo una nuova definizione di trasferimento d'azienda ed estendendone espressamente la relativa disciplina anche al trasferimento di una “parte dell'azienda”, che viene definita come «*articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata (...) preesistente come tale al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità²⁴*». I requisiti necessari per la configurabilità di un trasferimento di ramo di azienda erano: la “autonomia funzionale” e la “preesistenza” dell'entità trasferita al trasferimento.

Come peraltro sottolineato dalla giurisprudenza, lo scopo dell'introduzione di questi due requisiti era quello di evitare la creazione di rami d'azienda *ad hoc*, e cioè di rami confezionati al momento del trasferimento e solo in funzione di esso, quale strumento per espellere indirettamente i lavoratori dall'organizzazione del

²² Cfr. L. MENEGHINI, *L'attuale nozione di ramo d'azienda*, in *Lav. giur.*, 2005.

²³ Cass., 14 dicembre 1998, n. 12554, Cass., 17 marzo 1993, 3148.

²⁴ Questa definizione di ramo d'azienda ha suscitato un grande interesse da parte della dottrina e della giurisprudenza proprio in ragione del fatto che la nozione di ramo d'azienda è strettamente connessa con il più ampio fenomeno del decentramento produttivo che nella prassi avviene quasi sempre mediante il trasferimento di ramo d'azienda.

cedente prescindendo dal consenso²⁵.

All'indomani dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 18/2001, il mondo imprenditoriale riteneva troppo rigida la definizione di ramo d'azienda rispetto all'esigenza di favorire più agilmente la circolazione delle imprese.

Per tale ragione, due anni dopo, il legislatore italiano, in attuazione della Direttiva n. 2001/23/CE, tornava nuovamente sulla definizione di ramo d'azienda, incidendo in modo significativo sulla formulazione letterale della norma.

L'art. 32 della Legge Biagi, infatti, modifica ulteriormente l'art. 2112 c.c., introducendo l'attuale definizione di ramo d'azienda come *«articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento»*.

In merito alla modifica appartata dal legislatore, la Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo recante attuazione delle

²⁵ Cass., 4 dicembre 2002, n. 17207 secondo cui «il D. Lgs. 2 febbraio 2001, n. 18, di attuazione della Direttiva n. 98-50, nell'estendere espressamente la disciplina dell'art. 2112 c.c. al trasferimento di "parte dell'azienda" ha dato di quest'ultima una definizione sostanzialmente in linea con i risultati cui era pervenuta la giurisprudenza nazionale. Infatti, "parte di azienda" è, innanzi tutto, una "articolazione funzionalmente autonoma" dell'attività economica organizzata (in sostanza, un'unità produttiva), dove l'autonomia funzionale riassume le condizioni - di carattere produttivo, gestionale e organizzativo - perché la parte o "ramo" di azienda possa avere una "vita" sua e sia, così, separabile dal complesso aziendale generale. All'autonomia funzionale il legislatore delegato ha poi aggiunto, quale necessario completamento, il requisito della preesistenza del ramo, come tale, nonché quello della conservazione, nel trasferimento della sua identità. Ne resta dunque, confermato il generale principio giurisprudenziale dell'assimilazione tra azienda e parte di azienda, differenziate solo, come ovvio, sotto il profilo quantitativo, *sicché resta escluso che un ramo di azienda possa essere disegnato e identificato solo al momento del trasferimento e in esclusiva funzione di esso, con un'operazione strumentale indirizzata all'espulsione*, per questa via indiretta, di lavoratori eccedenti, consegnati ad un cessionario che, strettamente legato all'impresa cedente - ancorché vero imprenditore e non semplice interposto di mano d'opera - sarebbe posto in condizione di modificare liberamente le preesistenti condizioni di lavoro (contratti collettivi, condizioni di stabilità del posto di lavoro, ecc.)».

deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro di cui alla Legge 14 febbraio 2003, n. 30, specifica che *«il riferimento alla necessaria preesistenza del requisito dell'autonomia funzionale del ramo d'azienda - requisito non previsto dalle fonti comunitarie - richiedendosi semplicemente che tale autonomia - intesa come conservazione, in capo al ramo ceduto, di un minimo di mezzi necessari allo svolgimento dell'attività, sia essa essenziale o accessoria - sia valutata dal cedente e dal cessionario al momento stesso del trasferimento»*.

Nella stessa Relazione veniva altresì opportunamente precisato che *«con riguardo ai profili di tutela dei lavoratori coinvolti (...)»* non avrebbero dovuto avere *«(...) ragione di esistere timori di elusione delle tutele»* essendo, al contrario, intento del legislatore delegato, quello di *«estendere le garanzie di continuità occupazionale a tutti quei casi in cui sarebbe estremamente facile per l'impresa svuotare attraverso le normali procedure di licenziamento i rami non trasferibili in quanto non preventivamente dotati di autonomia funzionale»*.

Stando dunque alla versione attuale dell'art. 2112 c.c., l'unico requisito indispensabile ai fini della configurabilità di un legittimo e genuino ramo d'azienda è la *“autonomia funzionale”* dell'articolazione oggetto di cessione.

Non sembrerebbe invece necessario che il ramo d'azienda sia anche preesistente al trasferimento, potendo invece essere *«identificato (...) dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento»*.

Come di avrà modo di vedere, nonostante il mutato contesto normativo, tuttavia, una parte - attualmente maggioritaria - della giurisprudenza continua a ritenere, invocando - forse non del tutto impropriamente - la Direttiva europea che il ramo non solo deve essere un'articolazione funzionalmente autonoma ma anche

preesistente al momento del trasferimento, non ammettendo dunque la possibilità da parte di cedente e cessionario di identificare al momento del trasferimento un ramo d'azienda.

5.1. L'autonomia funzionale del ramo d'azienda

Il primo ed essenziale requisito per la configurabilità del ramo d'azienda è la c.d. “*autonomia funzionale*”. Tale requisito, introdotto dal D.Lgs. n. 18/2001 è rimasto immutato anche dopo le modifiche apportate all'art. 2112 c.c. dall'art. 32 della Legge Biagi.

L'esatta individuazione dei contorni dell'“autonomia funzionale” costituisce uno degli aspetti più problematici dell'intera disciplina del trasferimento d'azienda.

Secondo un orientamento più rigoroso, un ramo d'azienda per essere genuino e cioè “*funzionalmente autonomo*” dovrebbe costituire «*una sorta di piccola azienda in grado di funzionare in modo autonomo e non rappresentare, al contrario, il prodotto dello smembramento di frazioni non autosufficienti e non coordinate tra loro*»²⁶.

Successivamente si è consolidato un orientamento più restrittivo del concetto di “*piccola azienda*” secondo cui «*non può essere considerato requisito indispensabile che il ramo rappresenti un clone dell'azienda madre, contenente in piccolo l'intero DNA della generante*»²⁷. Stando a tale orientamento il ramo d'azienda deve costituire insieme di elementi produttivi organizzati dall'imprenditore per l'esercizio di un'attività, che si presentino prima del trasferimento come una entità dotata di autonoma ed unitaria organizzazione, idonea

²⁶ Cfr. Cass., 6 aprile 2006, n. 8017, Cass. 25 ottobre 2002, n. 15105. Conforme Cass., 4 dicembre 2002, n. 17207, Corte App. Milano, 9 settembre 2003, Trib. Catanzaro, 6 novembre 2013, n. 1218, Trib. Pistoia, 17 gennaio 2012, n. 589.

²⁷ Cass., 5 marzo 2008, n. 5932; cfr. anche Trib. Napoli, 7 aprile 2011, n. 10892, Trib. Napoli, 6 giugno 2012, n. 16677; Trib. Napoli, 31 gennaio 2012, n. 2823; Trib. Napoli, 25 gennaio 2011, n. 1991; Trib. Napoli, 26 settembre 2011, n. 23196; Trib. Ivrea, 23 luglio 2014.

al perseguimento dei fini dell'impresa e che conservi nel trasferimento la propria identità, essendo irrilevante la «completezza materiale e l'autosufficienza del gruppo²⁸».

Nel corso del tempo, e con il prezioso contributo della giurisprudenza europea, si è dunque assistito ad una vera e propria “dematerializzazione” del ramo d’azienda, accompagnata da un crescente valorizzazione da parte della stessa giurisprudenza dell’elemento organizzativo.

La giurisprudenza europea ha infatti costantemente affermato che il trasferimento d’azienda può avere ad oggetto «qualsiasi entità economica organizzata stabilmente, a prescindere dallo status giuridico e dalle modalità di finanziamento della medesima. Costituisce un'entità siffatta qualsiasi complesso di persone ed elementi che consenta lo svolgimento di un'attività economica che persegua un proprio obiettivo e che sia sufficientemente strutturata e autonoma²⁹», precisando che anche «un complesso strutturato di lavoratori, malgrado la mancanza di significativi elementi patrimoniali, materiali o immateriali, può corrispondere a un'entità economica ai sensi della Direttiva 77/187³⁰».

²⁸ Tale orientamento è soltanto in apparenza meno rigoroso, posto che, il ramo, per essere tale, deve comunque avere ad oggetto un insieme di mezzi organizzati, funzionalmente autonomi e capaci di tradursi nella realizzazione di beni o servizi ben individuabili.

²⁹ Corte di Giustizia, 6 settembre 2011, C-108/10 (*Scattolon*) che in motivazione richiama, le sentenze della Corte di Giustizia del 10 dicembre 1998, cause riunite C-127/96, causa C-229/96 e C-74/97 (*Hernández Vidal*), Corte di Giustizia, 26 settembre 2000, causa C-175/99 (*Mayeur*).

³⁰ Corte di Giustizia, 6 settembre 2011, C-108/10 (*Scattolon*). Sul punto, tra le tante, si vedano anche le sentenze della Corte di Giustizia del 10 dicembre 1998, cause riunite C-127/96, causa C-229/96 e C-74/97 (*Hernández Vidal*), Corte di Giustizia, 20 marzo 2003, C-340/01 (*Abler*), in cui la Corte stabilisce che la Direttiva deve applicarsi anche «alla situazione in cui un committente, che aveva affidato con un contratto la completa gestione della ristorazione collettiva in un ospedale ad un primo imprenditore, pone fine a tale contratto e conclude, per l'esecuzione della stessa prestazione, un nuovo contratto con un secondo imprenditore, quando il

I giudici comunitari identificano quindi l'autonomia funzionale «*nei poteri organizzativi dei responsabili dell'entità trasferita, compresi quelli di impartire disposizioni e distribuire compiti ai lavoratori dipendenti, nonché di decidere sull'allocazione delle risorse messe a disposizione*³¹».

Anche la giurisprudenza italiana, recependo l'orientamento europeo, in diverse occasioni, ha ritenuto che il mancato trasferimento di *assets* non è, di per sé, di ostacolo alla sussistenza del requisito

secondo imprenditore utilizza rilevanti elementi patrimoniali materiali di cui si è servito precedentemente il primo imprenditore e messi successivamente a loro disposizione dal committente, anche qualora il secondo imprenditore abbia manifestato l'intenzione di non riassumere i dipendenti del primo imprenditore»; Corte di Giustizia, 13 settembre 2007, C-458/05 (*Jouni*), Corte di Giustizia, 1 marzo 1997, C-13/95 (*Suzen*), secondo cui «per poter determinare se sussistano le caratteristiche di un trasferimento di un'entità, dev'essere preso in considerazione il complesso delle circostanze di fatto che caratterizzano l'operazione di cui trattasi, fra le quali rientrano in particolare il tipo di impresa o di stabilimento in questione, la cessione o meno di elementi materiali, quali gli edifici e i beni mobili, il valore degli elementi immateriali al momento della cessione, la riassunzione o meno della maggior parte del personale da parte del nuovo imprenditore, il trasferimento o meno della clientela, nonché il grado di analogia delle attività esercitate prima e dopo la cessione e la durata di un'eventuale sospensione di tali attività. Tali elementi costituiscono tuttavia soltanto aspetti parziali della valutazione complessiva cui si deve procedere e non possono, perciò, essere considerati isolatamente (v., in particolare, le menzionate sentenze *Spijkers e Redmond Stichting*, rispettivamente punti 13 e 24), (...), «si deve anche rilevare che, se il trasferimento di elementi patrimoniali costituisce uno dei vari criteri che il giudice nazionale deve prendere in considerazione al fine di poter valutare l'effettiva sussistenza di un trasferimento di impresa, l'assenza di tali elementi non esclude necessariamente l'esistenza del trasferimento stesso (v. le sentenze *Schmidt*, citata, punto 16, e *Merckx e Neuhuys*, citata, punto 21)», Corte di Giustizia, 14 aprile 1994, C-392/92 (*Schmidt*), secondo cui «neanche l'argomento dei governi della Repubblica federale di Germania e del Regno Unito, relativo all'assenza di un trasferimento di elementi patrimoniali, non merita accoglimento. Il fatto che la giurisprudenza della Corte annoveri il trasferimento di tali elementi fra i vari criteri dei quali il giudice nazionale deve tener conto al fine di poter accertare, nell'ambito della valutazione globale di un'operazione complessa, l'effettiva sussistenza di un trasferimento di impresa non consente di concludere nel senso che l'assenza di tali elementi escluda l'esistenza di un trasferimento. Infatti, il mantenimento dei diritti dei lavoratori che costituisce lo scopo della Direttiva, come emerge dal suo stesso titolo, non può dipendere unicamente dalla rilevanza di un fattore in ordine al quale la Corte ha peraltro già affermato che non si tratta dell'unico elemento determinante (v. sentenza 18 marzo 1986, causa 24/85, *Spijkers*, Racc. pag. 1119, punto 12)».

³¹ Corte di Giustizia, 29 luglio 2010, C-151/09 (*Federacion de servicios publicos de la UGT*), Corte di Giustizia, 12 febbraio 2009, C-466/07 (*Klarenberg*).

dell'“autonomia funzionale”. Si dovrebbe dunque applicare l'art. 2112 c.c. anche quando si è in presenza di fattispecie il cui oggetto del trasferimento siano strutture c.d. “*labour intensive*” (o come, le definisce la giurisprudenza più recente, “dematerializzate”), e cioè gruppi di dipendenti che sono stabilmente organizzati e organizzati tra di loro, dove le strutture materiali assumono scarsa importanza in presenza dell'«*elemento dell'organizzazione, intesa come legame funzionale che rende l'attività dei dipendenti appartenenti al gruppo interagenti tra di esse e capaci di tradursi in beni o servizi individuabili*»³²».

Requisito indefettibile della fattispecie legale tipica delineata dal diritto comunitario e dall'art. 2112 c.c. viene, quindi, individuato

³² Cass., 10 gennaio 2014, 206 che osserva come «in alcuni casi (...) l'autonomia organizzativa ed economica possa - in alcuni settori o aree produttive in cui le strutture materiali assumono scarsa se non nessuna rilevanza (strutture c.d. “*labour intensive*”) - configurarsi, anche in presenza del trasferimento di sola manodopera e quindi di soli lavoratori, che, per essere stabilmente addetti ad un ramo dell'impresa, e per avere acquisito un complesso di nozioni e di esperienze, siano capaci di svolgere le loro funzioni presso il nuovo datore di lavoro, potendosi, appunto, la suddetta autonomia concretizzare non solo attraverso la natura e le caratteristiche della concreta attività spiegata, ma anche in ragione di altri significativi elementi, quali, ad esempio, la direzione e l'organizzazione del personale, il suo specifico inquadramento, le peculiari modalità di articolazione del lavoro e i relativi metodi di gestione. Ciò può, ad es., avvenire nel caso in cui l'oggetto del trasferimento sia costituito da un gruppo di dipendenti, stabilmente coordinati e organizzati tra loro, la cui capacità operativa sia assicurata dal fatto di essere essi dotati di un particolare know how o, comunque, dall'utilizzo di copyright, brevetti, marchi ecc.”. Posto che, continua la Cassazione: «in alcuni di questi casi l'assenza di beni è solo apparente, trattandosi di beni “immateriali”, sicché può parlarsi ancora di ramo di azienda, secondo la nozione tradizionale fornita dall'art. 2555 c.c., ma in altri casi resta come requisito indefettibile della fattispecie legale tipica delineata dal diritto comunitario e dall'art. 2112 c.c. proprio l'elemento dell'organizzazione, ovvero quel legame funzionale che rende le attività dei dipendenti appartenenti al gruppo interagenti tra loro e capaci di tradursi in beni o servizi ben individuabili». La Corte di Cassazione inoltre riconosce che «può oggi ritenersi che l'autonomia funzionale del ramo di azienda ceduto non coincida con la materialità dello stesso (quanto a strutture, beni strumentali ed attrezzature etc.) a possa consistere anche in un ramo “smaterializzato” o “leggero” costituito in prevalenza da rapporti di lavoro organizzati in modo idoneo, anche potenzialmente (...) allo svolgimento di un'attività economica». Così, ad esempio, Cass., 29 maggio 2014, n. 12103, Cass. 21 maggio 2014, n. 11237.

nell'elemento dell'organizzazione, intesa come legame funzionale che rende le attività dei dipendenti appartenenti al gruppo interagenti tra loro e capaci di tradursi in beni o servizi ben individuabili.

La Corte di Cassazione riconosce dunque, in linea di principio, che l'autonomia funzionale del ramo d'azienda ceduto *«non coincida con la materialità dello stesso (quanto a strutture, beni strumentali ed attrezzature etc.) e possa consistere anche in un ramo “smaterializzato” o “leggero” costituito in prevalenza da rapporti di lavoro organizzati in modo idoneo, anche potenzialmente (...) allo svolgimento di un'attività economica³³»*.

In tali fattispecie, l'accertamento dell'autonomia funzionale è, d'altra parte, rigoroso: è necessario che i lavoratori siano *«stabilmente coordinati ed organizzati tra loro»*, che costituiscano *«un gruppo organizzato di dipendenti specificamente e stabilmente assegnati ad un compito comune»*, «coeso per professionalità, precisi legami organizzativi (...) e specifico know-how tale da individuarli come una struttura unitaria funzionalmente idonea e non come una mera sommatoria di dipendenti³⁴».

³³ Così, ad esempio, Cass. 29 maggio 2014, n. 12103, Cass. 21 maggio 2014, n. 11237.

³⁴ Cfr. Cass., 21 novembre 2012, n. 20422; Cass. 29 gennaio 2013, n. 2040, nel caso di specie la Corte ha escluso «l'applicabilità dell'art. 2112 c.c. nei casi di esternalizzazione di alcuni servizi già gestiti in proprio, mediante trasferimento del ramo d'azienda identificato nei cd. servizi generali, ove non sia provata l'autonomia organizzativa delle attività svolte dal preteso ramo di azienda e sia invece riscontrata in esso eterogeneità delle attività dei lavoratori e mancanza di funzione unitaria della struttura derivatane. Tale situazione configura detta esternalizzazione come forma incontrollata di espulsione di frazioni non coordinate tra loro, di semplici reparti o uffici, di articolazioni non autonome, con identificazione dei lavoratori coinvolti sulla base delle mansioni svolte e non dell'inerenza del rapporto ad un ramo di azienda che sia oggettivamente tale già prima del trasferimento». Cfr. altresì, Cass., 16 ottobre 2006, n. 22125 che ha escluso «la sussistenza dei requisiti per configurare la cessione di azienda nel trasferimento - ricondotto dalla società cedente e dalla cessionaria al fenomeno cosiddetto di outsourcing (...) da una società ad altra del ramo d'azienda "servizi generali", considerato che di esso non erano state chiarite struttura e la dimensione, le attività del preteso ramo non erano risultate del tutto

In altre parole, non deve trattarsi di «una mera e occasionale aggregazione di persone dipendenti all'interno di diverse e variegate strutture aziendali, *ma occorre l'esistenza di un collegamento stabile e funzionale delle loro attività, costituito appunto dall'organizzazione la quale costituisce perciò il "legante"*, ovvero il valore aggiunto - al punto che, piuttosto che parlare di trasferimento di azienda sembra più appropriato parlare di trasferimento di impresa (o ramo di impresa) rilevando piuttosto il dato dinamico e funzionale come essenziale³⁵».

Qualche recente pronuncia ha infine evidenziato come tali dipendenti debbano possedere, al fine di concretizzare le caratteristiche di cui sopra, particolari capacità operative e «particolari requisiti di elevata professionalità³⁶».

Analizzando ancora più nello specifico le pronunce della giurisprudenza, gli indici a cui è stato dato rilievo al fine di escludere la sussistenza di un genuino ramo d'azienda "dematerializzato", sono

corrispondenti a quelle trasferite, non era stata provata l'autonomia organizzativa, e che inoltre esso si caratterizzava per la estrema eterogeneità delle attività dei lavoratori che vi erano addetti, e per la mancanza di qualsiasi funzione unitaria, suscettibile di farlo assurgere in qualche modo ad unitaria "entità economica"». Ancora, si veda Cass., 22 gennaio 2013, n. 1456. In tale pronuncia, la Corte ha escluso la sussistenza di un ramo di azienda osservando che in base alle risultanze testimoniali, era emerso che *«mancava in realtà la presenza di un autonomo impulso organizzativo tale da permettere alla struttura di funzionare autonomamente sul mercato, impulso organizzativo che è fatto di personale qualificato e responsabile delle varie funzioni, di dati e di know how, e non solo di macchinari (...)»*.

³⁵ Cfr. Cass., 10 gennaio 2004, n. 206. Prendendo in prestito le parole della sentenza del Tribunale di Milano, 19 maggio 2016, *«non è sufficiente la mera aggregazione di lavoratori dotati di esperienze comuni»* per configurare un ramo d'azienda.

³⁶ Cfr. Cass., 15 aprile 2014, n. 8756; anche Cass., 8 aprile 2014, n. 8208 (*«nel caso in esame la sentenza impugnata ha accertato, nei termini diffusamente esposti nello storico di lite, con motivazione esauriente ed immune da vizi logici o giuridici, l'assenza d'un legittimo trasferimento di ramo d'azienda, sia in ragione della sua creazione pochissimo tempo prima della cessione, sia dell'esiguità dei beni materiali ceduti, sia dall'assenza di particolari requisiti di elevata professionalità in capo ai lavoratori trasferiti, sia perché il ramo d'azienda, così come individuato nel contratto, non era capace di funzionare in modo autonomo»*) e Cass., 8 maggio 2014 n. 9957.

stati:

- (i) l'eterogeneità delle attività realizzate dal complesso trasferito³⁷;
- (ii) la disomogeneità delle competenze professionali dei lavoratori trasferiti³⁸;
- (iii) la mancata integrazione tra le funzioni trasferite e insussistenza di un coordinamento tra le stesse³⁹;
- (iv) la promiscuità del lavoro dei dipendenti del settore trasferito con i dipendenti di altri settori aziendali⁴⁰;
- (v) il mancato trasferimento di tutti i dipendenti addetti ad una

³⁷ «ove il complesso aziendale che si vuole trasferire non eserciti un singolo e circoscritto servizio ma un insieme eterogeneo di attività non funzionalmente connesse, si dovrà dedurre l'inesistenza di un vero e proprio ramo aziendale. Ciò è ribadito, nel caso di specie, allorché il Giudice, rilevando che il settore allacciamenti svolgeva molteplici compiti resi a vari reparti dell'azienda e ad altre aziende del gruppo (servizi di progettazione, allacciamenti utenze, servizio reperibilità delle reti acqua e gas, preventivazione,...) deduceva che tale situazione caratterizzava una mancanza di identificabilità dello stesso. Una specificità meramente tecnica del reparto, assimilabile a quella che distingue gli uni operai dagli altri, ma che non basta a configurare un ramo d'azienda», così Trib. La Spezia, 14 ottobre 2008, n. 577, 578, 579, 580. Cass., 25 settembre 2013, n. 21917, nella specie la Corte ha «confermato la sentenza di merito con la quale era stato ritenuto illegittimo il trasferimento di un gruppo di dipendenti da un'azienda a un'altra per lo svolgimento in "outsourcing" di alcuni servizi e attività, trattandosi del trasferimento di un insieme di funzioni eterogenee cui erano variamente addetti i dipendenti, senza alcuna connotazione professionale comune caratterizzante, funzioni per le quali venivano utilizzati beni aziendali limitati, eterogenei e anche essi privi di specificità rispetto a un fine produttivo».

³⁸ Cass., 28 aprile 2014, n. 9361 ha escluso la sussistenza di un genuino ramo di azienda nel trasferimento del settore *Document Management*, dedicato alla manutenzione e alla gestione di strutture informatiche, da Telecom a Telepost.

³⁹ Cass., 10 giugno 2014, n. 13057 ha escluso la sussistenza di un genuino ramo di azienda nel trasferimento da Telecom a *Hewlett Packard* di un settore denominato *IT User support*, composto da circa 600 dipendenti, che ricomprendeva il settore che si occupava di reti LAN, sicurezza informatica ed interconnessioni, il *Customer care*, il settore che curava la gestione delle apparecchiature, l'inventario e la distribuzione, il settore che svolgeva la manutenzione dell'hardware, delle postazioni di lavoro, l'assistenza per gli applicativi e l'help desk tecnico.

⁴⁰ Trib. La Spezia, 14 ottobre 2008, n. 577, 578, 579, 580: i lavoratori del complesso trasferito, svolgevano alcune delle proprie attività assieme ad altri colleghi degli altri settori aziendali.

- determinata articolazione o struttura⁴¹;
- (vi) il mancato trasferimento dei responsabili, ovverosia di coloro in possesso del potere di organizzare il lavoro del gruppo di lavoratori, impartire istruzioni e distribuire compiti al gruppo stesso⁴²;
- (vii) il mantenimento di un coordinamento e di una commistione con la cedente funzionale allo svolgimento della attività ceduta;

⁴¹ In talune sentenze assume rilievo nell'indagine circa la sussistenza dell'autonomia funzionale la circostanza che tutti i dipendenti addetti ad una determinata articolazione o struttura fossero stati trasferiti (cfr. Cass. 5 marzo 2008, n. 5932). Nella specie, la sentenza di merito, confermata dalla Suprema Corte, aveva «accertato la sussistenza di tutte le condizioni per la qualificazione come ramo d'azienda della entità ceduta alla nuova società». Tra le altre considerazioni dei giudici, si legge che «si deve trattare di una struttura funzionalmente identificabile che abbia un suo connotato circoscritto ad un settore, ad una funzione organizzata o ad una fase della lavorazione agevolmente cedibile. (Accertato) quindi, in punto di fatto, che sono stati trasferiti presso la nuova azienda, che si occupa esclusivamente della gestione esattoriale, tutti i lavoratori che in precedenza erano già addetti alla divisione esattoria (...), non sussiste quindi alcun elemento contrario alla configurazione della divisione esattoria come ramo d'azienda suscettibile di cessione, con tutte le garanzie per i lavoratori previste dalla normativa generale».

⁴² Cass., 16 maggio 2014, n. 10868 ha escluso la sussistenza di un genuino ramo anche per via del mancato passaggio «di quello che potrebbe essere definito il cervello del settore auto Telecom». Nella specie, riguardante la cessione da parte di Telecom di un ramo costituito dal settore inerente alla gestione di un autoparco, la sentenza di merito, confermata dalla Suprema Corte, ha accertato che mentre il settore avente ad oggetto la sola gestione e manutenzione dell'autoparco era stato ceduto, la parte amministrativa addetta alla organizzazione servizi automobilistici e di supporto alla dirigenza era rimasta in Telecom, ed ha dunque ritenuto che «la cessione del personale tecnico operativo addetto alla manutenzione degli autoveicoli messi a disposizione del personale Telecom senza il contestuale passaggio della struttura che ne coordina l'attività rispetto alle richieste ed esigenze dell'azienda stessa determina la mera cessione di rapporti di lavoro». Sul punto è recentemente intervenuta la Corte di Giustizia la quale, con la sentenza del 6 marzo 2014, C-458/12 (Amatori), relativa ad una questione pregiudiziale sollevata con riferimento all'art. 2112 c.c., ha chiarito che, ai fini dell'applicazione della Direttiva, «l'entità economica [oggetto del trasferimento] deve in particolare, anteriormente al trasferimento, godere di un'autonomia funzionale sufficiente, là dove la nozione di autonomia si riferisce ai poteri, riconosciuti ai responsabili del gruppo di lavoratori considerato, di organizzare, in modo relativamente libero e indipendente, il lavoro in seno a tale gruppo e, più specificamente, di impartire istruzioni e distribuire compiti ai lavoratori subordinati appartenenti al gruppo medesimo, e ciò senza intervento diretto da parte di altre strutture organizzative del datore di lavoro».

- (viii) il mancato trasferimento degli elementi indispensabili per rendere il complesso ceduto funzionalmente autonomo⁴³;
- (ix) la mancata evidenziazione del settore ceduto nell'organigramma aziendale come articolazione completa ed autosufficiente dell'azienda, quanto piuttosto ma come uno dei tanti reparti organizzativi interni⁴⁴;

A questa interpretazione, si è tuttavia aggiunta, e recentemente consolidata, una tendenza giurisprudenziale che rivaluta l'elemento "materiale" ai fini della identificazione di un genuino ramo d'azienda funzionalmente autonomo.

In relazione a noti casi di terziarizzazione, caratterizzati da un forte impatto sociale (es. casi Vodafone e Telecom), è andato consolidandosi, infatti, un nuovo orientamento della Corte di Cassazione che attribuisce notevole rilevanza, nella valutazione della autonomia funzionale e della continuità del ramo d'azienda, alla consistenza materiale.

In particolare, la Corte di Cassazione ha avuto modo di affermare che «(...) seppure possa oggi ritenersi che l'autonomia del ramo di azienda ceduto non coincida con la materialità dello stesso (quanto a

⁴³ C. App. Roma, 30 ottobre 2013: «non risultavano dunque trasferiti programmi e sistemi informatici, che sono rimasti di proprietà della Vodafone e che - secondo quanto affermato dal primo giudice... i dipendenti ceduti dovevano utilizzare per esplicitare i servizi ceduti... Tale aspetto stima la Corte che sia dirimente: posto che risulta incontroverso - oltre che evidente in base alle nozioni di comune esperienza - che le attività di gestione delle pratiche dei clienti privati e soggetti commerciali... comportano l'utilizzo di programmi ed applicazioni informatiche... tali beni immateriali costituivano un elemento indispensabile per rendere il complesso di beni e personale ceduto una articolazione, non solo preesistente, ma soprattutto funzionalmente autonoma, ossia di fornire i servizi di back office e gestione credito(...)».

⁴⁴ Trib. di La Spezia, 14 ottobre 2008, n. 577, 578, 579, 580, sul trasferimento del reparto allacciamenti: «se si osserva l'organigramma aziendale (...) il settore allacciamenti non viene presentato come una sotto-azienda in sé completa ed autosufficiente (nel proprio ambito), ma come uno dei reparti organizzativi interni al pari dei servizi generali, dell'area tecnica, dell'area legale e dell'ufficio del personale».

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, anche potenzialmente (od al netto dei supporti generali sussistenti presso l’azienda cedente), allo svolgimento di un’attività economica, ciò non toglie che tale autonomia dell’entità ceduta debba essere obiettivamente apprezzabile, sia pur con possibili interventi integrativi imprenditoriali ad opera del cessionario, al fine di verificarne l’imprescindibile requisito comunitario della sua “conservazione”⁴⁵».

In altre sentenze la Corte di Cassazione afferma che «seppure un’azienda (o un ramo d’azienda) possa comprendere anche beni immateriali, non può tuttavia ridursi solo ad essi, posto che la stessa nozione di azienda postula la necessità di beni materiali organizzati fra loro in funzione dell’esercizio dell’impresa, di fatto impossibile in totale assenza di strutture fisiche, per quanto modeste le stesse siano⁴⁶».

In sentenze ancora più recenti, la Suprema Corte, nel dare rilevanza all’elemento materiale ai fini del requisito dell’autonomia funzionale del ramo d’azienda, si è soffermata sulla distinzione tra subentro nell’appalto e trasferimento di ramo d’azienda: «il comma 3 del citato art. 29 (...) chiarisce che l’acquisizione del personale già impiegato nell’appalto a seguito di subentro di un nuovo appaltatore, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro, o di clausola del contratto d’appalto, non costituisce trasferimento d’azienda o di parte d’azienda, in tal modo nettamente chiarendo che, anche quando il cedente stipuli con il cessionario un contratto d’appalto per la

⁴⁵ Cfr. Cass., 30 aprile 2014, n. 9461.

⁴⁶ Cfr. Cass., 15 aprile 2014, n. 8756.

fornitura del servizio ceduto, si può configurare una cessione di ramo d'azienda (solo) quando al trasferimento del personale si accompagna quella del complesso degli altri elementi che lo rendeva autonomamente idoneo allo svolgimento del servizio⁴⁷».

Ciò che emerge è che dunque non vi è nella giurisprudenza italiana un certezza interpretativa in merito alla c.d. “materialità” del ramo d'azienda. Ad oggi, parrebbe prevalere tuttavia l'orientamento giurisprudenziale più ristrettivo che dà rilevanza decisiva alla consistenza materiale del ramo ai fini dell'applicazione dell'art. 2112. Tale orientamento non pare conforme ai principi elaborati dalla Corte di Giustizia che ha costantemente chiarito che *«per poter determinare se sussistano le caratteristiche di un trasferimento di un'entità economica organizzata in modo stabile, dev'essere preso in considerazione il complesso delle circostanze di fatto che caratterizzano l'operazione di cui trattasi, fra le quali rientrano in particolare il tipo d'impresa o di stabilimento in questione, la cessione o meno di elementi materiali, (...), il valore degli elementi immateriali al momento della cessione, la riassunzione o meno della maggior parte del personale da parte del nuovo imprenditore, il trasferimento o meno della clientela, nonché il grado di analogia delle attività esercitate prima e dopo la cessione e la durata di un'eventuale sospensione di tali attività (...). Tali elementi costituiscono, tuttavia, soltanto aspetti parziali della valutazione complessiva cui si deve procedere e non possono, perciò, essere considerati isolatamente. (...). Il giudice nazionale deve tener conto, nell'ambito della valutazione delle circostanze di fatto che*

⁴⁷ Cfr. Cass., 31 maggio 2016, n. 11247; nello stesso senso Cass., 18 maggio 2016, n. 10243; Cass., 19 maggio 2016, n. 10352; Cass., 20 maggio 2016, n. 10541; Cass., 19 maggio 2016, n. 10535. Sulla giurisprudenza in tema di subentro nell'appalto, si veda il capitolo II, paragrafo 3.

caratterizzano l'operazione de qua, del genere d'impresa o di stabilimento di cui trattasi. Ne consegue che l'importanza da attribuire rispettivamente ai singoli criteri caratterizzanti la sussistenza di un trasferimento ai sensi della Direttiva (...) varia necessariamente in funzione dell'attività esercitata o addirittura in funzione dei metodi di produzione o di gestione utilizzati nell'impresa, nello stabilimento o nella parte di stabilimento in questione⁴⁸».

Ancora più chiaramente, la Corte di Giustizia ha affermato che nozione di entità economica «pur dovendo essere sufficientemente strutturata e autonoma *non implica necessariamente rilevanti elementi patrimoniali, materiali o immateriali*. Invero, in alcuni settori economici come le pulizie e la sorveglianza, tali elementi sono spesso ridotti alla loro espressione più semplice e l'attività si basa essenzialmente sull'impiego di manodopera. *Talché un complesso organizzato di lavoratori subordinati specificamente e stabilmente adibiti all'espletamento di un compito comune può, in mancanza di altri fattori della produzione, corrispondere ad un'entità economica*» e che pertanto «se il trasferimento di elementi patrimoniali costituisce uno dei vari criteri che il giudice nazionale deve prendere in considerazione al fine di poter valutare l'effettiva sussistenza di un trasferimento di impresa l'assenza di tali elementi non esclude necessariamente l'esistenza del trasferimento stesso⁴⁹».

5.2. La preesistenza del ramo d'azienda

Si è già detto in precedenza che, a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 32 della Legge Biagi, l'attuale 2112 c.c. non contempla più il requisito della “*preesistenza*” del ramo d'azienda, potendo oggi essere

⁴⁸Corte di Giustizia, 15 dicembre 2005, C-232/04 (*Nurten Güney-Görres*).

⁴⁹ Corte di Giustizia, 10 dicembre 1998, cause riunite C-173/96 e C-247/96 (*Hidalgo*); Corte di Giustizia, 10 dicembre 1998, cause riunite C-127/97, C-229/96 e C-74/97; Corte di Giustizia, 20 novembre 2003, C-340/01.

«identificato (...) dal cedente e dal cessionario al momento del trasferimento».

Nonostante la novella, si è pian piano confermato l'orientamento giurisprudenziale secondo cui il ramo d'azienda sarebbe configurabile solo ed esclusivamente in presenza di un'articolazione che, oltre ad essere funzionalmente autonoma, sia anche preesistente al trasferimento⁵⁰.

L'attuale giurisprudenza della Suprema Corte pertanto, è orientata «nel ritenere operante, anche a seguito del D.Lgs. n. 276 del 2003, art. 32, il principio per cui per “ramo d'azienda”, ai sensi dell'art. 2112 c.c., deve intendersi ogni entità economica organizzata la quale, in occasione del trasferimento, conservi la sua identità - come del resto previsto dalla prima parte del D.Lgs. n. 276 del 2003, art. 32 - presupponendo ciò comunque una preesistente entità produttiva funzionalmente autonoma (potendo conservarsi solo qualcosa che già esiste), e non anche una struttura produttiva creata ad hoc in occasione del trasferimento o come tale unicamente identificata dalle parti del negozio traslativo, essendo preclusa l'esternalizzazione come forma incontrollata di espulsione di frazioni non coordinate fra loro, di semplici reparti o uffici, di articolazioni non autonome,

⁵⁰ In dottrina, si veda, tra i diversi contributi, G. SANTORO PASSARELLI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'impresa e di articolazione funzionalmente autonoma*, Torino, 2014; A. BOSCATI, *La controversa configurazione del ramo d'azienda tra preesistenza “qualificata” ed autonomia funzionale stabile e già compiuta*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2014; A. STANCHI - A. PEDRONI, *Trasferimento di parte dell'impresa, preesistenza del ramo e indipendenza del cessionario*, in *Lav. Giur.*, 2014.; A. ZAMBELLI, *Trasferimento d'azienda: le precisazioni della Corte di giustizia europea*, in *G. Lav.*, 2014; A. BIAGIOTTI, A. *Ripensando l'“articolazione funzionalmente autonoma”*: una lettura controversa della nozione, nota a Cass., 10 ottobre 2014, n. 21503, *Riv. It. Dir. Lav.* 2015; V. MONTEMURRO, nota a Cass., 27 maggio 2014, n. 11832, *Riv. It. Dir. Lav.* 2015; A. TURSI, *Cessione di ramo d'azienda: apparenti contrasti e persistenti equivoci alla luce della giurisprudenza nazionale e comunitaria*, *Dir. Rel. Ind.* 2015; T. TREU, *Cessione di ramo d'azienda: note orientative e di metodo*, *Riv. It. Dir. Lav.* 2016.

unificate soltanto dalla volontà dell'imprenditore e non dall'inerenza del rapporto ad una entità economica dotata di autonomia ed obiettiva funzionalità⁵¹».

Ragionare diversamente, secondo l'interpretazione della Suprema Corte, sarebbe in contrasto con la Direttiva 2001/23/CE, la quale, «riferendosi alla conservazione dell'identità del ramo nell'ambito del trasferimento, *ne presupporrebbe logicamente la preesistenza, dato che non si può conservare l'identità di ciò che non ha identità prima della cessione⁵²».*

Non sono mancate autorevoli voci in dottrina che hanno considerato tale interpretazione una forzatura della lettera della norma, rilevando come far discendere dall'utilizzo del termine “conservazione” da parte della normativa comunitaria la conseguenza che l'autonomia deve in ogni caso preesistere al trasferimento sia «un sofisma o una falsa inferenza logica perché può essere conservato anche “ciò che è presente al momento del trasferimento, pur se in ipotesi individuato nello stesso momento⁵³».

⁵¹ Cass., 12 agosto 2014, n. 17901. Cfr. anche Cass., 4 dicembre 2012, n. 21711 e Cass., 1 febbraio 2008, n. 2489 che ha affermato che «per ramo d'azienda, ai sensi dell'art. 2112 c.c., deve intendersi ogni entità economica organizzata in maniera stabile la quale, in occasione del trasferimento, conservi la sua identità, il che presuppone una preesistente realtà produttiva autonoma e funzionalmente esistente e non anche una struttura produttiva creata ad hoc in occasione del trasferimento o come tale identificata dalle parti del negozio traslativo»; in senso analogo, anche Cass., 30 gennaio 2013, n. 2151, Cass., 28 ottobre 2013, n. 24262, Cass., 13 ottobre 2009, n. 21697; Corte App. Milano, 3 novembre 2013, Trib. Milano, 21 luglio 2010, n. 3293, Trib. Milano, 30 giugno 2010, n. 2966, Trib. Milano, 4 aprile 2009; Trib. La Spezia, 14 ottobre 2008.

⁵² Cfr. L. MENGHINI, *L'attuale nozione di ramo di azienda* in *Lav. Giur.* 2005; in senso conforme anche A. PERULLI, *L'autonomia privata individuale e collettiva nella determinazione dell'articolazione funzionalmente autonoma* in *Dialoghi tra dottrina e giurisprudenza, trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro*, 2004; G. SANTORO PASSARELLI, *Il trasferimento di parte dell'azienda tra libertà dell'imprenditore e tutela dei lavoratori* in *Dialoghi tra dottrina e giurisprudenza, trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro*, 2004.

⁵³ T. Treu, *Cessione di ramo d'azienda: note orientative e di metodo*, *Riv. it. dir. lav.* 2016.

Sul punto è recentemente intervenuta la Corte di Giustizia, il cui intervento non ha tuttavia sortito l'effetto che molti si auguravano. E così, con la sentenza del 6 marzo 2014 C-458/12 (Amatori) relativa ad una questione giudiziale sollevata dal Tribunale di Trento in merito all'applicazione dell'art. 2112, la Corte di Giustizia ha chiarito che, ai fini dell'applicazione della Direttiva, «l'entità economica deve in particolare, anteriormente al trasferimento, godere di un'autonomia funzionale sufficiente, là dove la nozione di autonomia si riferisce ai poteri, riconosciuti ai responsabili del gruppo di lavoratori considerato, di organizzare, in modo relativamente libero e indipendente, il lavoro in seno a tale gruppo e, più specificamente, di impartire istruzioni e distribuire compiti ai lavoratori subordinati appartenenti al gruppo medesimo, e ciò senza intervento diretto da parte di altre strutture organizzative del datore di lavoro». In particolare, la Corte ha concluso, che - sempre ai sensi della Direttiva - *«l'autonomia dell'entità ceduta deve, in ogni caso, preesistere al trasferimento»*. E dunque «qualora risultasse, nel procedimento principale, che l'entità trasferita di cui trattasi non disponeva, anteriormente al trasferimento, di un'autonomia funzionale sufficiente (...) tale trasferimento non ricadrebbe sotto la Direttiva 2001/23». La Corte ha tuttavia aggiunto che «la semplice mancanza di autonomia funzionale dell'entità trasferita non può, di per sé, costituire un ostacolo a che uno Stato membro garantisca nel proprio ordinamento interno il mantenimento dei diritti dei lavoratori dopo il cambiamento dell'imprenditore» ed ha dunque concluso statuendo che «l'art. 1, paragrafo 1, lettere a) e b), della Direttiva 2001/23 deve essere interpretato nel senso che non osta ad una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, la quale, in presenza di un trasferimento di una parte di impresa, consenta la successione del cessionario al cedente nei rapporti di lavoro nell'ipotesi in cui la parte

di impresa in questione non costituisca un'entità economica funzionalmente autonoma preesistente al suo trasferimento».

In conclusione, secondo la recente sentenza della Corte di Giustizia, una normativa nazionale che consenta la successione del cessionario al cedente nei rapporti di lavoro nell'ipotesi in cui la parte di impresa trasferita non costituisca un'entità economica funzionalmente autonoma preesistente al trasferimento non è incompatibile con la Direttiva.

Le prime sentenze di merito intervenute dopo la pronuncia della sentenza Amatori sono però contrastanti tra di loro. E così, è stato affermato che «la Direttiva 2001/23/CE, (...) secondo la (...) interpretazione della Corte di Giustizia, indica agli Stati membri la possibilità di tutelare i lavoratori, configurando la successione del cessionario nei rapporti di lavoro, anche nel caso in cui la struttura aziendale trasferita non costituisca un'entità economica funzionalmente autonoma preesistente al suo trasferimento ed il cedente eserciti, dopo il trasferimento stesso, un intenso potere di supremazia nei confronti del cessionario⁵⁴». È stato dunque affermato che la nuova formulazione dell'art. 2112 c.c. «eliminando il requisito della preesistenza (...) consente al titolare dell'impresa di intervenire sull'organizzazione aziendale e di modificarla, anche nella immediatezza del negozio di cessione, in modo da costituire un ramo d'azienda dotato di sua autonomia⁵⁵».

In senso contrario, la Corte di Cassazione, a più riprese⁵⁶, ha invece

⁵⁴ Trib. Roma, 15 aprile 2015.

⁵⁵ Trib. Roma, 15 aprile 2014. In senso conforme anche Trib. Ivrea, 23 luglio 2014 secondo cui «è sufficiente che anche un giorno prima della cessione il ramo possa ritenersi esistente, giacché (...) con il concetto di “identificazione” non può che riconoscersi qualcosa che già esista in precedenza senza tuttavia alcuna specificazione in ordine alla durata della preesistenza stessa»

⁵⁶ Cfr. anche da ultimo, Cass., 19 gennaio 2017, n. 1316, e nota a sentenza di S.

affermato che «la sentenza comunitaria» andrebbe *«letta, non nel senso che non occorre, ai fini di cui trattasi, il requisito della preesistenza, ma che è consentito agli stati membri prevedere una norma che estenda l'obbligo di mantenimento dei diritti dei lavoratori trasferiti anche in caso di non preesistenza del ramo d'azienda. D'altro canto la stessa Corte, nella citata sentenza, ribadisce che, ai fini dell'applicazione della richiamata Direttiva 2001/23, l'entità economica in questione deve in particolare, anteriormente al trasferimento, godere di un'autonomia sufficiente⁵⁷»*.

Numerose le pronunce della Suprema Corte in questo senso. E anche laddove i giudici di legittimità riconoscono che la sentenza della Corte di Giustizia abbia ritenuto coerente con gli obiettivi della Direttiva l'allargamento da parte della legge nazionale dell'ambito della protezione del lavoratore ceduto ad ipotesi ulteriori rispetto a quelle di cessione di un'entità autonoma preesistente, escludono comunque che l'art. 2112 c.c. possa essere interpretato nel senso del venir meno del requisito della preesistenza, sull'assunto che *«la normativa nazionale non è stata (...) rimodellata con il fine di allargare l'ambito della fattispecie astratta della cessione di ramo d'azienda rispetto alla nozione adottata in sede comunitaria, considerato che il legislatore al contrario ha manifestato l'esplicita volontà di adeguarvisi⁵⁸»*. Secondo l'attuale interpretazione della Suprema Corte, dunque, «il fatto che la nuova disposizione abbia rimesso al cedente e al

COSTANTINI, *Tutele bidirezionali nel trasferimento di ramo d'azienda*, Ilgiuslavorista.it, 2017, il quale afferma che i diversi e contrastanti orientamenti forniti dalla stessa Corte di Cassazione «stimolano tuttavia la curiosità nel voler verificare se la normativa in questione venga diversamente interpretata a seconda di quale sia l'interesse del lavoratore da tutelare, ovvero la permanenza presso il cedente piuttosto che l'“abbandono” di quest'ultimo, verso una meno incerta posizione lavorativa».

⁵⁷ Cass., 28 settembre 2015, 1914 e Cass., 12 agosto 2014, n. 17901.

⁵⁸ Cass., 20 maggio 2016, n. 10541.

cessionario di identificare l'articolazione che ne costituisce l'oggetto non significa che sia consentito di rimettere ai contraenti la qualificazione della porzione dell'azienda ceduta come ramo, così facendo dipendere dall'autonomia privata l'applicazione della speciale disciplina in questione, ma che all'esito della possibile frammentazione di un processo produttivo prima unitario, debbano essere definiti i contenuti e l'insieme dei mezzi oggetto del negozio traslativo, che realizzino nel loro insieme un complesso dotato di autonomia organizzativa e funzionale apprezzabile da un punto di vista oggettivo⁵⁹». La Corte di Cassazione ritiene, quindi, che «*il requisito della preesistenza del ramo e dell'autonomia funzionale nella previsione si integrano quindi reciprocamente, nel senso che il ramo ceduto deve avere la capacità di svolgere autonomamente dal cedente e senza integrazioni di rilievo da parte del cessionario il servizio o la funzione cui esso risultava finalizzato già nell'ambito dell'impresa cedente anteriormente alla cessione*⁶⁰». Ancor più recentemente, la Suprema Corte, portando alle estreme conseguenze i principi di diritto sopra riportati, è arrivata ad affermare che «*anche nel mutato contesto normativo il ramo deve presentarsi (...) "come una sorta di piccola azienda in grado di funzionare in modo autonomo"*⁶¹», facendo, così, di fatto ritorno a un orientamento giurisprudenziale, “anacronistico” che era stato già da tempo superato in favore di un'interpretazione meno restrittiva e più rispondente alle attuali esigenze di mercato.

6. IL TRASFERIMENTO DEL RAMO D'AZIENDA “BACK-OFFICE” DA MONTE DEI PASCHI DI SIENA A FRUENDO

⁵⁹ Cass., 31 maggio 2016, n. 11247.

⁶⁰ Cass., 31 maggio 2016, n. 11247.; nello stesso senso anche Cass., 20 maggio 2016, n. 10541 e Cass., 7 settembre 2016, n. 17736.

⁶¹ Cass., 16 agosto 2016, n. 17104.

La Banca Monte dei Paschi di Siena (“**BMPS**”) è nata nel 1472 come monte di pietà per dare aiuto alle classi disagiate della popolazione della città di Siena ed è la più antica banca in attività. Insieme alle altre società del gruppo, costituisce, il quarto gruppo bancario italiano per numero di filiali: il Gruppo Montepaschi, dopo Unicredit, Intesa Sanpaolo e Banco BPM.

L’attività di BMPS si articola(va): (i) un’attività “core”, riservata propriamente alle banche, e cioè, l’esercizio congiunto della raccolta di risparmio tra il pubblico e dell’esercizio del credito⁶²; e (ii) ed altre attività di tipo finanziario ovvero “connesse” o “strumentali”⁶³ che sono caratterizzate da specificità attuative di tipo quasi “industriale”, in larga parte automatizzato e standardizzato e di regola non prevedono un contatto con il cliente. Nel loro complesso, queste attività vengono definite di “*back-office*” proprio perché non implicano un contatto diretto con la clientela e le relative strutture forniscono servizi strumentali, funzionali e complementari all’attività bancaria vera e propria che è in invece di “*front-office*”. Si tratta di servizi che, per le loro caratteristiche intrinseche, si prestano particolarmente ad essere concentrati in strutture dedicate che

⁶² Il D.Lgs. 1 settembre 1993, n. 385 (c.d. Testo Unico Bancario), al primo comma dell’art. 10, prevede che «la raccolta di risparmio tra il pubblico e l’esercizio del credito costituiscono l’attività bancaria». Il secondo comma stabilisce invece che «l’esercizio dell’attività bancaria è riservato alle banche». La stessa norma aggiunge poi che «le banche esercitano, oltre all’attività bancaria, ogni altra attività finanziaria, (...), nonché attività connesse o strumentali».

⁶³ Tra queste vi rientrano le seguenti attività: il *factoring*, il *leasing* finanziario, le operazioni in strumenti di mercato monetario, cambi, strumenti finanziari a termine e opzioni, i contratti su tassi di cambio e tassi d’interesse, i valori mobiliari, la partecipazione alle emissioni di titoli, la consulenza in materia finanziaria, i servizi di intermediazione finanziaria, la gestione di patrimoni, la custodia e l’amministrazione di valori mobiliari, la gestione dell’eventuale patrimonio immobiliare della banca, le attività di incassi e pagamenti, la gestione dei conti correnti e degli adempimenti amministrativi e contabili relativi a bonifici, assegni, carte di debito, credito e prepagate, le attività di assistenza, le attività di stampa, corrispondenza e archiviazione documentale, le attività di logistica, approvvigionamento, gestione commessi, autisti, facchinaggio.

vengono costituite all'interno della stessa banca, ovvero presso "centri servizi multi-azienda", talvolta appartenenti al medesimo gruppo bancario, e talaltra a società esterne specializzate⁶⁴. In tale ultimo caso, la logica seguita dalle banche, come tutte le moderne imprese, è quella di concentrare il "core business" in quelle attività specifiche che ne costituiscono il differenziale competitivo, decentrando tutte le attività complementari affidandole a terzi attraverso contratti che consentono di procurare i servizi funzionali e necessari per lo svolgimento dell'attività "core".

Proprio in ragione di questa tendenza generale del mondo imprenditoriale a decentralizzare le attività, verso la fine degli anni 90, BMPS e le altre banche appartenenti al medesimo gruppo, decidono di concentrare su un unico soggetto lo svolgimento e la gestione dei servizi di "back-office" che fino a quel momento erano seguiti direttamente e separatamente dalle diverse banche del gruppo, ciascuna al proprio interno.

Nel 1998 è infatti costituito il COG - *Consorzio Operativo Gruppo MPS* la cui struttura si articolava in due distinte e autonome strutture organizzate: (i) la prima focalizzata sull'"information technology" (c.d. "IT"); (ii) la seconda interamente incentrata sulle attività di "back-office", con il compito di fornire a BMPS e alle altre società del Gruppo BMPS, con l'ausilio di strutture di supporto e di governo, i servizi di incassi e pagamenti, monetica, operatività di rete, servizi ausiliari, finanza, credito, servizi amministrativi, servizi aziendali e contabili, servizi estero.

⁶⁴ Questo fenomeno ha avuto notevole diffusione negli ultimi anni presso i principali operatori del mondo bancario, quali, per citarne solo alcuni: Barclays, Gruppo Credito Emiliano, Intesa Sanpaolo Group Services, JP Morgan, Cariparma Crédit Agricole, FinecoBank, Banca Galileo, Banca Leonardo, Gruppo Mediolanum, Banca Popolare dell'Emilia, Banca Popolare di Milano, Banca Popolare di Bari, Banca Popolare di Roma, Banco Desio.

Il COG forniva i vari servizi a BMPS e le altre banche facente parti del medesimo gruppo nell'ambito di contratti di appalto e a fronte del pagamento di corrispettivo.

Successivamente, a seguito della grave crisi che ha colpito anche il mondo bancario, ivi inclusa BMPS, il Consiglio di Amministrazione di BMPS, in data 26 giugno 2012, approva il Piano Industriale 2012-2015⁶⁵ che prevedeva una serie di interventi indispensabili per la sostenibilità della banca e dei posti di lavoro, tra cui, la creazione di «una nuova struttura organizzativa di Capogruppo in ottica di (...) focalizzazione nella gestione del core business» e la conseguente «esternalizzazione delle attività di back-office» anche con lo scopo di migliorare l'efficienza e razionalizzare le strutture.

A seguito dell'esperimento della procedura di informazione e consultazione sindacale⁶⁶, con efficacia 1° marzo 2013, il COG ha

⁶⁵ Nella sentenza del Trib. di Siena del 14 aprile 2015, si legge che «il Piano Industriale 2012-2015 (“Rilancio 2015”), presentato il 27/6/2012, prevede tra le priorità un'azione “Zero Back Office-esternalizzazione B.O.” a mezzo: a) “individuazione ramo d'azienda contenente tutte le attività di Back Office presenti nelle società del Gruppo (perimetro stimato di circa 2.360 risorse); b) “cessione del ramo d'azienda ad un fornitore selezionato a mezzo contratto di servizio”; c) “pagamento di un canone di servicing”. *La prospettiva dichiarata è quella di una “riduzione dei costi del personale”, più globalmente attuata anche con altri strumenti. La “leva” indicata è quella della “riduzione organici gruppo”, da attuarsi, oltre che tramite “uscite naturali e per esodo”, “riduzione del numero dei Dirigenti”, “Cessioni/Incorporazioni società del Gruppo”, anche a mezzo “Cessione Ramod'Azienda del Back Office di Gruppo”».*

⁶⁶ Sempre nella sentenza del Trib. di Siena del 14 aprile 2015, si legge che «il 19/12/2012 è stata sottoscritta tra le aziende del Gruppo e le organizzazioni sindacali un'ipotesi di accordo, nella quale parte datoriale confermava la volontà di procedere nella ricerca di un “fornitore selezionato con cui definire una partnership per ‘societarizzare’ il ramo di azienda relativo alle attività amministrative, contabili ed ausiliarie del Gruppo, anche con l'obiettivo di preservare, compatibilmente con i pianificati obiettivi di efficienza, l'occupazione ed anche lo sviluppo nel tempo delle professionalità espresse dai dipendenti”. *Pur escludendo nel medesimo atto la Banca, che “il complesso di attività e relative risorse umane dedicate ai sistemi amministrativi di back office” oggetto del progettato trasferimento rappresenti il proprio “core business”, ne riconosce tuttavia il “carattere essenziale e strategico... indispensabile”.* In caso di “ulteriore cessioni a terzi dell'attività costituente ramo d'azienda, o di crisi aziendale

effettivamente trasferito a BMPS il proprio ramo d'azienda inerente ai servizi di *back-office* con l'esclusione del servizio IT e di qualche ulteriore servizio rimasto nel COG. Il ramo d'azienda comprendeva tutte le attività, passività, l'avviamento, i rapporti di lavoro (circa 1700 unità) e altri contratti. Dalla stessa data, ha dunque iniziato ad operare presso BMPS la c.d. "DAACA", Divisione Attività Amministrative Contabili e Ausiliarie, svolgendo tutte le varie attività di *back-office* precedentemente svolte da COG per oltre un decennio. Il 29 novembre 2013, BMPS esperisce una nuova procedura di informazione sindacale con cui manifesta la volontà - già ampiamente preannunciata - di trasferire ad una neo costituita società, Fruendo S.r.l. ("**Fruendo**"), società costituita da Basilichi S.p.A.⁶⁷ e Accenture Insurance Services S.p.A.⁶⁸, il ramo d'azienda "*back-office*" denominato "DAACA", composto sostanzialmente dal medesimo complesso organizzativo di beni e di rapporti che originariamente

sopravvenuta dell'acquirente, tali da generare tensioni occupazionali rilevanti" la Banca si impegnava "a garantire le soluzioni più opportune individuando un nuovo partner qualificato al quale trasferire le attività e le risorse ivi impiegate" e "in tutti i casi a garantire le soluzioni più opportune per il mantenimento dei livelli occupazionali nell'ottica della continuità del servizio"».

⁶⁷ Basilichi è la capogruppo dell'omonimo Gruppo, *player* riconosciuto nel mercato del "*Business Process Outsourcing e partner*" di assoluto riferimento, in particolare, per diverse delle banche che hanno deciso di terziarizzare i servizi. Tra di esse: Banca di Cesena, Banca di Piacenza, Banca Nazionale del Lavoro - Gruppo BNP Paribas, Banca Popolare del Lazio, Banca Popolare Puglia e Basilicata, BCC di Cavola e Sassuolo, BCC dell'Elba, Cassa di Risparmio di Parma, CR Volterra, Findomestic Gruppo BNP Paribas, Gruppo Banca Popolare dell'Emilia Romagna, Gruppo Banca Popolare di Bari, Gruppo Banca Popolare di Vicenza, Gruppo Cassa di Risparmio di Bolzano, Gruppo Carige, Gruppo Intesa Sanpaolo, Gruppo Monte dei Paschi di Siena, Gruppo Poste Italiane, Gruppo Unicredit, Istituto Centrale delle Banche Popolari Italiane, Banca IFIS.

⁶⁸ Accenture Insurance Services S.p.A. è una delle sette società operative che fanno capo ad Accenture S.p.A., la quale a sua volta fa capo ad Accenture PIC, società quotata al NYSE. AIS, in particolare, è la società che, in Italia, opera nel settore del Business Process Outsourcing, fornendo servizi di back office ai propri clienti, tra cui fondi pensione, banche e assicurazioni. È presente nel nostro Paese dal 1957 e annovera fra i suoi clienti 15 tra i primi 20 gruppi finanziari nazionali e, più in dettaglio, le prime 4 società assicurative e 11 tra i primi 15 gruppi industriali.

provenivano dal COG. Il 21 dicembre 2013 è stato quindi sottoscritto tra BMPS, Fruendo e i sindacati un accordo che prevedeva, tra l'altro: il trasferimento dei dipendenti addetti alla "DAACA" (circa 1066 unità) a Fruendo a decorrere dal 1° gennaio 2014, il mantenimento del CCNL credito, dei trattamenti retributivi goduti e dell'inquadramento in essere presso MPS; l'iscrizione ai Fondi pensione aziendali della Banca; gli stessi orari di lavoro ecc. La Divisione "AACA", prima del trasferimento, veniva riorganizzata e dalla stessa venivano scorporati, alcuni servizi⁶⁹ ed alcuni singoli settori o reparti⁷⁰ facenti parte delle strutture operative in cui era articolata, che non sono, quindi, stati trasferiti a Fruendo, rimanendo in BMPS. In ogni caso, la maggioranza dei servizi della divisione "AACA" che provenivano dal COG erano stati trasferiti a Fruendo, così come i dipendenti trasferiti a Fruendo provenivano originariamente dal COG.

Il 29 novembre 2013 viene sottoscritto il "*Master Service Agreement (MSA)*", e cioè un accordo quadro di appalto nell'ambito del quale Fruendo e Accenture si impegnano a fornire i servizi oggetto di "*back-office*" che erano stati terziarizzati a BMPS. Il MSA prevedeva inoltre l'obbligo di Fruendo di utilizzare gli applicativi e le infrastrutture di IT messe a disposizione e forniti da BMPS nell'ambito di un altro contratto di appalto in cui, stavolta, BMPS era la società appaltatrice⁷¹.

⁶⁹ È il caso del Servizio Attività Finanza.

⁷⁰ Dalla struttura operativa Attività Amministrative e Credito sono stati scorporati il Reparto Protocollo e Sequestri⁷⁰ e il Settore Anagrafe e Segnalazioni; dalla Struttura Operativa Attività Aziendali e Contabili sono stati scorporati i Settori Contabilità Accentrata, Contabilità Estero e IQM e Controlli Andamentali e Contabili e il Settore Retribuzione ed Help Desk; dalla Struttura Operativa Attività di Assistenza sono stati scorporati i Settori dedicati alla clientela esterna e alla promozione dei prodotti e servizi della Banca (quali l'Isola della Clientela) e il Settore Control Room Sicurezze e Intelligence Sicurezze. Dal Servizio Attività Ausiliarie è stato scorporato il Reparto Mobilità e Telefonia (cfr. Trib. Siena, 14 aprile 2015).

⁷¹ Trib. Siena, 4 aprile 2015

6.1. La giurisprudenza sul trasferimento del ramo d'azienda “back-office” da Monte dei Paschi di Siena a Fruendo

A seguito del trasferimento del ramo d'azienda “back-office” da BMPS a Fruendo, circa 630 lavoratori dei 1060 coinvolti dal trasferimento hanno promosso ricorso per l'accertamento della illegittimità del trasferimento ai sensi dell'art. 2112 c.c. e per chiedere la loro riammissione in servizio presso BMPS. Tali azioni giudiziarie hanno interessato e interessano i Fori di Siena, Roma e Lecce.

Ad oggi, lo stato del contenzioso è il seguente: (i) tutte le cause sono state definite in primo grado e in appello in senso sfavorevole a MPS e Fruendo. Solo in un caso il Tribunale di Roma⁷² ha dichiarato la legittimità della trasferimento del ramo d'azienda “back-office” da BMPS a Fruendo; (ii) le sentenze pronunciate dal Tribunale di Siena⁷³ sono state appellate da BMPS o Fruendo avanti la Corte d'Appello di Firenze che ha confermato le precedenti sentenze del Tribunale di Siena e attualmente pendono una decina di giudizi avanti la Corte di Cassazione promossi da BMPS o Fruendo; (iii) le sentenze pronunciate dal Tribunale di Lecce sono state appellate da BMPS o Fruendo avanti la Corte d'Appello di Lecce e i giudizi verranno definiti nei prossimi due anni; (iv) le sentenze pronunciate dal Tribunale di Roma sono state appellate da MPS o Fruendo o i lavoratori e i relativi giudizi pendono presso la Corte d'Appello di Roma, ad eccezione di uno che invece pende avanti la Corte di Cassazione.

Sebbene il suddetto contenzioso sia oggetto di una moltitudine di

⁷² Trib. Roma, 15 aprile 2015.

⁷³ Dinanzi al Tribunale di Siena sono stati proposti 20 ricorsi da parte di 256 lavoratori, in alcuni casi solo nei confronti di BMPS, in altri casi anche nei confronti di Fruendo, che è comunque intervenuta volontariamente in tutti i giudizi in cui non era stata convenuta. Le cause, previa riunione di alcune di esse, sono state già tutte decise con dieci sentenze (nn. da 40 a 49), pressoché identiche, del Giudice dott. Cammarosano, pubblicate in data 14 aprile 2015.

pronunce, da parte di diversi giudici di altrettanti fori diversi, i motivi per cui i vari Tribunali e Corti d'Appello hanno ritenuto illegittima la cessione del ramo d'azienda "*back-office*" da BMPS a Fruendo sono sostanzialmente gli stessi.

In tale ottica, pare senz'altro utile analizzare le motivazioni della sentenza del Tribunale di Siena del 14 aprile 2015, che è stata la prima sentenza a pronunciarsi sul trasferimento del ramo d'azienda "*back-office*" da BMPS a Fruendo.

La sentenza è molto copiosa (ben 85 pagine) ed il giudice si sofferma molto approfonditamente, sul trasferimento dei servizi di "*back-office*" dal COG a BMPS e da BMPS a Fruendo, sui principi di diritto europei e dunque sulla Direttiva 2001/23/CE, sui principi elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, sui principi di diritto italiani, ecc.

In estrema sintesi, i motivi d'accoglimento del ricorso proposto dai lavoratori sono i seguenti:

- (i) il ramo "*back-office*" non possiede il requisito della "*preesistenza*", in quanto:
 - a) la sua identificazione è stata effettuata muovendo dalla «*perimetrazione*» del «*numero dei dipendenti da iscrivere nel cerchio della cessione*» prima ancora che da un'analisi circa i

servizi da includervi⁷⁴;

- b) «*nell'imminenza della cessione*» e in vista della stessa, sono stati scorporati dal ramo alcuni importanti servizi e alcuni gruppi di lavoratori e singoli lavoratori sono stati prelevati da reparti o singoli uffici⁷⁵»;

⁷⁴ «ci parrebbe quasi, che dalla stessa lineare lettura del Piano Industriale 2012/2015 (sopra § 1) possa essere decisa la presente controversia: infatti al 27/6/2012 non esisteva alcun ramo di azienda da cedere, né in ambito COG, né in ambito BMPS (né, solo per inciso, lontanamente esisteva il futuro cessionario). AL dichiarato fine di riduzione degli organici del Gruppo, per una prevalente dichiarata istanza di contenimento dei costi del personale, viene ideata e progettata la individuazione di una entità, quindi ancora insussistente (il cui perimetro, come successivamente tracciato, si suddivideva al tempo tra soggettività diverse, CGO, BMPS e altre società del Gruppo) ideata e progettata sin dalla sua successiva nascita in ambito BMPS (la Divisione AACA) con il dichiarato fine espulsivo, peraltro con contestuale riappropriazione produttiva a mezzo contratto di servizio da eseguirsi a mezzo del costruendo ramo di azienda. Tra le “leve” della “riduzione organici gruppo” è esplicitamente posta la “Cessione Ramo d’Azienda del Back Office di Gruppo”, un ramo, lo si ripete, al tempo inesistente. La Divisione AACA, il preteso ramo di azienda ceduto a Fruendo, ha dunque un’origine precisa e ben definita nel tempo. È una Divisione neonata, concepita il 31/12/2012, in vita operativa solo dall’1/3/2013, ad esito della preliminare vicenda di internalizzazione infragruppo COG-BMPS. Addirittura, nella più limitata composizione in cui si verrà a identificare il ramo di azienda effettivamente trasferendo all’esterno, che interesserà non 2360, non 1700, ma circa 1060 unità di personale, la Divisione ridisegnata nell’10/2013, è coeva in sostanza al trasferimento stesso. Vale a dire, il preteso ramo aziendale, come tale, ha operato per uno spazio temporale minimo se non inesistente, insufficiente per poterne concretamente apprezzare la sua operatività e autonomia funzionale, non come somma di elementi, di Servizi, ma come azienda. Certamente esistevano ed operavano da molti anni presso il COGMPS professionalità e servizi, peraltro, fino a quel momento mai concepiti e strutturati quale ramo di azienda, ma costituenti separate ed in gran parte eterogenee articolazioni interne della Banca e delle altre Società del Gruppo», così Trib. Siena, 14 aprile 2015.

⁷⁵ «e deve essere specificamente sottolineato ancora, in una necessaria verifica di preesistenza, il passaggio riorganizzativo finale della Divisione AACA nell’10/2013 (v. sopra § 1.1), ormai nella imminenza della divisata cessione, quando scompaiono dalla Divisione, ad es. il Servizio Attività Finanza e il Servizio Supporto alla Rete, Servizi che non formeranno quindi oggetto del successivo trasferimento di ramo di azienda da BMPS a Fruendo (Servizi interessanti da soli rispettivamente 204 + 495 dipendenti). La struttura della DAACA, in base all’informativa del 15/10/2013, veniva infatti “semplificata” per effetto del conferimento di “attività e Risorse (pari a n. 973)”, come da allegato 1, ad altre strutture della Banca, “confermando comunque la propria configurazione originaria”, mentre le strutture “oggetto di variazione di perimetro andranno a costituire la nuova Area Servizi Specialistici per il

- c) il ramo, «*in vita operativa*» dal 1° marzo 2013 e «*ridisegnato*» nell'ottobre 2013, «*ha operato per uno spazio temporale minimo se non inesistente, insufficiente per poterne concretamente apprezzare la sua operatività e autonomia funzionale, non come somma (...) di Servizi, ma come azienda*».
- (ii) il ramo ceduto non possiede il requisito dell'«*autonomia*» funzionale, in quanto:
- a) dall'analisi del contratto di cessione è possibile desumere la notevole inconsistenza delle immobilizzazioni materiali trasferite con il ramo (pari ad «*€ 7.000*»);
- b) nessun bene «*immateriale sarebbe stato in realtà trasferito*» con il ramo;
- c) non è possibile «*ricostruire se il ramo (...) fosse dotato tecnicamente di autonomia gestionale e finanziaria*»;
- (iii) il ramo ceduto non ha conservato nel trasferimento la propria identità, in quanto:
- a) Fruendo è stata fin da subito sottoposta ad «*una rivoluzione organizzativa*», venendo affiancata da «*un terzo operatore economico, estraneo alla cessione, Accenture*», al fine di garantire a MPS «*tutti i Servizi correlati al ramo aziendale ceduto*»;
- b) Fruendo non è in grado di prestare autonomamente a BMPS il servizio ceduto ma è la Banca a mettere a disposizione di Fruendo «*gli strumenti applicativi necessari, in assenza di qualsivoglia competenza specialistica dei lavoratori*»;
- c) Fruendo opera, rispetto a BMPS, con «*vincoli operativi e*

Business», «*ovvero troveranno allocazione presso altre funzioni della Capogruppo*»», così, Trib. Siena, 14 aprile 2015.

sinergici continui» che «trascendono una dinamica fisiologica», ne escludono «l'autonomia funzionale dell'oggetto ceduto (...) e ne tradisc[ono] in ipotesi la originaria identità».

La sopra esposta sentenza del Tribunale di Siena (la prima di tutto il filone) è stata confermata dalla Corte d'Appello di Firenze la quale, con la sentenza del 19 dicembre 2016, ha affermato che il trasferimento d'azienda difettava innanzitutto del requisito dell'autonomia funzionale per le seguenti considerazioni:

- (i) «le attività di *back office*, già svolte dalla divisione DAACA della Banca e oggetto della cessione, non (costituivano) servizi qualificabili come *labour intensive*, cioè realizzabili essenzialmente a mezzo della prestazione dei dipendenti che vi erano addetti e anzi neppure risulta l'allegazione da parte delle appellanti di un qualche fatto specifico dal quale desumere che il gruppo di lavoratori trasferiti fosse dotato di un particolare *know how* o comunque di una qualche specifica ed elevata professionalità»;
- (ii) «in contrario è certo, perché affermato anche da entrambe le appellanti, che ai fini dello svolgimento di tali servizi fossero e siano indispensabili beni materiali, ma soprattutto immateriali, costituiti dagli applicativi e dalle infrastrutture di *information technology*, essi rimasti, come pure è pacifico, nella esclusiva disponibilità della Banca⁷⁶». «E a confermare

⁷⁶ «Ne deriva allora, secondo i principi prima esposti, da un lato l'impossibilità di ritenere sufficiente, ai fini della qualificazione del ramo ceduto come funzionalmente autonomo, la sola autonoma organizzazione dei rapporti di lavoro (rispetto alla residua struttura della cedente), per essere determinante per lo svolgimento del servizio altro che le prestazioni dei lavoratori, dall'altro e di conseguenza l'accertamento dell'impossibilità del compendio ceduto di svolgere i servizi di *back office* autonomamente, e quindi a mezzo della sola frazione del

il difetto di autonomia funzionale del ramo ceduto vale la circostanza che, ancora secondo le allegazioni e richieste istruttorie della sua difesa» «Fruendo, quali che siano i suoi obiettivi per il futuro, a oggi non svolga altra attività che i servizi di *back office* per la Banca (direttamente o in subappalto da Accenture), come pure il dato, pacifico e già sopra menzionato, che la sua dislocazione sul territorio sia esattamente corrispondente alla precedente localizzazione della divisione DAACA della banca».

Pur senza prendere un'espressa posizione, la Corte d'Appello di Firenze ha altresì rigettato il motivo di appello di BMPS in merito alla non più necessario requisito della "preesistenza" del ramo alla luce della normativa e giurisprudenza più recente, confermando così l'orientamento del Tribunale di Siena che ritiene il requisito della preesistenza elemento indefettibile della disciplina di cui all'art. 2112 c.c.

A diverse conclusioni è giunta una sentenza del Tribunale di Roma del 14 aprile 2015 (dott.ssa Pangia) che al contrario ha ritenuto l'operazione di trasferimento del ramo "*back-office*" perfettamente legittima e conforme al dettato dell'art. 2112 c.c. Come già anticipato, si tratta dell'unica sentenza che relativamente a tale contenzioso si è pronunciata in favore di BMPS.

La sentenza di rigetto del Tribunale di Roma si fonda sui seguenti motivi:

(i) il ramo ceduto possiede il requisito della preesistenza, in quanto

complesso produttivo oggetto della cessione, per essere al contrario indispensabili integrazioni e addizioni successive, nella specie ad opera dei coevi contratti di appalto (contenenti si è detto la regolamentazione dell'uso da parte di Fruendo degli applicativi "proprietary" della Banca)», così sempre Corte d'App. Firenze, 19 dicembre 2016.

costituito da particolari «servizi» di supporto alle attività della banca:

- a) *«organizzati autonomamente e stabilmente fin (...) dal 1999»* (quando i servizi facevano parte del COG, prima di essere *«ricompresi nella DAACA nel mese di dicembre 2012»*);
 - b) *«identificati, in conformità con il disposto dell'art. 2112 c.c., dal cedente e dal cessionario all'atto del trasferimento»*;
- (ii) il ramo ceduto possiede il requisito dell'autonomia funzionale, in quanto:
- a) presenta identità strutturale e funzionale, identità riconosciuta anche dalla stessa Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nel proprio provvedimento; secondo il Giudice, infatti, il ramo di azienda può essere anche un'attività *«essenzial[e] del ciclo produttivo o accessori[a], purché l'entità trasferita mantenga le proprie caratteristiche in modo che il cessionario possa proseguire con un'attività economica identica o analoga, idonea a realizzare un autonomo risultato (anche in favore dello stesso ricorrente) suscettibile di essere collocato sul mercato»* e può riguardare anche *«solo un gruppo di lavoratori che utilizzino, anche nel prosieguo, gli stessi beni aziendali»*;
 - b) *«l'autonomia organizzativa e funzionale del complesso dei servizi ceduti, per gli effetti di cui all'art. 2112, è stata riconosciuta anche dalle organizzazioni sindacali nell'accordo del 21 dicembre 2013»*.

Le altre due cause decise dal Tribunale del Lavoro di Roma (rispettivamente promosse da 41 lavoratori e da 3 lavoratori) hanno visto, invece, BMPS soccombente. Con sentenze entrambe pubblicate

il 19 novembre 2015, i giudici dott.ssa Canè⁷⁷ e dott. Di Stefano hanno accolto il ricorso dei lavoratori dichiarando «*l'inefficacia nei confronti dei ricorrenti della cessione*» del ramo d'azienda e la conseguente prosecuzione del rapporto di lavoro degli stessi con BMPS. Entrambi i giudici, stante i contrasti giurisprudenziali esistenti sulla portata interpretativa dell'art. 2112 c.c. hanno ritenuto di compensare le spese di lite tra le parti.

Il Tribunale di Roma, dunque, dopo essersi inizialmente pronunciato a favore della sussistenza dei presupposti richiesti dall'art. 2112 c.c., ha mutato orientamento, ritenendo che nel caso di specie non sia

⁷⁷ Con particolare riferimento alla sentenza del Tribunale di Roma, Giudice dott.ssa Canè, la ricorrenza, nel caso di specie, dei presupposti per l'applicazione dell'art. 2112 c.c. è stata esclusa sulla base delle seguenti motivazioni:

- (i) che «un ramo autonomo non sia mai esistito già nel primo passaggio delle attività di back office dal C.O.G. a BMPS in quanto le attività, se pur organizzate, non erano in grado di produrre dei servizi finiti perché i sistemi applicativi rimanevano presso il C.O.G.»;
- (ii) che, in ogni caso, «anche volendo configurare in detto primo passaggio l'esistenza di un ramo autonomo, costituitasi la Divisione D.A.A.C.A. presso BMPS, divisa in settori, servizi e reparti, la stessa il 15/10/2013 (...) è stata depauperata di alcuni settori e reparti, passati a società diverse o rimasti in BMPS (...) questo smembramento (...) appare finalizzato in realtà ad individuare ciò che deve essere ceduto e ciò che non deve essere ceduto, non essendo in alcun modo rimaste a BMPS (...) attività tra loro omogenee ed a maggior contenuto di specializzazione (...)»;
- (iii) che «relativamente ai servizi costituenti ramo, alcuni sono offerti a BMPS da Fruendo cessionaria del ramo, altri sono offerti da una società terza al contratto di cessione, Accenture, la quale si è obbligata a prestare a BMPS la restante parte dei servizi ceduti a Fruendo, ma offerti dalla stessa Accenture, non cessionaria, ma solo proprietaria pro quota della cessionaria, in virtù di contratto stipulato tra Fruendo e Accenture»;
- (iv) che, inoltre, «in entrambi i Master Service Agreements si prevede che Fruendo dovrà per sé e per Accenture stipulare un contratto di appalto di servizi con il COG per usare essa stessa ed Accenture gli applicativi e le infrastrutture di «Information Technology (IT) rimasti da sempre presso il Consorzio». Pertanto è la stessa cedente che tramite il COG offre alla cessionaria Fruendo gli strumenti necessari per far funzionare i servizi che la cessionaria ed Accenture erogheranno a favore della cedente». Sulla base di tali motivi, il giudice del lavoro di Roma ha concluso che «appare che non esisteva un ramo autonomo, che il ramo, se pur non autonomo, sia stato creato ad hoc e che dopo circa un mese dalla sua creazione sia stato ceduto a Fruendo senza conservare la sua identità».

configurabile un ramo d'azienda funzionalmente autonomo preesistente alla cessione, in adesione all'interpretazione più recentemente espressa dalla Suprema Corte⁷⁸ in tema di trasferimento di ramo d'azienda in relazione al cd. caso "Telecom".

Anche le sentenze pronunciate da altri Tribunali e da altre Corti d'appello hanno giudicato illegittimo il trasferimento del ramo d'azienda "back-office" da BMPS a Fruendo sulla base di due ragioni: (i) difetterebbe il requisito dell'autonomia funzionale anche e soprattutto perché il ramo era "smaterializzato"; (ii) il ramo d'azienda non era "preesistente".

BMPS, in appello, e poi successivamente nei giudizi attualmente pendenti avanti la Corte di Cassazione ha chiesto, in via pregiudiziale, di disporre il rinvio alla Corte di Giustizia *ex art. 267* del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea per ottenere dei chiarimenti in merito all'interpretazione e al campo di applicazione della Direttiva 2001/23/CE sul trasferimento d'azienda.

Ad oggi, per quanto costa, nessuna Corte d'Appello ha disposto il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, mentre per quanto riguarda i giudizi pendenti in Cassazione, deve ancora essere fissata la prima udienza di discussione e nessuna posizione è stata presa dalla Suprema Corte in merito all'istanza di rinvio.

A ben vedere, sarebbe senz'altro opportuno un intervento chiarificatore della Corte di Giustizia proprio in considerazione delle diverse interpretazioni fornite dalla Corte di Cassazione e dai vari

⁷⁸ Cass., 30 aprile 2014, n. 9461. In senso conforme si è espressa anche Cass., 12 agosto 2014, n. 17901 - anch'essa citata dal Tribunale di Roma, dott.ssa Canè, nella sentenza del 19 novembre 2015 - secondo cui «si applica la disciplina dettata dall'art. 2112 c.c. anche in caso di cessione di parte dello specifico settore aziendale purché si tratti di un insieme organicamente finalizzato *ex ante* all'esercizio dell'attività di impresa, con autonomia funzionale di beni e strutture già esistenti al momento del trasferimento e dunque non solo teorica o potenziale».

giudici di primo e secondo grado in merito all'autonomia e alla preesistenza del ramo.

Quanto, infatti, all'autonomia funzionale e alla c.d. "smaterializzazione del ramo", BMPS, nell'ambito dei diversi giudizi ha ribadito i seguenti principi di diritto:

- (i) anche un «*complesso strutturato di lavoratori, malgrado la mancanza di significativi elementi patrimoniali, materiali o immateriali, può corrispondere a un'entità economica ai sensi della Direttiva*»⁷⁹. In coerenza con l'obiettivo della Direttiva (e con essa dell'art. 2112 c.c.), la giurisprudenza europea, ha quindi identificato l'autonomia funzionale «*nei poteri organizzativi dei responsabili dell'entità trasferita, compresi quelli di impartire disposizioni e distribuire compiti ai lavoratori dipendenti, nonché di decidere sull'allocazione delle risorse messe a disposizione*»⁸⁰
- (ii) il «requisito indefettibile della fattispecie legale tipica delineata dal diritto comunitario e dall'art. 2112 cod. civ.» è, alla fine ed in buona sostanza, «*l'elemento dell'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*

⁷⁹ Corte Giustizia, 6 settembre 2011, causa C-108/10 (*Scattolon*). In senso conforme Corte di Giustizia, 10 dicembre 1998, cause riunite C-127/96, C-229/96 e C-74/97 (*Hernandez Vidal*) secondo cui «*un gruppo organizzato di dipendenti specificamente e stabilmente assegnati a un compito comune può, in mancanza di altri fattori produttivi, corrispondere ad un'entità economica*»; Corte di Giustizia, 29 luglio 2010, causa C-151/09 (*Federacion de Servicios Publicos*); Corte di Giustizia, 13 settembre 2007, causa C- 458/05 (*Jouini*).

⁸⁰ Corte di Giustizia, 29 luglio 2010, C-151/09 (*Federacion de Servicios Publicos*); Corte di Giustizia 12 febbraio 2009, C-466/07 (*Klarenberg*); Corte di Giustizia 6 settembre 2011, C-108/10 (*Scattolon*).

*individuabili*⁸¹».

- (iii) «la circostanza che gli elementi materiali siano rilevati dal nuovo appaltatore senza che i detti elementi gli siano stati ceduti ai fini di una gestione economica autonoma non può indurre ad escludere né la sussistenza di un trasferimento dei mezzi di produzione, né la sussistenza di un trasferimento d'impresa o di stabilimento ai sensi della Direttiva 2001/23»⁸².
- (iv) proprio con riferimento al settore bancario, la Suprema Corte⁸³ ha affermato che una corretta lettura del ramo d'azienda si fonda prima di tutto sulla destinazione funzionale e sull'autonomia organizzativa dell'entità ceduta e che tale autonomia funzionale non è messa in discussione nemmeno dall'utilizzazione da parte della cessionaria di alcuni supporti operativi della Banca cedente (nella specie, il centralino, il servizio paghe, i supporti informatici).

La difesa di BMPS su questo punto pare incensurabile: la normativa europea dovrebbe essere così interpretata proprio alla luce della recente modifica dell'art. 29, D.Lgs. n. 276/2003 ad opera della l. 7 luglio 2016, n. 122, intervenuta a seguito dell'avvio di una pre-procedura di infrazione nei confronti dell'Italia da parte della Commissione Europea, che ha ritenuto non conforme alla Direttiva n. 2001/23/CE la disposizione nazionale, così come interpretata dalle sentenze della Corte di Cassazione, proprio nella parte in cui esclude la configurazione del subentro nell'appalto come trasferimento

⁸¹ Cass., 10 gennaio 2004, n. 206; più di recente si sono espresse in tal senso Cass., 16 giugno 2014, n. 13617; Cass., 10 giugno 2014, n. 13057; Cass., 19 maggio 2014, n. 10926; Cass., 7 marzo 2013, n. 5678; Cass., 26 settembre 2008, n. 24162.

⁸² Corte di Giustizia, 15 dicembre 2005, cause riunite C- 232/04 e C-233/04 (*Guney-Gorres*); Corte di Giustizia, 9 settembre 2015, causa C-160/14 (*Joao Filipe Ferreira da Silva e Brito* e altri c. *Estado Português*).

⁸³ Cass. 5 marzo 2008, n. 5932.

d'azienda (o di parte d'azienda) in tutti i casi in cui il medesimo subentro non sia accompagnato, oltre che dal passaggio del personale, da un trasferimento di beni di «non trascurabile entità».

In conclusione, stando al dato normativo di cui all'art. 2112 c.c. e la relativa, consolidata, interpretazione, non dovrebbero sussistere automatismi tali per cui, l'inconfigurabilità di un particolare *know how* in capo ai lavoratori trasferiti, piuttosto che il carattere non *labour intensive* della loro attività (parimenti, qui erroneamente affermato), automaticamente e di per sé determinerebbero l'inesistenza di un ramo di azienda e dunque l'inapplicabilità della disciplina relativa. Al contrario, l'art. 2112 c.c. impone una valutazione complessiva del requisito dell'autonomia funzionale che non si limiti al conto di quanti e quali beni materiali vengano ceduti, ma si estenda ad una verifica complessiva ed approfondita circa il livello di autosufficienza dell'entità ceduta sotto il profilo organizzativo, e dunque della attitudine a continuare a svolgere, anche presso il cessionario, la attività economica organizzata oggetto del trasferimento.

Quanto, invece, al requisito della preesistenza, le reiterate difese di BMPS si fondano su questi principi:

- (i) il comma 5 dell'art. 2112 c.c., come novellato dall'art. 32, del D.Lgs. n. 276/2003 stabilisce che il ramo può essere *«identificato come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento»*;
- (ii) la Corte di Giustizia chiamata a pronunciarsi sul requisito della *“preesistenza”* ha affermato che *«una normativa nazionale»* ben può, *«in presenza di un trasferimento di una parte di impresa»*, consentire *«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»⁸⁴.

E anche la Corte di Cassazione del resto ha avuto occasione di affermare che *«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»⁸⁵;*

- (iii) anche quando ha ritenuto necessario il «dato della preesistenza», la Corte di Cassazione⁸⁶ ha comunque precisato che esso *«non dovrebbe (...) essere inteso in senso assoluto - quantomeno laddove la legislazione nazionale non lo imponga in tale significato materiale⁸⁷ - ma nel più limitato significato di una identità comunque precostituita come autonoma ancorché non ancora funzionante come tale, in maniera corrispondente alla esigenze di tutela degli interessi sottostanti»*, osservando che la tutela predisposta dalla Direttiva europea si riferisce indifferentemente *«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»*, trattandosi «in

⁸⁴ Corte di Giustizia, 6 marzo 2014, causa C-458/12 (Amatori).

⁸⁵ Cass., 30 gennaio 2013, n. 2151.

⁸⁶ Cass., 17 marzo 2009, n. 6452, con riferimento all'originaria formulazione dell'art. 2112 c.c., ante D. Lgs. 2 febbraio 2001 n. 18, che non conteneva una definizione di ramo d'azienda (e dunque neppure ne richiedeva la preesistenza).

⁸⁷ E l'art. 2112 c.c., nella sua originaria formulazione applicabile al caso in esame della Corte, non lo richiedeva (esattamente come non lo richiede oggi).

ambidue i casi (...) di un complesso organizzato di beni materiali e immateriali e servizi in grado di porsi in maniera autonoma sul mercato, al quale accede una serie di rapporti di lavoro che appare opportuno seguano la sorte nel relativo trasferimento».

Anche sotto profilo, le difese di BMPS paiono conformi non solo al dettato normativo ma anche alla giurisprudenza europea. Tralasciando per un attimo il requisito della “preesistenza” e ammettendo anche che tale requisito debba necessariamente sussistere, si può ben rilevare che la “preesistenza” di un ramo così come di un’azienda non implica certo la sua immutabilità ed immodificabilità nel tempo. Sicché non può escludersi la “preesistenza” di un ramo se il titolare dell’impresa ne modifica il perimetro riducendolo: neppure se lo fa in vista della sua cessione.

È invece l’assemblaggio, e cioè l’aggiunta, di “pezzi” non autosufficienti e non coordinati tra loro, messi insieme all’ultimo momento che va contrastato. Perché questo non realizza certo, ma al contrario frustra la finalità propria dell’art. 2112 c.c. di mantenere la prossimità ed il legame tra il lavoratore e la sua attività strutturale. Del resto, la stessa giurisprudenza che richiede, ai fini della configurabilità di un ramo d’azienda, la preesistenza del medesimo, non esclude l’applicazione della disciplina dettata dall’art. 2112 c.c. «in caso di frazionamento e cessione di parte dello specifico settore aziendale»⁸⁸: il che significa che può essere ceduto, ai sensi e per gli effetti dell’art. 2112 c.c. un ramo diverso, quanto a composizione, rispetto a quello di origine. In tal senso si è già espressa anche la Suprema Corte che ha censurato il giudice del merito per «aver ritenuto che il trasferimento

⁸⁸ Cass., 4 dicembre 2012, n. 21711. Così, anche Cass., 25 settembre 2013, n. 21917 e Cass., 17 marzo 2009, n. 6452.

d'azienda disciplinato dall'art. 2112 c.c. presupponga necessariamente l'identità (nel suo aspetto materiale) dell'azienda o del ramo autonomo ceduto, *mentre nulla esclude che il complesso ceduto venga - in concomitanza del trasferimento o subito dopo - aggiornato da un punto di vista delle dotazioni strumentali e/o diversamente ubicato*⁸⁹. In conclusione, alla luce del panorama giurisprudenziale piuttosto variegato, non resta che attendere le decisioni della Corte di Cassazione in merito al citato contenzioso, sperando per l'appunto che il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia possa avere una definitiva portata chiarificatrice e dirimente sull'ambito di operatività della Direttiva 2001/23/CE.

⁸⁹ Cass., 2 luglio 2015, n. 13646.

CAPITOLO II – IL TITOLO DEL TRASFERIMENTO

SOMMARIO: 1. Lo strumento giuridico che legittima il trasferimento d'azienda; 2. La fusione, la scissione e il provvedimento amministrativo; 3. La successione nell'appalto; 4. Il cambio di controllo.

1. LO STRUMENTO GIURIDICO CHE LEGITTIMA IL TRASFERIMENTO D'AZIENDA

Dopo aver analizzato nel precedente capitolo il vero e proprio oggetto del trasferimento, si rende ora necessario soffermarsi sul titolo, e cioè, sullo strumento giuridico mediante il quale si perfeziona il trasferimento d'azienda o di ramo d'azienda ai sensi dell'art. 2112 c.c.

L'attuale versione dell'art. 2112 c.c. definisce il trasferimento d'azienda come «*qualsiasi operazione che, in seguito a cessione contrattuale o fusione, comporti il mutamento nella titolarità di una attività economica organizzata, a prescindere dalla tipologia negoziale o dal provvedimento sulla base della quale il trasferimento è attuato, ivi compreso l'usufrutto o l'affitto d'azienda*⁹⁰».

La formulazione letterale della norma, come la dottrina ha avuto modo di osservare, non è sufficientemente chiara: da un lato, sono inclusi nel novero degli strumenti giuridici tramite cui può realizzarsi il trasferimento solo ed esclusivamente la cessione contrattuale o la fusione; dall'altro, è specificato che il trasferimento può realizzarsi a mezzo di qualunque tipo di operazione⁹¹.

⁹⁰ L'art. 1 della Direttiva 2001/23/CE stabilisce che la Direttiva «si applica ai trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti, ad un nuovo imprenditore in seguito a cessione contrattuale o fusione». Stando al dato letterale, la Direttiva non dovrebbe trovare applicazione ai trasferimenti non volontari o volontari che non hanno la loro fonte nella cessione contrattuale o nella fusione. In realtà, l'orientamento della Corte di Giustizia è di ritenere applicabile la Direttiva a tutti i casi di cambiamento dell'esercizio dell'impresa indipendentemente dallo strumento giuridico utilizzato per ottenere tale mutamento.

⁹¹ M.T. SALIMBENI, *Trasferimento d'azienda e conservazione dei diritti dei lavoratori*, in R. DE LUCA TAMAJO - M. RUSCIANO - L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato*

Ciononostante, tanto la dottrina quanto la giurisprudenza sono oramai pressoché unanimi nel ritenere che il riferimento specifico della norma alla fusione e alla cessione contrattuale abbia solo natura esemplificativa e non esaustiva. Anzi, è principio consolidato quello secondo il quale l'applicazione dell'art. 2112 c.c. «prescinde dalla tipologia negoziale o dal provvedimento sulla base del quale il trasferimento è attuato, *sicché è del tutto irrilevante il mezzo giuridico impiegato dovendosi verificare il solo fatto che il nuovo imprenditore abbia assunto la titolarità del complesso organizzato e funzionale dei beni*. Tanto è che la Corte di legittimità ha ritenuto applicabile l'art. 2112 c.c. *anche nelle ipotesi di trasferimenti avvenuti in assenza di rapporto contrattuale* tra imprenditore uscente e soggetto subentrante, ribadendo che l'unico accertamento che si impone nei caso in cui sia in discussione la configurabilità o meno del trasferimento, ai fini e per gli effetti dell'art. 2112 c.c., è quello relativo alla continuità dell'attività aziendale⁹²».

La disciplina di cui all'art. 2112 c.c., com'è stato ribadito dalla giurisprudenza, si applica anche quando la vicenda traslativa è solo temporanea, come accade nel caso di usufrutto o affitto d'azienda. Cessato il rapporto contrattuale che ha dato origine al trasferimento d'azienda, il ritrasferimento presso il cedente (c.d. retrocessione

del lavoro, riforma e vincoli di sistema, G. Perdonà, *La cessione d'azienda e diritti dei lavoratori*, Giuffrè, Milano, 2016.

⁹² Così Trib. Roma, 15 aprile 2014, Cass., 6 maggio 2009, n. 10400 («la fattispecie "trasferimento" prescinde dall'esistenza di un rapporto contrattuale, assumendo esclusivo rilievo non il mezzo giuridico in concreto impiegato, ma soltanto il fatto che il nuovo imprenditore diventi titolare del complesso organizzato e funzionale di beni»), Cass., 23 giugno 2001, n. 8617, Cass., 29 maggio 1996, n. 4951 «nel caso di trasferimento d'azienda, a cui è da assimilare l'incorporazione societaria, mentre i lavoratori dell'impresa cessionaria non possono perdere posizioni soggettive già definitivamente acquisite, ai lavoratori dell'impresa ceduta non possono spettare vantaggi già conseguiti da quelli della cessionaria per specifiche cause verificatesi prima della cessione; tuttavia essi non possono perdere i diritti, e più generalmente l'anzianità, già maturati nell'impresa ceduta».

d'azienda) implica una nuova vicenda traslativa e dunque un nuovo trasferimento con applicazione delle tutele previste dall'art. 2112 c.c.⁹³.

2. LA FUSIONE, LA SCISSIONE E IL PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO

Prima della modifica introdotta dall'art. 32 del Decreto Legislativo 10 settembre 2003, n. 276 (c.d. Legge Biagi), l'art. 2112 c.c. non faceva espresso riferimento alla fusione quale vicenda traslativa cui doveva trovare applicazione la disciplina prevista per il trasferimento d'azienda e le relative tutele.

Nonostante ciò, la dottrina e la giurisprudenza, seppur con diverse difficoltà, ritenevano comunque applicabile la disciplina dell'art. 2112 c.c. anche in ragione del fatto che la disciplina europea prevedeva espressamente l'applicazione della Direttiva sul mantenimento dei diritti dei lavoratori anche in caso di fusione⁹⁴.

Alcuni autori, invece, non ritenevano applicabile la disciplina di cui all'art. 2112 c.c. sulla base di due principali ragioni: (i) le tutele previste dall'art. 2112 c.c. presumono operazioni che comportano una

⁹³ Così Trib. Varese, 23 novembre 2012, secondo cui «anche in caso di retrocessione dell'azienda affittata si realizza un'ipotesi circolatoria alla quale consegue, per legge, l'applicazione del disposto di cui all'art. 2112 c.c. che regola la sorte dei rapporti di lavoro in caso di trasferimento di azienda e che trova applicazione - ove rimanga immutata l'organizzazione dei beni aziendali, con lo svolgimento della medesima attività - in tutte le ipotesi in cui il cedente sostituisca a sé il cessionario senza soluzione di continuità, pure nell'ipotesi di restituzione all'originario cedente dell'azienda da parte del cessionario per cessazione del rapporto di affitto».

⁹⁴ Cfr. Direttiva n. 855/1978 relativa alle fusioni delle società per azioni. A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro - II, Il rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 2005, O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2005. In giurisprudenza, si veda tra le più recenti, Cass., 29 settembre 2015, n. 19303 («ne consegue che seppure la fusione comporta (nel testo anteriore alle modifiche introdotte, dal 1 gennaio 2004, dal D.Lgs. n. 6 del 2006), nei rapporti tra le due società (incorporante ed incorporata), una successione a titolo universale (v. Cass. sez. un. n. 19698 del 2010), con riferimento ai rapporti di lavoro essa non può che essere disciplinata dall'art. 2112 c.c. (Cass. n. 10614 del 2011; conforme: Cass. n. 22377 de 2014)»).

successione a titolo particolare e non a titolo universale come nel caso della fusione⁹⁵; (ii) la disciplina sul trasferimento d'azienda riguarda solo operazioni aventi origine contrattuale, caratteristica che, secondo una certa dottrina commercialistica, difetterebbe nel caso di fusione.

A seguito della modifica introdotta dal citato art. 32 è oramai pacifico che la fusione rientri nel novero delle operazioni societarie che comportano un mutamento nella titolarità di un'attività organizzata con conseguente applicazione dell'art. 2112 c.c. Sebbene la norma si riferisca all'operazione di fusione senza ulteriori specificazioni, si ritiene che l'art. 2112 c.c. trovi applicazione sia nel caso di fusione per incorporazione, sia nel caso di fusione mediante costituzione di una nuova società (*ex art. 2501 c.c.*).

Quanto, invece, all'applicabilità della disciplina sul trasferimento d'azienda all'operazione di scissione⁹⁶, sia la dottrina che la giurisprudenza hanno avuto orientamenti piuttosto oscillanti.

Una parte della dottrina ha sostenuto che la scissione, pur determinando un cambio di titolarità dei rapporti di lavoro, deve rimanere assoggettata alle norme del codice civile in materia societaria (e in particolare, artt. 2506 c.c. e seguenti), non essendovi spazio alcuno per l'applicabilità della disciplina di cui all'art. 2112 c.c. Altra parte della dottrina invece, già prima della novella del 2003, ha ritenuto che anche l'operazione di scissione dovesse rientrare nel

⁹⁵ A seguito della riforma del diritto societario ad opera del D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, la dottrina ha iniziato ad assimilare la fusione ad una vicenda modificativa del contratto sociale, anziché come successione a titolo universale. Tale orientamento è stato confermato anche dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite secondo cui, in caso di fusione, non vi è l'estinzione della società incorporante ma bensì un'interazione tra le società che partecipano alla fusione (Cass., 8 febbraio 2006, n. 2637).

⁹⁶ L'operazione di scissione è disciplinata dall'art. 2506 c.c. e si verifica quando una «società assegna l'intero suo patrimonio a più società, preesistenti o di nuova costituzione, o parte del suo patrimonio, in tal caso anche ad una sola società, e le relative azioni o quote ai suoi soci».

novero delle vicende traslative cui applicarsi la disciplina in tema di trasferimento d'azienda⁹⁷.

Anche gli orientamenti della giurisprudenza sono stati piuttosto altalenanti. In un primo momento, la Corte di Cassazione ha ritenuto che i lavoratori coinvolti in un'operazione di scissione dovessero essere tutelati con le norme previste in tema di trasferimento d'azienda⁹⁸. Successivamente, la stessa Corte è arrivata a conclusioni diametralmente opposte sulla scorta del seguente ragionamento: «*nella scissione delle società non si verifica il trasferimento da un soggetto ad un altro di singoli beni, e neanche di un complesso organizzato di beni, come nel trasferimento d'azienda, ma (...) una vera e propria successione a titolo universale tra i soggetti implicati, anche se con frazionamento tra soggetti diversi del patrimonio e dei relativi rapporti*⁹⁹».

A seguito dell'entrata in vigore dell'art. 32 del D.Lgs. n. 276/2003 è tuttavia pacifico - sia in dottrina che in giurisprudenza - che la *ratio* del legislatore è quella di estendere il più possibile l'ambito di applicazione della disciplina prevista dall'art. 2112 c.c. anche ad ipotesi non espressamente contemplate dalla norma come, per l'appunto, la scissione.

Stando dunque all'orientamento prevalente, si ritiene che la scissione societaria possa essere considerata come trasferimento d'azienda ai fini dell'art. 2112 c.c. ma solo in certi casi¹⁰⁰. Infatti, se la scissione

⁹⁷ M. GRANDI, *Le modificazioni del rapporto di lavoro*, vol. I, *Le modificazioni soggettive*, Giuffrè, Milano, 1972, S. MAGRINI, *La sostituzione soggettiva nel rapporto di lavoro*, Franco Angeli, Milano, 1980, G. SCONIAMIGLIO, *Sulla circolazione dell'azienda per scissione*, *Riv. dir. comm.* 2001, I, A. CACCAMO - P. TANONI, *La cessione d'azienda in ambito societario*, *Dir. prat. lav.*, 2001, n. 46.

⁹⁸ Cass., 6 ottobre 1998, n. 9897.

⁹⁹ Cass., 27 aprile 2001, n. 6143.

¹⁰⁰ Un parte della dottrina ritiene che l'operazione di scissione é legittima anche se comporta solo la cessione di beni e/o rapporti (cfr. D'ALESSANDRO, *La scissione di*

societaria comporta una cessione d'azienda o di un suo ramo, è indiscusso che l'art. 2112 c.c. trovi necessariamente applicazione¹⁰¹.

Se, invece, la scissione comporta la cessione di singoli beni e/o rapporti di lavoro, l'operatività dell'art. 2112 c.c. è esclusa. In tal caso, è stato osservato, nemmeno la disciplina di cui all'art. 1406 c.c. che disciplina la cessione dei rapporti di lavoro subordinandola al consenso dei lavoratori può regolare la sorte dei lavoratori. In questa ipotesi, il lavoratore, allo stesso modo degli altri creditori sociali, sarà assoggettato alla disciplina di cui agli artt. 2506-ter e 2506-quater c.c.¹⁰².

Con riguardo al provvedimento amministrativo, prima della novella del 2003, si riteneva che le tutele previste dell'art. 2112 c.c. potessero trovare applicazione solo in caso di acquisto derivativo traslativo volontario, e cioè di un atto negoziale tra cedente e cessionario, con la conseguenza che per i trasferimenti coattivi (inclusi i trasferimenti a seguito di provvedimenti amministrativi o giudiziali) l'operatività

società, Riv. notar. 1990, PICCIAU, *Scissione di società e trasferimento d'azienda*, Riv. soc. 1995) mentre altra dottrina (GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia, vol. XXIX, Cedam, Padova, 2003) ritiene che la scissione non può avere ad oggetto solo la cessione di un bene e/o rapporto ma deve consistere necessariamente in un trasferimento di un ramo d'azienda che sia idoneo allo svolgimento di un'attività imprenditoriale. «La ragione di questo limite, sempre secondo tale ricostruzione, risiederebbe nella stessa finalità dell'operazione: la società che effettua la cessione vuole ridurre le responsabilità e gli oneri derivanti dall'esercizio dell'attività imprenditoriale, riduzione di responsabilità che sarà ottenibile solo attraverso l'effettivo scorporo di un ramo d'azienda e conseguente passaggio della sua titolarità in capo ad una distinta società; dunque la scissione effettuata come mezzo alternativo alla vendita di un bene sociale, potrebbe essere qualificata, ai fini fiscali, come scissione elusiva e colpita dalle norme sull'elusione fiscale». Così, G. SANTORO PASSARELLI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'impresa e di articolazione funzionalmente autonoma*, Giappichelli, Torino, 2014.

¹⁰¹ G. SANTORO PASSARELLI, *Diritto e Processo del Lavoro e della Previdenza Sociale*, UTET, Torino, 2017.

¹⁰² G. SANTORO PASSARELLI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'impresa e di articolazione funzionalmente autonoma*, Giappichelli, Torino, 2014.

dell'art. 2112 c.c. era esclusa¹⁰³. Tale orientamento era peraltro conforme alle diverse pronunce della Corte di Giustizia che riteneva la volontarietà del trasferimento come presupposto essenziale per l'applicazione della Direttiva¹⁰⁴.

Tuttavia, altra parte della dottrina e la giurisprudenza successiva della Corte di Giustizia dell'Unione Europea¹⁰⁵ erano arrivate ad una conclusione totalmente diversa che era stata accolta anche dai tribunali di merito e dalla Corte di Cassazione¹⁰⁶.

¹⁰³ MAZZARELLI, *I rapporti di lavoro nel trasferimento d'azienda*, JOVENE, Napoli, 1954, Villani, *Trasferimenti d'azienda*, Digesto, disc. privatistiche, Agg., Utet, Torino, 2000. Cass., 25 maggio 1995, n. 5754, Cass., 24 marzo 2004, n. 5934, Cass., 25 gennaio 1999, n. 672, Cass., 25 luglio 2000, n. 9754 («non è applicabile l'art. 2112 c.c. nei casi in cui il trasferimento d'azienda derivi non da attività negoziale dei privati ma avvenga in forza di provvedimento autoritativo, essendo mal conciliabili con gli interessi di natura pubblicistica gli obblighi posti a carico del cessionario di continuazione del rapporto e di mantenimento del trattamento economico e normativo dei lavoratori. L'interpretazione è avvalorata dalla esistenza di numerose norme (art. 5 l. 22 settembre 1960 n. 1054, art. 4 l. 10 novembre 1973 n. 755, art. 13 l. 6 dicembre 1962 n. 1643, art. 7 l. 19 maggio 1975 n. 169, art. 209 d.P.R. 29 marzo 1973 n. 156, art. 72 l. 10 giugno 1978 n. 295, art. 68 l. 22 ottobre 1986 n. 742, art. 12 l. 5 gennaio 1994 n. 36, art. 19 d.lg. 31 marzo 1998 n. 80) le quali prevedono l'applicazione dell'art. 2112 c.c. ai trasferimenti d'azienda regolati da provvedimenti amministrativi nell'ambito della gestione dei pubblici servizi, di cui non vi sarebbe necessità ove la norma si applicasse automaticamente anche in quei casi. Né l'interpretazione confligge con la Direttiva comunitaria 77/187 che si applica "ai trasferimenti di imprese in seguito a cessione contrattuale o a fusione", stante anche l'esistenza di una proposta di Direttiva che estende le disposizioni ai trasferimenti attuati tramite provvedimento amministrativo»).

¹⁰⁴ Corte di Giustizia, 7 febbraio 1985, C-135/83.

¹⁰⁵ Corte di Giustizia, 26 settembre 2000, C-175/99, Corte di Giustizia, 25 gennaio 2001, C-172/1999, Corte di Giustizia, 14 settembre 2000, C-343/98 (tutte e tre le sentenze sono citate in Cass., 8 settembre 2007, n. 21023).

¹⁰⁶ Cass., 8 settembre 2007, n. 21023, «l'art. 2112, c.c., nel testo modificato dall'art. 47, l. n. 428 del 1990, che ha recepito la Direttiva comunitaria 77/187/Cee (successivamente modificato dall'art. 1, d.lg. n. 18 del 2001), in applicazione del canone dell'interpretazione adeguatrice della norma di diritto nazionale alla norma di diritto comunitario, ed in considerazione dell'orientamento espresso dalla Corte di Giustizia delle Comunità europee con le sentenze 25 gennaio 2001, C-172/99, 26 settembre 2000, C-175/99 e 14 settembre 2000, C-343/98, deve ritenersi applicabile anche nei casi in cui il trasferimento dell'azienda non derivi dall'esistenza di un contratto tra cedente e cessionario, ma sia riconducibile ad un atto autoritativo della p.a., con conseguente diritto dei dipendenti dell'impresa cedente alla continuazione del rapporto di lavoro subordinato con l'impresa subentrante, purché si accerti l'esistenza di una cessione di elementi materiali significativi tra le due imprese».

Tale ultimo orientamento è stato poi recepito dal legislatore italiano che, con la modifica apportata dall'art. 32 del D.Lgs. n. 276/2003 all'art. 2112 c.c., ha previsto espressamente che il mutamento di titolarità si può verificare, non solo mediante vicende traslative volontarie (come nel caso di fusione o scissione), ma anche tramite vicende traslative di tipo coattivo, a seguito di provvedimento amministrativo o giudiziale.

3. LA SUCCESSIONE NELL'APPALTO

La frammentazione del processo produttivo (c.d. esternalizzazione) può realizzarsi attraverso strumenti totalmente diversi che possono anche combinarsi tra di loro.

Se l'impresa decide di dismettere un segmento dell'attività produttiva, e cioè una parte della propria organizzazione, si verifica un trasferimento d'azienda con applicazione dell'art. 2112 c.c.

Se, invece, l'impresa decide di affidare a terzi un'attività funzionale al proprio ciclo produttivo per avvalersi dei prodotti o dei servizi forniti da un'altra impresa, senza tuttavia cedere anche solo una parte della propria organizzazione, si ricorre, di solito, al contratto d'appalto.

«(...) Nel caso di trasferimento di parte dell'azienda oggetto della cessione sono i mezzi organizzati allo svolgimento dell'attività, mentre nel caso di esternalizzazione attraverso contratto di appalto (o di successione nell'appalto) ciò che viene continuato dall'appaltatore (o dal nuovo appaltatore) è l'attività senza la cessione dell'organizzazione¹⁰⁷».

¹⁰⁷ G. SANTORO PASSARELLI, *Diritto e Processo del Lavoro e della Previdenza Sociale*, UTET, Torino, 2017, FOGLIA, *La fattispecie del trasferimento d'azienda alla luce della nuova Direttiva n. 50/1998: profili definitivi ed interpretativi*, Foro. it. 2000, I, VALLEBONA, *Successione nell'appalto e tutela dei posti di lavoro*, Riv. it. dir. lav. 1999, II, LEPORE, *Il trasferimento d'azienda tra diritto interno e disciplina comunitaria*, Mass. giur. lav. 2001.

Se, da un punto di vista meramente teorico, la distinzione tra trasferimento di ramo d'azienda e successione nell'appalto è piuttosto semplice, dal punto di vista pratico, soprattutto con l'intervento della giurisprudenza comunitaria, le due fattispecie tendono ormai a sovrapporsi.

Il primo elemento distintivo riguarda innanzitutto il titolo, e cioè lo strumento mediante il quale si realizza l'esternalizzazione. Il trasferimento d'azienda presuppone un rapporto diretto tra cedente e cessionario, mentre nel caso della successione nell'appalto, non vi è alcun rapporto diretto tra primo appaltatore e successivo appaltatore che si limita a proseguire l'attività svolta dal primo.

Tale distinzione, tuttavia, si è andata mano a mano sgretolando per effetto del diritto comunitario che ha esteso la disciplina prevista in tema di trasferimento d'azienda anche alle c.d. esternalizzazioni di "seconda generazione", ossia quelle esternalizzazioni in cui il titolo del trasferimento non riguarda cedente e cessionario ma bensì soggetti (gli appaltatori) che non hanno nessun rapporto negoziale¹⁰⁸.

Proprio per questa ragione, la giurisprudenza comunitaria ha cercato di individuare una serie di criteri per distinguere il trasferimento d'azienda dalla successione nell'appalto, finendosi poi per concentrare non più sul titolo della cessione quanto sull'oggetto della cessione.

Stabilire se la successione in un contratto d'appalto possa costituire o meno un trasferimento d'azienda ha evidentemente conseguenze sulla

¹⁰⁸ «la Direttiva 77/187 trova applicazione in tutti i casi di cambiamento, nell'ambito di rapporti contrattuali, della persona fisica o giuridica responsabile dell'impresa, che assume le obbligazioni del datore di lavoro nei confronti dei dipendenti dell'impresa stessa. Ai fini dell'applicazione della Direttiva 77/187 non è pertanto necessaria l'esistenza di rapporti contrattuali diretti tra il cedente e il cessionario, atteso che la cessione può essere effettuata per effetto dell'intermediazione di un terzo, quale il proprietario o il locatore (v., in particolare, sentenze 7 marzo 1996, cause riunite C-171/94 e C-172/94, Merckx e Neuhuys, Racc. pag. I-1253, punti 28-30; Süzen, cit., punto 12, e 24 gennaio 2002, causa C-51/00, Temco, Racc. pag. I-969, punto 31)», così Corte di Giustizia 24 giugno 2001, C- 340/01.

tutela dell'occupazione dei lavoratori dell'impresa uscente che hanno prestato la propria attività nell'ambito dell'appalto.

Con l'eccezione dello specifico settore della gestione di *call center*, per cui il legislatore ha introdotto una "*clausola sociale legale*"¹⁰⁹, il nostro ordinamento non prevede, in via generale, alcuna tutela specifica per i lavoratori coinvolti nell'appalto cessato¹¹⁰.

Fino ad oggi sono stati i contratti collettivi¹¹¹ a stabilire, per alcuni settori in cui i cambi di appalto sono molto frequenti (trasporti e logistica, turismo, telecomunicazioni, multiservizi, ecc.), le regole per la permanenza dei lavoratori in caso di cessazione dell'appalto e/o di subentro di un nuovo appaltatore¹¹². In particolare, alcuni contratti

¹¹⁰ Nel Regno Unito, invece, la Direttiva n. 2001/23/CE (implementata mediante il *Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations*, c.d. TUPE), si applica, oltre all'ipotesi di trasferimento di azienda (o ramo di azienda) anche alla successione nell'appalto- ossia nei casi in cui «le attività cessino di essere rese, a favore del committente (...), da un appaltatore e inizino a essere rese a favore del medesimo, da altro soggetto» - a condizione che:

- le attività svolte siano «fondamentalmente le stesse attività svolte dal precedente appaltatore»;
- «immediatamente prima del cambio appalto: (i) vi sia un gruppo organizzato di dipendenti avente sede in Gran Bretagna che abbia come fine principale quello di rendere le attività a favore del committente; e (ii) in seguito al cambio di appalto, il committente intenda fare eseguire, da parte del appaltatore subentrante, la prestazione di servizi che non siano connessi a uno specifico evento o ad una attività avente una breve durata»;
- «le attività oggetto dell'appalto non consistano integralmente o per la maggior parte nella fornitura di beni».

¹¹¹ Alcuni di questi prevedono un vero e proprio obbligo in capo all'impresa subentrante di assumere, a retribuzione invariata, tutto il personale uscente che si trovi da un certo periodo di tempo alle dipendenze dell'appaltatore uscente; altri prevedono obblighi condizionati e limitati; altri, ancora, si limitano a fissare meri obblighi di informazione e consultazione delle organizzazioni sindacali; altri, infine, stabiliscono meri obblighi di precedenza nelle assunzioni.

¹¹² L'impresa è tenuta ad applicare le procedure e ad adempiere gli obblighi stabiliti espressamente nel CCNL di riferimento, nelle modalità da questo previste. In un recente caso la giurisprudenza di merito ha stabilito che l'appaltatore subentrante deve mantenere immutate le condizioni contrattuali (economiche e normative) maturate dai lavoratori impiegati nell'appalto, solo qualora il CCNL lo preveda espressamente (essendo al contrario libero di modificare le condizioni contrattuali nel caso in cui il CCNL di riferimento «*si limita ad affermare che l'impresa subentrante si impegna a "garantire l'assunzione senza periodo di prova del*

collettivi prevedono non solo procedure di informazione e consultazione sindacale in capo alle società appaltatrici ma anche l'obbligo dell'impresa subentrante di assumere, alle stesse condizioni normative ed economiche, i lavoratori già addetti all'appalto da parte dell'impresa uscente¹¹³. In tal caso, l'obbligo di assunzione opera, dunque, non in forza di legge, ma solo se l'impresa subentrante è vincolata da un contratto collettivo che lo preveda¹¹⁴.

Parallelamente a queste tutele di origine pattizia, prima della modifica normativa introdotta dalla Legge 7 luglio 2016, n. 122 (c.d. Legge Europea 2015-2016), l'art. 29 della Legge Biagi prevedeva che *«l'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di un nuovo appaltatore, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro, o di clausola del contratto d'appalto, non costituisce trasferimento d'azienda o di parte d'azienda»*.

La Corte di Cassazione chiamata a pronunciarsi nel corso degli anni sull'interpretazione di questa norma, pur non escludendo che il subentro di un nuovo appaltatore potesse costituire un trasferimento d'azienda o di ramo d'azienda, tendeva tuttavia a negare l'applicabilità dell'art. 2112 c.c. laddove nella successione dell'appalto vi fosse solo un passaggio di personale al nuovo appaltatore senza trasferimento di elementi materiali (*«il sistema normativo è infatti ben chiaro nel distinguere l'appalto (anche di servizi) dalla cessione di ramo d'azienda. (...) Il comma 3 del citato art. 29, poi, chiarisce che l'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di un nuovo appaltatore, in forza di*

personale già in organico sull'appalto, ma nulla dice in merito alle condizioni dell'assunzione», Trib. Benevento, 18 gennaio 2016.

¹¹³ Cass. 8 febbraio 1993 n. 1518.

¹¹⁴ In tal senso, A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Cedam, 2008, p. 387.

legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro, o di clausola del contratto d'appalto, non costituisce trasferimento d'azienda o di parte d'azienda, in tal modo nettamente chiarendo che, anche quando il cedente stipuli con il cessionario un contratto d'appalto per la fornitura del servizio ceduto, si può configurare una cessione di ramo d'azienda (solo) quando al trasferimento del personale si accompagni quella del complesso degli altri elementi che lo rendeva autonomamente idoneo allo svolgimento del servizio»¹¹⁵).

L'opzione interpretativa data dalla Suprema Corte alla disciplina della successione nell'appalto, tuttavia, non pare del tutto conforme al dettato comunitario che ha costantemente affermato che il trasferimento possa avere ad oggetto un «qualsiasi complesso di persone ed elementi che consenta lo svolgimento di un'attività economica che persegua un proprio obiettivo», precisando che anche un «complesso strutturato di lavoratori, malgrado la mancanza di significativi elementi patrimoniali, materiali o immateriali, può corrispondere ad un'entità economica ai sensi della Direttiva¹¹⁶».

La norma dell'art. 29, così come interpretata dalla Corte di Cassazione, è stata ritenuta incompatibile e non conforme con la Direttiva in tema di trasferimento d'azienda in ragione del fatto che escludeva l'applicazione delle tutele previste dall'art. 2112 c.c. nel caso in cui la successione nell'appalto non fosse accompagnata «oltre che dal passaggio del personale, da un trasferimento di beni di “non

¹¹⁵ Così, Cass., 20 maggio 2016, n. 10541. Si vedano anche, tra le più recenti, Cass., 31 maggio 2016, n. 11247, Cass., 19 maggio n. 10352, Cass., 18 maggio 2016, n. 10243.

¹¹⁶ Cfr. Corte di Giustizia, 6 settembre 2011, C-108/10 (Scattolon), Corte di Giustizia, 10 dicembre 1998, cause riunite C-127/96, C-229/96 e C-74/97 (Hernandez Vidal); Corte di Giustizia, 20 marzo 2003, C-340/01 (Abler); Corte di Giustizia, 13 settembre 2007, C-458/05 (Jouni); Corte di Giustizia, 1 marzo 1997, C-13/95 (Suzen).

*trascurabile entità*¹¹⁷».

Per tale ragione, a seguito di una procedura di pre-infrazione avviata dalla Commissione Europea nei confronti dell'Italia¹¹⁸, la Legge Europea 2015-2016 ha modificato il citato art. 29 che ora prevede che: *«L'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di nuovo appaltatore dotato di propria struttura organizzativa e operativa, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro o di clausola del contratto d'appalto, ove siano presenti elementi di discontinuità che determinano una specifica identità di impresa, non costituisce trasferimento d'azienda o di parte d'azienda»*.

Ne deriva dunque che, in caso di cambio d'appalto, non si configura un trasferimento d'azienda¹¹⁹ quando il nuovo appaltatore sia *«dotato di propria struttura organizzativa ed operativa»* (e, dunque, ad esempio, non siano stati trasferiti oltre ai dipendenti dell'appaltatore “uscente”, anche beni e mezzi di rilevante entità utilizzati dallo stesso) e ove vi siano *«elementi di discontinuità che determinino una specifica identità di impresa»*.

Nonostante la novella normativa, non sembra tuttavia che la Suprema Corte abbia recepito l'orientamento comunitario e il monito degli organi comunitari. Difatti, anche a seguito della modifica dell'art. 29 ad opera della Legge Europea, la Corte di Cassazione con la sentenza del 6 dicembre 2016, n. 24972 ha statuito «la teorica applicabilità dell'art. 2112 c.c. in ipotesi di successione di un imprenditore ad un altro nell'appalto di un servizio» a condizione che «vi sia stato anche un passaggio di beni di non trascurabile entità, tali da rendere

¹¹⁷ Cfr. Bollettino delle Giunte e delle Commissioni Parlamentari - Lavoro pubblico e privato - XI Commissione - Comunicato del 25 maggio 2016.

¹¹⁸ Caso EU Pilot 7622/15/EMPL.

¹¹⁹ E, di conseguenza, non trova applicazione l'art. 2112 c.c.

possibile lo svolgimento di una specifica impresa».

4. IL CAMBIO DI CONTROLLO

È oramai pressoché pacifico in dottrina e in giurisprudenza che in caso di cessione del pacchetto di controllo di una società, l'art. 2112 c.c. non trovi applicazione in ragione del fatto che «il trasferimento del pacchetto (azionario o di quote) di maggioranza di controllo (...) non incide sull'autonoma soggettività giuridica delle società interessate e non vale ad integrare il passaggio della titolarità dell'azienda dall'una all'altra società ai sensi dell'art. 2112 cod. civ., non determinando, in definitiva, la sostituzione di un soggetto giuridico ad un altro nella titolarità dei rapporti pregressi. Ed infatti, nell'ipotesi in cui si sia di fronte al trasferimento del pacchetto azionario o delle quote di controllo da una società all'altra, non si è in realtà in presenza di un fenomeno traslativo vero e proprio, bensì di una vicenda rilevante solo dal punto di vista della modificazione degli assetti azionari (o delle quote) interni ad una società sotto il profilo della loro titolarità, ferma restando la soggettività giuridica di ogni società anche se totalmente eterodiretta»¹²⁰.

Nonostante ciò, in dottrina non è tuttavia mancato chi ha ritenuto che nel caso di cessione del pacchetto di controllo debba trovare applicazione l'art. 2112 c.c. sulla base del fatto che in tale caso, seppur in maniera indiretta, si trasferisce a terzi il patrimonio della società e l'obiettivo del legislatore comunitario è quello di estendere il più possibile l'ambito di applicazione della norma a tutti i caso in cui vi sia un qualunque mutamento di titolarità dell'azienda. Tale ricostruzione poggia anche sul fatto che la formulazione del nuovo art. 2112 c.c. fa un riferimento solamente esemplificativo e non tassativo

¹²⁰Così Cass., 12 marzo 2013, n. 6131. Si vedano anche, Cass., 15 ottobre 1991, n. 10829; Cass., 26 novembre 1994, n. 10068, Cass., 14 maggio 2004, n. 9521.

agli strumenti che possono configurare un trasferimento d'azienda. Tale dottrina peraltro rileva altresì che la cessione del pacchetto di controllo determina, in fatto, un vero e proprio mutamento nella titolarità dell'attività organizzata dal momento che la società, pur non cambiando denominazione sociale, è soggetta a diverse e sostanziali modifiche dei suoi organi societari a seguito della cessione che può evidentemente comportare molte conseguenze e cambiamenti sulla gestione della stessa società e sui rapporti di lavoro dei dipendenti¹²¹. Sulla scorta di tale orientamento, una parte (seppur minoritaria e risalente) della giurisprudenza civilistica aveva affermato che la cessione di quote può configurare un trasferimento d'azienda¹²².

¹²¹ S. NAPPI, *Negozi traslativi dell'impresa e rapporti di lavoro*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1999.

¹²² Cass., 16 febbraio 1998, n. 1643, Cass., 17 aprile 2003, n. 6169, Cass., 20 gennaio 1997, n. 549, Cass., 12 febbraio 1993, n. 1771.

CAPITOLO III – LE GARANZIE PREVISTE IN FAVORE DEI LAVORATORI IN CASO DI TRASFERIMENTO D’AZIENDA

SOMMARIO: 1. La continuazione del rapporto di lavoro e il divieto di opposizione; 2. La solidarietà tra cedente e cessionario; 2.1. La solidarietà e il trattamento di fine rapporto; 2.2. La liberazione del cedente; 3. La sostituzione dei contratti collettivi applicati dal cedente; 4. Il divieto di licenziamento motivato dal trasferimento d’azienda e le dimissioni del lavoratore trasferito; 4.1. Le dimissioni dei dirigenti; 5. L’impugnazione del trasferimento d’azienda, l’interesse ad agire e le conseguenze derivanti dal trasferimento d’azienda illegittimo.

1. LA CONTINUAZIONE DEL RAPPORTO DI LAVORO E IL DIVIETO DI OPPOSIZIONE

La più importante conseguenza del trasferimento d’azienda (o di ramo d’azienda) sui rapporti di lavoro è contemplata al primo comma dell’art. 2112 c.c. che prevede che *«in caso di trasferimento d’azienda, il rapporto di lavoro continua con il cessionario ed il lavoratore conserva tutti i diritti che ne derivano»*.

Con tale comma viene data attuazione all’art. 3 della Direttiva 2001/23/CE (*«i diritti e gli obblighi che risultano per il cedente da un contratto di lavoro o da un rapporto di lavoro esistente alla data del trasferimento sono, in conseguenza di tale trasferimento, trasferiti al cessionario»*).

Il passaggio dei rapporti di lavoro al cessionario costituisce una deroga alla disciplina civilista ordinaria di cui all’art. 1406 c.c. in applicazione della quale i contratti di lavoro possono essere trasferiti/ceduti a terzi solo previo consenso dei lavoratori.

Quando, infatti, è trasferita un’azienda (o un suo ramo), i lavoratori prevalentemente dedicati all’azienda (o al ramo) sono - per legge - automaticamente trasferiti (unitamente all’azienda o al ramo) al cessionario, senza dunque necessità di richiedere il loro preventivo

consenso¹²³.

A seguito di un dibattito dottrinale e giurisprudenziale piuttosto acceso soprattutto in passato, è oramai pacifico che i lavoratori trasferiti non hanno diritto né di opporsi al trasferimento né di rimanere alle dipendenze del cedente¹²⁴, considerato appunto che per il trasferimento dei rapporti di lavoro il loro consenso non è richiesto.

Se da un lato, anche in attuazione della Direttiva europea, è stato previsto l'automatico trasferimento dei rapporti di lavoro al cessionario, dall'altro, sia il legislatore europeo che quello italiano hanno attribuito ai lavoratori trasferiti una serie di garanzie volte a salvaguardare la loro complessiva posizione giuridica.

Tali garanzie sono previste ai commi 2, 3 e 4 dell'art. 2112 c.c. e ciascuna di esse sarà approfonditamente esaminata nei paragrafi che seguono.

2. LA SOLIDARIETÀ TRA CEDENTE E CESSIONARIO

Il secondo comma dell'art. 2112 c.c. appresta la prima garanzia al

¹²³ La continuazione/il trasferimento dei rapporti di lavoro con il cessionario riguarda solo i rapporti di lavoro subordinato (sia a tempo determinato che indeterminato), con esclusione di tutte le altre tipologie di lavoro (e.g. lavoro parasubordinato, lavoro autonomo, ecc.).

¹²⁴ Tra le tante, Cass., 23 maggio 2017, n. 12919 secondo cui «né il diritto comunitario né l'attuale normativa interna riconoscono in capo al lavoratore un diritto di opposizione al trasferimento nel senso inteso dalla impugnata sentenza, rimanendo irrilevante il suo consenso al trasferimento dell'azienda o del ramo d'azienda presso cui presta la propria attività lavorativa, che si configura astrattamente in termini di automaticità, non escludendosi però che il dipendente possa in ogni caso dopo il trasferimento automatico del suo rapporto lavorativo scegliere di recedere dal rapporto già costituitosi in maniera espressa e con una inequivocabile condotta». In senso contrario, Cass., 28 settembre 2004, n. 19379 che ha invece statuito che «la Direttiva della Cee n. 187 del 14 febbraio 1977 stabilisce che, in caso di cessione di azienda, il trasferimento all'impresa cessionaria del rapporto di lavoro dei dipendenti addetti dell'azienda ceduta ha luogo automaticamente. Resta ferma peraltro, secondo quanto affermato dalla Corte di Giustizia Europea con la decisione del 24 gennaio 2002, la facoltà di tali dipendenti di opporsi al trasferimento presso la cessionaria. Se un lavoratore addetto all'azienda ceduta chiede, avvenuta la cessione, di riprendere servizio presso l'impresa cedente, egli manifesta in tal modo la rinuncia al trasferimento automatico presso la cessionaria. Per effetto di tale rinuncia egli resta dipendente della cedente».

lavoratore trasferito, prevedendo che dopo il trasferimento, il cedente e il cessionario sono obbligati in solido per tutti i crediti che il lavoratore aveva al momento del trasferimento¹²⁵.

L'obiettivo del legislatore è quello di rafforzare la posizione creditoria del lavoratore aggiungendo al cedente, primario debitore per tutti i crediti maturati fino al momento del trasferimento del rapporto di lavoro, anche il cessionario quale debitore obbligato in solido.

Anche questa garanzia deriva dalla Direttiva 2001/23/CE che al primo paragrafo dell'art. 3 statuisce «*gli Stati membri possono prevedere che il cedente, anche dopo la data del trasferimento, sia responsabile accanto al cessionario degli obblighi risultanti prima della data del trasferimento da un contratto di lavoro o da un rapporto di lavoro alla data del trasferimento*». Pur non essendo obbligato ad implementare tale garanzia, il legislatore italiano ha deciso di rafforzare il diritto dei lavoratori alla conservazione dei loro diritti prevedendo tale obbligo di solidarietà tra cedente e cessionario, ferma restando la facoltà di quest'ultimo di agire in rivalsa nei confronti del cedente.

Uno tra i primi temi affrontati in merito all'applicazione della responsabilità solidale ha riguardato la possibilità di estendere tale responsabilità anche ai crediti derivanti dai rapporti di lavoro cessati prima del trasferimento. La dottrina ha sottolineato che mentre la Direttiva europea è piuttosto chiara («i diritti e gli obblighi che risultano per il cedente da un contratto di lavoro o da un rapporto di lavoro *esistente* alla data del trasferimento sono, in conseguenza di tale trasferimento, trasferiti al cessionario») in quanto contiene un

¹²⁵L'art. 2112 c.c. prevede un regime di solidarietà che opera al contrario rispetto a quello generale previsto dal secondo comma dell'art. 2560 c.c. Secondo tale norma, il regime di solidarietà opera solo per i debiti dell'azienda ceduta che risultino dalle scritture contabili, così com'era previsto nell'originaria versione dell'art. 2112 c.c.

espresso riferimento ai diritti derivanti da contratti “esistenti”, cioè, invece, non può dirsi per il secondo comma dell’art. 2112 c.c. che invece prevede la solidarietà per tutti i «crediti che il lavoratore *aveva al momento del trasferimento*».

Sul punto, un risalente orientamento della giurisprudenza chiamato a pronunciarsi sull’originaria versione dell’art. 2112 c.c. riteneva che «in caso di cessione d'azienda, l'acquirente è obbligato in solido con l'alienante per i debiti dell'impresa sorti in corresponsività delle prestazioni rese dai dipendenti *anche se cessati dal lavoro in tempo antecedente al trasferimento*, sempreché, al momento di subentrare nella titolarità dell'azienda, egli fosse nelle condizioni di conoscere il persistere di una non soddisfatta obbligazione a carico del precedente datore di lavoro»¹²⁶.

L’orientamento maggioritario e più recente della giurisprudenza giunge a conclusioni diametralmente opposte avendo stabilito che la responsabilità solidale tra cedente e cessionario può applicarsi solo per i crediti derivanti dai rapporti di lavoro trasferiti al cessionario, e non sia estendibile anche ad eventuali crediti relativi a rapporti di lavoro cessati prima del trasferimento e non trasferiti al cessionario¹²⁷.

Altro tema affrontato dalla giurisprudenza ha riguardato la possibilità da parte degli enti previdenziali di far valere la responsabilità solidale anche per il mancato pagamento dei contributi sociali da parte del cedente/alienante. Sul punto, tuttavia, la giurisprudenza ha negato tale possibilità ritenendo che «*in caso di trasferimento di azienda, i debiti contratti dall'alienante nei confronti degli istituti previdenziali per l'omesso versamento dei contributi obbligatori ed esistenti al momento del trasferimento costituiscono debiti inerenti all'esercizio*

¹²⁶ Così Cass., 27 novembre 1992, n. 12665, Cass., 7 gennaio 1995, n. 209.

¹²⁷ Tra le pronunce di merito, si veda Trib. Ascoli Piceno, 22 maggio 2008, Trib. Torino, 21 ottobre 1996 e Trib. Firenze, 18 marzo 1997.

dell'azienda e restano soggetti alla disciplina di cui all'art. 2560 del c.c., senza che possa operare l'automatica estensione di responsabilità all'acquirente ai sensi del comma 2 dell'art. 2112 del c.c., sia perché la solidarietà è limitata ai soli crediti di lavoro del dipendente e non è estesa ai crediti di terzi, quali devono ritenersi gli enti previdenziali, sia perché il lavoratore non ha diritti di credito verso il datore di lavoro per l'omesso versamento dei contributi obbligatori (salvo quello puramente eventuale relativo al risarcimento dei danni nell'ipotesi di cui al comma 2 dell'art. 2116 del c.c.), essendo estraneo al cosiddetto rapporto contributivo, che intercorre fra l'ente previdenziale e il datore di lavoro»¹²⁸.

2.1. La solidarietà e il trattamento di fine rapporto

Atteso che la solidarietà tra cedente e cessionario presuppone la continuità dei rapporti di lavoro che proseguono senza soluzione di continuità, ci si è chiesti se tale vincolo possa trovare applicazione anche per il trattamento di fine rapporto.

La risposta a tale quesito è strettamente collegata alla natura giuridica del trattamento di fine rapporto: se si ritiene che maturi unicamente alla cessazione del rapporto¹²⁹ ovvero con l'inizio dello stesso pur diventando esigibile solo alla sua cessazione¹³⁰.

Secondo un primo e più risalente orientamento della giurisprudenza, la solidarietà tra cedente e cessionario doveva ritenersi esclusa proprio

¹²⁸ Così recentemente Cass., 24 febbraio 2016, n. 3646 nonché Cass., 16 giugno 2001, n. 8179.

¹²⁹ Cass., 18 febbraio 2010, n. 3894 («il diritto al t.f.r. sorge, a norma dell'art. 2120 c.c., al momento della cessazione del rapporto ed in conseguenza di essa, essendo irrilevante, al fine di ipotizzare una diversa decorrenza, l'accantonamento annuale della quota del trattamento, che costituisce una mera modalità di calcolo dell'unico diritto che matura nel momento anzidetto, ovvero l'anticipazione sul trattamento medesimo, che è corresponsione di somme provvisoriamente quantificate e prive del requisito della certezza, atteso che il diritto all'integrale prestazione matura, per l'appunto, solo alla fine del rapporto lavorativo. Ne consegue che la prescrizione del diritto al t.f.r. decorre soltanto dalla cessazione del rapporto lavorativo»).

¹³⁰ Cass., 23 novembre 2009, n. 24635, nonché Cass., 16 maggio 2002, n. 7143.

in ragione del fatto che il diritto alla corresponsione del trattamento di fine rapporto sorge solo al momento della cessazione del rapporto. In ragione di ciò, il cessionario doveva considerarsi l'unico debitore anche per le quote maturate dal lavoratore prima del trasferimento d'azienda in costanza di rapporto con il cedente¹³¹.

Il più recente orientamento della giurisprudenza ritiene invece che «in caso di cessione d'azienda assoggettata al regime di cui all'art. 2112 c.c., posto il carattere retributivo e sinallagmatico del trattamento di fine rapporto che costituisce istituto di retribuzione differita, il datore di lavoro cedente rimane obbligato nei confronti del lavoratore suo dipendente, il cui rapporto sia proseguito con il datore di lavoro cessionario, per la quota di trattamento di fine rapporto maturata durante il periodo di lavoro svolto fino al trasferimento aziendale, mentre il datore cessionario è obbligato per la stessa quota solo in ragione del vincolo di solidarietà, e resta l'unico obbligato quanto alla quota maturata nel periodo successivo alla cessione¹³²».

¹³¹Così Cass., 16 giugno 2001, n. 8179, Cass., 14 dicembre 1998, n. 12548, Cass., 13 dicembre 2000, n. 15687, Cass., 9 agosto 2004, n. 15371 («a norma dell'art. 2112 c.c. nel testo vigente anteriormente alla modifica di cui all'art. 32 del d.lgs. n. 276 del 2003 (ed applicabile nella specie "*ratione temporis*"), in caso di trasferimento d'azienda e di prosecuzione dei rapporti di lavoro dei dipendenti col cessionario, quest'ultimo deve considerarsi unico debitore del trattamento di fine rapporto, anche per il periodo passato alle dipendenze del precedente datore di lavoro, atteso che solo al momento della risoluzione del rapporto matura il diritto del lavoratore al suddetto trattamento, del quale la cessazione del rapporto è fatto costitutivo»).

¹³²La sentenza è interessante perché si sofferma anche sul precedente e contrario orientamento giurisprudenziale della Corte di Cassazione poi successivamente disatteso sempre dalla stessa Corte «c'è poi che il primo orientamento giurisprudenziale (quello inaugurato da Cass. sez. lav., 27 agosto 1991, n. 9189, cit.) è stato recentemente messo in crisi, da una pronuncia - Cass., sez. lav., 23 novembre 2009, n. 24635 - che ha esaminato il rapporto tra la disciplina di carattere generale dell'art. 2112 c.c. e quella speciale contenuta nel D.Lgs. 1 settembre 1993, n. 385, art. 90 riguardante la liquidazione coatta amministrativa di istituti bancari. Questa pronuncia - affermando che il credito del lavoratore per il trattamento di fine rapporto relativo al periodo maturato prima della cessione è opponibile al cessionario soltanto se risulta dallo stato passivo dell'istituto cedente - si è posta in consapevole contrasto - operando così un *revirement* in materia - con altra precedente giurisprudenza che viceversa, richiamando proprio l'orientamento

2.2. La liberazione del cedente

La responsabilità solidale prevista dall'art. 2112 c.c. è inderogabile ma il legislatore ha espressamente consentito alla possibilità di liberare il cedente trasformando l'obbligazione da solidale a monosoggettiva (comma 2, art. 2112 c.c.).

In particolare, mediante la sottoscrizione una transazione in una delle sedi c.d. protette indicate agli artt. 410 e 411 c.p.c., il lavoratore trasferito può espressamente rinunciare a far valere qualunque tipo di credito maturato in costanza di rapporto di lavoro prima della data di trasferimento nei confronti del cedente, facendo diventare quale unico debitore per qualunque credito lavorativo il cessionario.

3. LA SOSTITUZIONE DEI CONTRATTI COLLETTIVI APPLICATI DAL CEDENTE

Un'ulteriore garanzia a favore dei lavoratori è prevista dal terzo comma dell'art. 2112 c.c.: *«il cessionario è tenuto ad applicare i trattamenti economici e normativi previsti dai contratti collettivi nazionali, territoriali ed aziendali vigenti alla data del trasferimento,*

secondo cui il diritto al trattamento di fine rapporto sorge soltanto in capo al datore di lavoro cessionario, aveva ritenuto che l'importo per il trattamento di fine rapporto non fosse soggetto a questa particolare disciplina, secondo cui il credito è opponibile all'istituto cessionario soltanto se risultante dallo stato passivo della Banca cedente. In particolare - ha affermato Cass., sez. lav. 23 novembre 2009, n. 24635 - è "Errata ... la tesi ..., che nega la maturazione di alcuna pretesa del lavoratore, quanto al trattamento di fine rapporto, prima della cessazione del rapporto di lavoro". Invece "il meccanismo di accantonamento previsto dall'art. 2120 cod. civ. permette di ravvisare diritti soggettivi del lavoratore anche ne corso del rapporto, tutelati sia con l'azione di mero accertamento sia con l'azione di condanna al pagamento delle anticipazioni permesse dallo stesso art. 2120 c.c.". E quindi la Corte ha disatteso il precedente orientamento che trovava il suo fondamento "nell'erroneo presupposto che solo con la fine del rapporto nasca ogni diritto del lavoratore". Per altro verso pacifica è la funzione del t.f.r. come retribuzione differita; cfr. *ex plurimis* Cass., sez. lav., 5 agosto 2005, n. 16549, che, con affermazione ricorrente, ha ribadito che il t.f.r. costituisce un istituto di retribuzione differita che matura anno per anno attraverso il meccanismo dell'accantonamento e della rivalutazione. In particolare Cass., sez. 1, 17 dicembre 2003. n. 19309, ha parlato di quota differita della retribuzione, condizionata sospensivamente, quanto alla riscossione, dalla risoluzione del rapporto di lavoro». Così anche Cass., 14 maggio 2013, n. 11479.

*fino alla loro scadenza, salvo che siano sostituiti da altri contratti collettivi applicabili all'impresa del cessionario. L'effetto di sostituzione si produce esclusivamente fra contratti collettivi del medesimo livello*¹³³».

L'interpretazione data dalla dottrina e dalla giurisprudenza al terzo comma dell'art. 2112 c.c. non è stata uniforme, dando luogo a due diversi filoni.

Secondo il primo filone, più risalente nel tempo, l'effetto sostitutivo può realizzarsi solo mediante la stipulazione di c.d. accordi di "ingresso" o di "armonizzazione" con il cessionario. In sostanza, laddove il cessionario fosse intenzionato a derogare anticipatamente rispetto alla data di naturale scadenza del contratto collettivo, ciò sarebbe ritenuto possibile solo dopo la sottoscrizione di un apposito contratto negoziato con le organizzazioni sindacali nell'ambito della procedura di informazione e consultazione sindacale¹³⁴.

Un altro filone, più recente e oggi maggioritario, che interpreta il terzo

¹³³ Anche in questo caso, il terzo comma dà attuazione al terzo paragrafo dell'art. 3 della Direttiva 2001/23/CE che così prevede «dopo il trasferimento, il cessionario mantiene le condizioni di lavoro convenute mediante contratto collettivo nei termini previsti da quest'ultimo per il cedente fino alla data della risoluzione o della scadenza del contratto collettivo o dell'entrata in vigore o dell'applicazione di un altro contratto collettivo».

¹³⁴ Così Pret. Milano, 30 marzo 1995 «l'art. 2112, comma 3 c.c., si interpreta nel senso che non vi è automatica sostituzione del contratto collettivo all'atto del trasferimento in conseguenza dell'applicazione di una qualsiasi regolamentazione collettiva presso l'acquirente, ma tale sostituzione avviene solamente nel caso in cui l'esame congiunto ex art. 47, comma 2, l. 29 dicembre 1990 n. 428, si concluda con un accordo (cosiddetto contratto d'ingresso) circa il trattamento economico - normativo da attribuire al personale trasferito, in mancanza del quale il contratto collettivo applicato dall'alienante continuerebbe a produrre i suoi effetti sino alla data della scadenza naturale». Per una disamina più approfondita della questione, cfr. A. ALLAMPRESE, *Il contratto collettivo nel trasferimento d'azienda*, in *Arch. dir. lav.*, 2007, A.S. LIEBMAN, *La disciplina collettiva applicabile ai lavoratori trasferiti; trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, in *Dialoghi. dottr. giur.*, 2004, RAFFI, *Tutela del lavoratore nel trasferimento d'azienda tra normativa nazionale e normativa comunitaria*, Milano, 2004, CASTELVETRI, *Trattamenti normativi e contratto collettivo applicabile*, in *Riv. it. dir. lav.* 2000, G. SANTORO PASSARELLI, *Il trasferimento d'azienda rivisitato*, in *Mass. giur. lav.*, 1991.

comma in maniera molto meno rigida del precedente, sostiene che la norma intende garantire ai lavoratori passati alle dipendenze del cessionario l'applicazione del contratto collettivo che regolava il rapporto fino alla data del trasferimento solo nel caso in cui il cessionario non applichi alcun contratto collettivo. In caso contrario, la contrattazione collettiva applicata dal cedente ai lavoratori trasferiti è automaticamente sostituita da quella applicata dal cessionario, anche se contiene condizioni peggiorative rispetto alla prima¹³⁵. Tale ragionamento, come osservato in dottrina, «sarebbe più assimilabile alla successione temporale fra più contratti collettivi, per cui le precedenti disposizioni possono essere modificate da quelle successive anche in senso sfavorevole al lavoratore, con il solo limite dei diritti quesiti: peraltro, il lavoratore non potrebbe pretendere di mantenere come definitivamente acquisito al suo patrimonio un diritto derivante da una norma collettiva non più esistente, atteso che per costante giurisprudenza le disposizioni dei contratti collettivi non si incorporano nel contenuto dei contratti individuali¹³⁶».

Peraltro, la giurisprudenza ha anche aggiunto che a seguito del trasferimento d'azienda, non si può «pretendere di conservare, nell'ambito della nuova organizzazione, discipline legate indissolubilmente ai moduli organizzativi dell'azienda cessata¹³⁷».

4. IL DIVIETO DI LICENZIAMENTO MOTIVATO DAL TRASFERIMENTO D'AZIENDA E LE DIMISSIONI DEL LAVORATORE TRASFERITO

Le ultime garanzie in favore dei lavoratori scaturenti dall'art. 2112 c.c. sono contemplate al quarto comma che prevede: (i) il principio

¹³⁵ Tra le tante, Cass., 18 maggio 2011, n. 10937.

¹³⁶ Così L. RATTI, *Le garanzie per i lavoratori nelle vicende traslative dell'impresa, Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, UTET, 2014.

¹³⁷ Cass., 6 settembre 2003, n. 13030.

per cui il trasferimento non costituisce di per sé motivo di licenziamento, ferma restando la facoltà del cedente o del cessionario di recedere dal rapporto di lavoro ai sensi della normativa sui licenziamenti; e (ii) il diritto dei lavoratori trasferiti a rassegnare le dimissioni qualora le condizioni di lavoro subiscano una sostanziale modifica nei tre mesi successivi al trasferimento d'azienda, con gli effetti di cui all'art. 2119, primo comma.

Tralasciando per ora il divieto di licenziamento che verrà esaminato al paragrafo 4.9 capitolo V in connessione con la vicenda Alitalia Compagnia Area Italiana S.p.A. - *Etihad Airways*, ci si soffermerà ora sul diritto alle dimissioni c.d. qualificate previsto dall'art. 2112 c.c.

Anche in tal caso il legislatore italiano, mediante la previsione di tale garanzia, ha dato attuazione alla Direttiva 2001/23/CE che all'art. 4, paragrafo 2, prevede che «se il contratto di lavoro o il rapporto di lavoro è risolto in quanto il trasferimento comporta a scapito del lavoratore una sostanziale modifica delle condizioni di lavoro, la risoluzione del contratto di lavoro o del rapporto di lavoro è considerata come dovuta alla responsabilità del datore di lavoro».

Seppur la formulazione della norma non sia estremamente felice, la dottrina ritiene che le dimissioni rassegnate a causa del trasferimento non possono essere sovrapposte e parificate a quelle per giusta causa perché è la stessa norma a prevedere che le dimissioni rassegnate ai sensi dell'art. 2112 hanno (solo) «*gli effetti* di cui all'art. 2119, primo comma». E, cioè, in deroga alla disciplina generale per cui nel rapporto di lavoro a tempo indeterminato la parte che recede è tenuta ad osservare un periodo di preavviso, in base all'art. 2112 c.c., il lavoratore è legittimato a rassegnare le dimissioni con effetto immediato, come se le dimissioni fossero sorrette da giusta causa, senza osservare alcun periodo di preavviso, richiedendo il pagamento dell'indennità sostitutiva del preavviso al cessionario.

Quanto ai confini della «sostanziale modifica» delle condizioni di lavoro, la dottrina ritiene che il legislatore abbia voluto configurare una giusta causa più “attenuata” o “ampliata” che astrattamente comprenderebbe tutte le modifiche sostanziali del rapporto di lavoro, non solo giuridiche ma anche di mero fatto che abbiano una particolare rilevanza¹³⁸. A titolo esemplificativo, vi rientrerebbero le modifiche organizzative della società (modifica dei reparti, uffici), il trasferimento ad altra sede dei lavoratori, il mutamento di mansioni, il cambiamento dell’orario di lavoro¹³⁹. Altra dottrina, invece, ritiene che tali dimissioni siano configurabili solo quando si verificano dei cambiamenti tali per cui il lavoratore non avrebbe accettato di essere assunto alle condizioni nelle quali si è trovato a causa del trasferimento d’azienda. In ogni caso, si può certamente escludere che la norma faccia riferimento ai mutamenti illegittimi che come tali sarebbero ricompresi nella nozione di giusta causa. Il lavoratore perciò potrà dimettersi con effetto immediato senza che sia necessario alcun inadempimento da parte del datore di lavoro/cessionario¹⁴⁰.

4.1. Le dimissioni dei dirigenti

In ragione del vincolo fiduciario che lega i dirigenti al datore di lavoro, l’ordinamento italiano ha da sempre previsto una disciplina del rapporto di lavoro speciale rispetto a quella prevista per le altre categorie di lavoratori che è per lo più regolata a livello di

¹³⁸ L. BARBONI, *La nuova disciplina del trasferimento d’azienda e il recepimento delle fonti comunitarie*, in *Studium iuris*, 2002, M. FREDIANI, *Brevi cenni sul nuovo 2112 c.c.*, in *Lav. giur.*, 2001, C. DE MARCHIS, *Aspetti vecchi e nuovi del trasferimento d’azienda alla luce del decreto legislativo 2 febbraio 2001*, in *Riv. giur. lav.*, 2001.

¹³⁹ MARSANO, *Trasferimento d’azienda e dimissioni per modifica sostanziale delle condizioni di lavoro*, in *Lav. nella giur.*, 2005, MAZZIOTTI, *Trasferimento d’azienda e tutela dei lavoratori*, in DE LUCA TAMAJO - RUSCIANO-ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro, Riforma e vincoli di sistema*, Napoli, 2004.

¹⁴⁰ F. SCARPELLI, *Il mantenimento dei diritti del lavoratore nel trasferimento d’azienda: problemi vecchi e nuovi*, *Il trasferimento d’azienda*, UTET, Torino, 2004.

contrattazione collettiva.

Ed è proprio la contrattazione collettiva a prevedere una disciplina convenzionale, aggiuntiva rispetto a quella di cui all'art. 2112 c.c., in favore dei dirigenti che forse, ancor più delle altre categorie di lavoratori, possono risentire maggiormente delle vicende traslative dell'impresa.

In particolare, il contratto collettivo nazionale per i dirigenti di aziende del terziario, della distribuzione e dei servizi (c.d. CCNL Dirigenti Commercio), all'art. 20, rubricato "*Trasferimento di proprietà*" prevede che: (i) in caso di trasferimento di proprietà dell'azienda, ivi compresi i casi di concentrazioni, fusioni, scorpori, non devono in alcun modo essere pregiudicati i diritti, a qualsiasi titolo, acquisiti dal dirigente; (ii) nel caso in cui a seguito delle citate operazioni si determini nei confronti del dirigente «una effettiva situazione di detrimento professionale, quest'ultimo può, fino a sei mesi dall'avvenuta comunicazione formale del trasferimento di proprietà, risolvere il rapporto di lavoro con diritto all'indennità sostitutiva del preavviso».

Una simile previsione è inoltre contenuta nel contratto collettivo per i dirigenti di aziende produttrici di beni e servizi (c.d. CCNL Dirigenti Industria) che all'art. 13, rubricato "*Trasferimento di proprietà dell'azienda*", prevede che in caso di trasferimento di proprietà dell'azienda (ivi compresi i casi di fusioni, scorpori), il dirigente ha diritto di dimettersi entro 180 giorni dal mutamento di proprietà, senza alcun obbligo di preavviso, richiedendo il pagamento di un terzo dell'indennità sostitutiva del preavviso. Rispetto al CCNL Dirigenti Commercio, il CCNL Dirigenti Industria, da un lato, non richiede al dirigente di dimettersi a fronte di un "detrimento" della sua posizione professionale: il verificarsi del trasferimento di proprietà è un fatto sufficiente per legittimare il dirigente a dimettersi senza onere di

dimostrare alcun detrimento. Dall'altro, il dirigente dimesso non ha diritto all'indennità sostitutiva piena ma solo ad un terzo di essa.

5. L'IMPUGNAZIONE DEL TRASFERIMENTO D'AZIENDA, L'INTERESSE AD AGIRE E LE CONSEGUENZE DERIVANTI DAL TRASFERIMENTO D'AZIENDA ILLEGITTIMO

Oltre alle varie garanzie approntate dal legislatore e su cui ci si è soffermati nei paragrafi precedenti, il lavoratore, pur non avendo un diritto di opposizione, ha facoltà di impugnare l'atto di trasferimento richiedendo di essere ri-trasferito al cedente qualora ritenga: (i) di non appartenere al ramo azienda ceduto; e/o (ii) che tale trasferimento sia stato effettuato in assenza dei requisiti di legge (e cioè quanto il ramo d'azienda non abbia autonomia funzionale e, come ritiene la giurisprudenza attualmente maggioritaria, non sia preesistente al trasferimento del ramo)¹⁴¹.

Con l'entrata in vigore della Legge 4 novembre 2010, n. 183 (c.d. "Collegato Lavoro"), la facoltà del lavoratore di impugnare l'atto di trasferimento è stata tuttavia assoggettata (come nel caso dei licenziamenti) a due tipi di decadenze, una stragiudiziale, e un'altra giudiziale (*ex art. 32, comma 4, lett. c*).

In base a tale normativa, il lavoratore deve impugnare l'atto di trasferimento stragiudizialmente entro sessanta giorni dalla data del trasferimento stesso e, a pena di inefficacia dell'impugnazione stessa,

¹⁴¹ Il lavoratore trasferito illegittimamente potrà inoltre richiedere il risarcimento dei danni subiti per effetto dell'illegittimo trasferimento. Secondo la giurisprudenza, tuttavia, «nell'ipotesi di cessione di ramo d'azienda dichiarata illegittima, le erogazioni patrimoniali, eventualmente commisurate alle mancate retribuzioni, cui è obbligato il datore di lavoro cedente che non proceda al ripristino del rapporto lavorativo, vanno qualificate come risarcitorie, con conseguente detraibilità dell'"*aliunde perceptum*" che il lavoratore possa aver conseguito svolgendo una qualsiasi attività lucrativa», così Cass., 5 dicembre 2016, n. 24817. In senso conforme, Cass., 27 aprile 2015, n. 8514. Pertanto, il lavoratore illegittimamente trasferito al cessionario non avrà diritto ad alcun risarcimento del danno qualora la retribuzione percepita dal cessionario sia uguale e dunque non inferiore a quella che avrebbe percepito se fosse rimasto alle dipendenze del cedente.

deve, nei centoottanta giorni successivi, depositare un ricorso presso il tribunale del lavoro competente (*ex art. 6 Legge 15 luglio 1966, n. 604*).

La formulazione della norma prevista dal Collegato Lavoro in tema di impugnazione del trasferimento ai sensi dell'art. 2112 c.c. ha suscitato diverse questioni interpretative in dottrina¹⁴². In particolare, è stato osservato che dal tenore letterale della norma solo i lavoratori trasferiti al cessionario sarebbero legittimati a impugnare il trasferimento, nonostante la facoltà di impugnare dovrebbe essere prerogativa anche dei lavoratori rimasti alle dipendenze del cedente che ritengono invece di aver diritto di essere trasferiti al cessionario¹⁴³.

Altra questione piuttosto critica della norma riguarda la definizione del *dies a quo* da cui deve decorrere il termine per impugnare l'atto di trasferimento in via stragiudiziale, dato che la norma stabilisce che il lavoratore ha l'obbligo di impugnare entro sessanta giorni dalla data del trasferimento. Sul punto, la dottrina ha sottolineato che i lavoratori non sempre sono informati del trasferimento d'azienda (o di ramo), né è previsto in capo al cedente o al cessionario un obbligo di informare tutti i lavoratori in tal senso.

Le rappresentanze sindacali che ai sensi dell'art. 47 della Legge n. 428/1990 devono essere informate da cedente e cessionario del prospettato trasferimento, e che partecipano alla procedura di informazione e consultazione sindacale, ben potrebbero non trasferire le notizie apprese ai lavoratori (specie quelli non iscritti), non hanno

¹⁴² L'art. 32, comma 4, del Collegato Lavoro prevede che le decadenze previste in tema di licenziamento si applichino anche alla «cessione del contratto avvenuta ai sensi dell'art. 2112 c.c. con termine decorrente dalla data del trasferimento».

¹⁴³ Così L. RATTI, *Le garanzie per i lavoratori nelle vicende traslative dell'impresa, Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, UTET, 2014.

alcun obbligo a loro carico di informare tutti i lavoratori coinvolti nel trasferimento.

É proprio per tali ragioni che la dottrina ha sostenuto che il termine di decadenza di sessanta giorni debba essere inteso in senso “elastico”, e cioè, debba decorrere solo dal momento in cui il lavoratore sia venuto a piena conoscenza del trasferimento, a prescindere dalla data dello stesso¹⁴⁴.

Altro tema dibattuto ha riguardato poi la legittimazione passiva, e cioè chi tra cedente e cessionario è legittimato passivo dell’impugnazione dell’atto di trasferimento. Sul punto, la giurisprudenza ha affermato che tra cedente e cessionario non vi è litisconsorzio necessario e pertanto il lavoratore può impugnare il trasferimento sia nei confronti di entrambi che nei confronti del solo cedente¹⁴⁵. La sentenza pronunciata nei confronti del solo cedente, infatti, ha efficacia anche nei confronti del cessionario che è successore a titolo particolare *ex art. 111, 4 comma, c.p.c.*¹⁴⁶.

Strettamente connessa alla facoltà del lavoratore di impugnare l’atto di trasferimento è la tematica relativa alla sussistenza in capo ai

¹⁴⁴ G. PERDONÀ, *La cessione d’azienda e i diritti dei lavoratori*, Giuffrè, Milano, 2016.

¹⁴⁵ In particolare, è stato affermato che «ai sensi dell’art. 2112 c.c., in mancanza del consenso del lavoratore e dell’intervento delle associazioni sindacali, permane la legittimazione passiva dell’impresa cedente in ordine ai rapporti di lavoro ceduti», così Pret. Milano, 19 maggio 1983.

¹⁴⁶ Così Cass., 8 giugno 2009, n. 13171 e Cass., 29 novembre 2005, n. 25952 «il trasferimento di un ramo d’azienda da una società all’altra configura una successione a titolo particolare nei rapporti preesistenti che, sul piano processuale, determina una prosecuzione del processo in corso tra le parti originarie, ai sensi dell’art. 111 c.p.c.; non sussiste invece un’ipotesi di litisconsorzio necessario tra cedente ed acquirente, in quanto il vincolo di solidarietà per i crediti del lavoratore, che l’art. 2112 c.c. pone a carico del cedente, non dà luogo a litisconsorzio necessario. Tuttavia, poiché la sentenza pronunciata contro il cedente spiega sempre i suoi effetti contro il successore a titolo particolare, l’art. 111, comma 4, c.p.c., espressamente dispone che la sentenza può essere impugnata anche dal successore».

lavoratori trasferiti di un vero e proprio interesse ad agire¹⁴⁷ nel caso in cui, per effetto del trasferimento, gli stessi lavoratori abbiano continuato a conservare gli stessi trattamenti economici e normativi senza peggioramento alcuno delle loro precedenti condizioni lavorative.

Sul punto, una certa giurisprudenza ha affermato che «il lavoratore appartenente al ramo d'azienda ceduto, nell'impugnare la cessione, ha l'onere di dimostrare la sussistenza di un pregiudizio economico e/o retributivo concreto al momento dell'intervenuta cessione, non potendosi fare riferimento ad una ipotetica e futura situazione aziendale. Qualora non risulti provata alcuna difformità sostanziale del rapporto con la cessionaria rispetto a quello intercorso con la cedente, il ricorso deve essere dichiarato inammissibile per mancanza dell'interesse ad agire»¹⁴⁸.

A tale orientamento se ne contrappone tuttavia un altro, allo stato maggioritario, che ritiene invece che l'interesse ad agire in capo ai lavoratori trasferiti sussista anche laddove i lavoratori trasferiti non subiscano alcun peggioramento delle condizioni di lavoro. Secondo

¹⁴⁷ Secondo Cass., 20 giugno 1983, n. 4220 «l'interesse ad agire, in termini generali, costituendo una condizione per far valere il diritto sotteso mediante l'azione, si identifica nell'esigenza di ottenere un risultato utile giuridicamente apprezzabile e non conseguibile senza l'intervento del giudice».

¹⁴⁸ Ancora Trib. Milano n. 18 marzo 2009, conf. Trib. Torino, 4 novembre 2009, che in una fattispecie relativa ad un trasferimento d'azienda ha affermato che «l'interesse ad agire in giudizio, ai sensi dell'art. 100 c.p.c., deve essere dimostrato dall'attore tenuto a provare la necessità del ricorso per evitare la lesione attuale di un suo diritto. (...) nella controversia in esame la ricorrente ha presentato ricorso per far dichiarare *ex art. 1418 c.c.* la nullità della cessione di ramo d'azienda, attuata in violazione dell'art. 2112 c.c. per l'inesistenza del ramo ceduto e la violazione dell'art. 1406 c.c. per la diversa fattispecie di cessione dei singoli contratti, attuata in difetto di consenso alla cessione da parte della lavoratrice ceduta. Posto che, ai sensi dell'art. 1421 c.c. l'azione di nullità può essere fatta valere da chiunque vi ha interesse, nel caso di specie tale ricorso è inammissibile poiché la lavoratrice non ha provato la lesione attuale di un suo diritto e neppure la possibilità di un danno ingiusto, limitandosi a far coincidere l'interesse ad agire con quello alla caducazione del patto di cessione».

tale orientamento «il cambiamento dell'imprenditore è percepito anche a livello del diritto dell'Unione come evento idoneo a pregiudicare, sul piano stesso della probabilità, del rischio, il mantenimento dei diritti dei lavoratori, mantenimento ragionevolmente correlato all'individualità del soggetto imprenditoriale.

Le qualità del datore di lavoro, reali o supposte, in ogni caso dotate di un nucleo di prevalente oggettività, non sono indifferenti per il prestatore – che un giorno ebbe a sceglierlo, magari tra altri – e pertanto egli, a fronte della subita modificazione della titolarità datoriale nelle forme dell'art. 2112 c.c., può contestarne la legittimità, opporvisi, pur accettando l'eventuale rischio di un licenziamento collettivo per ragioni economiche. L'interesse all'individuazione del proprio reale datore di lavoro, come l'interesse al mantenimento della propria libera scelta originaria, su base consensualistica, è dunque valore giuridico, di diritto positivo, meritevole di tutela, che pienamente supera l'argine all'esercizio dell'azione rappresentato dall'interesse ad agire. E quell'interesse non può essere sindacato, limitato da valutazioni soggettive contrapposte. Del resto è notorio che l'interesse ad agire giochi un ruolo processuale essenzialmente nella tutela di mero accertamento, in funzione di indispensabile filtro contro iniziative inutili, se non vessatorie, nell'ambito di una tutela finalizzata alla rimozione di una situazione di incertezza, concreta ed attuale. Nel caso oggetto della nostra attenzione, invero, non sussiste alcuna incertezza in ordine all'assetto giuridico impresso alla titolarità del rapporto di lavoro da parte del datore con l'accordo del nuovo datore, sussistendo invece la precisa volontà del lavoratore, dei singoli lavoratori, demolitoria di quell'assetto, della quale la tutela di accertamento costituisce mero antecedente logico-giuridico al fine della costituzione, meglio ricostituzione contrattuale originaria,

superandosi, dunque, qualsiasi dubbio di ammissibilità tradizionalmente proprio di una logica di mero accertamento. Se il diritto sostanziale consente di riconoscere il diritto di opposizione del lavoratore ceduto, con la conseguenza condannatorio-costitutiva predetta, la tutela di questo diritto non può esser filtrata in fin dei conti da alcun interesse ad agire di natura processuale, ma discende direttamente *ex art. 24, co. 1, Cost.*»¹⁴⁹.

¹⁴⁹ Così Trib. Siena, 14 aprile 2015. In senso conforme, si veda Cass., 26 maggio 2014, n. 11721 «su tale premessa si è andato consolidando, dunque, l'orientamento di questa Corte per il quale, in ipotesi di trasferimento di ramo d'azienda, sussiste l'interesse ad agire del lavoratore, stante l'incertezza oggettiva sull'esistenza di un rapporto giuridico, non eliminabile senza l'intervento di un giudice, tale da arrecare all'interessato un pregiudizio concreto ed attuale che ben può ravvisarsi nel mutamento del datore di lavoro, ed in sostanza nel rapporto di lavoro medesimo, rilevando altresì per il creditore anche la consistenza patrimoniale dell'impresa debitrice (in termini, Cass., n. 21710 del 2012; n. 21771 del 2012). Si è anche evidenziato l'interesse dei lavoratori a non vedersi pregiudicati da operazioni economiche che prescindono dalla effettività delle esigenze organizzative per perseguire intenti elusivi delle norme (Cass., n. 5678 del 2013). Detto interesse qualificato, che altro non è che il riflesso di quell'originario interesse del creditore a non veder mutata, nel rapporto obbligatorio di cui è parte, la persona del debitore della prestazione senza consenso (principio espresso nell'art. 2740 c.c., art. 1268 c.c., comma 1, art. 1272 c.c., comma 1, art. 1273 c.c., comma 1, art. 1406 c.c.), ha trovato nella materia che ci occupa successiva conferma nella L. n. 183 del 2010, art. 32, comma 4, lett. c), che sottopone a termini di decadenza stragiudiziale e giudiziale l'impugnazione della "cessione del contratto avvenuta ai sensi dell'art. 2112 c.c. con termine decorrente dalla data del trasferimento". Sicché non è possibile configurare un termine di decadenza per un'azione inammissibile per mancanza dell'interesse ad agire». Tra le altre, Cass., 30 luglio 2014, n. 17381, Cass., 21 maggio 2014, 11237, Cass., 15 aprile 2014, n. 8756.

CAPITOLO IV – LA PROCEDURA SINDACALE NEL TRASFERIMENTO D’AZIENDA

SOMMARIO: 1. Premessa; 2. Il requisito dimensionale ai fini dell’applicazione della disciplina in tema di informazione e consultazione sindacale; 3. I soggetti sindacali destinatari dell’informativa; 4. Termini per l’espletamento della procedura di informazione e consultazione; 5. I contenuti dell’informativa; 6. L’esame congiunto; 7. La mancata osservanza da parte del datore di lavoro degli obblighi previsti dall’art. 47 e le conseguenti sanzioni.

1. PREMESSA

L’art. 7 della Direttiva 2001/23/CE¹⁵⁰ impone agli Stati membri l’obbligo di prevedere una procedura di informazione e consultazione sindacale da esperire quando viene trasferita un’azienda o un ramo d’azienda. Tale obbligo è stato recepito dal legislatore italiano e

¹⁵⁰ L’art. 7 della Direttiva 2001/23/CE prevede che: «1. Il cedente e il cessionario sono tenuti ad informare i rappresentanti dei rispettivi lavoratori interessati da un trasferimento sui seguenti punti: data o data proposta di trasferimento, motivi del trasferimento, conseguenze giuridiche, economiche e sociali, del trasferimento per i lavoratori, misure previste nei confronti dei lavoratori. Il cedente è tenuto a comunicare tali informazioni ai rappresentanti dei suoi lavoratori in tempo utile prima dell’attuazione del trasferimento. Il cessionario è tenuto a comunicare tali informazioni ai rappresentanti dei suoi lavoratori in tempo utile ed in ogni caso prima che i suoi lavoratori siano direttamente lesi dal trasferimento nelle loro condizioni d’impiego e di lavoro. 2. Se il cedente o il cessionario prevedono misure nei confronti dei rispettivi lavoratori, essi sono tenuti ad avviare in tempo utile consultazioni in merito a tali misure con i rappresentanti dei rispettivi lavoratori al fine di ricercare un accordo. 3. Gli Stati membri le cui disposizioni legislative, regolamentari e amministrative prevedono la possibilità per i rappresentanti dei lavoratori di ricorrere ad un’istanza di arbitrato per ottenere una decisione su misure da adottare nei confronti dei lavoratori, possono limitare gli obblighi previsti nei paragrafi 1 e 2 ai casi in cui il trasferimento realizzato comporta una modifica a livello dello stabilimento che può implicare svantaggi sostanziali per una parte consistente dei lavoratori. L’informazione e la consultazione devono almeno riferirsi alle misure previste nei confronti dei lavoratori. L’informazione e la consultazione devono aver luogo in tempo utile prima dell’attuazione della modifica a livello dello stabilimento di cui al primo comma. 4. Gli obblighi di cui al presente articolo si applicano indipendentemente dal fatto che la decisione riguardante il trasferimento sia presa dal datore di lavoro o da un’impresa che lo controlla. Nell’esame delle pretese violazioni degli obblighi in materia di informazione e di consultazione previsti nella presente Direttiva, non si deve tener conto quale mezzo di difesa del fatto che tale violazione è avvenuta in quanto l’impresa che controlla il datore di lavoro non gli ha trasmesso le informazioni necessarie (...)».

Tesi di dottorato di Tiffany D’Ottavio, discussa presso l’Università LUISS Guido Carli, nell’anno accademico 2017/2018. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il consenso scritto dell’autore. Sono comunque fatti salvi i diritti dell’Università LUISS Guido Carli di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte.

trasfuso nei primi quattro commi dell'art. 47 della Legge 29 dicembre 1990 n. 428¹⁵¹.

Il legislatore europeo, e quello italiano, hanno procedimentalizzato i poteri datoriali in una situazione che potenzialmente potrebbe determinare delle conseguenze negative nei confronti dei lavoratori prevedendo un “controllo” preventivo da parte delle organizzazioni sindacali chiamate a svolgere non solo il classico ruolo di rivendicazione, ma anche di mediazione tra datore di lavoro e lavoratori¹⁵². Tale controllo si esplica soprattutto nel dovere del cedente e del cessionario di informare le organizzazioni sindacali circa le ragioni del trasferimento e le eventuali conseguenze derivanti da tale trasferimento sui lavoratori, e nel diritto delle organizzazioni sindacali di chiedere un esame congiunto con cedente e cessionario. Peraltro, come si avrà modo di vedere nel capitolo successivo, il coinvolgimento delle organizzazioni sindacali diventa particolarmente rilevante nel caso di trasferimenti attuati da aziende in crisi, in considerazione del fatto che le tutele previste dall'art. 2112 c.c. possono essere disapplicate solo a condizione che venga sottoscritto

¹⁵¹Il primo comma dell'art. 47 è stato modificato a seguito del Decreto Legislativo 2 febbraio 2001, n. 18. Cfr. A. MARESCA, *Gli obblighi di informazione e consultazione nel trasferimento d'azienda*, in *Dir. Relaz. ind.* 1992, L. GUAGLIANONE, *Le procedure di informazione e consultazione sindacale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1992, S. LIEBMAN, *Garanzie dei diritti individuati ed autotutela sindacale nel trasferimento d'azienda*, in *Arg. dir. lav.* 1995, II, F. ROTONDI e F. COLLIA, *La comunicazione nel trasferimento d'azienda*, in *Dir. prat. lav.*, 2001, R. ROMEI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda Art. 2112*, in *Il codice civile commentato*, 1993, D. GOTARDI, *Legge e sindacato nelle crisi occupazionali*, Cedam, Padova, 1995.

¹⁵²Secondo la dottrina «l'art. 47 (...) “rappresenta la più forte carica innovativa per il nostro ordinamento”, la quale si manifesta nell'attribuire piena cittadinanza ai diritti di informazione e consultazione, comportando per il datore di lavoro il vincolo “all'osservanza di un procedimento che rende trasparente e controllabile l'operazione traslativa” e realizzando, in tal modo, “un evidente salto di qualità della protezione garantita ai lavoratori coinvolti nella cessione di un'azienda». Così A. Raffi, *Le procedure sindacali nel trasferimento d'impresa, Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, UTET, 2014.

un accordo tra cedente, cessionario e le organizzazioni sindacali, nell'ambito della procedura di informazione e consultazione.

La procedimentalizzazione dei poteri datoriali prevista dall'art. 47 non è certamente l'unico caso. Anzi, il legislatore italiano, in conformità agli obblighi europei, ha deciso di coinvolgere le organizzazioni sindacali nelle più importanti decisioni imprenditoriali che possono avere degli effetti sui rapporti di lavoro. È questo il caso della procedura di informazione e consultazione sindacale prevista nel caso di licenziamento collettivo o di cassa integrazione guadagni.

2. IL REQUISITO DIMENSIONALE AI FINI DELL'APPLICAZIONE DELLA DISCIPLINA IN TEMA DI INFORMAZIONE E CONSULTAZIONE SINDACALE

Il primo comma dell'art. 47 della Legge n. 428/1990 stabilisce che *«quando si intende effettuare, ai sensi dell'art. 2112 del codice civile, un trasferimento d'azienda in cui sono complessivamente occupati più di quindici lavoratori, anche nel caso in cui il trasferimento riguardi una parte d'azienda, ai sensi del medesimo art. 2112, il cedente ed il cessionario devono darne comunicazione per iscritto (...)»¹⁵³*.

La procedura di informazione e consultazione sindacale prevista dall'art. 47 trova applicazione solo quando il cedente occupa più di quindici lavoratori mentre le tutele di cui all'art. 2112 c.c. si applicano sempre, e cioè a prescindere dal numero dei lavoratori occupati dal cedente.

¹⁵³ Il paragrafo 5 dell'art. 7 della Direttiva 2011/23/CE prevede che gli Stati membri possono limitare gli obblighi previsti nei paragrafi 1, 2 e 3 alle imprese o agli stabilimenti che soddisfano, per quanto riguarda il numero dei lavoratori occupati, le condizioni per l'elezione o la designazione di un organo collegiale che rappresenti i lavoratori. Dato che le rappresentanze sindacali aziendali possono essere costituite in Italia solo nelle unità produttive che occupano più di quindici dipendenti (cfr. art. 19 Legge 20 maggio 1970, n. 300), il legislatore ha imposto l'obbligo di esperire la procedura di informazione e consultazione sindacale di cui all'art. 47 solo per le imprese che occupano più di quindici lavoratori.

Ai fini dell'esperimento della procedura, sono irrilevanti sia il numero dei lavoratori trasferiti che il numero dei lavoratori in forza presso il cessionario che potrebbe non avere alcun dipendente avendo deciso di costituire una nuova società proprio in vista del trasferimento d'azienda o di ramo¹⁵⁴.

Per quanto riguarda il computo dei quindici dipendenti, in assenza di pronunce giurisprudenziali significative, si ritiene di dover far riferimento ai criteri enunciati dalla giurisprudenza in merito all'applicazione dell'art. 35 della Legge 20 maggio 1970 n. 300¹⁵⁵, allo stabile inserimento nell'organizzazione produttiva, ovvero alla media occupazionale.

3. I SOGGETTI SINDACALI DESTINATARI DELL'INFORMATIVA

Il primo comma dell'art. 47 identifica una platea di soggetti che cedente e cessionario devono informare e consultare in vista del trasferimento d'azienda (o di ramo d'azienda).

In particolare, tali soggetti destinatari della comunicazione sono: le rappresentanze sindacali unitarie, ovvero le rappresentanze sindacali aziendali costituite, a norma dell'art. 19 della legge 19 maggio 1970 n. 300, nelle unità produttive interessate, nonché i sindacati di categoria che hanno stipulato il contratto collettivo applicato nelle imprese interessate al trasferimento. In mancanza delle predette rappresentanze sindacali aziendali, resta fermo l'obbligo di comunicazione nei confronti dei sindacati di categoria comparativamente più

¹⁵⁴ Non è necessario che al momento dell'esperimento della procedura di informazione e consultazione sindacale il cessionario abbia già costituito la società in cui verrà trasferita l'azienda (o il ramo) e i relativi rapporti di lavoro. Anzi, piuttosto frequentemente, la procedura di informazione e consultazione sindacale viene esperita dal cedente e dagli azionisti della costituenda società.

¹⁵⁵ P. LAMBERTUCCI, *Le tutele del lavoratore nella circolazione dell'azienda*, 1999, 211; B. VENEZIANI, *Il trasferimento di azienda nel diritto italiano. Profili di diritto collettivo*, in *Studi sul lavoro*, 1999, p. 1335; A. MARESCA, *Gli obblighi di informazione e consultazione sindacale nel trasferimento di azienda*, in *Dir. delle rel. ind.*, 1992, I, p. 7.

rappresentativi.

Alcune perplessità in merito alla formulazione della norma sono state avanzate dalla dottrina nel caso in cui nella stessa azienda convivano sia rappresentanze sindacali unitarie che aziendali. Se, infatti, l'informativa fosse inviata unicamente in favore di una rappresentanza piuttosto che dell'altra, vi potrebbe essere il rischio che la rappresentanza esclusa lamenti una condotta discriminatoria nei suoi confronti. Proprio per tale ragione si ritiene che, in presenza di rappresentanze sindacali sia unitarie che aziendali, l'informativa debba necessariamente vedere come destinatari entrambe le rappresentanze¹⁵⁶.

La dottrina ritiene altresì che tra i destinatari dell'informativa debbano essere incluse anche le rappresentanze dei dirigenti (ove esistenti) e le rispettive associazioni di categoria.

4. TERMINI PER L'ESPLETAMENTO DELLA PROCEDURA DI INFORMAZIONE E CONSULTAZIONE

Un tema particolarmente delicato in materia di trasferimento di azienda è quello relativo al momento in cui deve essere inviata la comunicazione con la quale il cedente e il cessionario informano le organizzazioni sindacali della loro intenzione di procedere ad un trasferimento d'azienda (o di ramo d'azienda).

Nella sua attuale versione, l'art. 47, al primo comma, prevede che l'informativa ai soggetti sindacali debba essere data *«per iscritto almeno venticinque giorni prima che sia perfezionato l'atto da cui deriva il trasferimento o che sia raggiunta un'intesa vincolante tra le parti, se precedente»*.

Nel vigore della normativa precedente (e cioè prima del D.Lgs n.

¹⁵⁶ G. S. PASSARELLI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda e di articolazione funzionalmente autonoma*, Giappichelli, Torino, 2014.

18/2001), che nulla espressamente prevedeva in ordine al momento a partire dal quale computare il termine di venticinque giorni, l'orientamento prevalente¹⁵⁷ riteneva che il *dies a quo* dovesse essere individuato con riferimento al momento in cui si realizza l'effetto traslativo del trasferimento e, dunque, con riguardo alla stipulazione del contratto definitivo. Di fatto, per il computo dei venticinque giorni ci si riferiva in modo pressoché esclusivo ad un atto di trasferimento già definito e concluso ma solo differito, quanto all'efficacia, all'esperimento della procedura sindacale.

L'attuale tenore letterale della disposizione pone, invece, il problema del significato da attribuire alla locuzione «*intesa vincolante tra le parti*» il cui raggiungimento, insieme alla stipulazione dell'atto di trasferimento dell'azienda, costituisce *dies a quo* per il computo del termine ai fini dell'effettuazione della comunicazione.

Secondo un'opinione rigorosa¹⁵⁸, la norma imporrebbe l'attivazione della procedura sindacale già nella fase delle trattative, ovvero prima che il cedente sia vincolato al se e al come della cessione. In tal senso, la comunicazione dovrebbe essere trasmessa almeno venticinque giorni prima della sottoscrizione del contratto preliminare con cui le parti si impegnano a stipulare un successivo atto definitivo di

¹⁵⁷ G. PROIA, *Sull'intenzione di trasferire l'azienda nella procedura sindacale prevista dall'art.47 della legge n. 428 del 1990*, in *Arg. dir. lav.*, 1995, I, 100; G.S. PASSARELLI, *Il trasferimento d'azienda rivisitato*, in *Mass. giur. lav.*, 1991, p. 468.

¹⁵⁸ C. CESTER, *Trasferimento d'azienda e rapporti di lavoro*, in *Lav. Giur.*, 2001, 505 ss.; F. SCARPELLI, *Nuova disciplina del trasferimento d'azienda*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2001, 779 ss. e A. BAFFI, *Le procedure sindacali nel trasferimento d'impresa, Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, UTET, 2014, secondo cui «i sindacati titolati e/o competenti devono essere informati preventivamente ed intervenire prima che l'accordo sia concluso, in maniera tale da poter influenzare la trattativa nell'interesse dei lavoratori; e ciò per impedire di ridurre il ruolo dei sindacati a meri commensali che siano invitati a convivio finito e per assicurare la debita consistenza ai diritti di informazione al momento del progettato trasferimento».

trasferimento d'azienda¹⁵⁹. Tale interpretazione, tuttavia, non pare affatto condivisibile, sia perché le trattative non sempre sfociano nella conclusione di un accordo, sia perché la comunicazione presenterebbe un tale livello di genericità da impedire alle organizzazioni sindacali di esaminare in maniera puntuale le possibili negative conseguenze derivanti dal trasferimento sui lavoratori.

Secondo altra opinione¹⁶⁰, al contrario, l'intesa vincolante di cui all'art. 47 sussisterebbe solo con la sottoscrizione del contratto definitivo di trasferimento d'azienda. Pertanto, l'obbligo informativo sorgerebbe solo venticinque giorni prima della sottoscrizione del contratto definitivo di trasferimento d'azienda e, quindi, anche dopo l'eventuale sottoscrizione di un contratto preliminare. Tale orientamento sarebbe peraltro senz'altro applicabile «laddove l'intesa vincolante che precede l'atto di fusione/scissione potrebbe essere la delibera *ex art.* 2502-bis, che di certo non prevede alcun effetto sul personale¹⁶¹».

Il Ministero del Lavoro, con nota del 31 maggio 2001, in risposta a chiarimenti chiesti da Confindustria, ha affermato che, nella prima ipotesi individuata dal legislatore (venticinque giorni prima che sia

¹⁵⁹ Addirittura un autore sostiene, salvo poi criticare apertamente la scelta legislativa, che per atto vincolante si debba «probabilmente intendere non solo la stipulazione di un eventuale contratto preliminare, ma addirittura la formulazione di una qualsiasi proposta di carattere commerciale finalizzata al trasferimento (...)» (così, A. ZAMBELLI, *Moltiplicate le incertezze*, in *Il Sole-24 Ore* del 23 febbraio 2001, 19). Cfr. altresì G. S. SANTORO PASSARELLI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'impresa e di articolazione funzionalmente autonoma*, Giappichelli, Torino, 2014.

¹⁶⁰ F. ROTONDI - F. COLLIA, *La comunicazione nel trasferimento d'azienda*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2001, 1226 ss, LAMBERTUCCI, *Le procedure sindacali nel trasferimento d'azienda*, in SANTORO PASSARELLI- G. FOGLIA (a cura di), *La nuova disciplina del trasferimento d'impresa, Commento al D.Lgs. 2 febbraio 2001*, n. 18, Milano, 2002.

¹⁶¹ DE LUCA TAMAJO- SALIMBENI, *Il trasferimento d'azienda*, VALLEBONA (a cura di), *I contratti di lavoro*, 2, RESCIGNO (diretto da), *Trattato dei contratti*, Torino, 2009.

perfezionato l'atto di trasferimento), «il *dies a quo* (da cui a ritroso decorrono i venticinque giorni) si può individuare nella data in cui viene effettuata l'iscrizione del contratto traslativo al registro delle imprese, in quanto con tale iscrizione si dà pubblicità ai terzi dell'avvenuto trasferimento d'azienda (ai sensi e per gli effetti dell'art. 2556 e segg cod. civ.)».

La seconda fattispecie individuata dalla norma, invece, (venticinque giorni prima del raggiungimento di un'intesa vincolante), secondo il Ministero, andrebbe interpretata nel senso di includere tra le intese vincolanti «unicamente quegli atti definitivi o stabili nel tempo per includere la manifestazione di volontà ormai immodificabile o irretrattabile del cedente e cessionario e come tali idonei a produrre effetti reali traslativi (...) Conseguentemente», prosegue il Ministero, «si può ritenere che né l'eventuale contratto preliminare di cessione d'azienda, né gli atti interni della società cedente o di quella cessionaria (come le delibere assembleari) rientrino nelle fattispecie individuate dal legislatore, giacché il contratto preliminare potrebbe pur sempre essere sostituito da un contratto successivo e delibere delle assemblee potrebbero essere successivamente modificate o impugnate, ad esempio dai soci di minoranza».

Il Ministero avvalora dunque un'interpretazione assai poco rigorosa dell'espressione "intesa vincolante". Non si può peraltro non sottolineare, da un lato, come nell'ordinamento italiano le circolari siano comunque mere interpretazioni amministrative e non abbiano alcun valore di legge, dall'altro che fino ad oggi non constano significativi precedenti giurisprudenziali che si siano pronunciati a tale riguardo.

In conclusione, si ritiene di aderire a quell'orientamento dottrinale secondo il quale il *dies a quo* per il computo dei venticinque giorni non dovrebbe decorrere dalla stipula del contratto preliminare ma solo

ed esclusivamente dalla conclusione del contratto definitivo destinato all'iscrizione nel registro delle imprese¹⁶².

5. I CONTENUTI DELL'INFORMATIVA

Il primo comma dell'art. 47, ricalcando l'art. 7 della Direttiva n. 2001/23/CE, stabilisce che l'informativa che cedente e cessionario devono dare alle organizzazioni sindacali deve prevedere: (i) la data o la data proposta del trasferimento; (ii) i motivi del programmato trasferimento d'azienda; (iii) le sue conseguenze giuridiche, economiche e sociali per i lavoratori; (iv) e eventuali misure previste nei confronti dei lavoratori.

Circa il contenuto dell'informativa da trasmettere alle organizzazioni sindacali, uno degli aspetti su quali si è maggiormente discusso riguarda l'obbligo di indicare i motivi del trasferimento. Sul punto, si sono registrati diverse orientamenti tra loro contrastanti.

Una parte della dottrina sostiene che cedente e cessionario sarebbero obbligati a comunicare tra i motivi del trasferimento anche quelli economico-finanziari che hanno portato al trasferimento stesso, vale a dire informazioni riguardanti il complesso aziendale da trasferire al di là dell'ambito che direttamente riguarda le sorti dei dipendenti¹⁶³ e che attengono quindi al merito delle scelte imprenditoriali, quali ad esempio i programmi produttivi, i piani di investimento, ecc. Secondo tale orientamento solo in questo modo il sindacato può influenzare in qualche modo le scelte imprenditoriali svolgendo in maniera

¹⁶² Nella prassi, la procedura di informazione e consultazione sindacale di cui all'art. 47 della Legge n. 428/1990 viene abitualmente esperita dopo il c.d. "signing" e prima del c.d. "closing". Anzi, nella maggioranza dei casi l'esperimento della citata procedura rientra tra le condizioni sospensive che devono verificarsi prima della sottoscrizione del contratto definitivo. Cfr. A. CORRADO- D. CORRADO, *Crisi di impresa e rapporti di lavoro*, Giuffrè, 2016.

¹⁶³ A. LUCIANI, *Il ruolo del sindacato nella nuova disciplina del trasferimento di azienda*, in *Dir. delle rel. ind.*, 1993; L. GUAGLIONE, *Le procedure di informazione e consultazione sindacale*, in *Disposizioni in tema di trasferimento di azienda*, in *Nuove leggi civili commentate*, 1992.

appropriata i compiti attribuitigli dalla legge. Tale interpretazione, secondo la dottrina, pur spingendosi oltre i confini dettati dalla Direttiva 2001/23/CE, è l'unica che consente alle organizzazioni sindacali di partecipare effettivamente alle consultazioni e di svolgere una vera funzione di controllo sui poteri dell'imprenditore¹⁶⁴.

Vi sono tuttavia autori che ritengono che tale interpretazione della norma potrebbe porsi in contrasto con l'art. 41 della Costituzione¹⁶⁵. Tale osservazione è stata tuttavia respinta da altra dottrina che invece ritiene che il contrasto con l'art. 41 della Costituzione vi sarebbe potuto essere solo laddove il legislatore avesse attribuito alle organizzazioni sindacali il potere di sindacare l'operazione economica attribuendogli un vero e proprio potere di veto. In questo caso, invece, l'obiettivo del legislatore è solo quello di mettere al corrente le organizzazioni sindacali dei motivi alla base della riorganizzazione che cedente e cessionario intendono attuare¹⁶⁶.

Un'altra parte della dottrina sostiene che l'accoglimento di un'informativa a tutto campo può comportare problemi in ordine alla salvaguardia della riservatezza delle informazioni, che in caso di mancata tutela potrebbero ledere gli interessi costituzionalmente garantiti del datore di lavoro; in questo senso si rende necessario

¹⁶⁴ Sulla scorta di tale orientamento, la dottrina ritiene che cedente e cessionario devono fornire alle organizzazioni sindacali non solo informazioni veritiere ma anche sufficientemente particolareggiate in modo da rendere utile il confronto. Secondo la giurisprudenza, le informazioni fornite alle organizzazioni sindacali devono essere dettagliate in modo da garantire di esercitare effettivamente «il diritto di indagine e di intervento nell'iter di formazione della decisione con funzioni di conoscenza e di controllare la vicenda traslativa dell'azienda, specie in ordine alla capacità del nuovo titolare di gestire e/o di rilanciare l'azienda, ai piani di investimento, ai programmi produttivi, ai livelli occupazionali e alle condizioni di lavoro garantiti ai lavoratori e di esprimere il proprio punto di vista». Così, Pretura di Napoli, 7 dicembre 1993.

¹⁶⁵ A. MARESCA, *Gli obblighi di informazione e consultazione nel trasferimento d'azienda*, in *Dir. rel. ind.* 1992.

¹⁶⁶ R. ROMEI, *I rapporti di lavoro nel trasferimento d'azienda. Art. 2112 c.c.*, in *Il Codice Civile*, commentato da Schlesinger, Giuffrè, Milano, 1993.

segnare il limite alla fruibilità delle informazioni da parte del sindacato. A riguardo il datore di lavoro potrebbe opporre dei limiti alla richiesta di informazioni per la tutela del proprio diritto alla riservatezza e per la tutela del diritto al segreto dell'imprenditore, che si estrinseca nella tutela relativa all'uso delle informazioni riservate.¹⁶⁷ Sul punto, una sentenza della Pretura di Milano del 19 gennaio 1999, confermata da altri precedenti¹⁶⁸, ha specificato che: *«l'informazione alle organizzazioni sindacali prevista dall'art. 47 della l. 428/90 è finalizzata a sottoporre il trasferimento di azienda al vaglio di una verifica di legittimità sostanziale (...) dovendosi evitare il rischio che il diritto di informazione e di consultazione sindacale trascenda l'utilità, che ex lege lo giustifica, per diventare un mezzo di acquisizione anche di altre notizie, non strettamente necessarie al controllo della congruità e coerenza interna tra le motivazioni addotte e le specifiche cessioni oggetto della procedura, o che la giusta rivendicazione del carattere sostanziale di tale controllo non sottenda, invece, una pretesa di autorizzazione e di legittimazione ad un sindacato anche sul merito delle scelte imprenditoriali».*

In ogni caso, la giurisprudenza ha altresì osservato che benché la comunicazione debba contenere l'indicazione di qualsiasi

¹⁶⁷ P. ICHINO, *Diritto alla riservatezza e diritto al segreto nel rapporto di lavoro*, 1979; p. 143; C. RUSSO, *op. cit.* p. 110; A. PERULLI, voce *Informazione (diritti di)*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione commerciale*, vol. VI, p. 385.

¹⁶⁸ Pret. Milano, 9 luglio 1992; Pret. Milano, 16 febbraio 1999 secondo cui «il giudizio sulla congruità, ai sensi dell'art. 47 l. n. 428 del 1990, delle informazioni rese alle oo.ss. in occasione di un trasferimento d'azienda va effettuato attraverso la verifica della coerenza interna del sistema delineato dal citato art. 47 e quindi, della rispondenza dell'obbligo di informazione al fine per il quale esso è stato posto. In tale prospettiva soccorre lo stesso art. 47 che - con le prescrizioni di cui alle lett. a), b), e c), del comma 1 - pone uno stretto finalismo fra la comunicazione dei motivi del trasferimento, l'accertamento delle conseguenze di esso per i dipendenti e le misure previste a tutela dei lavoratori interessati al trasferimento dell'azienda o di sue parti, dovendosi escludere, quindi, che le informazioni siano finalizzate alla valutazione della gestione aziendale e, ancor meno, alla concertazione della stessa fra le parti sociali».

conseguenza giuridica, economica e sociale che il trasferimento potrebbe produrre nei riguardi dei lavoratori, anche se di scarso rilievo e di cui magari il datore di lavoro non abbia piena consapevolezza, tuttavia «non è configurabile condotta antisindacale nel caso in cui la lettera di comunicazione alle organizzazioni sindacali (...) non contenga informazioni su fatti – pur rilevanti – che siano stati comunque oggetto di successiva discussione in sede di esame congiunto fra imprese e organizzazioni sindacali¹⁶⁹».

6. L'ESAME CONGIUNTO

Entro sette giorni dalla ricezione dell'informativa, le organizzazioni sindacali possono chiedere a cedente e cessionario di avviare un esame congiunto per valutare e discutere del progetto di trasferimento. Tale esame congiunto deve essere attivato entro sette giorni dalla richiesta e la procedura di consultazione deve intendersi esaurita decorsi dieci giorni dall'inizio, a prescindere dal fatto che sia stato o meno raggiunto un accordo tra cedente, cessionario e le organizzazioni sindacali (*ex art. 47, comma 2, Legge n. 428/1990*).

Dal tenore letterale del primo e secondo comma dell'art. 47 traspare in maniera piuttosto evidente che, mentre la fase d'informazione è senz'altro obbligatoria (e cioè, cedente e cessionario per legge sono tenuti a comunicare alle organizzazioni sindacali competenti tutte le informazioni relative al trasferimento), la fase di consultazione è, invece, solamente eventuale. Cedente e cessionario hanno l'obbligo di esperire la fase di consultazione solo nel caso in cui le organizzazioni sindacali ne facciano richiesta. Ed in ogni caso, l'obbligo di tale fase non paralizza certamente l'implementazione dell'operazione, proprio perché le organizzazioni sindacali non hanno potere di veto e dunque di ostacolare e impedire il trasferimento annunciato. Sul punto è stato

¹⁶⁹ Così, Corte d'Appello di Milano, 11 maggio 2001.

tuttavia osservato che, sebbene non vi sia un obbligo di addivenire ad un accordo, cedente e cessionario sono però obbligati nel corso dell'esame congiunto a comportarsi secondo buona fede e correttezza, non sussistendo un obbligo a contrattare e a svolgere trattative¹⁷⁰.

7. LA MANCATA OSSERVANZA DA PARTE DEL DATORE DI LAVORO DEGLI OBBLIGHI PREVISTI DALL'ART. 47 E LE CONSEGUENTI SANZIONI

Nella sua originaria formulazione l'art. 47 prevedeva che in caso in caso di mancato assolvimento, da parte del cedente e del cessionario, dell'esame congiunto, le organizzazioni sindacali avessero potere di agire ai sensi dell'art. 28 della Legge 20 maggio 1970 n. 300 (c.d. Statuto dei Lavoratori) per condotta antisindacale.

L'attuale comma 3 dell'art. 47, prevede, invece, l'esperibilità dell'art. 28 anche nel caso di violazione degli obblighi di informazione sindacale, e quindi non solo in caso cedente e cessionario si rifiutino di tenere l'esame congiunto richiesto dalla norma.

Le principali questioni affrontate da giurisprudenza e dottrina in merito a questa tipizzata ipotesi di condotta antisindacale sono essenzialmente due: (i) quali siano le conseguenze del provvedimento giudiziale che accerta la condotta antisindacale sull'efficacia dell'atto di trasferimento; e (ii) se, oltre alle organizzazioni sindacali, anche i lavoratori abbiano la legittimazione attiva per far valere in giudizio i vizi della procedure di consultazione o il mancato esperimento della stessa.

Sulle conseguenze della condotta antisindacale, in dottrina e giurisprudenza si sono registrati due orientamenti tra loro

¹⁷⁰ L. GALANTINO, *Diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2015, A. CORRADO-D. CORRADO, *Crisi di impresa e rapporti di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2016. In senso parzialmente contrario, V. LUCIANI, *Il ruolo del sindacato nella nuova disciplina sul trasferimento d'azienda*, in *Dir. Rel. Ind.*, 1993.

contrapposti.

Il primo orientamento ritiene che la procedura di informazione e consultazione sindacale costituisca un presupposto di legittimità dell'atto di trasferimento, con la conseguenza che la violazione di tale procedura determinerebbe la nullità dell'atto traslativo dell'azienda per contrasto con norma imperativa di legge *ex art. 1418 c.c.*¹⁷¹.

Il secondo orientamento ritiene che gli obblighi di informativa di cui all'art. 47 devono essere considerati come condizioni di efficacia dell'atto di trasferimento il cui mancato avveramento determina la sospensione degli effetti del trasferimento nei confronti dei lavoratori fino a che cedente e cessionario non abbiano adempiuto agli obblighi di legge in seguito all'ordine giudiziale¹⁷².

Sul punto, si connota per particolare chiarezza e linearità la sentenza della Corte di Cassazione del 4 gennaio 2000 n. 23 che ha statuito che la violazione della procedura di informazione e consultazione sindacale «*non concreta un illecito, ma esclusivamente la mancata realizzazione dell'interesse del soggetto medesimo. Di modo che il mancato adempimento dell'obbligo di consultazione da parte del*

¹⁷¹ A. PERULLI, *I rinvii all'autonomia collettiva: mercato del lavoro e trasferimento di azienda*, in *Giornale di dir. del lav. e rel. industr.*, 1992, p. 547; L. GUAGLIONE, *op. cit.*, p. 645; G. PERA, *Trasformazioni e fusioni nel settore creditizio*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, p. 443, A. MINERVINI, *Le vicende del rapporto di lavoro nella fase del trasferimento d'azienda*, in *Dir. Lav.*, 1992, E. BALLETTI, *La legittimazione passiva nel procedimento di repressione della condotta antisindacale*, in *Dir. lav.*, 1991. In giurisprudenza, Pret. Lodi 28 luglio 1995 («In caso di trasferimento di azienda, l'omissione della procedura sindacale prevista dall'art. 47 l. n. 428 del 29 dicembre 1990, dà luogo a un'ipotesi espressa di condotta antisindacale e genera altresì la nullità dello stesso negozio traslativo (dovendosi intendere ormai lo svolgimento della procedura sindacale come requisito di forma "ad substantiam" dell'atto traslativo), con la conseguenza che la rimozione degli effetti della condotta antisindacale può realizzarsi dichiarando la nullità dell'atto traslativo medesimo realizzato in violazione delle disposizioni di legge»), Pret. Pistoia 13 aprile 1994, Pret. Milano 2 aprile 1996.

¹⁷² P. PELAGGI, *Le procedure sindacali per il trasferimento di azienda, a cinque anni dall'entrata in vigore dell'art. 47, l. 29 dicembre 1990, n. 428*, in *Mass. giur. lav.*, 1995, p. 789.

datore di lavoro costituisce un comportamento che viola un interesse, che la legge identifica non in un interesse individuale ma in quello collettivo dei destinatari delle informazioni, e cioè i sindacati, i quali, appunto, sono gli unici titolari del diritto a che alienante ed acquirente procedano alla fase di consultazione. Il che esclude che l'osservanza delle procedure sindacali si configuri alla stregua di un presupposto di legittimità - e quindi di un requisito di validità - del negozio traslativo: se infatti le procedure sindacali non hanno ad oggetto il negozio di trasferimento della compagine aziendale, ma le conseguenze che ne derivano, e cioè a dire, i provvedimenti che l'alienante e l'acquirente hanno in animo di adottare successivamente ed in conseguenza del trasferimento, saranno caso mai questi ultimi ad essere interessati dal mancato adempimento degli obblighi imposti dalla legge e non mai il negozio di alienazione dell'azienda»¹⁷³.

Dunque sulla scorta di tale orientamento, il mancato coinvolgimento delle organizzazioni sindacali nell'operazione di trasferimento non intacca la validità dell'atto di trasferimento bensì comporta che il trasferimento dei rapporti di lavoro in capo al cessionario rimane sospeso fino a che cedente e cessionario non hanno esperito - secondo le modalità prescritte dalla norma - la procedura di informazione e consultazione sindacale.

Sulla legittimazione dei lavoratori a far valere i vizi della procedura, la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie sono unanimi nel ritenere che tale legittimazione spetti unicamente alle organizzazioni sindacali per i seguenti motivi: (i) innanzitutto, l'esperimento della procedura di informazione e consultazione non è requisito di legittimità dell'atto di trasferimento bensì determina unicamente la mancata realizzazione di

¹⁷³ Tra le tante, Trib. Roma 14 gennaio 2010, Trib. Roma 29 dicembre 2005, Cass., 22 agosto 2005, n. 17072, Cass., 6 giugno 2003, n. 9130, Trib. Milano 14 gennaio 2003.

un interesse che la legge identifica in quello collettivo, e cioè delle organizzazioni sindacali destinatarie dell'informativa e che in quanto tali sono le uniche legittimate a far valere i vizi della procedura; (ii) l'art. 47 non contiene una previsione simile a quella contenuta nella Legge n. 223/1991 sul licenziamento collettivo o nella Legge n. 64/1975 sulla cassa integrazione guadagni straordinaria che consentono al singolo di impugnare il provvedimento datoriale per far valere i vizi delle singole procedure.

Occorre tuttavia segnalare che una parte della dottrina ha ipotizzato la possibilità per i lavoratori trasferiti di chiedere il risarcimento dei danni subiti quale conseguenza del mancato rispetto della procedura prevista dall'art. 47¹⁷⁴.

Infine, non è mancata anche una parte della dottrina e della giurisprudenza, seppur minoritarie, che hanno invece ritenuto che l'art. 47 non è posto a tutela solo delle organizzazioni ma anche dei singoli, e per tale ragione deve dunque ritenersi ammissibile il diritto dei lavoratori di agire in giudizio nel caso in cui la procedura non sia stata osservata secondo i parametri previsti dall'art. 47.

In conclusione, aderendo agli orientamenti maggioritari, sembrerebbe dunque ragionevole ritenere che, in caso di violazione della procedura di cui all'art. 47, solo le organizzazioni sindacali possano ottenere dal giudice del lavoro: (i) l'accertamento dell'esistenza di una condotta antisindacale ai sensi dell'art. 28 della Legge n. 300 del 20 maggio 1970; e (ii) la declaratoria di inefficacia dei singoli provvedimenti adottati nei confronti dei lavoratori trasferiti, con la conseguente

¹⁷⁴ R. FOGLIA, *Trasferimenti di azienda ed effetti sul rapporto di lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 1991, p. 336; P. MAGNO, *La nuova disciplina del trasferimento di azienda*, in *Il diritto del lav.*, 1991, p. 150; L. DE ANGELIS, *Informazione e consultazione sindacale nel trasferimento di azienda: regime sanzionatorio e tutela processuale*, in *Foro it.*, 1999, p. 298 ss.

inefficacia di tutte le clausole contrattuali che implicino conseguenze.

CAPITOLO V – IL TRASFERIMENTO D’AZIENDA NELLE IMPRESE IN CRISI: IL CASO ALITALIA-CAI E ALITALIA- ETIHAD

SOMMARIO: 1. Le vicende circolatorie delle imprese in crisi; 2. Origine ed evoluzione della disciplina europea; 3. Il difficile dialogo tra la Corte di Giustizia e il legislatore italiano; 4. L’adeguamento della normativa italiana alla disciplina europea: il nuovo art. 47 delle Legge n. 428/1990; 4.1. L’art. 47, comma 4-bis, Legge n. 428/1990: il trasferimento d’azienda nelle procedure non liquidatorie; 4.2. L’art. 47, comma 5, Legge n. 428/1990: il trasferimento d’azienda nelle procedure liquidatorie; 4.3. Gli accordi sindacali quale condizione per la disapplicazione dell’art. 2112 c.c.; 4.4. Lo stato di crisi aziendale; 4.5. Il concordato preventivo con continuità e l’omologazione dell’accordo di ristrutturazione dei debiti; 4.6. La procedura di amministrazione straordinaria prima del caso Alitalia; 4.7. Le modifiche introdotte dal legislatore in materia di amministrazione straordinaria in connessione con l’operazione Alitalia - CAI; 4.8. L’operazione Alitalia-CAI e la giurisprudenza sulle nuove norme introdotte sull’amministrazione straordinaria; 4.9. Il caso Alitalia-Etihad e la giurisprudenza sull’applicazione dell’art. 47, comma 4-bis, Legge n. 428/1990.

1. LE VICENDE CIRCOLATORIE DELLE IMPRESE IN CRISI

L’attivazione di una procedura concorsuale non comporta necessariamente la automatica cessazione dell’attività produttiva. Anzi, come si evince dalla relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo recante «la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali di cui al R.D. 16 marzo 1942, n. 267», lo scopo delle procedure concorsuali è «la ricerca di un equilibrio tra tutela del ceto creditorio, garanzie individuali dei lavoratori, salvaguardia dei livelli occupazionali e *della sopravvivenza dell’impresa (...)*». E cioè, oltre all’esigenza di salvaguardare le pretese dei creditori e le garanzie dei lavoratori, le procedure concorsuali si prefiggono soprattutto di preservare la capacità produttiva dell’impresa e la sua continuità, anche mediante la ricollocazione (e cioè la cessione) dei beni e delle

attività ancora produttive a terzi.

La cessione d'azienda o di un suo ramo può dunque costituire un utile strumento (a volte persino indispensabile), per superare la grave fase di dissesto economico e finanziario in cui si trovano le imprese in difficoltà. Infatti, la cessione può essere disposta: (i) in funzione liquidatoria, con lo scopo di massimizzare le pretese dei creditori, e con contestuale esercizio provvisorio dell'attività produttiva; oppure (ii) per favorire la prosecuzione dell'attività produttiva nella prospettiva di una futura ripresa.

In tale contesto, sia il legislatore europeo che quello nazionale hanno tuttavia sentito l'esigenza di apportare dei correttivi alla disciplina di tutela dei lavoratori interessati da una cessione (e cioè da un trasferimento) d'azienda disposto da un'impresa in crisi o sottoposto ad una procedura concorsuale. Se, infatti, il trasferimento d'azienda viene disposto da un'impresa *in bonis*, la vicenda traslativa non deve avere alcun effetto sui rapporti di lavoro e sulle relative tutele. Se, invece, il trasferimento d'azienda viene disposto da aziende in crisi, diventa necessario comprimere le tutele dei lavoratori per favorire la circolazione delle aziende in dissesto (in genere meno appetibili sul mercato), evitando la cessazione dell'attività e la conseguente perdita definitiva del patrimonio aziendale e di tutti i posti di lavoro, e la soddisfazione delle pretese dei creditori.

È evidente che il trasferimento d'azienda da parte di imprese in crisi (o comunque sottoposte a procedure concorsuali), sia un momento estremamente delicato in cui devono essere contemperati interessi diversi e opposti: garantire la conservazione degli *assets*, il diritto dei creditori a vedere soddisfatte le proprie pretese nonché il diritto dei lavoratori a conservare il posto di lavoro.

È proprio nel tentativo di cercare questo punto di equilibrio delle diverse istanze che la disciplina giuslavoristica sul trasferimento di

azienda nelle imprese in crisi è stata oggetto di un acceso dibattito giurisprudenziale e dottrinale che ha comportato nel corso degli anni la rivisitazione a più riprese della disciplina sia europea che nazionale.

2. ORIGINE ED EVOLUZIONE DELLA DISCIPLINA EUROPEA

Per lungo tempo il legislatore europeo non ha previsto alcuna specifica disciplina in merito al regime di tutela applicabile ai lavoratori nel caso in cui il trasferimento d'azienda sia stato disposto nell'ambito di una delle procedure previste per la crisi dell'impresa¹⁷⁵. La Direttiva 77/87/CEE, infatti, non prevedeva alcuna deroga al principio dell'automatica continuazione dei rapporti di lavoro in capo al cessionario in caso di trasferimento di impresa né tantomeno modifiche alle condizioni di lavoro. Agli Stati membri era peraltro concessa unicamente la possibilità di prevedere disposizioni di maggior favore nei confronti dei lavoratori rispetto a quanto previsto nella suddetta Direttiva.

Tale silenzio è stato tuttavia colmato dalla giurisprudenza europea che nella sentenza del 7 febbraio 1985 (meglio conosciuta come “*Abels*”) ha affrontato per la prima volta la questione dell'applicabilità delle garanzie previste dalla Direttiva 77/87/CEE in un caso di cessione di un'impresa avvenuta nell'ambito di una procedura di fallimento. In tale sentenza, la Corte di Giustizia ha ribadito innanzitutto che la finalità della Direttiva 77/87/CEE è di impedire che «la ristrutturazione nell'ambito del mercato comune si effettui a danno dei lavoratori»¹⁷⁶. D'altra parte, la stessa Corte ha evidenziato la specificità del diritto fallimentare. Tale diritto, infatti, «è caratterizzato

¹⁷⁵La Direttiva 77/87/CEE sul mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda non conteneva alcuna norma specifica sulla sorte dei rapporti di lavoro nel caso in cui il trasferimento d'azienda fosse stato disposto da un'impresa in crisi.

¹⁷⁶Cfr. punto 18, Corte di Giustizia, 7 febbraio 1985, C-135/83.

da procedimenti speciali che hanno ad oggetto il contemperamento dei vari interessi, in particolare di quelli delle diverse categorie di creditori, il che implica in tutti gli Stati membri l'esistenza di norme specifiche il cui effetto può essere una deroga, quantomeno parziale, ad altre disposizioni, di carattere generale, fra le quali le disposizioni¹⁷⁷ di matrice giuslavoristica».

Alla luce di tale specificità, la Corte ha statuito che la Direttiva 77/87/CEE non doveva trovare applicazione ai «trasferimenti di imprese (...) avvenuti nell'ambito di un procedimento fallimentare mirante, sotto il controllo della competente autorità giudiziaria, alla liquidazione dei beni del cedente». Nella stessa sentenza, è stato altresì stabilito che la Direttiva doveva invece trovare applicazione in un procedimento come quello di sospensione di pagamenti («*surséance van betalen*») che si svolge in una fase anteriore rispetto al vero e proprio fallimento. Invero, la Corte ha ritenuto che i motivi che giustificano l'inapplicabilità della Direttiva nel caso dei procedimenti fallimentari non dovevano ritenersi validi per un procedimento che, pur avendo natura giurisdizionale, come il fallimento, di distingueva da esso sotto molteplici aspetti: (i) il controllo da parte del giudice era di portata molto più limitata; e (ii) lo scopo non era la liquidazione dei beni del cedente bensì la «salvaguardia del patrimonio ed eventualmente il proseguimento dell'attività di impresa mediante la sospensione collettiva dei pagamenti onde giungere ad una soluzione che consenta di garantire l'attività dell'impresa in futuro¹⁷⁸».

¹⁷⁷ Cfr. punto 15, Corte di Giustizia, 7 febbraio 1985, C-135/83.

¹⁷⁸ Cfr. punto 28, Corte di Giustizia, 7 febbraio 1985, C-135/83.

Successivamente, nella sentenza del 25 luglio 1991 (meglio nota come caso D'Urso)¹⁷⁹, la Corte di Giustizia ha statuito che il criterio determinante per stabilire se la Direttiva 77/87/CEE debba o meno trovare applicazione è quello dell'obiettivo perseguito della procedura concorsuale nell'ambito della quale viene disposto il trasferimento d'azienda. In particolare, se l'obiettivo economico-sociale della procedura concorsuale è quello di garantire la continuazione dell'attività di impresa, e cioè restituire all'impresa un equilibrio che consenta di garantire la sua attività futura, i lavoratori non possono essere privati dei diritti previsti dalla Direttiva in caso di trasferimento d'azienda. Al contrario, se la procedura concorsuale mira alla liquidazione dei beni del cedente per massimizzare la soddisfazione di tutti i creditori, i trasferimenti d'azienda operati nell'ambito di tale procedura devono essere sottratti alla sfera di applicazione della Direttiva 77/87/CEE.

La Corte di Giustizia ha confermato tale approccio anche nella sentenza del 7 dicembre 1995 (meglio conosciuta come caso "Spano")¹⁸⁰ in cui è stata chiamata a decidere se la Direttiva 77/87/CEE dovesse applicarsi al trasferimento operato da un'impresa dichiarata in stato di crisi ai sensi della legge italiana ma non sottoposta ad alcuna procedura concorsuale. La Corte, richiamando il precedente orientamento del caso "Abels" e "d'Urso" ha ribadito che il criterio determinante per stabilire l'applicabilità della Direttiva continuava ad essere l'obiettivo perseguito dal procedimento nell'ambito del quale veniva disposto il trasferimento d'azienda. Alla

¹⁷⁹Cfr. Corte di Giustizia, 25 luglio 1991, C-362/89. La controversia riguardava l'applicabilità delle tutele previste dalla Direttiva 77/87/CEE nel caso di trasferimento di un'impresa sottoposta ad un procedimento di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi previsto dalla legge italiana all'epoca vigente.

¹⁸⁰Cfr. Corte di Giustizia, 7 dicembre 1995, C-472/93.

luce di ciò, la Corte ha rilevato che un'impresa di cui sia stato dichiarato lo stato di crisi è oggetto di un procedimento che mira a conseguire il risanamento della situazione economico-finanziaria e il mantenimento dell'impiego nella prospettiva di una futura ripresa¹⁸¹. Inoltre, contrariamente a quanto avviene nei procedimenti di fallimento, «il procedimento di accertamento dello stato di crisi non implica alcun controllo giurisdizionale o provvedimento di amministrazione del patrimonio dell'impresa, né una sospensione dei pagamenti¹⁸²». In tale contesto, «l'obiettivo economico-sociale perseguito da tale procedimento non può spiegare né giustificare il fatto che, allorché l'impresa interessata costituisce oggetto di un trasferimento totale o parziale, i suoi lavoratori vengano privati dei diritti che la Direttiva conferisce loro¹⁸³».

Nella sentenza del 12 marzo 1998 (conosciuta come caso “*Dethier Equipment*”), la Corte di Giustizia, chiamata a decidere sull'applicabilità della Direttiva 77/87/CEE al caso di un'impresa in stato di liquidazione giudiziale in forza della legge belga, sviluppa ulteriormente il suo approccio. In particolare, la Corte, oltre a ribadire che il criterio fondamentale per stabilire se la Direttiva debba trovare applicazione è l'obiettivo perseguito dalla procedura, sottolinea che l'altro elemento a cui bisogna necessariamente far riferimento sono le modalità della procedura, e cioè stabilire se tali modalità implicino o meno la prosecuzione dell'attività. Nel caso di specie, la Corte ha rilevato che, sebbene la procedura di liquidazione giudiziale prevista dalla legge belga mirasse alla liquidazione dei beni del cedente, essa

¹⁸¹ Cfr. punto 28, Corte di Giustizia, 7 dicembre 1995, C-472/93 «le imprese di cui il CIPI accerta lo stato di crisi sono caratterizzate da una situazione patrimoniale che consente il proseguimento dell'attività produttiva senza significative interruzioni e hanno concrete prospettive di recupero».

¹⁸² Cfr. punto 29, Corte di Giustizia, 7 dicembre 1995, C-472/93.

¹⁸³ Cfr. punto 30, Corte di Giustizia, 7 dicembre 1995, C-472/93.

presentava comunque numerose differenze rispetto alla procedura di fallimento. In particolare: (i) nel caso della liquidazione giudiziale, il liquidatore, anche se nominato dal giudice, è un organo della società il quale procede alla vendita dell'attivo sotto la tutela dell'assemblea generale. Nel caso del fallimento, invece, il curatore, in qualità di rappresentante dei creditori, si trova in una posizione di terzietà rispetto alla società e procede al realizzo dell'attivo sotto la sorveglianza del giudice; (ii) non esiste una procedura speciale di accertamento dello stato passivo sotto il controllo dell'autorità giudiziaria, mentre nel fallimento lo stato passivo è accertato secondo una procedura speciale; (iii) i creditori possono, in linea di principio, procedere all'esecuzione forzata nei confronti della società mentre nel fallimento gli atti individuali di esecuzione sono vietati. In tali circostanze, la Corte ha ritenuto che le ragioni che l'avevano indotta a escludere l'applicazione della Direttiva in caso di fallimento dovevano venir meno nel caso di un'impresa in liquidazione giudiziale in cui la gestione della società continua ad essere garantita nelle more del trasferimento dell'azienda.

In seguito alle predette sentenze, con la Direttiva 98/50/CE il legislatore europeo modifica la precedente Direttiva 77/87/CEE introducendo l'art. 4-bis che è oggi contenuto nell'art. 5, paragrafo 1, della Direttiva 2001/23/CE.

L'art. 4-bis consente la deroga delle garanzie previste per i lavoratori ai sensi della Direttiva in tre distinte ipotesi e con effetti differenti a seconda dei casi.

In particolare, il primo caso è disciplinato dal paragrafo 1 dell'art. 4-bis, il quale prevede che il regime di tutela previsto agli artt. 3¹⁸⁴ e 4¹⁸⁵ della Direttiva non deve applicarsi al trasferimento di imprese nel caso in cui il cedente sia oggetto di una procedura fallimentare o di un'altra procedura di insolvenza analoga aperta in vista della liquidazione dei

¹⁸⁴ L'art. 3 della Direttiva prevede che: «1. I diritti e gli obblighi che risultano per il cedente da un contratto di lavoro o da un rapporto di lavoro esistente alla data del trasferimento sono, in conseguenza di tale trasferimento, trasferiti al cessionario. Gli Stati membri possono prevedere che il cedente, anche dopo la data del trasferimento, sia responsabile, accanto al cessionario, degli obblighi risultanti prima della data del trasferimento da un contratto di lavoro o da un rapporto di lavoro esistente alla data del trasferimento. 2. Gli Stati membri possono adottare i provvedimenti necessari per garantire che il cedente notifichi al cessionario tutti i diritti e gli obblighi che saranno trasferiti al cessionario a norma del presente articolo, nella misura in cui tali diritti e obblighi siano o avessero dovuto essere noti al cedente al momento del trasferimento. Il fatto che il cedente ometta di notificare al cessionario tali diritti e obblighi non incide sul trasferimento di detto diritto o obbligo e dei diritti di qualsiasi lavoratore nei confronti del cessionario e/o del cedente in relazione a detto diritto o obbligo. 3. Dopo il trasferimento, il cessionario mantiene le condizioni di lavoro convenute mediante contratto collettivo nei termini previsti da quest'ultimo per il cedente fino alla data della risoluzione o della scadenza del contratto collettivo o dell'entrata in vigore o dell'applicazione di un altro contratto collettivo. Gli Stati membri possono limitare il periodo del mantenimento delle condizioni di lavoro, purché esso non sia inferiore ad un anno. 4. a) A meno che gli Stati membri dispongano diversamente, i paragrafi 1 e 3 non si applicano ai diritti dei lavoratori a prestazioni di vecchiaia, di invalidità o per i superstiti dei regimi complementari di previdenza professionali o interprofessionali, esistenti al di fuori dei regimi legali di sicurezza sociale degli Stati membri. b) Anche quando essi non prevedono, a norma della lettera a), che i paragrafi 1 e 3 si applichino a tali diritti, gli Stati membri adottano i provvedimenti necessari per tutelare gli interessi dei lavoratori e di coloro che hanno già lasciato lo stabilimento del cedente al momento del trasferimento per quanto riguarda i diritti da essi maturati o in corso di maturazione, a prestazioni di vecchiaia, comprese quelle per i superstiti, dei regimi complementari di cui alla lettera a) del presente paragrafo.

¹⁸⁵ L'art. 4 della Direttiva prevede che: «1. Il trasferimento di un'impresa, di uno stabilimento o di una parte di impresa o di stabilimento non è di per sé motivo di licenziamento da parte del cedente o del cessionario. Tale dispositivo non pregiudica i licenziamenti che possono aver luogo per motivi economici, tecnici o d'organizzazione che comportano variazioni sul piano dell'occupazione. Gli Stati membri possono prevedere che il primo comma non si applichi a talune categorie delimitate di lavoratori non coperti dalla legislazione o dalla prassi degli Stati membri in materia di tutela contro il licenziamento. 2. Se il contratto di lavoro o il rapporto di lavoro è risolto in quanto il trasferimento comporta a scapito del lavoratore una sostanziale modifica delle condizioni di lavoro, la risoluzione del contratto di lavoro o del rapporto di lavoro è considerata come dovuta alla responsabilità del datore di lavoro».

beni del cedente e che si svolge sotto il controllo di un'autorità pubblica, salvo che gli Stati membri non dispongano diversamente¹⁸⁶.

Il secondo caso, disciplinato dal paragrafo 2 dell'art. 4-bis (oggi riprodotto al paragrafo 2 dell'art. 5 della Direttiva 2001/23/CE) prevede invece che, quando gli artt. 3 e 4 della Direttiva si applicano al trasferimento di imprese avvenuto nel corso di una procedura di insolvenza aperta nei confronti del cedente (indipendentemente dal fatto che la procedura sia stata aperta in vista della liquidazione dei beni del cedente stesso) e a condizione che tali procedure siano sotto il controllo di un'autorità pubblica, uno Stato membro può disporre che:

- (i) gli obblighi del cedente risultanti da un contratto di lavoro e pagabili prima del trasferimento o prima dell'apertura della procedura di insolvenza non siano trasferiti al cessionario (lett. a, paragrafo 2);
- (ii) il cedente, il cessionario e i sindacati possano convenire, nella misura consentita dalla legge, modifiche alle condizioni di lavoro dei lavoratori (lett. b, paragrafo 2).

Infine, il terzo caso è disciplinato dal paragrafo 3 della Direttiva che autorizza gli Stati membri a decidere se applicare la lett. b del paragrafo 2 dell'art. 4-bis nel caso in cui il trasferimento dell'impresa venga disposto da un cedente che versi in una grave crisi economica (come definita dal diritto nazionale), purché tale situazione sia dichiarata da un'autorità pubblica e sia aperta al controllo giudiziario.

Dall'analisi delle sentenze esaminate e da un'interpretazione dell'art. 4-bis della Direttiva 98/50/CE (oggi Direttiva 2001/23/CE) e come

¹⁸⁶ Tale disposizione, quando si riferisce ad una procedura «aperta in vista della liquidazione dei beni del cedente» e «che si svolge sotto il controllo di un'autorità pubblica», riprende chiaramente l'espressione utilizzata dalla Corte di Giustizia nelle sentenze *Abels* e *d'Urso*.

anche osservato dall'Avvocato Generale della Corte di Giustizia Paolo Mengozzi¹⁸⁷, è chiaro che per stabilire se il regime di tutela dei lavoratori previsto dalla Direttiva debba o meno trovare applicazione, la Corte prende in esame due criteri: (i) l'obiettivo perseguito dal procedimento; e (ii) le modalità di tale procedimento. L'esclusione delle tutele previste dalla Direttiva in favore dei lavoratori è consentito solo ed esclusivamente nel caso in cui gli obiettivi del procedimento e le relative modalità siano dirette alla liquidazione dei beni dell'impresa. Se, invece, «in considerazione degli obiettivi e delle relative modalità, il procedimento mira alla prosecuzione della gestione dell'impresa, il suo obiettivo economico-sociale non giustifica che, in caso di trasferimento dell'impresa, i lavoratori siano privati dei diritti previsti dalla Direttiva.

La distinzione tra procedimenti mirati alla liquidazione e procedimenti mirati alla prosecuzione dell'impresa discende non solo dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia ma, come rilevato dalla Commissione, trova fondamento nello stesso testo dell'art. 4-bis (oggi 5) della Direttiva. Ed infatti, tale articolo prevede due discipline diverse a seconda che il procedimento nell'ambito del quale viene disposto il trasferimento d'impresa miri alla liquidazione dei beni del cedente. Quando il procedimento ha come obiettivo la prosecuzione dell'impresa, agli Stati membri è consentito solo derogare alla solidarietà tra cedente e cessionario e modificare le condizioni di lavoro, previo accordo sindacale.

È chiaro che accertare in concreto quando una procedura miri alla liquidazione dei beni e quando invece miri alla prosecuzione dell'impresa può non essere un'operazione semplice. Secondo

¹⁸⁷ Cfr. conclusioni dell'Avvocato Generale Paolo Mengozzi del 29 marzo 2017 nella causa C-126/16 (caso "*Smallsteps BV*").

l'Avvocato Generale Paolo Mengozzi, il trasferimento di impresa può considerarsi disposto nell'ambito di un procedimento che mira alla prosecuzione dell'impresa quando tale procedimento è concepito o comunque applicato con l'obiettivo di salvaguardare l'operatività dell'impresa al fine di consentire il mantenimento del valore derivante dalla prosecuzione, senza interruzione, della sua attività. I procedimenti volti alla liquidazione dei beni del cedente non sono invece creati per realizzare tale obiettivo ma mirano unicamente a massimizzare le pretese collettive di tutti i creditori.

«Naturalmente, può determinarsi una certa sovrapposizione tra l'obiettivo di salvaguardare l'operatività della parte dell'impresa e quello di massimizzare la soddisfazione collettiva dei creditori. *Infatti, il valore di un'impresa che svolge ancora la propria attività normalmente è, in generale, nettamente superiore sia al valore dei suoi attivi, considerati singolarmente, sia al valore che avrebbe la stessa impresa se fosse dichiarato che essa versa in una situazione di grave difficoltà finanziaria. Pertanto, la salvaguardia dell'operatività della parte valida dell'impresa in stato di difficoltà che potenzialmente consente di ottenere un prezzo più elevato per la sua cessione è idoneo a massimizzare la soddisfazione dei creditori. Tuttavia, nei procedimenti che mirano alla prosecuzione dell'impresa, la salvaguardia della stessa costituisce l'elemento centrale, l'obiettivo finale del procedimento in quanto tale o della sua applicazione in concreto. Invece, nei procedimenti che mirano alla liquidazione, la suddetta tutela è meramente funzionale alla soddisfazione dei creditori*¹⁸⁸».

¹⁸⁸ Cfr. punto 58, conclusioni dell'Avvocato Generale Paolo Mengozzi del 29 marzo 2017, C-126/16.

Alla luce di ciò, è stato osservato che la deroga prevista dal paragrafo 1 dell'art. 4-bis (oggi art. 5 della Direttiva 2001/23/CE) deve essere oggetto di un'interpretazione estremamente restrittiva, anche se un certo margine di discrezionalità è comunque lasciato agli Stati membri che possono decidere di non prevedere alcuna deroga anche nel caso in cui il cedente sia oggetto di una procedura che miri alla liquidazione dei suoi beni (paragrafo 1) o possono, se ritengono, prevedere di applicare gli artt. 3 e 4 della Direttiva solo parzialmente (paragrafo 2, lett. a e b)¹⁸⁹.

Anche molto recentemente, con la sentenza del 22 giugno 2017 (caso *Smallsteps BV*), la Corte di Giustizia è stata un'altra volta chiamata a pronunciarsi sull'applicazione della Direttiva 2001/23/CE ad un trasferimento di impresa avvenuto nell'ambito di un *pre-pack* di diritto olandese. Nel caso di specie, una società olandese in grave crisi economico e finanziaria, *Estro Groep*, aveva stipulato con una neo costituita società, *Smallsteps*, un *pre-pack* nell'ambito del quale la *Estro Groep* avrebbe acquistato circa 250 stabilimenti e offerto un impiego a circa 2600 lavoratori della *Estro Groep* il giorno dopo la pronuncia di fallimento. La *Estro Groep*, il giorno dopo la dichiarazione di fallimento licenzia tutti i suoi dipendenti ma solo 2600 di questi vengono successivamente assunti da *Smallsteps*. A seguito del loro licenziamento, un gruppo di lavoratori a cui non era stata offerta alcuna assunzione presso *Smallsteps* proponeva un ricorso davanti al giudice olandese al fine di far accertare l'applicazione della Direttiva 2001/23/CE al procedimento di *pre-pack*

¹⁸⁹ Il riconoscimento di tale margine di discrezionalità è in linea con la sentenza del 7 febbraio 1985 (*Abels*) ed è coerente con l'ampio margine di manovra riconosciuto dalla Direttiva 2003/21 che intende armonizzare parzialmente la materia ma non ha come obiettivo quello di instaurare un livello di tutela uniforme nell'intera Unione Europea secondo criteri comuni.

concluso tra l'*Estro Groep* e *Smallsteps* e il loro conseguente diritto ad essere assunti presso la *Smallsteps*.

L'iter argomentativo seguito dalla Corte di Giustizia in merito al caso *Smallsteps* è molto sintetico e poco lineare ma le conclusioni dell'Avvocato Generale Paolo Mengozzi costituiscono un utile strumento per poter comprendere le ragioni sulla cui base la Corte di Giustizia ha ritenuto che la Direttiva 2001/23/CE dovesse applicarsi anche ai casi di *pre-pack* previsti dal diritto olandese.

In particolare, l'Avvocato Generale analizza dapprima le caratteristiche della procedura di *pre-pack* e poi l'obiettivo che la procedura si prefigge di realizzare.

La procedura di *pre-pack* olandese nasce dalla prassi e indica una «transazione sugli attivi di un'impresa in crisi (cessione) che è predisposta prima dell'apertura di una procedura d'insolvenza (generalmente un fallimento) con il concorso di un amministratore e che, normalmente, effettuata immediatamente dopo l'apertura della procedura di insolvenza». La procedura di *pre-pack* si articola in due fasi: (i) la prima è preparatoria e antecedente alla dichiarazione di fallimento; mentre la (ii) seconda è simultanea o appena successiva alla dichiarazione di fallimento.

La fase preparatoria prende avvio su iniziativa della società stessa che chiede al giudice di nominare un curatore designato e un giudice-commissario designato. Il curatore designato viene nominato già nella prima fase (per essere poi confermato nella seconda fase) in modo che possa informarsi sull'impresa, sulle sue condizioni finanziarie e sulle possibili soluzioni per uscire dalla crisi in modo da proporre al giudice-commissario l'autorizzazione alla cessione *pre-pack* dopo la dichiarazione di fallimento. In tale fase preparatoria, il curatore designato prende i contatti con l'impresa e può anche eventualmente partecipare alle trattative relative alla cessione. Durante tale fase

preparatoria, la cessione dell'impresa è predisposta in ogni minimo dettaglio, ivi incluso il contratto di vendita. Tutto è preordinato all'esecuzione immediata del trasferimento contemporaneamente alla dichiarazione di fallimento, senza interruzione dell'attività di impresa. Una volta dichiarato il fallimento, il giudice nomina il curatore designato in qualità di curatore fallimentare e il giudice-commissario designato diventa il giudice commissario. Dato che tutti gli elementi della cessione sono stati decisi nella prima fase preparatoria, una volta aperto il fallimento, il curatore richiede al giudice l'autorizzazione per la cessione del *pre-pack*. Lo scopo di organizzare l'attività di cessione prima della pronuncia di fallimento è quello di evitare l'interruzione che risulterebbe dalla cessazione immediata delle attività dell'impresa al momento del fallimento e che comporterebbe un'importante perdita di valore dell'impresa oggetto della cessione. Quanto ai poteri del curatore designato e del giudice-commissario designato durante la fase preparatoria, poiché tale fase non è disciplinata dalla legge, nessuno dei due ha formalmente alcune poteri. È tuttavia evidente che durante la fase preparatoria i medesimi godano comune di un certo potere informale, considerato che una volta aperto il fallimento il curatore designato e il giudice-commissario designato devono, rispettivamente, chiedere e fornire l'autorizzazione alla cessione di impresa. Si tratta però solo di un potere di natura totalmente informale che non trova alcun riscontro giuridico.

Sulla scorta di ciò, la Corte di Giustizia ha rilevato che il procedimento di *pre-pack* si differenzia da un procedimento fallimento in ragione di diversi elementi. Difatti, e per riassumere: (i) il procedimento è avviato sempre dalla stessa impresa, mentre il procedimento fallimentare può essere iniziato da vari attori, quali ad esempio, i creditori; (ii) la fase preparatoria ha carattere informale ed è gestita interamente dall'organo amministrativo della società che

conduce le trattative e adotta le decisioni in merito alla vendita dell'impresa; e (iii) il curatore designato e il giudice-commissario designato non hanno alcun potere formale nella fase preparatoria. Non sussiste alcuna amministrazione da parte del curatore, non sussistono procedure formali di accertamento dello stato passivo.

Quanto all'obiettivo perseguito dalla procedura di *pre-pack*, la Corte di Giustizia ritiene che essa «miri a preparare la cessione dell'impresa nei minimi dettagli per permettere la ripresa rapida delle unità economicamente sostenibili dell'impresa dopo la pronuncia di fallimento, al fine di evitare così l'interruzione che risulterebbe dalla brusca cessazione dell'attività di tale impresa alla data di pronuncia di fallimento, in modo da preservare il valore di detta impresa e l'occupazione¹⁹⁰». In conclusione, secondo la Corte di Giustizia, tale operazione non mira alla liquidazione dell'impresa e per tale ragione non può giustificare il fatto che i lavoratori trasferiti non siano garantiti e tutelati dalle protezioni previste dalla Direttiva 2001/23/2001.

3. IL DIFFICILE DIALOGO TRA LA CORTE DI GIUSTIZIA E IL LEGISLATORE ITALIANO

Il rapporto tra ordinamento italiano e quello europeo in tema di trasferimento di impresa è stato piuttosto travagliato e caratterizzato da ripetuti contrasti.

Per lungo tempo l'ordinamento italiano non aveva una disciplina specifica sul trasferimento di imprese in crisi. Il legislatore, infatti, negli anni precedenti, si era limitato a prevedere delle ipotesi peculiari senza predisporre una disciplina organica della materia, riconoscendo la possibilità di derogare alle garanzie previste in favore dei lavoratori

¹⁹⁰Cfr. punto 49, Corte di Giustizia, 22 giugno 2017, C-126/16.

in nome della salvaguardia dell'impresa e del mantenimento (anche se parziale) dei livelli occupazionali¹⁹¹.

L'art. 47 della Legge n. 428/1990 rappresenta il primo deciso intervento del legislatore per offrire una soluzione alla crisi d'impresa mediante il trasferimento d'impresa, o di parte di essa, quale mezzo per tutelare, tra l'altro, l'interesse dei lavoratori alla conservazione del posto di lavoro.

Nella sua originaria formulazione, solo il quinto comma dell'art. 47 disciplinava tutte le ipotesi in cui era possibile derogare all'art. 2112 c.c. In particolare, il legislatore consentiva la disapplicazione dell'art. 2112 c.c. nel caso di trasferimenti d'impresa disposti da società di cui era stato dichiarato e accertato lo stato di crisi aziendale dal CIPI, ovvero da società nei confronti delle quali fosse stato dichiarato il fallimento, ovvero l'omologazione di concordato preventivo consistente nella cessione di beni, ovvero fosse stato emanato un provvedimento di liquidazione coatta amministrativa ovvero in caso di sottoposizione alla procedura di amministrazione straordinaria. In tutti questi casi, e purché fosse stato raggiunto un accordo con i sindacati per il mantenimento anche parziale dell'occupazione, non si applicavano le disposizioni dell'art. 2112 c.c., salvo condizioni di miglior favore che fossero state stabilite nell'accordo sindacale.

Tale disciplina nazionale con cui il legislatore aveva deciso di sacrificare le tutele di cui all'art. 2112 c.c., risultava però essere in contrasto sia con la Direttiva 77/87/CEE che con la giurisprudenza comunitaria.

¹⁹¹ Si veda la Legge 29 marzo 1976, n. 62, la Legge 26 febbraio 1977, n. 39, Legge 26 maggio 1978, n. 215. In dottrina, NAPPI, *Negozi traslativi dell'impresa e rapporti di lavoro*, Napoli, 1999, M. PERSIANI, *Interesse del lavoratore alla conservazione del posto e dissesto dell'impresa. L'uso alternativo delle procedure concorsuali*, *Giur. comm.* 1979, I, COSIO, *Le vicende dei rapporti di lavoro nelle imprese in crisi: modelli normativi a confronto*, in *Riv. giur. lav.*, 1987.

Infatti, la Direttiva 77/87/CEE (che l'art. 47 intendeva recepire) non conteneva alcuna disposizione che consentisse agli Stati membri di derogare alle tutele previste in favore dei lavoratori in caso di trasferimento di impresa.

Inoltre, la stessa Corte di Giustizia nella causa “*Abels*” aveva sancito il principio per cui la Direttiva 77/87/CEE poteva essere disapplicata ma solo nel caso in cui il trasferimento di impresa riguardasse un cedente sottoposto ad una procedura di fallimento o altra procedura concorsuale sottoposta a controllo da parte dell'autorità competente che mirava alla liquidazione dei beni dello stesso cedente.

La pronuncia d'incompatibilità della normativa nazionale con quella comunitaria non è tardata ad arrivare ed è stata successivamente dichiarata dalla Corte di Giustizia nella nota causa Spano del 7 dicembre 1995. La Corte di Giustizia ha ritenuto che la Direttiva 77/87/CEE dovesse ritenersi applicabile anche al caso in cui un'impresa fosse stata dichiarata in stato di crisi in quanto l'obiettivo dell'intero procedimento (che non era neppure presidiato da un'autorità ma bensì dalla stessa impresa) non era la liquidazione dei beni del cedente bensì favorire la prosecuzione dell'impresa nella prospettiva di una futura ripresa.

Dopo la sentenza Spano, con la Direttiva 98/50/CE viene modificata la precedente Direttiva 77/87/CEE e introdotto l'art. 4-bis in tema di trasferimento d'impresе in crisi. Successivamente, la Direttiva 77/87/CEE viene trasposta nella nuova Direttiva 2001/23/CE e l'art. 5 viene interamente dedicato al trasferimento delle imprese in crisi riproducendo lo stesso contenuto dell'art. 4-bis.

A quel punto in dottrina si era discusso se con le modifiche introdotte dal legislatore europeo con l'art. 4-bis, l'art. 47, comma 5, della Legge n. 428/1990 potesse considerarsi o meno compatibile con la nuova Direttiva che, di fatto, introduceva delle deroghe all'automatica

continuazione dei rapporti di lavoro in caso di trasferimento di impresa in crisi. La dottrina sul punto era piuttosto divisa. Difatti, una parte della dottrina riteneva che con tale modifica introdotta dalla Direttiva il legislatore europeo avesse sanato l'incompatibilità dell'art. 47, 5 comma, della Legge n. 428/1990 già evidenziata dalla Corte di Giustizia nella sentenza Spano¹⁹². Altra parte della dottrina, invece, riteneva che tale incompatibilità non fosse venuta meno, in quanto lo "stato di crisi" previsto al paragrafo 3 dell'art. 4-bis della Direttiva avrebbe autorizzato solo ed esclusivamente modifiche delle condizioni di lavoro ma non la disapplicazione dell'art. 2112 c.c., e cioè la deroga al principio di automatico trasferimento dei rapporti di lavoro in capo al cessionario¹⁹³.

Il contrasto dottrinale tra coloro che sostenevano che il comma 5 dell'art. 47 della Legge n. 428/1990 fosse incompatibile con la Direttiva e chi, invece, sosteneva che l'originaria incompatibilità tra la vecchia Direttiva e la norma nazionale è stato risolto qualche tempo dopo dalla Corte di Giustizia.

¹⁹² Cfr. PIZZOFERRATO, *I riflessi della Direttiva 98/50/CE sull'ordinamento italiano*, *Giorn. dir. lav.*, 1999, n. 82-83; DE LUCA TAMAJO-SALIMBENI, *Il trasferimento d'azienda* in VALLEBONA, *I contratti di lavoro*, II, in RESCIGNO, *Trattato dei Contratti*, Gabrielli, Torino 2009, R. BOLLINI, *Protezione del lavoro nel trasferimento d'azienda; il D.L. 135/2009 e il c.d. «caso Alitalia» alla luce della giurisprudenza comunitaria*, in *Riv. it. dir. lav.* 2010, pag. 338. In particolare, molti autori sostenevano che i dubbi di incompatibilità dovevano ritenersi superati in considerazione dell'obiettivo finale perseguito della Direttiva che era la salvaguardia dell'occupazione e la necessità di attribuire alle rappresentanza sindacali la possibilità di mediare tra l'esigenza di garantire la sopravvivenza dell'impresa e i diritti dei lavoratori. Di fatto, molti hanno ritenuto che con le modifiche introdotte con la Direttiva, il legislatore europeo avesse utilizzato una formulazione legislativa che avrebbe legittimato un'interpretazione volta a ritenere il comma 5 conforme alla Diretta europea.

¹⁹³ CARABELLI, *Trasferimento d'azienda: la nuova Direttive Europea*; ROCCELLA, TREU, *Diritto del lavoro e della comunità europea*, Cedam, 2007, IV. La dottrina difatti osservava che in base al tenore letterale della Direttiva e alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, sarebbe stato possibile derogare alle tutele previste dalla Direttiva solo nel caso di procedimenti con finalità liquidatorie.

Dopo aver denunciato nel 2006 la perdurante incompatibilità della normativa italiana con la nuova Direttiva, e data l'inerzia dell'Italia a conformarsi alla nuova Direttiva, la Commissione ha promosso nei confronti dell'Italia un ricorso per infrazione innanzi alla Corte di Giustizia.

Con la sentenza dell'11 giugno 2009 (C-561-07) la Corte di Giustizia ha condannato la Repubblica Italiana precisando che *«mantenendo in vigore le disposizioni di cui all'art. 47, commi 5 e 6, della legge 29 dicembre 1990, n. 428, in caso di "crisi aziendale" (...), in modo tale che i diritti riconosciuti ai lavoratori dall'art. 3, nn. 1, 3 e 4, nonché dall'art. 4 della Direttiva del Consiglio 12 marzo 2001, 2001/23/CE, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti, non sono garantiti nel caso di trasferimento di un'azienda il cui stato di crisi sia stato accertato, la Repubblica Italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza di tale Direttiva»*.

Nello specifico, la Corte di Giustizia ha ritenuto che il comma 5 dell'art. 47 della Legge n. 428/1990 non potesse considerarsi compatibile con la Direttiva europea sulla scorta delle seguenti motivazioni:

- (i) lo «stato di crisi» previsto dalla legge nazionale (art. 2, comma 5, lett. c), Legge n. 675/1977) non rientra nelle fattispecie contemplate dalla Direttiva all'art. 5, paragrafo 2, che consente agli Stati membri di prevedere alcune deroghe agli artt. 3 e 4 della Direttiva. Lo «stato di crisi», infatti, è una procedura *«che mira a favorire la prosecuzione dell'attività di impresa nella prospettiva di una futura ripresa, non implica alcun controllo giudiziario o provvedimento di amministrazione del*

*patrimonio dell'impresa e non prevede nessuna sospensione dei pagamenti*¹⁹⁴». Di conseguenza, nell'art. 47, 5 comma, della Legge n. 428/1990 non ricorrono i presupposti per l'applicazione dell'art. 5, paragrafo 2, della Direttiva 2001/23/CE che consente di modificare le condizioni dei lavoratori e di derogare al principio della solidarietà tra cedente e cessionario per tutti i crediti che i lavoratori avevano al momento del trasferimento;

- (ii) anche a voler ammettere che allo “stato di crisi” sia applicabile il paragrafo 2, art. 5, della Direttiva, resterebbe comunque un profilo di incompatibilità. Difatti, mentre l'art. 5, paragrafo 2, della Direttiva presuppone l'applicazione degli artt. 3 e 4 (e cioè l'automatico trasferimento dei rapporti di lavoro in caso al cessionario e il divieto di licenziamento a causa del trasferimento d'azienda) l'art. 47, 5 comma, della Legge n. 428/1990 ne prevede l'esclusione. Tale previsione non è compatibile con la Direttiva che esclude l'applicazione degli artt. 3 e 4 in ipotesi tassative e cioè nel caso di una procedura di insolvenza aperta in vista della liquidazione dei beni del cedente sotto il controllo di un'autorità pubblica competente;
- (iii) l'art. 47, comma 5, della Legge n. 428/1990 è in ogni caso incompatibile anche con l'art. 5, paragrafo 3, della Direttiva che prevede unicamente in caso di “crisi aziendale” la modifica delle condizioni di lavoro ma non la disapplicazione degli artt. 3 e 4 della Direttiva¹⁹⁵; e

¹⁹⁴ Cfr. punto 38, Corte di Giustizia, 11 giugno 2009, C-561-07.

¹⁹⁵ «Orbene è pacifico che l'art. 47, quinto comma, della legge n. 428/1990 priva puramente e semplicemente i lavoratori, in caso di trasferimento di un'impresa di cui sia stato accertato lo stato di crisi, delle garanzie previste dagli artt. 3 e 4 della Direttiva 2001/23 e non si limita, di conseguenza, ad una modifica delle condizioni di lavoro quale è autorizzata dall'art. 5, n. 3, della Direttiva 2001/23». «Poiché le

(iv) l'applicazione dell'art. 5, paragrafo 3, della Direttiva è comunque subordinato alla possibilità del controllo giudiziario della procedura in questione. *«La Repubblica Italiana ha precisato in proposito che le parti hanno il diritto di adire l'autorità giudiziaria competente nell'ipotesi di mancato rispetto della procedura prevista. Tale diritto non può essere considerato come costitutivo del controllo giudiziario previsto dall'articolo citato, dal momento che quest'ultimo presuppone un controllo costante dell'impresa dichiarata in situazione di grave crisi economica da parte del giudice competente¹⁹⁶»*.

4. L'ADEGUAMENTO DELLA NORMATIVA ITALIANA ALLA DISCIPLINA EUROPEA: IL NUOVO ART. 47 DELLE LEGGE N. 428/1990

A seguito della pronuncia di condanna della Corte di Giustizia, con l'intento di recepire le disposizioni dell'art. 5 della Direttiva, il legislatore italiano (con estrema e piuttosto rara tempestività)¹⁹⁷ ha riformulato l'art. 47 della Legge n. 428/1990 suddividendo il vecchio comma 5 in due disposizioni: il nuovo comma 4-bis, dedicato ai trasferimenti di impresa nell'ambito di procedure con finalità non liquidatorie, e il comma 5, da cui è stata eliminata la fattispecie delle aziende "in crisi", dedicato invece ai trasferimenti di impresa nell'ambito di procedure con finalità liquidatorie.

norme della Direttiva vanno ritenute imperative nel senso che non è consentito derogarvi in senso sfavorevole ai lavoratori, i diritti e gli obblighi in capo al cedente risultanti da un contratto collettivo in essere alla data del trasferimento si trasmettono ipso iure al cessionario per il solo fatto del trasferimento (v. sentenza 9 marzo 2006, causa C-499/04, Werhof, Race, pag. I-2397, punti 26 e 27). Ne discende che la modifica delle condizioni di lavoro autorizzata dall'art. 5, n. 3, della Direttiva 2001/23 presuppone che il trasferimento al cessionario dei diritti dei lavoratori abbia già avuto luogo» Cfr. punti 45 e 46, Corte di Giustizia, 11 giugno 2009, C-561-07.

¹⁹⁶ Cfr. punto 47, Corte di Giustizia, 11 giugno 2009, C-561-07

¹⁹⁷ Cfr. art. 19-quater del D.L. 25 settembre 2009 n. 135.

Il comma 6 dell'art. 47 è invece rimasto immutato e disciplina la sorte dei lavoratori rimasti alle dipendenze del cedente a cui il legislatore riconosce un diritto di precedenza nelle assunzioni che il cessionario intende fare entro un anno dalla data del trasferimento, ovvero nel più lungo periodo che è stato concordato con i sindacati¹⁹⁸.

4.1. L'art. 47, comma 4-bis, Legge n. 428/1990: il trasferimento d'azienda nelle procedure non liquidatorie

Il nuovo comma 4-bis¹⁹⁹ prevede che ove il trasferimento di impresa riguardi aziende per le quali:

- a) sia stato accertato lo stato di crisi aziendale, *ex art. 2, comma 5, lett. c, della Legge n. 675/1997*;
- b) sia stata disposta l'amministrazione straordinaria ai sensi del D.Lgs. n. 270/1999 (c.d. Legge Prodi-bis), in caso di continuazione o di mancata cessazione dell'attività;
- c) vi sia stata la dichiarazione di apertura del concordato preventivo;
- d) vi sia stata la omologazione dell'accordo di ristrutturazione del debito,

se nell'ambito della procedura di consultazione sindacale di cui all'art. 47 le parti abbiano raggiunto un accordo sindacale circa il mantenimento anche parziale dell'occupazione, *«l'art. 2112 c.c. trova applicazione nei termini e con le limitazioni previste dall'accordo medesimo»*.

¹⁹⁸ Secondo la dottrina tale disposizione deve ritenersi applicabile ai soli casi di trasferimento di imprese in crisi, sia perché riguarda i lavoratori non interessati al trasferimento d'impresa ai quali non si applica l'art. 2112 c.c., sia perché il rinvio operato al contratto collettivo per la fissazione di un termine superiore all'anno di durata della prelazione non può che essere riferito all'accordo nel quale sia stato concordato il mantenimento solo parziale dell'occupazione (Cfr. M. L. VALLAURI, in *Lavoratori e trasferimento di ramo nell'impresa in crisi, Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori* (a cura di M. AIMO E D. IZZI), UTET, 2014).

¹⁹⁹ Come anche modificato successivamente dal Decreto Sviluppo.

L'intento del legislatore è stato dunque quello di prevedere alcune agevolazioni per le vicende traslative di aziende che, pur non soggette a procedure liquidatorie, si trovino comunque in stato di dissesto e cioè in una situazione economico e finanziaria che consenta una continuazione dell'attività.

Il meccanismo ideato dal legislatore è inverso rispetto a quello previsto dal comma 5. Difatti, nelle procedure con finalità non liquidatoria e cioè le procedure che mirano ad una ristrutturazione economico-finanziaria che consenta all'impresa di ritornare *in bonis*, l'accordo sindacale nell'ambito del quale viene garantito il mantenimento anche parziale dell'occupazione non comporta la disapplicazione delle tutele previste dall'art. 2112 c.c. ma soltanto che l'accordo possa stabilire i "termini" le "condizioni" di tale applicazione.

Il punto su cui la dottrina continua a interrogarsi è il limite fino a cui l'accordo sindacale di cui al comma 4-bis possa spingersi, tenendo soprattutto conto delle disposizioni della Direttiva 2001/23/CE.

Stando al tenore letterale della disposizione, l'esistenza di un accordo sindacale legittimerebbe, non solo la modifica delle condizioni di lavoro e l'esclusione o la parziale applicabile della solidarietà tra cedente e cessionario per i crediti maturati dai lavoratori al momento del trasferimento, ma anche la possibilità di escludere dal trasferimento d'impresa alcuni lavoratori addetti all'impresa o al ramo d'impresa. Difatti, il comma 4-bis stabilisce che l'art. 2112 c.c. trova applicazione nei termini e con i limiti previsti dall'accordo sindacale che deve prevedere il mantenimento "anche parziale" dell'occupazione, con ciò lasciando intendere che l'accordo sindacale possa anche prevedere delle deroghe al principio di automatico trasferimento dei dipendenti al cessionario secondo quanto previsto al primo comma dell'art. 2112 c.c. Ovviamente in caso di mancato

accordo, le tutele previste dall'art. 2112 c.c. troverebbero applicazione a tutti i dipendenti senza limiti di sorta.

La norma in esame, anche se garantisce in linea di principio l'applicazione delle tutele di cui all'art. 2112 c.c., seppure entro i limiti previsti dall'accordo sindacale, porta di fatto ad una disapplicazione dell'art. 2112 c.c., e con essa, di quelle tutele previste dall'artt. 3 e 4 della Direttiva 2001/23/CE che la Corte di Giustizia non aveva mancato di segnalare nella precedente versione dell'art. 47, commi 5 e 6, della Legge n. 428/1990.

In pratica, il nuovo comma 4-bis della Legge n. 428/1990 potrebbe essere oggetto di una nuova pronuncia di condanna dell'Italia da parte della Corte di Giustizia per diversi motivi.

Infatti, il comma 4-bis non può legittimare (anche se con l'accordo sindacale) la deroga ai principi di cui agli artt. 3 e 4 della Direttiva 2001/23/CE posto che il legislatore europeo autorizza una simile deroga solo ed esclusivamente nelle procedure con finalità liquidatorie, mentre il comma 4 si riferisce alla procedure (come quella di crisi aziendale) che mirano alla prosecuzione dell'attività in un'ottica di ripresa futura dell'impresa.

Le uniche deroghe che, alla luce del diritto comunitario, potrebbero essere consentite riguarderebbero: (i) la limitazione o esclusione della solidarietà tra cedente e cessionario per i crediti maturati dai lavoratori dai dipendenti al momento del trasferimento. Per tale limitazione o esclusione, al contrario di quanto previsto dal legislatore italiano, non sarebbe neanche necessario l'accordo sindacale; e (ii) la modifica delle condizioni di lavoro, purché ovviamente sia raggiunto un accordo sindacale. Su questo punto, la Corte di Giustizia ha peraltro già avuto modo di evidenziare che la nozione di condizioni di lavoro prevista sia al paragrafo 2 lett. b) che al paragrafo 3 dell'art. 5 della Direttiva 2001/23/CE, non ha la stessa accezione di quella di cui

Tesi di dottorato di Tiffany D'Ottavio, discussa presso l'Università LUISS Guido Carli, nell'anno accademico 2017/2018. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il consenso scritto dell'autore. Sono comunque fatti salvi i diritti dell'Università LUISS Guido Carli di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte.

all'art. 3, paragrafo 3, della Direttiva stessa. Il paragrafo 3 dell'art. 5 della Direttiva presuppone che i rapporti di lavoro dei dipendenti addetti all'impresa (o al ramo di essa) vengano trasferiti al cessionario e non consente alcuna deroga sfavorevole nei confronti dei dipendenti a tale principio avente carattere imperativo.

4.2. L'art. 47, comma 5, Legge n. 428/1990: il trasferimento d'azienda nelle procedure liquidatorie

Il novellato comma 5 dell'art. 47, Legge n. 428/1990 prevede che *«qualora il trasferimento riguardi imprese nei confronti delle quali vi sia stata dichiarazione di fallimento, omologazione di concordato preventivo consistente nella cessione dei beni, emanazione del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa ovvero di sottoposizione dell'amministrazione straordinaria, nel caso in cui la continuazione dell'attività non sia stata disposta o sia cessata e nel corso della consultazione di cui ai precedenti commi sia stato raggiunto un accordo circa il mantenimento anche parziale dell'occupazione, ai lavoratori il cui rapporto di lavoro continua con l'acquirente non trova applicazione l'art. 2112 c.c., salvo che dall'accordo risultino condizioni di miglior favore. Il predetto accordo può prevedere che il trasferimento non riguardi il personale eccedentario e che quest'ultimo continui a rimanere, in tutto o in parte, alle dipendenze dell'alienante».*

Il regime derogatorio previsto dal comma 5 dell'art. 47 è riconducibile a quanto previsto al primo paragrafo dell'art. 5 della Direttiva 2001/23/CE che consente di disapplicare gli artt. 3 e 4 della Direttiva nel caso in cui il cedente è soggetto di una procedura fallimentare o di una procedura di insolvenza aperta in vista della liquidazione dei beni

del cedente, purché le predette procedure siano svolte sotto il controllo di un' autorità pubblica nazionale²⁰⁰.

I requisiti previsti dal comma 5 dell'art. 47 che consentono la disapplicazione dell'art. 2112 c.c. paiono in linea con quanto previsto dal primo paragrafo dell'art. 5 della Direttiva: si deve trattare, infatti, di procedure concorsuali sottoposte al rigido controllo dell' autorità giudiziaria italiana con finalità liquidatorie (e cioè che mirano alla dismissione dei beni e dell'attività del cedente in via definitiva), nell'ambito delle quali la continuazione dell'attività non deve essere disposta o deve essere cessata.

Per quanto riguarda il fallimento, la liquidazione coatta amministrativa e il concordato con cessione di beni, si tratta di procedure che presuppongono un grave stato d'insolvenza ed hanno unicamente come finalità la soddisfazione dei creditori mediante la liquidazione dei beni dell'azienda in dissesto. In tali casi, la continuazione dell'attività d'impresa è solo eventuale ed ha finalità completamente diverse rispetto al risanamento dell'impresa²⁰¹. Infatti, nella relazione illustrativa al decreto legislativo del diritto fallimentare, è stato sottolineato come l'esercizio provvisorio dell'impresa *«risponde non più al solo interesse privatistico di consentire il migliore risultato della liquidazione concorsuale, ma è aperto a quello pubblicistico di utile conservazione dell'impresa ceduta nella sua integrità o in parte, sempre che il ceto creditorio non*

²⁰⁰ Così, M. L. VALLAURI, *Lavoratori e trasferimento di ramo nell'impresa in crisi, Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, UTET, 2014.

²⁰¹ Strumenti utili a consentire di preservare il valore dell'impresa in vista della liquidazione sono, sia l'esercizio provvisorio dell'impresa stessa (art. 104, legge fallimentare), l'affitto endofallimentare di azienda o di ramo d'azienda (art. 104-bis, legge fallimentare). Sul punto si veda, R. PESSI, *Profili giuslavoristici delle procedure concorsuali*, in *Lavoro e prev. oggi*, 2010, 353, SCHIANO DI PEPE, *La circolazione dell'azienda in un contesto di procedure concorsuali*, in *Dir. Fall.* 2009, 811, SANDULLI, *Commentario all'art. 104, l. fall.*, in NIGRO, SANDULLI (a cura di), *Riforma della legge fallimentare*, Torino, 2006, 615.

ritenga di trarne nocumento. Difatti, al fine di scongiurare tale eventualità, è stata mantenuta la previsione del parere favorevole vincolante del comitato dei creditori per l'autorizzazione alla temporanea continuazione dell'attività di impresa²⁰²».

Infine, il comma 5 dell'art. 47 comprende anche l'ipotesi delle società sottoposte alla procedura di amministrazione straordinaria in vista della cessazione dell'attività di impresa. Secondo la dottrina, nell'ambito di tale fattispecie rientrerebbero: a) i programmi dell'amministrazione straordinaria finalizzati alla cessione dei complessi aziendali, sulla base di un programma di prosecuzione dell'esercizio dell'impresa di durata non superiore ad un anno ("programma di cessione dei complessi aziendali", ex art. 27, comma 2, lett. b), Decreto Legislativo 8 luglio 1999, n. 270); o b) per le società operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali anche tramite la cessione di complessi di beni e contratti sulla base di un programma di prosecuzione dell'esercizio dell'impresa di durata non superiore ad un anno ("programma di cessione dei complessi di beni e contratti", ex art. 27, comma 2, lett. b)-bis, Decreto Legislativo 8 luglio 1999, n. 270).

²⁰² Cfr. Art. 104 della Relazione illustrativa al decreto legislativo di riforma del diritto fallimentare. Anche la giurisprudenza ha confermato questo approccio ritenendo che l'esercizio provvisorio ha la sola funzione di mantenere integro il valore dell'azienda in vista della sua liquidazione. Sul punto si veda, Cassazione, 9 gennaio 1987, n. 71, secondo cui: «l'esercizio provvisorio non ha la finalità di conservare l'azienda e di gestire l'impresa coi normali criteri, né ha lo scopo di risanamento aziendale dell'amministrazione straordinaria "prevista dalla L. 3-4-1979 n. 95 (di conversione in legge, con modificazioni, del D.L. 301.1979 n. 26), ma esclusivamente quello di consentire una liquidazione dell'impresa a condizioni più favorevoli. Conseguentemente, detto esercizio provvisorio è soltanto una fase (eventuale) della procedura concorsuale e non è configurabile come trasferimento di azienda dell'imprenditore fallito al curatore fallimentare: l'azienda era e rimane del fallito, mentre il curatore si sostituisce a lui per volontà di legge nell'amministrazione di tutto il suo patrimonio al fine di provvedere alla soddisfazione dei crediti (Cass. S.U. 2637-66 in motiv.)».

In entrambe le ipotesi, l'esercizio dell'attività d'impresa è solo provvisorio ed è limitato ad un periodo di un anno (eventualmente prorogabile in caso di particolari circostanze) ed ha il solo fine di rendere più profittevole la cessione dell'azienda o dei suoi singoli beni. Può dunque ritenersi che entrambi i programmi abbiano la finalità liquidatoria richiesta dalla Direttiva 2001/23/CE e che dunque anche con riferimento all'amministrazione straordinaria il comma 5 dell'art. 47 non sembra presentare profili d'incompatibilità con la disciplina comunitaria.

Una volta individuate le procedure concorsuali che consentono la deroga al 2112 c.c., il comma 5 dell'art. 47 identifica anche i destinatari e i contenuti delle deroghe.

In particolare, la norma stabilisce che le tutele di cui all'art. 2112 c.c. non trovano applicazione ai lavoratori «*il cui rapporto di lavoro continua con l'acquirente*». Secondo la dottrina, l'espressione usata dal legislatore è “infelice” o, comunque, imprecisa, in quanto la mancata applicazione delle tutele di cui all'art. 2112 c.c. comporta che i lavoratori debbano cessare i loro rapporti di lavoro con il cedente per iniziare rapporti di lavoro *ex novo* con il cessionario²⁰³. Peraltro la dottrina prevalente sul punto ritiene che la cessazione dei rapporti di lavoro con il cedente avvenga *ex lege* non essendo dunque richiesto al cedente di intimare alcun licenziamento per porre termine ai rapporti di lavoro dei dipendenti che successivamente verranno assunti dal

²⁰³ Si veda A. CORRADO-D. CORRADO, *Crisi di impresa e rapporti di lavoro*, Giuffrè, 2016, che in nota citano F. FIMMANÒ, *Fallimento e circolazione dell'azienda socialmente rilevante*, in *Giur. comm.* Giuffrè, 2000 e G. VILLANI, *Il trasferimento dell'azienda nell'impresa in crisi e nelle procedure concorsuali*, in *Disposizioni in tema di trasferimento d'azienda*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1992, 667.

cessionario²⁰⁴. Vi è anche chi ritiene che in realtà la cessazione del rapporto di lavoro con il cedente debba essere attuata mediante accordi di risoluzione consensuale nell'ambito dei quali il cedente esonera i lavoratori dal prestare il preavviso o dal chiedere la relativa indennità sostitutiva. Quanto, invece, al rapporto di lavoro con il cessionario, è pacifico che in tal caso la costituzione del rapporto debba necessariamente avvenire con la stipulazione di un nuovo contratto di assunzione.

In ragione della cessazione del rapporto di lavoro con il cedente e l'instaurazione di un nuovo rapporto con il cessionario, i lavoratori non possono invocare il regime di solidarietà tra cedente e cessionario previsto dall'art. 2112 c.c. Di conseguenza, una volta cessato il rapporto di lavoro con il cedente, i lavoratori dovranno richiedere al cedente stesso il pagamento di tutte le competenze di fine rapporto maturate fino alla data di cessazione (es. tredicesima, quattordicesima, indennità di ferie maturate e non godute, trattamento di fine rapporto, etc.). Nel caso in cui il cedente sia nel frattempo fallito, i lavoratori dovranno insinuarsi al passivo del fallimento per vedersi riconoscere tutte le somme maturate fino alla data di cessazione del rapporto di lavoro.

Altra conseguenza derivante dalla mancata applicazione delle tutele di cui all'art. 2112 c.c. riguarda i trattamenti economici e normativi dei lavoratori assunti dal cessionario. Instaurandosi un rapporto di lavoro *ex novo*, il cessionario non ha alcun obbligo né di garantire gli stessi o

²⁰⁴ Secondo Cass., 8 agosto 1991, n. 8640, la cessazione del rapporto di lavoro con il cedente non è automatica e cioè *ex lege* essendo invece necessario utilizzare i consueti strumenti previsti dall'ordinamento per porre termine al rapporto di lavoro e cioè, il licenziamento, le dimissioni o la risoluzione consensuale del rapporto di lavoro.

equivalenti trattamenti economici e normativi né di applicare gli stessi contratti collettivi applicati dal cedente.

Con riferimento ai trattamenti normativi, assume particolare rilevanza il Decreto Legislativo 4 marzo 2015, n. 23 (c.d. *Jobs Act*) applicabile ai lavoratori assunti dal 7 marzo 2015. Come noto, tale decreto ha ridisegnato completamente la disciplina e le tutele applicabili in caso di licenziamento illegittimo, ampliando le ipotesi in cui trova applicazione la tutela risarcitoria²⁰⁵ e riducendo al tempo stesso le ipotesi in cui invece deve trovare applicazione la tutela reintegratoria. L'abbassamento delle tutele in caso di licenziamento illegittimo previste dal *Jobs Act* è un aspetto rilevante soprattutto in quei casi in cui il lavoratore, assunto prima dell'entrata in vigore del *Jobs Act*, e dunque soggetto alla disciplina del licenziamento prevista dall'art. 18 della Legge n. 300/1970, sia costretto a cessare il rapporto di lavoro con il cedente per iniziarne uno nuovo con il cessionario a seguito del trasferimento d'azienda. In tal caso, ovviamente, proprio perché il rapporto di lavoro inizia *ex novo* con il cessionario, il lavoratore deve considerarsi assunto dopo il 7 marzo 2015 e dunque assoggettato ad una disciplina in tema di licenziamento nettamente peggiorativa rispetto a quella di cui godeva fino al momento del trasferimento presso il cedente. Ciò, chiaramente, non esclude che il cessionario possa: (i) continuare ad applicare in via convenzionale ai lavoratori la disciplina di cui all'art. 18 della Legge n. 300/1970; oppure (ii)

²⁰⁵ In caso di licenziamento illegittimo, la tutela generale applicabile è quella prevista dall'art. 3 del Decreto Legislativo n. 23/2015 che prevede che: «nei casi in cui risulta accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo o per giustificato motivo soggettivo o giusta causa, il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a quattro e non superiore a ventiquattro mensilità»

applicare la disciplina in tema di licenziamento prevista dal *Jobs Act* riconoscendo tuttavia una anzianità convenzionale tale da consentire ai lavoratori di beneficiare di una indennità risarcitoria maggiore. Anzi, nell'ambito delle consultazioni previste dall'art. 47 è piuttosto frequente la richiesta da parte delle organizzazioni sindacali di applicare in via convenzionale le tutele dell'art. 18 o di riconoscere ai lavoratori assunti *ex novo* dal cessionario un'anzianità convenzionale ai fini del calcolo dell'indennità risarcitoria in caso di licenziamento illegittimo.

Altro elemento rilevante riguarda l'individuazione dei lavoratori che vengono assunti dal cessionario nell'ambito del trasferimento d'azienda. Difatti, non trovando applicazione le tutele di cui all'art. 2112 c.c. che prevedono il diritto dei lavoratori addetti all'azienda (o al ramo di azienda) di proseguire senza soluzione di continuità il loro rapporto con il cessionario, il cedente e il cessionario possono concordare di trasferire (e cioè da assumere *ex novo*) unitamente all'azienda (o al ramo d'azienda) solo una parte di lavoratori. In sostanza, la legge autorizza il cedente e il cessionario a perimetrare il ramo ricorrendo al c.d. *cherry picking* (dall'inglese "raccogliere ciliegie"), ossia selezionare e scegliere i lavoratori il cui rapporto di lavoro proseguirà con il cessionario.

Dato che il comma 5 dell'art. 47 non stabilisce alcun criterio di scelta in base al quale selezionare i lavoratori che dovranno essere assunti dal cessionario, come invece previsto dalla Legge n. 223/1991 in caso di licenziamento collettivo, la dottrina si è lungo interrogata se la mancata previsione di criteri di scelta autorizzi o meno cedente e cessionario, nell'esercizio della loro autonomia, a valorizzare l'assoluta discrezionalità del cessionario nella scelta dei lavoratori da assumere *ex novo*.

Sul punto si è pronunciato il Tribunale di Brescia che ha statuito che l'accordo concluso con le organizzazioni sindacali ai sensi del comma 5 dell'art. 47 deve inderogabilmente stabilire i criteri di scelta a cui si deve attenere il cessionario nella selezione e scelta dei lavoratori da assumere. Si deve per l'appunto trattare di criteri di scelta trasparenti e conformi al generale principio di buona fede e correttezza. In tal senso, autorevole dottrina ha sottolineato che «l'operare dei principi generali di correttezza e buona fede impone che la scelta dei lavoratori sia ispirata a un qualche criterio discrezionale razionale e verificabile, essendo riconosciuta alla buona fede contrattuale una funzione integratrice della legge e del contratto, che si traduce nell'imposizione alle parti di comportamenti dovuti anche in assenza di espressa previsione, così da evitare la commissione di abusi. *Pertanto, l'arbitraria applicazione del criterio di scelta profila un'ipotesi di esercizio abusivo del potere datoriale, con conseguente illegittimità dell'esclusione del lavoratore e diritto dello stesso alla prosecuzione del rapporto di lavoro alle dipendenze del cessionario con effetto dalla data della cessione d'azienda o di ramo d'azienda. L'assoluta discrezionalità nell'individuazione dei lavoratori eccedenti, determina altresì (...), il "sostanziale svuotamento di senso" della disposizione di cui all'art. 47, l. n. 428/1990, soprattutto con riferimento al comma 1, lett. c) e d), "dal momento che sterilizza il coinvolgimento delle organizzazioni sindacali"»²⁰⁶.*

²⁰⁶ Si veda A. CORRADO -D. CORRADO, *Crisi di impresa e rapporti di lavoro*, Giuffrè, 2016, 237, che in nota riportano anche il principio statuito da Cass., 18 ottobre 1996, n. 9086, in cui viene affermato che «la preferenza da attribuire - nel trasferimento o nel licenziamento - ad alcuni lavoratori rispetto ad altri, deve determinarsi non solo con esclusione di motivi disciplinatori ma anche secondo criteri di ragionevolezza e correttezza, alla stregua delle clausole generali di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c., attribuendosi rilevanza alla diverse situazioni soggettive che possono rendere il provvedimento datoriale più gravoso per alcuni lavoratori rispetto ad altri».

4.3. Gli accordi sindacali quale condizione per la disapplicazione dell'art. 2112 c.c.

Come già visto, sia il 4 che 5 comma dell'art. 47 della Legge n. 428/1990 prevedono che, quale condizione per la disapplicazione delle tutele di cui all'art. 2112 c.c., il cedente e il cessionario devono sottoscrivere un accordo sindacale circa il mantenimento anche parziale dell'occupazione nell'ambito della procedura di informazione e consultazione sindacale prevista dal primo e secondo comma del suddetto art. 47.

A tal fine giova ricordare che l'art. 5 della Direttiva 2001/23/CE prescrive che nel caso di procedure concorsuali liquidatorie le tutele previste dalla Direttiva di cui agli artt. 3 e 4 non trovino applicazione, senza tuttavia richiedere - al fine dell'inoperatività delle tutele di cui agli artt. 3 e 4 della Direttiva - alcun accordo con le organizzazioni sindacali. Nel caso, invece, di procedure concorsuali non liquidatorie, l'art. 5 della Direttiva prescrive l'obbligo dell'accordo sindacale solo nel caso in cui debbano essere modificate le condizioni di lavoro dei lavoratori trasferiti. L'accordo sindacale, dunque, non sarebbe necessario qualora il cedente e il cessionario decidano di escludere la solidarietà per tutti i crediti che i lavoratori avevano al momento del trasferimento.

Il legislatore italiano, prevedendo l'obbligo della sottoscrizione dell'accordo sindacale, ha sostanzialmente voluto disporre una tutela maggiore nei confronti dei lavoratori coinvolti nel trasferimento d'azienda stabilendo che l'inoperatività delle tutele di cui all'art. 2112 c.c. deve necessariamente essere oggetto di una trattativa e di un accordo con le varie organizzazioni sindacali coinvolte.

Quanto al contenuto dell'accordo sindacale, la giurisprudenza maggioritaria ritiene che la disapplicazione delle tutele di cui all'art. 2112 c.c. deve essere oggetto di un apposito accordo sindacale che

preveda espressamente la volontà delle parti di derogare alla disciplina di cui all'art. 2112 c.c.²⁰⁷. Secondo tale orientamento, infatti, in presenza di un semplice accordo sindacale avente ad oggetto unicamente il trasferimento d'azienda senza alcuna esplicita previsione circa l'inoperatività dell'art. 2112 c.c. (o la sua parziale applicazione), l'art. 2112 c.c. dovrà trovare piena applicazione con conseguente diritto di tutti i lavoratori addetti all'azienda (o al ramo d'azienda) trasferito a continuare il loro rapporto di lavoro con il cessionario²⁰⁸.

²⁰⁷ Cass., 22 settembre 2011, n. 19282 «le assunzioni da parte dell'impresa subentrante possono avvenire *ex novo*, senza conservazione dell'anzianità pregressa, senza applicazione del principio di cui all'art. 2103 c.c. e così via. In pratica, il legislatore ha previsto ampia possibilità per l'impresa subentrante di concordare condizioni contrattuali per l'assunzione *ex novo* dei lavoratori, in deroga a quanto prevede l'art. 2112 c.c. ed ha altresì previsto la possibilità di escludere parte del personale eccedentario dal passaggio. Ma la deroga, finalizzata ad incentivare l'assunzione dei lavoratori e, quindi, la conservazione dei livelli occupazionali, opera solo qualora possa identificarsi un accordo collettivo idoneo a costituire la norma (derogatoria) che regola la fattispecie. In tal caso, nell'accordo possono essere esclusi alcuni lavorati eccedentari dal passaggio; possono essere concordate condizioni di assunzione *ex novo* per coloro che passano, invece, alle dipendenze dell'impresa cessionaria (v. Cass., n. 8292/2006)». Contra, si veda Corte d'appello l'Aquila, 28 aprile 2014, secondo cui «l'art. 47, 5 comma, della L. 428/190, per le aziende in crisi o sottoposte a procedure concorsuali, quando intervenga un accordo sindacale avente ad oggetto il trasferimento d'azienda, è automatica l'inoperatività dell'art. 2112 c.c. senza necessità che l'accordo esplicita detta inoperatività, ma al contrario devono essere concordate ed esplicitate le eventuali condizioni di miglior favore intese a mitigare gli effetti della totale disapplicazione dell'art. 2112 c.c.».

²⁰⁸ Cfr. Cass., 5 marzo 2008, n. 5929, secondo cui «la L. n. 428 del 1990, art. 47, comma 5, interpretato privilegiandone il significato maggiormente conforme al diritto comunitario in materia di salvaguardia dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda (Direttiva 14 febbraio 1977 n. 77/187, a sua volta interpretata in base alle sentenze della Corte di giustizia della Comunità europea 25 luglio 1991, n. C - 362/89, D'Urso, e 7 dicembre 1995, n. C - 472/93, Spano, e alla più recente Direttiva 29 giugno 1998 n. 98/50), consente modificazioni peggiorative del trattamento dei lavoratori, in deroga all'art. 2112 c.c., allo scopo di salvaguardare le opportunità occupazionali, quando venga trasferita l'azienda di un'impresa insolvente, purché - ferma restando la continuazione dei rapporti di lavoro, il potere modificativo dell'imprenditore cessionario sia esercitato nei modi e nei limiti di cui ai principi dell'ordinamento interno, e quindi non in maniera unilaterale ma solo sulla base di un nuovo e regolare contratto, collettivo o individuale, (cfr. in tali sensi: Cass., 6 novembre 2003 n. 16673 cui adde Cass., 12 maggio 1999 n. 4724)».

Sempre in merito alla disapplicazione dell'art. 2112 c.c. la dottrina si è anche domandata se l'accordo sindacale derogatorio per essere valido e dunque rendere inoperativa la disciplina di cui all'art. 2112 c.c. debba essere sottoscritto da tutte le organizzazioni sindacali coinvolte nella procedura di informazione e consultazione sindacale di cui ai due primi commi dell'art. 47²⁰⁹.

Sul punto, è stato osservato che né il comma 4 né il comma 5 dell'art. 47 contengono precise indicazioni. Anzi, entrambi i commi fanno riferimento alla procedura di informazione e consultazione sindacale di cui ai primi due commi dell'art. 47 che si limitano ad indicare i soggetti titolari del diritto di informazione e consultazione, senza però stabilire quali organizzazioni sindacali debbano necessariamente

²⁰⁹ Considerato che l'esperimento della procedura di informazione e consultazione sindacale di cui all'art. 47 della Legge n. 428/1990 e la sottoscrizione di un accordo sindacale nell'ambito di tale procedura costituiscono presupposti indispensabili per poter derogare alle tutele di cui all'art. 2112 c.c., la dottrina si è domandata se la disciplina derogatoria possa trovare applicazione anche nell'ambito di vicende traslative in cui la società in crisi occupi meno di 15 dipendenti (le quali, come noto, non sarebbero obbligate a mente del comma 1 dell'art. 47 a esperire alcuna procedura di informazione e consultazione sindacale). Sul punto, una parte della dottrina (cfr. PELLISSERO, *Il trasferimento d'azienda fra diritto comunitario e diritto interno*, in *Riv. giur. lav.* 1999, che richiama U. CARABELLI, *Alcune riflessioni sulla tutela dei lavoratori nei trasferimenti d'azienda*, in *Lav. inf.* 1998, e S. MAINARDI, *Trasferimento d'azienda in amministrazione straordinaria e deroghe all'art. 2112 cod. civ.*, in *Lav. giur.* 1995) ritiene che per le aziende che occupano meno di 15 dipendenti non possa trovare applicazione la disciplina derogatoria di cui al comma 5 dell'art. 47, posto che l'intera norma è dedicata esclusivamente a società che occupano più di 15 dipendenti. Altra parte della dottrina (L. MENGHINI, *I contratti di lavoro*, in *I contratti in corso di esecuzione nelle procedure concorsuali*, a cura di L. GUGLIELMUCCI, Padova, 2006, A. CORRADO-D. CORRADO, *Crisi di impresa e rapporti di lavoro*, Giuffrè, 2016) ritiene, invece, che le imprese che occupano meno di 15 dipendenti possono comunque esperire la procedura di informazione e consultazione sindacale di cui all'art. 47 e sottoscrivere un accordo sindacale che consenta di derogare alla disciplina di cui all'art. 2112 c.c. a cui sono soggette come le imprese che occupano più di 15 dipendenti.

sottoscrivere l'accordo sindacale ai fini dell'inoperatività delle tutele di cui all'art. 2112 c.c.²¹⁰.

Tenendo conto del dato letterale dell'art. 47, una parte della dottrina ritiene che l'accordo sindacale non debba necessariamente essere sottoscritto da tutte le organizzazioni sindacali che hanno partecipato alla procedura di informazione e consultazione sindacale mentre può considerarsi pacifico l'obbligo del cedente e del cessionario di sedersi al tavolo delle trattative con tutte le organizzazioni sindacali che abbiano fatto richiesta dell'esame congiunto così come previsto dallo stesso art. 47.

Altra parte della dottrina, invece, sostiene che l'accordo sindacale debba necessariamente essere sottoscritto da tutte le organizzazioni sindacali che hanno partecipato alla trattativa, affermando che un accordo sindacale derogatorio dell'art. 2112 c.c. sottoscritto da una sola organizzazione sindacale solleverebbe diversi dubbi di tenuta²¹¹.

Infine, altro tema affrontato a più riprese tanto dalla dottrina che dalla giurisprudenza, riguarda l'efficacia soggettiva degli accordi sindacali derogatori dell'art. 2112 c.c.

Una parte maggioritaria della giurisprudenza e della dottrina ritiene che l'accordo derogatorio raggiunto nell'ambito della procedura di informazione e consultazione sindacale vincolerebbe solo i lavoratori iscritti al sindacato firmatario dell'accordo mentre per gli altri

²¹⁰Si veda A. CORRADO-D. CORRADO, *Crisi di impresa e rapporti di lavoro*, Giuffrè, 2016

²¹¹A. PERULLI, *I rinvii all'autonomia collettiva: mercato del lavoro e trasferimento d'azienda*, *Giornale di diritto del lavoro e di Relazioni Industriali*, 1992. P. LAMBERTUCCI, *Le tutele del lavoratore nella circolazione dell'azienda*, Giappichelli, 1999.

lavoratori non iscritti l'accordo potrebbe diventare vincolante solo se da questi ratificato e approvato²¹².

Un'altra parte della giurisprudenza e della dottrina ritiene che *«l'efficacia soggettiva degli accordi sindacali (debba desumersi) direttamente dalla previsione di legge: il riconoscimento all'accordo del potere di deroga sarebbe, infatti, manifestazione del potere normativo, attribuito ai sindacati maggiormente rappresentativi, mediante il quale si disciplinerebbero diritti individuali anche dei lavoratori non aderenti²¹³»*.

Vi è poi un'altra parte della dottrina e della giurisprudenza che nega l'efficacia soggettiva degli accordi sindacali in deroga sul presupposto che tali accordi devono considerarsi “gestionali” e come tali devono esplicare i loro effetti nei confronti di tutti i lavoratori, e dunque, a prescindere dell'iscrizione dei lavoratori al sindacato firmatario dell'accordo sindacale/gestionale.

Proprio alla luce delle possibilità criticità derivanti dalla stipulazione dell'accordo sindacale derogatorio, non è così infrequente nella prassi, e quando il numero dei lavoratori coinvolti dal trasferimento è

²¹² Si veda sul punto, Tribunale di Sulmona, 5 dicembre 2007, secondo cui «l'accordo sindacale di cui all'art. 47 della legge n. 428/1990 non consente alle parti di vincolare i lavoratori non aderenti essendo a tal fine indispensabile la ratifica degli interessati» nonché Cass., 13 novembre 2001, n. 14098 che ribadito che «“ad un accordo sindacale di natura transattiva che preveda la risoluzione dei rapporti di lavoro con l'imprenditore cedente e la costituzione di nuovi autonomi rapporti di lavoro con il nuovo cessionario, deve - per la preminenza della salvaguardia del posto di lavoro sull'interesse alla continuità dei singoli rapporti di lavoro - riconoscersi efficacia vincolante nei confronti dei lavoratori iscritti alle associazioni stipulanti o che abbiano successivamente aderito all'accordo anche nella parte in cui libera il nuovo datore di lavoro dall'onere del riconoscimento della anzianità pregressa di servizio, con tenendo esso una deroga convenzionale, perfettamente valida, al principio della continuità di lavoro stabilito dall'art. 2112 c.c., primo comma”». Nello stesso senso anche, tra le tante, Cass., 26 maggio 2006, n. 12573.

²¹³ A. CORRADO-D. CORRADO, *Crisi di impresa e rapporti di lavoro*, Giuffrè, 2016, CARINCI, *Commentario di diritto del lavoro: il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e scioglimento*, Torino, 1998, F. FIAMMANÒ, *Concordato preventivo e circolazione del ramo d'azienda*, in *Fallimento*, 2008.

piuttosto esiguo, richiedere a tutti i lavoratori (sia a quelli che rimangono alle dipendenze del cedente che a quelli assunti dal cessionario) la sottoscrizione di accordi transattivi ai sensi dell'art. 2113 c.c. Chiaramente la percorribilità di tale soluzione è piuttosto difficile, non solo quando il numero dei lavoratori coinvolti nel trasferimento è elevato, ma anche in considerazione del fatto che i lavoratori non trasferiti saranno presumibilmente disposti a rinunciare ad ogni diritto derivante dall'art. 2112 c.c. solo a fronte della corresponsione di un corrispettivo per tale rinuncia.

4.4. Lo stato di crisi aziendale

Lo stato di “crisi” aziendale di un'impresa ai fini della concessione della Cassa Integrazione Guadagni è accertato dal Ministero del Lavoro sulla base di una serie di presupposti indicati nei decreti ministeriali emanati dallo stesso Ministero (d.m. 18 dicembre 2002, come modificato a seguito del d.m. 15 dicembre 2004).

Come già evidenziato in precedenza, la deroga all'art. 2112 c.c. nell'ipotesi di stato di “crisi” aziendale è stata oggetto, non solo di un acceso dibattito dottrinale, ma anche di una pronuncia di condanna nei confronti dell'Italia per violazione degli obblighi derivanti dalla Direttiva 2001/23/CE da parte dei giudici di Lussemburgo.

Proprio per questa ragione il legislatore italiano, da un lato, ha espunto dal nuovo comma 5 dell'art. 47 dedicato alla procedure con finalità liquidatorie per le quali è prevista la disapplicazione totale dell'art. 2112 c.c. (anche in assenza di accordo sindacale) lo stato di “crisi” aziendale, dall'altro ha introdotto nella nuova disposizione di cui al comma 4-bis dedicata alle procedure non liquidatorie per le quali è prevista l'applicazione dell'art. 2112 c.c. (sebbene nei limiti e termini previsti dall'accordo sindacale), l'ipotesi delle imprese in stato di “crisi”.

Non pare tuttavia che, anche con questa modifica e l'introduzione del comma 4-bis, l'Italia possa comunque considerarsi al riparo dalle eventuali nuove censure da parte della Corte di Giustizia, proprio con riferimento alle imprese di cui sia stato accertato lo stato di "crisi".

Infatti, lo stato di crisi di cui all'art. 2, comma 5, lett. c) della Legge n. 675/1999 non è riconducibile ai paragrafi 1 e 2 dell'art. 5 della Direttiva 2001/23/CE, che richiedono l'apertura di una procedura di insolvenza.

Pertanto qualunque accordo sindacale che prevedesse il trasferimento solo parziale dei dipendenti al cessionario si porrebbe in aperto contrasto con la Direttiva 2001/23/CE proprio perché lo stato di crisi non è equiparabile ad una procedura di insolvenza.

È stato inoltre osservato che lo stato di "crisi" non sarebbe nemmeno riconducibile al paragrafo 3 dell'art. 5 della Direttiva 2001/23/CE che *«presuppone un controllo costante dell'impresa dichiarata in situazione di grave crisi economica da parte del giudice competente»*, mentre nello stato di crisi indicato dal comma 4-bis il controllo giudiziario è solo eventuale e scaturisce solo dai ricorsi dei lavoratori²¹⁴. Peraltro, anche laddove venisse introdotto dal legislatore nazionale il controllo giudiziario (nel senso inteso dalla Corte di Giustizia) sullo stato di "crisi" aziendale, il comma 4-bis non potrebbe comunque essere ricondotto al paragrafo 3 dell'art. 5 della Direttiva

²¹⁴ Di tutt'altro avviso è invece una parte della dottrina secondo cui l'art. 47, comma 4-bis, relativo all'ipotesi di crisi aziendale sarebbe perfettamente compatibile con il paragrafo 3 dell'art. 5 della Direttiva 2001/23 che richiede che la crisi economica debba essere dichiarata da una autorità pubblica e sottoposta al controllo giudiziale. Secondo tale dottrina, tali requisiti sono «soddisfatti dall'ordinamento italiano nella misura in cui lo stato di crisi è dichiarato dal Ministero del Lavoro e comunque sottoposto al controllo giudiziale sia da parte dei giudici amministrativi (per ciò che concerne la legittimità formale e sostanziale del relativo provvedimento ministeriale) che dei giudici del lavoro (per ciò che attiene alle conseguenze dello stato di crisi accertato sui diritti dei lavoratori)». Cfr. M. MARRAZZA, D. GAROFANO, *Insolvenza del datore di lavoro e tutele del lavoratore*, Giappichelli, 2015.

secondo cui per le imprese in stato di crisi sarebbe possibile modificare le condizioni di lavoro dei dipendenti solo se tale tipo di procedura fosse già vigente nel diritto nazionale alla data del 17 luglio 1988.

4.5. Il concordato preventivo con continuità e l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti

Come già analizzato, il comma 4 dell'art. 47, Legge n. 428/1990 consente una deroga alle garanzie previste dall'art. 2112 c.c. anche nel caso di aziende per le quali via sia stata la dichiarazione di apertura della procedura di concordato preventivo o per quelle il cui accordo di ristrutturazione dei debiti sia stato omologato da parte del tribunale.

La deroga prevista dal comma 4 si atteggia in maniera diversa, a seconda che si tratti di concordato o di ristrutturazione dei debiti. Nel primo caso, l'accordo sindacale può essere raggiunto anche prima dell'omologa del concordato preventivo, ma comunque dopo la dichiarazione di apertura della procedura, mentre nel caso di ristrutturazione dei debiti, è consentito derogare all'art. 2112 c.c. (seppure nei limiti del comma 4) solo dopo l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione da parte del tribunale competente, in quanto è solo con l'omologa che viene effettuato un vero controllo giudiziale, così come richiesto dalla Direttiva 2001/23/CE.

Nell'ipotesi derogatoria prevista dal comma 5 dell'art. 47, Legge n. 428/1990, l'art. 2112 c.c. non trova alcuna applicazione solo nel caso di omologazione del concordato preventivo consistente nella cessione dei beni del cedente.

Proprio con riferimento all'applicazione dei commi 4 e 5 in caso di concordato preventivo, la giurisprudenza ha avuto molto di pronunciarsi più volte e in senso sostanzialmente univoco. In particolare, le corti sono state chiamate a statuire se - ai fini dell'applicazione dell'ipotesi derogatoria contemplata al comma 5 -

Tesi di dottorato di Tiffany D'Ottavio, discussa presso l'Università LUISS Guido Carli, nell'anno accademico 2017/2018. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il consenso scritto dell'autore. Sono comunque fatti salvi i diritti dell'Università LUISS Guido Carli di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte.

l'omologazione del concordato preventivo dovesse (o meno) precedere l'atto di cessione (o l'affitto) del ramo d'azienda a cui sono addetti i dipendenti del cedente.

Sul punto, è intervenuta la Corte di Cassazione nel 2002, la quale ha stabilito che l'accordo sindacale di deroga dell'art. 2112 c.c. e l'omologazione del concordato preventivo «concretano due condizioni che devono congiuntamente sussistere al momento in cui diviene operativo il trasferimento dal cedente al cessionario, ancorché non sia necessario che la seconda di esse preceda la prima²¹⁵», e cioè, non deve sussistere una rigida sequenza temporale tra l'accordo sindacale e l'omologazione del concordato preventivo²¹⁶.

²¹⁵ Cfr. Cass., sez. lav., 16 maggio 2002, n. 7120 e *Riv. it. dir. lav.* 2003, II, pag. 169, nota di L. D'ARCANGELO secondo cui l'omologazione del concordato preventivo e l'accordo con le organizzazioni sindacali devono sussistere congiuntamente nel momento in cui il trasferimento diventa efficace, «senza possibilità alcuna di estendere la previsione di cui al quinto comma dell'art. 47 al caso del trasferimento del ramo d'azienda per il quale sono solo contemplati, ma non già realizzati al momento del trasferimento, gli eventi previsti dalla norma (in tal senso, da ultimo, Cass., 21 marzo 2001, n. 4073, FI, 2001, I, 3235; in dottrina cfr. BUONAJUTO, *Il trasferimento dell'azienda e del lavoratore*, Padova, 1999, 117-119)».

²¹⁶ Cfr. anche Cass., S.U., 8 agosto 1991, n. 8640, Cass., sez. lav., 21 marzo 2001, n. 4073, Cass., sez. lav., 16 maggio 2002, n. 7120, secondo cui «la negazione di una sequenza temporale rigida tra l'accordo e provvedimento, ravvisata dalle Sezioni Unite con riguardo alla legge 215-1978, a maggior ragione può essere ripetuta con riguardo alla nuova disposizione di cui all'art. 47, essendo indubitabile che il necessario collegamento, non cronologico ma funzionale, tra i due atti sussista anche quando l'accordo sindacale preceda la richiesta di dichiarazione dello stato di crisi (o gli altri eventi previsti). (...) I due atti, quello privato volto alla tutela dei dipendenti ceduti e quello pubblico volto all'interesse collettivo del mantenimento dei livelli occupazionali, restano autonomi ma convergono a realizzare la finalità della legge, che è quella di agevolare la commerciabilità dell'azienda in crisi, che male si concilia con il mantenimento inalterato delle garanzie prevista da detta disposizione, alle quali diviene così possibile derogare. Diversamente potrebbe ritenersi se fosse rinvenibile, nel caso concreto, una discrasia temporale, tale da far presumere che la situazione considerata in sede di accordo sia diversa da quella verificata poi in sede pubblicistica; solo in questa evenienza si potrebbe ravvisare l'insussistenza del collegamento funzionale e teleologico tra i due atti. Non è questo il caso accertato dalla sentenza impugnata, in cui si dà atto che nello stesso accordo si era fatto riferimento esplicito e diretto alla procedura concorsuale e all'istanza di concordato, che era stato poi omologato».

Lo stesso principio è stato altresì affermato anche recentemente dai giudici di merito. In particolare, nel caso sottoposto al Tribunale di Busto Arsizio, la società Metalluminio S.p.A. in data 26 aprile 2013 veniva ammessa alla procedura di concordato preventivo e con effetto dal 23 settembre 2013, a seguito dell'accordo con le organizzazioni sindacali, trasferiva 25 dei 39 dipendenti in forza alla neocostituita Metalluminia S.r.l. I lavoratori rimasti in forza presso Metalluminio S.p.A., dopo un periodo di cassa integrazione guadagni straordinaria, venivano successivamente licenziati nell'ambito di una procedura di licenziamento collettivo e alcuni di questi chiedevano al tribunale di accertare il diritto alla costituzione e/o alla prosecuzione dei rispettivi rapporti di lavoro alle dipendente di Metalluminio S.p.A. in forza dell'art. 2112 c.c.

La sentenza pronunciata dal Tribunale di Busto Arsizio²¹⁷ nel caso in esame è particolarmente interessante, sia per le tesi sostenute dai lavoratori e dalla società, sia per le motivazioni in cui viene analizzata in maniera molto lineare e approfondita la disciplina derogatoria dell'art. 47 della Legge n. 428/1990 e la sua compatibilità con l'ordinamento comunitario. In particolare, secondo la difesa dei lavoratori *«anche alla luce dei principi comunitari (in particolare della Direttiva 2001/23) (...), mentre la fattispecie disciplinata dal comma 5 riguarderebbe ipotesi nelle quali è oggettivamente esclusa la continuazione dell'attività di impresa della società assoggetta a procedura concorsuale, la fattispecie disciplinata dal comma 4-bis sarebbe attinente esclusivamente a ipotesi nelle quali l'attività aziendale prosegue anche dopo l'apertura della procedura concorsuale, o perché alla continuità è volto il procedimento di insolvenza o perché, semplicemente, non è cessata o non è stata*

²¹⁷ Cfr. Tribunale di Busto Arsizio, 17 dicembre 2014.

disposta la cessazione dell'attività. In tali casi il potere derogatorio attribuito all'accordo sindacale non avrebbe lo stesso contenuto di quello di cui al comma 5. Solo nel caso in cui non vi siano prospettive di continuità dell'attività aziendale sarebbe concesso ampio potere di deroga all'art. 2112 c.c., ciò al fine di favorire il recupero in extremis dell'attività e il mantenimento almeno parziale dell'occupazione. Nel caso, invece, l'attività aziendale prosegue, tale deroga piena non sarebbe possibile: il comma 4-bis dell'art. 47 della legge 428/1990 attribuisce all'autonomia collettiva il potere di concordare una deroga limitata all'art. 2112 c.c. nelle ipotesi ivi previste, ovvero l'accordo può escludere la solidarietà del cessionario per i debiti che i lavoratori "transitati" avevano al momento del trasferimento e prevedere modifiche peggiorative delle condizioni di lavoro dei lavoratori "transitati", ma non può prevedere l'esclusione del trasferimento al cessionario del rapporto di lavoro dei dipendenti addetti al ramo dell'azienda ceduto (sono i limiti stabiliti dall'art. 5, paragrafo 3, della Direttiva 2001/23)». Di diverso avviso, invece, la società, secondo cui «l'accordo che condiziona l'applicazione dell'art. 2112 c.c. può produrre gli effetti derogatori più ampi, poiché la disposizione del comma 4-bis non circoscrive gli spazi dei "termini" e delle "limitazioni" che può stabilire. La norma prevede la possibilità di stipulare un accordo sindacale volto a derogare quanto previsto dall'art. 2112 cod. civ., sottoponendo ciò all'unica condizione che sia rinvenuto un accordo nell'ambito del quale sia previsto il mantenimento, anche solo parziale, dell'occupazione. La deroga può riguardare non solo quelli che sono gli aspetti puramente economici e normativi del trattamento applicabile ai lavoratori, ma altresì lo stesso perimetro dell'azienda e/o del ramo di

azienda oggetto del conferimento. Ciò sarebbe confermato anche dall'inciso “*anche parziale*”²¹⁸.

A fronte di ciò, il Tribunale di Busto Arsizio, soffermandosi sulla disciplina dettata dalla Direttiva 2001/23/CE, afferma che per superare qualunque tipo di contrasto con la normativa comunitaria, il comma 4 della Legge n. 428/1990 deve essere interpretato nel senso che gli accordi raggiunti con le organizzazioni sindacali possono esclusivamente derogare alla solidarietà e/o prevedere condizioni di lavoro peggiorative. Il cedente ed il cessionario, infatti, non possono, alla luce del dettato comunitario, perimetrare i dipendenti da trasferire al cessionario, e cioè impedire la prosecuzione del rapporto di lavoro di alcuni dipendenti addetti al ramo d'azienda al cessionario. Tale facoltà, è infatti consentita, solo ed esclusivamente nel caso in cui non sia stata disposta la continuazione dell'attività aziendale, e cioè, nell'ipotesi contemplata al comma 5 dell'art. 47 della Legge n. 428/1990.²¹⁹

Richiamando la sentenza della Corte di Cassazione 16 maggio 2002, n. 7120, anche il Tribunale di Busto Arsizio ha affermato che «*l'esclusione dell'operatività dell'art. 2112 c.c. è possibile (e produce*

²¹⁸ La società, inoltre, si difende sostenendo che «la possibilità di deroga al mantenimento della totalità dei rapporti di lavoro nell'ipotesi di trasferimento di azienda di imprese sottoposte a procedure concorsuali è prevista anche da altre norme dell'ordinamento nazionale: l'art. 105 della Legge Fallimentare prevede, infatti, espressamente che, nell'ipotesi di fallimento, «*nell'ambito delle consultazioni sindacali relative al trasferimento di azienda, il curatore, l'acquirente e i rappresentanti dei lavoratori possono convenire il trasferimento solo parziale dei lavoratori alle dipendenze dell'acquirente e le ulteriori modifiche del rapporto di lavoro consentite dalle norme vigenti*». L'art. 182 della stessa legge, con riferimento al concordato preventivo, prevede espressamente che «*si applicano gli artt. da 105 a 108-ter in quanto compatibili*».

²¹⁹ Il Tribunale prosegue affermando che «l'inciso “*anche parziale*” (di cui al comma 4 dell'art. 47, Legge n. 428/1990) va interpretato come riferito alle condizioni del rapporto di lavoro e non anche alla possibilità di limitare la prosecuzione del rapporto di lavoro solo ad alcuni lavoratori».

effetti nei confronti dei lavoratori “non transitati”) solo se le due condizioni previste dalla norma, ovvero la stipulazione dell’accordo e l’omologazione del concordato preventivo, sussistono al momento in cui acquista efficacia la cessione (o l’affitto) del ramo d’azienda».

Alla luce dei principi esposti, il Tribunale ha ritenuto che l’accordo sindacale stipulato da Metalluminio S.p.A. e Metalluminia S.r.l. in cui si prevedeva il trasferimento solo parziale dei lavoratori non poteva derogare all’art. 2112 c.c. in quanto il concordato preventivo di Metalluminio S.p.A. era stato omologato in data 28 marzo 2014 mentre l’accordo sindacale era stato stipulato il 5 settembre 2013 e il trasferimento d’azienda era divenuto efficace dal 23 settembre 2013, giorno in cui una parte dei lavoratori erano stati trasferiti a Metalluminia S.r.l. Di conseguenza, lo stesso Tribunale dichiarava il diritto dei lavoratori a proseguire il loro rapporto di lavoro alle dipendente di Metalluminia S.r.l.

Sebbene la giurisprudenza sia piuttosto uniforme nel ribadire i summenzionati principi non mancano sentenze in cui, invece, la giurisprudenza arriva a conclusioni sostanzialmente opposte.

È questo il caso del Tribunale di Roma²²⁰ che non dà alcuna rilevanza al momento in cui assume efficacia l’atto di trasferimento ai fini della deroga dell’art. 2112 c.c., focalizzando invece l’attenzione sulla finalità della procedura concorsuale di concordato preventivo.

Nel caso di specie, la Tocco Magico S.p.A. in concordato preventivo, aveva dapprima raggiunto un accordo sindacale ai sensi del comma 5 della Legge n. 428/1990, trasferito parzialmente una parte dei propri dipendenti al cessionario, e solo successivamente aveva richiesto e ottenuto l’omologazione del concordato preventivo presso il tribunale competente. Secondo la tesi del Tribunale di Roma, il trasferimento al

²²⁰ Tribunale di Roma, 4 febbraio 2013, n. 1515.

cessionario di solo parte dei dipendenti addetti al ramo doveva ritenersi legittima proprio alla luce del dettato comunitario che esclude l'applicazione delle previsioni contenute nella Direttiva 2001/23/CE nel caso in cui la procedura concorsuale abbia finalità liquidatoria. Nel caso di specie, osservava il Tribunale, la procedura di concordato preventivo della Tocco Magico S.p.A. aveva effettivamente avuto natura liquidatoria (così come esige e prevede la Direttiva) in quanto era stata prevista la dismissione dell'intero patrimonio aziendale della società mentre non vi erano elementi per affermare che la procedura concorsuale avesse invece avuto finalità di riorganizzazione del patrimonio sociale e di continuità aziendale.

4.6. La procedura di amministrazione straordinaria prima del caso Alitalia

L'amministrazione straordinaria è una procedura concorsuale riservata alle grandi imprese commerciali disciplinata dal D.Lgs. 29 dicembre 1999 n. 270 (c.d. Legge Prodi-bis) avente «*finalità conservative del patrimonio produttivo, mediante prosecuzione, riattivazione o riconversione delle attività imprenditoriali*» (ex art. 1 Legge Prodi-bis).

Rispetto alla procedura di fallimento, dove l'esercizio dell'attività è solo provvisorio e la finalità è unicamente liquidatoria, l'amministrazione straordinaria può avere diverse finalità, liquidatoria oppure di ristrutturazione dell'impresa in crisi.

Ai sensi dell'art. 2 e dell'art. 27 della Legge Prodi-bis, possono essere ammesse alla procedura di amministrazione straordinaria le imprese che: (i) occupano un numero di lavoratori subordinati almeno pari a 200; (ii) hanno debiti per un ammontare complessivo non inferiore a due terzi sia del totale dell'attivo dello stato patrimoniale che dei ricavi provenienti dalle vendite e dalle prestazioni dell'ultimo esercizio; (iii) siano state dichiarate insolventi; e (iv) presentino

concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali.

Una specifica disciplina sempre in tema di amministrazione straordinaria è dettata dal D.L. 23 dicembre 2003, n. 347 (c.d. Legge Marzano) applicabile alle imprese di grandissime dimensioni²²¹ per le quali è riservata una disciplina più snella e più rapida rispetto alla Legge Prodi-bis.

Fino alla decretazione d'urgenza del 2008 implementata con la nota vicenda Alitalia, la Legge Prodi-bis individuava due tipi di interventi volti al recupero dell'equilibrio economico dell'impresa insolvente:

- (i) la cessione di complessi aziendali, sulla base di un programma di prosecuzione dell'esercizio dell'impresa sottoposta alla procedura di amministrazione straordinaria di durata non superiore ad un anno (c.d. programma di cessione dei complessi aziendali) (*ex art. 27, comma 2, lett. a, Legge Prodi-bis*); o
- (ii) la ristrutturazione economica e finanziaria dell'impresa, sulla base di un programma di risanamento dell'impresa sottoposta alla procedura di amministrazione straordinaria di durata non superiore a due anni (c.d. programma di ristrutturazione) (*ex art. 27, comma 2, lett. b, Legge Prodi-bis*).

I due tipi di intervento sopra citati qualificano il programma che il commissario straordinario è tenuto a presentare entro i 60 giorni successivi al decreto di apertura della procedura di amministrazione e si ispirano a logiche molto diverse tra loro.

²²¹ La Legge Marzano si applica alle imprese che occupano almeno 500 lavoratori subordinati con un indebitamento non inferiore a trecento milioni di euro. Alle imprese soggette alla Legge Marzano, per quanto compatibili, si applicano le norme di cui alla Legge Prodi-bis (cfr. art. 8 Legge Marzano).

Il programma di cessione dei complessi aziendali ha un obiettivo essenzialmente liquidatorio: si vuole, da un lato, soddisfare l'interesse dei creditori mediante la cessione dell'attività, e dall'altro, conservare l'attività produttiva mediante la sua cessione. È evidente che il ricorso a questo tipo di programma è necessario tutte quelle volte in cui la società si trova in uno stato di insolvenza di tale gravità e irreversibilità che qualunque tipo di risanamento è di fatto impossibile. Il programma di ristrutturazione, invece, non ha finalità liquidatoria in quanto lo stato di insolvenza della società è meno grave e tendenzialmente reversibile e tale per cui si ritiene possibile il ritorno *in bonis* della società, eventualmente anche mediante la dismissione dei c.d. “*rami secchi*”, ossia di quelle attività o di beni non funzionali al programma di ristrutturazione.

La sopra richiamata descrizione, seppur sintetica, della procedura di amministrazione straordinaria è essenziale per poter comprendere appieno la portata e la prospettiva della disciplina giuslavoristica dettata dai commi 4 e 5 dell'art. 47 della Legge n. 428/1990.

Come già analizzato nei precedenti paragrafi, la deroga alle tutele di cui all'art. 2112 c.c. si attegga in maniera diversa a seconda che la società si trovi in una delle situazioni indicate al quarto o al quinto comma.

Quanto alla procedura di amministrazione straordinaria, il comma 4 (che, in base ad un'interpretazione conforme con il diritto comunitario, prevede solo la possibilità di derogare alla solidarietà tra cedente e cessionario e di modificare le condizioni economiche e normative) si applica in caso di «continuazione o di mancata cessazione dell'attività». Diversamente, il comma 5 (che, invece, consente anche di trasferire al cessionario solo una parte dei dipendenti addetti all'azienda o al ramo d'azienda trasferito) si applica

quando «la continuazione dell'attività non sia stata disposta o sia cessata».

Il linguaggio usato dal legislatore ai commi 4 e 5 è prettamente giuslavoristico e piuttosto impreciso e improprio e mal si adatta alla legge concorsuale e al linguaggio ivi utilizzato.

Per il diritto fallimentare, infatti, il programma di cessione di complessi aziendali che ha finalità liquidatoria comporta la possibilità per l'impresa sottoposta a procedura di continuare l'attività sulla base del programma per la durata massima di un anno. Stando così le cose, diviene difficile stabilire, come vorrebbe la norma giuslavoristica, se la prosecuzione dell'attività sia stata disposta.

Sul punto la dottrina ha affermato che *«per superare le incertezze applicative che ne derivano, la soluzione interpretativa più convincente sembrerebbe quella di ritenere che nell'ambito dell'amministrazione straordinaria la prosecuzione dell'attività non può considerarsi disposta in tutti i casi in cui il programma del commissario straordinario, pur in presenza di un esercizio provvisorio dell'impresa, persegue una finalità liquidatoria perché comunque orientata alla cessione dell'azienda. Si tratta (...) di una situazione nella quale la prosecuzione dell'attività da parte dell'impresa insolvente è disposta in via solo temporanea e necessariamente in vista della sua cessazione mediante alienazione a terzi²²²»*.

²²² Così, M. MARRAZZA-D. GAROFALO, *Insolvenza del datore di lavoro e tutele del lavoratore*, Giappichelli, Torino, 2015, M. MARAZZA-V. ANIBALLI, *Contratto e rapporto di lavoro nell'impresa dichiarata insolvente*, in MARAZZA, M., (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione*, in F. CARINCI-M. PERSIANI, (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, vol. IV, II, Padova, Cedam, 2012; PERDONÀ, G., *La cessione d'azienda e i diritti dei lavoratori*, Milano, Giuffrè, 2016, V. ANIBALLI, *Il trasferimento di ramo d'azienda nel fallimento e nell'amministrazione straordinaria: compatibilità della disciplina italiana con la normativa europea*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012.

Seguendo questa ricostruzione, senz'altro condivisibile, anche alla luce della Direttiva 2001/23/CE²²³, il comma 4-bis dell'art. 47 della Legge. n. 428/1990 dovrà trovare applicazione nei casi in cui il programma della procedura di amministrazione straordinaria consista nella c.d. ristrutturazione economica e finanziaria (*ex art. 27, comma 2, lett. b, Legge Prodi-bis*) mentre il comma 5 dell'art. 47 troverà applicazione quando il programma ha finalità liquidatoria e cioè ha come obiettivo la cessione di complessi aziendali (*ex art. 27, comma 2, lett. a, Legge Prodi-bis*) e dunque non sia possibile una continuazione stabile dell'attività di impresa.

Tra le norme “speciali” applicabili alla procedura di amministrazione straordinaria di natura giuslavoristica deve essere analizzata anche quella prevista all'art. 63 (“*vendita di aziende in esercizio*”), della Legge Prodi-bis. In particolare, l'art. 63 prevede che in caso di vendita di aziende o rami aziende in esercizio, *«nell'ambito delle consultazioni relative al trasferimento d'azienda previste dall'art. 47 della legge 29 dicembre 1990, n. 428, il commissario straordinario, l'acquirente e le rappresentanze dei lavoratori possono convenire il trasferimento solo parziale dei lavoratori alle dipendenze economiche dell'acquirente e ulteriori modifiche delle condizioni di lavoro (...). Salva diversa convenzione, è esclusa la responsabilità dell'acquirente per i debiti relativi all'esercizio delle aziende cedute, anteriori al trasferimento²²⁴»*.

²²³La deroga delle tutele previste dalla Direttiva 23/2001 si attegga in maniera diversa a seconda che la procedura concorsuale abbia o meno finalità liquidatoria. Nulla invece prevede la Direttiva in tema di esercizio provvisorio dell'attività produttiva che, dunque, appare irrilevante ai fini dell'applicazione della disciplina di cui al primo o secondo paragrafo dell'art. 5 della citata Direttiva.

²²⁴L'art. 63 della Legge Prodi-bis prevede altresì che nel caso di vendite di aziende o rami d'aziende in esercizio, il cessionario si deve obbligare a proseguire per almeno un biennio le attività imprenditoriali e a mantenere per il medesimo periodo i livelli occupazionali stabiliti nell'atto di vendita. In sostanza, da un lato, il

La disciplina prevista all'art. 63 della Legge Prodi-bis, applicabile alla vendita di aziende o rami in "esercizio", pare riconducibile al comma 4 dell'art. 47 Legge n. 428/1990 che si riferisce ai casi di continuazione o mancata cessazione dell'attività. Proprio per questo è stato sottolineato che l'art. 63 è riconducibile solo ai programmi finalizzati alla ristrutturazione economica e finanziaria della società in dissesto (*ex art. 27, comma 2, lett. b, Legge Prodi-bis*) e dunque a quei casi di dismissione aventi ad oggetto i "rami secchi".

L'art. 63, tuttavia, presenta evidenti problemi di compatibilità con l'ordinamento comunitario laddove prevede la possibilità per il cessionario e il cedente di concordare il trasferimento solo parziale, e cioè solo di alcuni, dei lavoratori addetti all'azienda o al ramo d'azienda ceduto al cessionario. Il profilo di incompatibilità è lo stesso già evidenziato con riferimento al comma 4-bis dell'art. 47. Difatti, se l'art. 63 trova applicazione nel caso di programmi volti alla ristrutturazione economica e finanziaria della società in dissesto (e non ha, dunque, finalità liquidatoria, come nel caso del programma di cessione di complessi aziendali), in ragione di quanto previsto al secondo paragrafo dell'art. 5 della Direttiva 2001/23/CE, al cedente e cessionario sarebbe consentito unicamente di: (i) derogare al principio della solidarietà; e (ii) modificare le condizioni economiche e normative.

Rispetto al comma 4-bis dell'art. 47, l'unica sostanziale differenza sta nel fatto che l'art. 63 esclude espressamente, e dunque a prescindere dalla sottoscrizione di un accordo sindacale come invece previsto dal

legislatore consente al cessionario di assumere un numero di lavoratori inferiore rispetto a quelli addetti all'azienda o al ramo ceduto ma allo stesso tempo impone un obbligo di non effettuare alcun licenziamento collettivo nei confronti dei dipendenti trasferiti per almeno due anni dopo la cessione dell'azienda o del ramo.

comma 4-bis dell'art. 47, la responsabilità solidale del cessionario con il cedente per tutti i crediti (anche di lavoro) anteriori al trasferimento. Tale previsione, tuttavia, non pare sollevare dubbi di compatibilità con l'ordinamento comunitario posto che il secondo paragrafo dell'art. 5 della Direttiva 2001/23/CE - applicabile a tutte le procedure concorsuali che non hanno finalità liquidatoria - prevede che ogni stato membro abbia facoltà di prevedere che i debiti di lavoro pregressi e anteriori al trasferimento non siano accollati in capo al cessionario.

4.7. Le modifiche introdotte dal legislatore in materia di amministrazione straordinaria in connessione con l'operazione Alitalia - CAI

L'operazione del 2008 che ha visto coinvolta Alitalia-Linee Aeree Italiane S.p.A. ("Alitalia"), la compagnia aerea di bandiera, è uno dei più grandi fenomeni di decentramento produttivo registrati in Italia nell'ultimo ventennio. La vicenda ha avuto una risonanza mediatica fortissima per molteplici e diversi motivi: il settore in cui operava la società aveva ed ha tuttora una valenza strategica per lo sviluppo sociale ed economico del Paese, la ripercussione sui livelli occupazionali che l'operazione ha comportato (circa 6.000 esuberanti), le vicende politiche che hanno influenzato in maniera piuttosto decisiva l'operazione stessa (inclusa la volontà di privilegiare cordate italiane piuttosto che solidi compratori stranieri, come ad esempio, *Air France*).

L'operazione Alitalia-Compagnia Area Italiana S.p.A. ("CAI"), inoltre, anche dal punto di vista giuridico, suscita ancor oggi notevole interesse da parte degli studiosi del diritto, sia per la struttura con cui l'operazione è stata implementata, sia per le innovazioni legislative introdotte alla disciplina della procedura di amministrazione straordinaria per rendere possibile l'operazione stessa, sia per le

decisioni dei tribunali chiamati a pronunciarsi sulla legittimità dell'operazione negli anni successivi.

Prima di analizzare le innovazioni legislative introdotte e la giurisprudenza formatasi in merito, appare innanzitutto utile ripercorrere, seppur brevemente, le vicende che hanno portato all'implementazione dell'operazione.

A seguito della grave crisi di insolvenza e della fallita trattativa per una possibile acquisizione da parte di *Air France*, con ricorso al presente del Consiglio dei Ministri e al Ministero per lo Sviluppo Economico, in data 29 agosto 2008, Alitalia ha chiesto di essere ammessa alla procedura di amministrazione straordinaria secondo quanto previsto dalla Legge Marzano «*tramite cessione del complesso aziendale di cui all'art. 27, comma 2, lett. a, D.Lgs. 8 luglio 1999, n. 2702 (cosiddetta Prodi-bis)*».

Sempre in data 29 agosto 2008, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, Alitalia è stata ammessa alla procedura di amministrazione straordinaria ai sensi della Legge Marzano²²⁵ ed è stato nominato quale commissario straordinario il Prof. Avv. Augusto Fantozzi.

Prima della predisposizione del programma della procedura di amministrazione straordinaria di Alitalia del 19 novembre 2008, e per il buon esito dell'operazione, il Governo è intervenuto con la c.d. decretazione d'urgenza per apportare diverse modifiche sia alla Legge Prodi-bis che alla Legge Marzano.

²²⁵ Al momento dell'ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria Alitalia occupava circa 18.733 lavoratori subordinati di cui 16.172 a tempo indeterminato e 2.561 a tempo determinato (cfr. Il programma di cessione nella procedura di amministrazione straordinaria di Alitalia del 19 novembre 2008 predisposto dal commissario straordinario Prof. Avv. Augusto Fantozzi).

Dal punto di vista giuslavoristico meritano di essere analizzate le modifiche apportate agli artt. 27 e 56 della Legge Prodi-bis e all'art. 5 della Legge Marzano.

In particolare, con D.L. 28 agosto 2008, n. 134 è stata introdotta una specifica disciplina per le imprese operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali al fine di garantire la continuità nelle prestazioni di servizi e la salvaguardia del valore economico e produttivo di tali imprese.

All'art. 27, comma 2, della Legge Prodi-bis viene inserito il comma 2-bis il quale prevede la possibilità, per le imprese operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali, di adottare un programma che preveda la *«cessione di complessi di beni e contratti sulla base di un programma di prosecuzione dell'esercizio dell'impresa di durata non superiore ad un anno (“programma di cessione di complessi di beni e contratti)»*.

Dal punto di vista giuslavoristico, una parte della dottrina ha osservato che, rispetto al programma di cessione di complessi aziendali (*ex art. 27, comma 2, lett. a) Legge Prodi-bis*), l'inserimento della cessione di beni e contratti «rappresenta una “superfetazione” di quello dei complessi aziendali, nel senso che “non si vede (...) perché nel concetto di cessione di complessi aziendali non possano rientrare beni e rapporti giuridici ed ogni altra entità giuridica che può formare oggetto di cessione”²²⁶».

A parere di chi scrive, tuttavia, l'inserimento da parte del legislatore del comma 2-bis non è affatto superfluo o pleonastico. Difatti, la cessione dei complessi aziendali prevista dalla lett. a dell'art. 27 della Legge Prodi-bis evoca chiaramente il concetto di azienda e rami

²²⁶ V.LO CASCIO, *Gruppo Alitalia: conversione del decreto legge sull'insolvenza, Fall.*, 2008, 12.

d'azienda, e cioè un'aggregazione produttiva di beni e rapporti che determinerebbe l'applicazione in favore dei lavoratori trasferiti unitamente ai complessi aziendali delle tutele previste dall'art. 2112 c.c. Diversamente, la cessione di singoli beni o contratti comporta l'inoperatività dell'art. 2112 c.c. e, nel caso di assunzione di dipendenti, dell'applicabilità dell'art. 1406 c.c. che richiede il consenso dei lavoratori ad essere trasferiti presso il cessionario.

È pur vero che nell'ambito delle procedure concorsuali con finalità liquidatoria l'art. 47 già consentiva di disapplicare l'art. 2112 c.c. ma, tale disapplicazione, diversamente da quanto previsto dalla Direttiva, doveva essere oggetto di un apposito accordo con le organizzazioni sindacali nell'ambito della procedura di informazione e consultazione sindacale. A ciò si aggiunga, come descritto nel programma di cessione predisposto il 19 novembre 2008, che la cessione dei singoli beni e contratti, in considerazione dello squilibrio prevalentemente industriale (e non solo finanziario) di Alitalia, costituiva l'unica soluzione che consentisse al compratore di implementare una complessiva riorganizzazione e dunque una nuova aggregazione produttiva di beni e rapporti all'insegna della discontinuità rispetto al passato e al fine recuperare la redditività perduta²²⁷.

In sostanza, tale normativa ha consentito a CAI di comprare solo gli *assets* "buoni" di Alitalia lasciando, invece, gli *assets* "cattivi" con le relative passività, oltre a circa 6.000 dipendenti, nella c.d. *bad company*, e cioè la società destinata alla liquidazione.

Altra novità legislativa introdotta dal governo dell'epoca per favorire

²²⁷ Cfr. pag. 62 del programma del 19 novembre 2008. Peraltro, si legge nello stesso programma che a seguito dell'apertura della procedura di amministrazione straordinaria e l'invito dei commissari a presentare manifestazioni di interesse di beni, attività e rapporti del Gruppo Alitalia in grado di garantire la continuità del servizio di trasporto aereo, l'unica offerta pervenuta aveva ad oggetto, in dichiarata discontinuità aziendale, categorie di beni e contratti afferenti al Gruppo Alitalia.

il buon esito dell'operazione Alitalia, è l'introduzione del comma 3-bis all'art. 56 della Legge Prodi-bis (comma aggiunto dall'art. 14, comma 5, del Decreto Legge 29 novembre 2008, n. 185).

Tale comma prevede che *«le operazioni di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 27, comma 2, lettere a) e b-bis), in vista della liquidazione dei beni del cedente, non costituiscono comunque trasferimento di azienda, di ramo o di parti dell'azienda agli effetti previsti dall'art. 2112 del codice civile»*.

La norma, in sostanza, con un gioco di parole quasi contraddittorio stabilisce che le cessioni di complessi aziendali (*ex art. 27, comma 2, lett. a) Legge Prodi-bis*) che, in quanto tali, costituiscono aziende o rami dell'azienda, se disposte in vista della liquidazione dei beni del cedente, non costituiscono trasferimenti d'azienda o di rami ai fini dell'applicazione dell'art. 2112 c.c. E cioè, in altre parole, un ramo d'azienda, se trasferito in vista della liquidazione dei beni del cedente, non è, sotto il profilo giuslavoristico, un ramo d'azienda e dunque le tutele dell'art. 2112 c.c. non operano.

Al contempo, la stessa norma, sebbene non ve ne fosse alcun bisogno, stabilisce altresì che la cessione dei beni e di contratti non costituisce trasferimento d'azienda o di ramo d'azienda sempre ai fini dell'applicazione dell'art. 2112 c.c. In sostanza, il legislatore, proprio in vista dell'operazione Alitalia ha voluto mettere nero su bianco, prevedendo che la cessione degli *assets* a CAI non avrebbe comportato alcun diritto dei dipendenti di Alitalia a proseguire il rapporto di lavoro senza soluzione di continuità con CAI.

Secondo la dottrina, tale norma costituisce *«un allineamento della disciplina nazionale a quanto disposto dalla Direttiva comunitaria 2001/23, art. 5, comma 1. Ciò in quanto in questa peculiare procedura la disapplicazione dei diritti normalmente spettante ai*

*lavoratori in caso di cessione di azienda non richiede la condivisione delle organizzazioni sindacali*²²⁸».

Effettivamente, tale norma pare pienamente conforme alla Direttiva comunitaria che prevede la totale disapplicazione dei diritti previsti dalla Direttiva nel caso in cui il cedente sia sottoposto ad una procedura concorsuale finalizzata alla liquidazione dei suoi beni.

Mettendo a confronto tale norma con il comma 5 dell'art. 47 e l'art. 63 della Legge Prodi-bis, è opportuno osservare quanto segue: (i) a differenza del comma 5 dell'art. 47, il comma 3-bis dell'art. 56 non prevede, quale condizione per la disapplicazione dell'art. 2112 c.c., alcuna sottoscrizione dell'accordo sindacale. Anzi, in questo caso, l'art. 2112 c.c. non si applica a monte. E proprio perché ai sensi di tale comma il trasferimento d'azienda o di ramo non costituiscono trasferimento di azienda o ramo ai sensi dell'art. 2112 c.c. si potrebbe giungere alla conclusione che in tali casi cedente e cessionario non dovranno nemmeno esperire la procedura di informazione e consultazione sindacale richiesta dall'art. 2112 c.c. Tale interpretazione, a ben vedere, non pare conforme alla Direttiva 23/2001 che prevede che in caso di trasferimento d'azienda nell'ambito di procedure concorsuali con finalità liquidatorie non si applicano le tutele di cui agli artt. 3 e 4 della Direttiva mentre non prevede in alcun modo la possibilità per gli stati membri di derogare all'art. 7 della Direttiva in tema di informazione e consultazione qualora la procedura abbia la citata finalità liquidatoria; e (ii) per distinguere l'ambito di operatività del comma 3-bis dell'art. 56 e l'art. 63 e, soprattutto, per evitare che tale ultima norma sia travolta dalla prima, deve ritenersi che l'art. 63 potrà trovare applicazione solo a

²²⁸ M. MARRAZZA-D. GAROFALO, *Insolvenza del datore di lavoro a tutele del lavoratore*, Giappichelli, Torino, 2015.

quelle cessioni di azienda nell'ambito di programmi di ristrutturazione economica e finanziaria dell'impresa volti a far tornare l'impresa *in bonis* mediante la vendita di "rami secchi", e cioè di segmenti di attività non più funzionali all'organizzazione e struttura dell'impresa in dissesto²²⁹.

Altra rilevante modifica introdotta sempre in connessione con la vicenda Alitalia è il comma 2-ter, art. 5 della Legge Marzano (il comma è stato aggiunto dall'art. 1, comma 13, del D.L. 28 agosto 2008, n. 134). Il citato comma 2-ter prevede che per le imprese operanti nei servizi pubblici essenziali *«nell'ambito delle consultazioni di cui all'art. 63, comma 4, del decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270, ovvero esaurite le stesse infruttuosamente, il Commissario e il cessionario possono concordare il trasferimento solo parziale di complessi aziendali o attività produttive in precedenza unitarie e definire i contenuti di uno o più rami d'azienda, anche non preesistenti, con individuazione di quei lavoratori che passano alle dipendenze del cessionario. I passaggi anche solo parziali di lavoratori alle dipendenze del cessionario possono essere effettuati anche previa collocazione in cassa integrazione guadagni straordinaria o cessazione del rapporto di lavoro in essere e assunzione da parte del cessionario»*.

Tale disciplina attribuisce al Commissionario e al cessionario una «facoltà pressoché totale di *tailorizzazione* di determinare cosa - e

²²⁹ Così, L. MANDRIOLI, *Commento all'art. 63, d.lgs. n. 270/1999, Commentario breve alla legge fallimentare*, V. ANIBALLI, *Il trasferimento di "ramo d'azienda" nel fallimento e nell'amministrazione straordinaria: compatibilità della disciplina italiana con la normativa europea*, in *Riv. it. dir. lav.* 2012, M. MARRAZZA-D. GAROFALO, *Insolvenza del datore di lavoro e tutele del lavoratore*, Giappichelli, Torino, 2015.

soprattutto - chi passa ²³⁰ . Le parti imprenditoriali possono “spezzettare” l’azienda, senza alcun sostanziale vincolo, divenendo l’autonomia funzionale del “ramo d’azienda” un elemento del tutto residuale ed eventuale, poiché sembrerebbe possibile non solo identificare questo al momento della cessione - così come previsto dall’ultimo periodo del comma 5 dell’art. 2112 c.c., dopo la novella apportata con l’art. 32 del d.lgs. 276/2003 - ma determinarne la mera potenzialità d’esso in seno all’organizzazione del cessionario». La norma, inoltre, consente altresì al cessionario di assumere *ex novo* i dipendenti del cedente che antecedentemente al trasferimento/assunzione possono essere posti in cassa integrazione guadagni straordinaria al fine di usufruire dei benefici contributivi previsti dalla legge.

La peculiare caratteristica del comma introdotto non riguarda solo la facoltà attribuita al cedente e al cessionario di individuare perimetri industriali a loro discrezione, ma il fatto che tale facoltà sia stata attribuita senza la necessità di coinvolgere le organizzazioni sindacali. Peraltro, rispetto ai commi 4 e 5 dell’art. 47 della Legge n. 428/1990 e l’art. 63 della Legge Prodi-bis, al cedente e cessionario è anche consentito concordare il trasferimento/assunzione solo parziale dei dipendenti addetti al ramo d’azienda senza quindi necessità della sottoscrizione di alcun accordo sindacale con le organizzazioni sindacali coinvolte nella procedura di informazione e consultazione sindacale.

Peraltro, è stato osservato che la norma non circoscrive espressamente il suo ambito di applicazione ai soli programmi di cessione di complessi aziendali (*ex art. 27, comma 2, lett. a) Legge Prodi-bis*)

²³⁰ Cfr. R. BOLLINI, *Protezione del lavoro nel trasferimento d’azienda: il D.L. 135/2009 e il c.d. “Casa Alitalia” alla luce della disciplina comunitaria.*

potendo teoricamente trovare applicazione anche ai casi di programmi di ristrutturazione economica (*ex art. 27, comma 2, lett. b) Legge Prodi-bis*) che, come noto, non hanno finalità liquidatoria²³¹.

Il comma 2-ter dell'art. 5 potrebbe dunque essere conforme alla Direttiva comunitaria solo se applicato ai casi di cessione di complessi aziendali o beni e contratti aventi finalità liquidatoria. Se, invece, applicato per i programmi di ristrutturazione economica presenterebbe degli evidenti profili di contrasto con il paragrafo 2 dell'art. 5 della Direttiva che prevede espressamente che nell'ambito delle procedure concorsuali che non hanno finalità liquidatoria non è possibile selezionare e dunque trasferire al cessionario un numero di dipendenti inferiore rispetto a quelli addetti al ramo d'azienda trasferito. Al contrario, in presenza di un programma liquidatorio, la norma sembra salvarsi dall'accusa di incompatibilità con la normativa comunitaria proprio in considerazione del fatto che il paragrafo 1 dell'art. 5 della Direttiva consente una disapplicazione totale delle tutele previste dalla stessa Direttiva in caso di procedura concorsuale con finalità liquidatoria²³².

4.8. L'operazione Alitalia-CAI e la giurisprudenza sulle nuove

²³¹ Anzi, la dottrina (cfr. M. MARRAZZA-D. GAROFALO, *Insolvenza del datore di lavoro e tutele del lavoratore*, Giappichelli, Torino, 2015) ha attentamente osservato che l'art. 5 comma 1 della Legge Marzano si riferisce espressamente a «operazioni di cessione e di utilizzo di beni, di aziende o di rami d'aziende dell'impresa richieste dal commissario straordinario qualora siano finalizzate alla ristrutturazione o alla salvaguardia del valore economico e produttivo totale o parziale dell'impresa e del gruppo».

²³² È tuttavia opportuno osservare che la disciplina di cui al comma 2-ter dell'art. 5 della Legge Marzano, secondo la sentenza emessa dal Tribunale di Roma in data 6 maggio 2016, può legittimamente ritenersi applicabile anche in caso di programma di ristrutturazione economica. Tale norma, secondo il Tribunale, non sarebbe incompatibile con l'ordinamento comunitario, e segnatamente con la Direttiva 23/2001, trattandosi di disciplina speciale applicabile solo nel caso di cessioni da parte di società operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali. L'iter argomentativo seguito dal Tribunale di Roma è piuttosto discutibile e, allo stato, non pare essere stato condiviso né dalla dottrina né tantomeno da altri tribunali.

norme introdotte sull'amministrazione straordinaria

In data 31 ottobre 2008, CAI, la società dei c.d. “*capitani coraggiosi*”, ha presentato ad Alitalia un’offerta vincolante per l’acquisto di un complesso di beni e di contratti, comprendente una sessantina di aerei di Alitalia, ai sensi dell’art. 27, comma 2, lett. b-bis della Legge Prodi-bis.

Propedeuticamente alla presentazione dell’offerta vincolante, CAI ha concluso in data 14 settembre 2008 con le varie organizzazioni sindacali dei lavoratori del Gruppo Alitalia un accordo che prevedeva che CAI, ai fini della realizzazione del piano industriale avrebbe organizzato, «*una nuova società (...) con l’assunzione di 12.500 connesse risorse umane (1.550 piloti, 3.300 assistenti di volo; 7.650 operai, impiegati, quadri e dirigenti), secondo modalità per cui non trovi applicazione l’art. 2112 c.c.*²³³».

Anche in base agli accordi sindacali sottoscritti nei mesi successivi con le organizzazioni sindacali, le assunzioni da parte di CAI e gli esuberanti da parte di Alitalia sono stati gestiti secondo questi criteri:

- (i) tutti i lavoratori di Alitalia sono stati collocati in cassa integrazione guadagni straordinaria, con conseguente fruibilità da parte di CAI dei benefici sulle nuove assunzioni²³⁴;
- (ii) CAI ha proceduto alle assunzioni di 12.500 persone sulla base di alcuni criteri di selezione. Tali criteri prevedevano: (a) l’esclusione di coloro i quali avrebbero maturato i requisiti pensionistici nel periodo di cassa integrazione guadagni straordinaria o mobilità (cfr. punto (iv) che segue); (b) una

²³³ Cfr. punto (i) dell’accordo quadro sottoscritto il 14 settembre 2008 tra il Governo, la società CAI e le organizzazioni sindacali dei lavoratori di Alitalia, riuniti presso il Ministero del Lavoro.

²³⁴ Cfr. pag. 83 del programma di cessione predisposto dal commissario straordinario di Alitalia, Prof. Avv. Augusto Fantozzi, in data 19 novembre 2008.

prima selezione delle risorse sulla base delle esigenze organizzative di CAI in coerenza con il piano industriale, e dunque, sulla base dell'area organizzativa di competenza, del profilo professionale e della località; e (c) una seconda selezione delle risorse basata sulla loro professionalità e, cioè, sul possesso di abilitazioni/certificazioni, localizzazione, anzianità aziendale e carichi familiari²³⁵.

- (iii) i rapporti di lavoro dei lavoratori selezionati sulla base dei predetti criteri di selezione sono stati instaurati *ex novo*, e cioè con piena soluzione di continuità con applicazione di nuove condizioni economiche e normative²³⁶;
- (iv) i dipendenti di Alitalia non assunti da CAI in base ai predetti criteri di selezione, sono rimasti dipendenti di Alitalia in amministrazione straordinaria usufruendo degli strumenti di sostegno del reddito previsti dalle leggi vigenti e, in particolare, dal D.L. n. 134/2008. Nello specifico, negli accordi sindacali era previsto che i lavoratori avrebbero fruito di quattro anni di cassa integrazione guadagni straordinaria e tre anni di mobilità, percependo un'indennità mensile tale da far ottenere a ciascun lavoratore l'80% della retribuzione media percepita nei 12 mesi

²³⁵ Cfr. accordo del 31 ottobre 2008 sottoscritto presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri tra il Governo, CAI, le organizzazioni sindacali e il commissario straordinario di Alitalia.

²³⁶ Cfr. accordo sindacale del 14 novembre 2008 sottoscritto tra CAI e le organizzazioni sindacali in applicazione degli accordi di settembre e ottobre 2008. In particolare, ai punti 10 e 12 dell'accordo è previsto quanto segue «senza che trovi applicazione l'art. 2112 c.c., CAI (...) procederà ad assumere (...) 10.150 risorse (...). (...) Le risorse da assumere saranno selezionate in applicazione dei criteri di scelta concordati il 31 ottobre 2008. Pertanto i rapporti di lavoro del personale così selezionato verranno instaurati *ex novo* con piena soluzione di continuità (...).

precedenti la collocazione in cassa integrazione guadagni straordinaria o in mobilità²³⁷.

Analizzando i vari accordi sindacali sottoscritti tra CAI e le organizzazioni sindacali emergono diversi elementi interessanti da un punto di vista strettamente giuridico su cui è senz'altro opportuno soffermarsi. In particolare, le modifiche introdotte dal Governo proprio a ridosso dell'operazione (cfr. in particolare art. 56 della Legge Prodi-bis) non avrebbero imposto a CAI di effettuare alcuna procedura di consultazione sindacale né di sottoscrivere alcun accordo sindacale per disapplicare le tutele di cui all'art. 2112 c.c. (cfr. in particolare l'art. 5, comma 2-ter, Legge Marzano). Nonostante ciò, CAI ha, comunque: (i) attivato una procedura di informazione e consultazione sindacale secondo quanto previsto dai primi due commi dell'art. 47, senza però fare alcun espresso riferimento (come in genere è prassi fare) né a tale articolo (e alla procedura ivi prevista), né a qualunque altra norma di legge prevista dalla Prodi-Bis o dalla Legge Marzano. L'unico riferimento normativo contenuto negli accordi sindacali è l'art. 2112 c.c. in quanto gli accordi prevedevano espressamente che le tutele di cui all'art. 2112 c.c. non avrebbero trovato applicazione nei confronti dei lavoratori di Alitalia; (ii) sottoscritto con le organizzazioni sindacali diversi accordi sindacali prevedendo peraltro che la sottoscrizione di tali accordi costituisse

²³⁷ Cfr. accordo sindacale del 14 novembre 2008 sottoscritto tra CAI e le organizzazioni sindacali in applicazione degli accordi di settembre e ottobre 2008. In particolare, al punto 13 dell'accordo è previsto quanto segue: «ai sensi e per gli effetti delle vigenti disposizioni di legge, e comunque senza che l'art. 2112 c.c. possa trovare applicazione, le risorse cui non verrà formulata una proposta di assunzione in applicazione dei criteri di scelta rimarranno in ogni caso alle dipendenze delle società del Gruppo Alitalia in Amministrazione Straordinaria beneficiando degli ammortizzatori sociali a tal fine attivati ai sensi della legge n. 166/2008». Si ricorda peraltro che per sostenere il reddito dei dipendenti di Alitalia collocati in CIGS e poi in mobilità e, dunque, per alimentare il fondo speciale per il sostegno al reddito del trasporto aereo, i biglietti aerei sono stati aumentati di due euro a biglietto.

condizione indispensabile per il completamento e il buon esito dell'operazione.

A seguito dell'operazione Alitalia-CAI, circa 6.000 lavoratori sono stati collocati in cassa integrazione guadagni straordinaria e poi in mobilità e, com'era ragionevole desumere, diversi tribunali sono stati chiamati a pronunciarsi sulla legittimità dell'operazione e sulle tutele applicabili nei confronti dei lavoratori. Le cause promosse dei lavoratori Alitalia possono distinguersi in due grandi filoni: (i) il primo, ha riguardato l'applicazione dell'art. 2112 c.c. e dunque il diritto dei lavoratori di essere assunti/trasferiti presso CAI; e (ii) il secondo, invece, ha riguardato l'applicazione dei criteri di selezione stabiliti negli accordi sindacali ai fini dell'assunzione da parte di CAI²³⁸.

²³⁸ Sul punto, è opportuno segnalare che l'orientamento della giurisprudenza non è stato affatto unitario. Difatti, in alcuni casi, la giurisprudenza ha statuito che gli accordi sindacali stipulati con CAI, ai fini dell'assunzione del personale, avevano natura interprivata ed i lavoratori non potevano considerarsi parti del contratto non risultando che fossero stati conferite alle organizzazioni sindacali stipulanti specifici poteri di rappresentanza in ordine a diritti disponibili derivati dal rapporto di lavoro. Per poter vantare un diritto all'assunzione i lavoratori di Alitalia avrebbero dovuto dimostrare di essere stati individuati (o di essere comunque individuabili) come beneficiari dell'accordo e tale individuazione avrebbe dovuto risultare direttamente dal testo contrattuale. A tal fine, il Tribunale di Civitavecchia, 1 giugno 20016, n. 298, ha richiamato i precedenti della Corte di Cassazione che, «proprio in relazione ad un contratto collettivo contenente impegni all'assunzione di lavoratori, ha precisato che “la configurazione del contratto a favore di terzi”, (...) postula che beneficiari dei diritti - derivanti dal contratto siano soggetti rimasti estranei alla stipulazione (dei “terzi” cioè), che risultino, contestualmente determinati o, quantomeno, determinabili (Cass. sentenza 10560 del 1991). Sulla base di detti principi, il diritto all'assunzione dei lavoratori in forza di contratti stipulati dalle organizzazioni sindacali con i datori di lavoro, è stato, infatti, riconosciuto (...) soltanto nell'ipotesi in cui i beneficiari dell'accordo erano chiaramente individuati, in un caso nominalmente e, nell'altro caso, attraverso il riferimento a tutto il personale addetto ad una determinata unità produttiva». Nel caso di specie, lo stesso Tribunale ha affermato che l'individuazione dei lavoratori da assumere sulla base degli accordi sindacali stipulati con CAI era «un'operazione non consentita in quanto fondata esclusivamente sul comportamento tenuto da una delle parti, mentre la determinazione, o determinabilità, dei lavoratori beneficiari dell'accordo deve essere valutata, *ex ante*, sulla base della volontà manifestata da entrambe le parti contraenti, volontà che, per quanto detto, è tuttavia carente». In senso conforme, tra

Tesi di dottorato di Tiffany D'Ottavio, discussa presso l'Università LUISS Guido Carli, nell'anno accademico 2017/2018. Non riproducibile, in tutto o in parte, se non con il consenso scritto dell'autore. Sono comunque fatti salvi i diritti dell'Università LUISS Guido Carli di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte.

Per quanto riguarda l'applicazione dell'art. 2112 c.c., la giurisprudenza, seguendo *iter* argomentativi pressoché uguali, ha stabilito la piena legittimità e compatibilità dell'art. 56 della Legge Prodi-bis con la disciplina comunitaria contenuta nella Direttiva 2001/23/CE e, sino ad ora, non ha condannato CAI ad assumere alcun *ex* dipendente ai sensi dell'art. 2112 c.c. Sul punto, merita senz'altro un'approfondita analisi la sentenza n. 66 della Corte d'Appello di Roma del 27 aprile 2017 promossa da un comandante di Alitalia che chiedeva che venisse accertato il proprio diritto alla continuazione del suo rapporto di lavoro *ex* art. 2112 c.c. dall'8 dicembre 2008 presso CAI. In particolare, in primo grado, il Tribunale di Civitavecchia aveva dichiarato l'insussistenza del diritto del lavoratore alla continuità del rapporto di lavoro con CAI sulla base dei seguenti presupposti: (i) il commissario straordinario aveva optato per un programma di liquidazione dei beni di Alitalia ai sensi dell'art. 27, comma 2, lett. b-bis, della Legge Prodi-bis e l'art. 56 della Legge Prodi-bis prevedeva espressamente che la cessione di beni non costituisce trasferimento d'azienda o di ramo d'azienda ai fini di cui all'art. 2112 c.c.; (ii) l'operazione posta in essere di cessione dei beni era finalizzata ad un'attività liquidatoria della società cedente, con esclusione della ravvisabilità di un trasferimento di azienda o di ramo d'azienda *ex* art. 2112 cod. civ., come confermato dalla decisione resa dalla Commissione Europea il 12 novembre 2008²³⁹ sulla procedura di

le tante, si vedano anche Tribunale di Milano, 25 giugno 2013, Tribunale di Milano 10 luglio 2013, Tribunale di Civitavecchia 8 gennaio 2015. In senso contrario, una parte della giurisprudenza ha, invece, ritenuto che l'accordo sindacale sottoscritto in data 31 ottobre 2008 costituisse un contratto a favore di terzo di natura gestionale in cui i lavoratori erano individuabili sulla base dei criteri di comparazione previsti dall'accordo medesimo. Così Corte d'Appello di Roma 3 luglio 2017, n. 2403 e Corte d'Appello di Roma 27 aprile 2017, n. 66.

²³⁹ Nella decisione n. 510/2008 in merito agli aiuti di stato in favore di Alitalia, la Commissione Europea ha affermato che, per stabilire se sussista continuità

cessione dei beni dell'Alitalia, che aveva escluso la continuità economica tra Alitalia e CAI; (iii) l'art. 56 della Legge Prodi-bis non era incompatibile con la Direttiva 2001/23/CE, come interpretata dalla

economica tra un'impresa e un'altra, occorre valutare i seguenti indizi: (i) l'oggetto della vendita (attività, passività, mantenimento della forza lavoro, cessione in blocco de beni); (ii) il prezzo del trasferimento; (iii) l'identità degli azionisti o dei proprietari dell'impresa acquirente e dell'impresa acquisita; (iv) il momento in cui si realizza il trasferimento; e (v) la logica economica dell'operazione. Partendo dall'oggetto della vendita, la Commissione ha affermato che «nel caso di specie, i potenziali acquirenti hanno manifestato interessi molto vari per beni diversi e a volte per gli stessi. Di conseguenza è ragionevole ritenere che al termine della procedura di cessione, i beni di Alitalia, nel loro perimetro attuale, saranno distribuiti tra numerosi soggetti e organizzati in modo profondamenti diverso. Di conseguenza, tenuto conto della portata della cessione dei beni e della parcellizzazione delle offerte dei potenziali acquirenti, la procedura attuata (...) non comporta una continuità e gli acquirenti dei suoi beni. Tuttavia, l'offerta presentata dalla CAI è la sola che riguardi un perimetro di beni sufficientemente ampio perché il rischio di continuità economica meriti un esame più approfondito». Ciò posto, la Commissione inoltre ha rilevato che tra Alitalia e CAI non vi era continuità economica per le seguenti ragioni: (i) CAI è un consorzio di investitori privati diversi dagli attuali azionisti di Alitalia; (ii) l'offerta presentata dalla CAI, «sebbene più ampia delle altre, riguarda soltanto un perimetro di beni ridotto rispetto alla dimensione attuale di Alitalia. Essa riguarda unicamente l'attività di trasporto aereo di passeggeri e alcuni beni connessi. Tuttavia, le attività cargo non sono riprese nell'offerta della CAI e gli altri beni non sono oggetto di offerte raggruppate. Inoltre, essa riguarda soltanto circa la metà dei 180 aeromobili di Alitalia. Infine, la nuova compagnia opererà solo una parte delle corrispondenti bande orarie»; (iii) CAI non continuerà l'attività di Alitalia, dato che la Repubblica italiana si è impegnata a fare in modo che al termine del processo di cessione CAI sia una compagnia aerea rappresentante non più del 69% della capacità di Alitalia in termini di passeggeri trasportati per chilometro. Per tale motivo, la Commissione ha ritenuto che l'estensione delle attività della nuova compagnia sarà per sua natura diversa e ben più ridotta rispetto a quella di Alitalia; (iii) «CAI procede all'acquisizione di alcuni beni di Alitalia nel quadro di un proprio piano industriale. Secondo le informazioni disponibili, la CAI intende fare passare l'età media della flotta da 12 a 9 anni sin dal primo anno, e in seguito stabilizzarla a 8 anni. Inoltre, intende aumentare il numero di ore di volo degli equipaggi dalle attuali 520 a circa 670 ore. Infine, il piano dovrebbe comportare a termine l'acquisizione della compagnia aerea AirOne Sembra che, pertanto, che la CAI stia sviluppando una propria strategia industriale e intenda gestire le sue attività in condizioni operative diverse da Alitalia»; (iv) «le autorità italiane hanno precisato che la CAI assumerà soltanto il personale indispensabile alla sua attività operativa. Nessun trasferimento automatico dei contratti di lavoro avrà luogo tra l'Alitalia e la CAI. Se il nuovo soggetto assumerà personale di Alitalia, le assunzioni avverranno secondo condizioni nuove, stabilite integralmente dalla CAI (retribuzioni, livelli di produttività, nuovo modello di relazioni industriali)».

Corte di Giustizia, qualora la cessione dei beni abbia finalità liquidatoria.

La Corte d'Appello di Roma ha confermato la ricostruzione del Tribunale di Civitavecchia analizzando in dettaglio l'intera operazione Alitalia-CAI e il programma predisposto dal commissario straordinario nonché la giurisprudenza della Corte di Giustizia. L'iter argomentativo seguito dalla Corte, per la sua accuratezza e linearità merita di essere riportato per intero di seguito: *«Il programma di cessione del complesso di beni e contratti, relativo a tutte le società del Gruppo Alitalia ammesse alla amministrazione straordinaria e sottoposto alla valutazione del Ministero dello sviluppo economico, è stato attuato ai sensi dell'art. 27 lettera b-bis D.Lgs. n. 270 del 1999, individuato "quale strumento per il raggiungimento delle finalità conservative del patrimonio produttivo". (...) In particolare, come evidenziato nel progetto di cessione, l'offerta di CAI S.p.A. mirava a realizzare una articolata operazione volta a creare un nuovo vettore aereo, con caratteristiche di discontinuità rispetto alle attività del Gruppo Alitalia, secondo un piano industriale sviluppato su un arco temporale quinquennale che prevedeva l'acquisto di beni, contratti, debiti e crediti delle società in amministrazione straordinaria, funzionali all'esercizio dell'attività di vettore aereo. L'offerta di acquisto aveva riguardato la proprietà degli aeromobili di proprietà delle società in amministrazione straordinaria, i diritti di atterraggio e decollo e tutti i diritti di sorvolo e i diritti di traffico, ad eccezione delle frequenze relative al trasporto merci c.d. "All Cargo", i marchi figurativi e denominativi, i nomi di dominio, i diritti d'autore (omissis...), porzioni di impianti, macchinari, attrezzature e arredi di ufficio, automobili e altri beni mobili registrati, parte del software, il trasferimento o il subentro in determinati contratti (leasing, con compagnie aeree di navigazione). La Corte osserva che l'art. 27*

D.Lgs. 1999 n. 270 (Condizioni per l'ammissione alla procedura), come integrato dall'art. 1-bis D.L. 28.8.2008 n. 134 prevede: 1. Le imprese dichiarate insolventi a norma dell'art. 3 sono ammesse alla procedura di amministrazione straordinaria qualora presentino concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali. 2. Tale risultato deve potersi realizzare, in via alternativa: a) tramite la cessione dei complessi aziendali, sulla base di un programma di prosecuzione dell'esercizio dell'impresa di durata non superiore ad un anno ("programma di cessione dei complessi aziendali"); b) tramite la ristrutturazione economica e finanziaria dell'impresa, sulla base di un programma di risanamento di durata non superiore a due anni ("programma di ristrutturazione"); b-bis) per le società operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali anche tramite la cessione di complessi di beni e contratti sulla base di un programma di prosecuzione dell'esercizio dell'impresa di durata non superiore ad un anno ("programma di cessione dei complessi di beni e contratti"). Nel caso in esame, il commissario giudiziale si è avvalso della opzione prevista dall'art. 27 comma 2 lettera b-bis D.Lgs. 1999 n. 270 di cessione di complessi di beni e contratti, che non è in alcun modo assimilabile alla cessione unitaria del complesso aziendale la quale impone all'acquirente ex art. 63 l'obbligo di proseguire per almeno un biennio le attività imprenditoriali e di mantenere per il medesimo periodo i livelli occupazionali stabiliti nell'atto di vendita. (...) Va detto, peraltro, che la natura del programma, secondo il modello legale, non vale a superare il dato della concreta situazione aziendale di Alitalia, che escludeva ogni prospettiva di riequilibrio economico dell'impresa, quale emerge dalla fase di osservazione affidata al commissario straordinario. Nel programma di cessione, premesso che in caso di gravità della situazione di insolvenza e della impossibilità di risanamento, l'unica alternativa percorribile è la

cessione dei complessi aziendali o di beni a terzi, con pagamento ai creditori nei limiti del ricavato della liquidazione dell'attivo, si dà atto che la misura e le caratteristiche del debito gravante sulle società in amministrazione straordinaria, caratterizzato principalmente dagli imponenti costi operativi dell'attività, nonché la situazione di dissesto industriale delle stesse, avevano evidenziato una situazione di grave sbilancio dei costi rispetto ai ricavi della attività, tale da far "apparire non percorribile un piano di ristrutturazione che consenta il ritorno in bonis dell'impresa, posta una strutturale redditività negativa dell'attività". Il commissario straordinario riteneva quindi che la cessione, per tutte le società in amministrazione straordinaria al momento dell'accesso alla procedura, rappresentasse l'unica ipotesi percorribile per il conseguimento della "finalità conservativa del patrimonio produttivo" delle imprese del gruppo Alitalia. In considerazione di una sistematica ed irreversibile crisi operativa, «le finalità della procedura possono essere realizzate esclusivamente tramite il ricorso al programma di cessione dei beni e contratti ex art. 27 comma 2 lettera b-bis D.Lgs. 1999 n. 270 che "permettendo una riorganizzazione dei beni aziendali nel segno della discontinuità rispetto alla passata gestione, consentirebbe una nuova aggregazione produttiva dei beni e rapporti ceduti recuperando la redditività perduta e solo in quest'ottica può essere assicurata la prosecuzione del pubblico servizio di trasporto aereo da parte del cessionario"». Era altresì previsto che le prospettive temporali di prosecuzione dell'attività di impresa delle società in amministrazione straordinaria, ai sensi di quanto previsto dall'art. 27 comma 2 lett. 2-bis D.Lgs. 1999 n. 270 e dell'art. 4 comma 4-bis D.L. 2003 n. 347, sarà attuato sulla base di un programma di prosecuzione dell'esercizio di impresa della durata non superiore ad un anno, nel cui ambito la gestione commissariale si limiterà ad una attività prevalentemente liquidatoria

a seguito della cessione del complesso di beni e contratti relativi alla attività di trasporto aereo. Appare evidente che non sussistesse alcuna possibilità del risanamento o conservazione dell'impresa e che la gestione commissariale avesse proceduto alla liquidazione dei beni aziendali mediante cessione. Una eventuale "applicazione distorta", come assume l'appellante, della disciplina della amministrazione straordinaria in assenza dei requisiti sostanziali per l'ammissione alla procedura non conduce ad attribuire alla procedura definitivamente ammessa con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri una valenza conservativa, esclusa dagli obiettivi liquidatori dichiaratamente e necessariamente perseguiti. Ciò vale anche per la attività negoziale, quale fase della procedura di amministrazione straordinaria, compiuta dal commissario giudiziale secondo il programma autorizzato, che non è oggetto di contestazione e rispetto alla quale la parte appellante non fa valere la lesione di diritti o il carattere fraudolento della cessione. Per i rilievi svolti va ritenuta la riconducibilità della procedura in esame all'art. 5 comma 1 della Direttiva 2001/23/CE del Consiglio del 12.3.2001 (...). Secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, il criterio determinante per valutare se un trasferimento effettuato nell'ambito di un procedimento amministrativo o giudiziario relativo ad una impresa rientri nella sfera di applicazione della Direttiva è lo scopo perseguito da tale procedimento (sentenza 25 luglio 1991, causa C-362/89, D' Urso e a.). (...) Per la riconducibilità della procedura in esame all'art. 5 comma 1 della Direttiva 2001/23/CE del Consiglio del 12.3.2001 è superata la necessità di esame della natura o meno di ramo aziendale dei beni materiali ceduti e va ritenuta la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 56 comma 3-bis D.L. 1999 n. 270 che sottrae all'applicazione dell'art. 2112 cod. civ. le operazioni di cui ai commi 1 e 2 effettuate in attuazione dell'art. 27,

comma 2, lettere a) e b-bis), in vista della liquidazione dei beni del cedente. Per le ragioni svolte, va confermata la sentenza nella parte in cui ha respinto la domanda principale formulata».

Ad analoghe conclusioni giunge anche il Tribunale di Civitavecchia²⁴⁰ in un'altra causa promossa da un ex dipendente di Alitalia che oltre a ribadire la compatibilità dell'art. 56, comma 3-bis, della Legge Prodi-bis con la Direttiva 2001/23/CE²⁴¹ afferma altresì che la funzione liquidatoria della procedura di amministrazione straordinaria di Alitalia non poteva dirsi smentita dalla finalità di mantenimento della continuità del servizio pubblico di trasporto aereo da parte di CAI. Secondo il Tribunale, infatti, si tratta di *«di due distinti piani: la liquidazione dei beni del cedente in vista della dismissione del patrimonio non osta a che il cessionario dei beni, inserendoli nella propria struttura aziendale, si impegni a garantire la continuità del servizio pubblico in precedenza erogato dalla cedente; viceversa l'avvenuto mantenimento della continuità del servizio nulla prova in ordine alla continuità aziendale tra cedente e cessionario»²⁴².*

La giurisprudenza citata e che è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità della mancata applicazione dell'art. 2112 c.c., ha analizzato concretamente la finalità liquidatoria della procedura di amministrazione straordinaria di Alitalia, sia da un punto di vista

²⁴⁰ Tribunale di Civitavecchia, 24 settembre 2015, n. 399.

²⁴¹ «Sulla base delle considerazioni che precedono, va pure escluso che le norme di legge invocate debbano venir disapplicate in quanto in contrasto con la Direttiva Comunitaria 23/2001. Anche a voler qualificare la cessione di beni aziendali in esame come “trasferimento d'azienda”, infatti, opererebbe - (...) la clausola di esclusione contenuta nell'art. 5 della citata Direttiva», così Tribunale di Civitavecchia, 24 settembre 2015, n. 399.

²⁴² Il Tribunale Civitavecchia, 24 settembre 2015, n. 399 ha altresì affermato che l'organizzazione aziendale di Alitalia trasferita in CAI non era rimasta immutata, come anche stabilito dalla Commissione Europea che aveva negato la continuità economica tra Alitalia e CAI, decisione che poi era stata confermata dal Tribunale di primo grado dell'Unione Europea con la sentenza dell'8 marzo 2012, nella causa T-123/09.

formale che sostanziale. Dal punto di vista formale, è stato analizzato il programma di cessione predisposto dal commissario straordinario di Alitalia esaminando le ragioni di tale programma (e cioè, la necessità di continuare ad erogare i servizi di trasporto aereo e il grave stato di insolvenza di Alitalia). Dal punto di vista sostanziale, invece, la giurisprudenza ha verificato se l'attività di Alitalia fosse effettivamente cessata o se, invece, vi fosse continuità economica/discontinuità tra Alitalia e CAI riprendendo la decisione della Commissione Europea che, analizzando alcuni elementi, aveva statuito che tra Alitalia e CAI non vi era alcuna continuità economica, trattandosi di due società che, seppur operanti nello stesso settore, avevano caratteristiche completamente diverse.

4.9. Il caso Alitalia-Etihad e la giurisprudenza sull'applicazione dell'art. 47, comma 4-bis, Legge n. 428/1990

Dopo soli sei anni dall'operazione Alitalia-CAI, la compagnia di bandiera è stata oggetto di una massiccia ristrutturazione aziendale e di un nuovo “*salvataggio*” avvenuto nel corso del 2014.

Il protrarsi del grave stato di crisi dell'economia italiana, e segnatamente, del trasporto aereo, aveva aggravato la situazione aziendale di Alitalia CAI e aveva evidenziato l'esigenza di un profondo riassetto industriale in grado di adeguare stabilmente il gruppo Alitalia con le esigenze del mercato mondiale del trasporto aereo. Per tale motivo, nel corso del 2014, Alitalia-CAI ha deciso di avviare una stabile *partnership* con la compagnia aerea degli Emirati Arabi *Etihad Airways* con l'obiettivo di rilanciare il gruppo Alitalia nell'ambito di un radicale riposizionamento sul mercato.

Tale *partnership* costituiva l'unica soluzione per garantire la prosecuzione delle attività produttive, in un quadro di solida sostenibilità economica e industriale, e attenuare le ricadute occupazionali derivanti dallo stato crisi in cui il gruppo Alitalia

versava che è stato poi formalmente dichiarato dal Ministero del Lavoro con i decreti dell'8 settembre 2014, n. 83908, 83909, 83907 e 83910²⁴³.

La struttura della *partnership* che è stata poi effettivamente implementata, ha comportato: (i) la costituzione di una società per azioni, Alitalia-Società Area Italiana (“Alitalia SAI”), la cui maggioranza del capitale sociale è ancora detenuta da Alitalia CAI mentre il restante capitale è in capo a *Etihad Airways*; (ii) il licenziamento collettivo di un certo numero di lavoratori da parte di Alitalia CAI; e (iii) il trasferimento dell'intero complesso aziendale (ivi inclusi i rapporti di lavoro) da Alitalia-CAI ad Alitalia-SAI.

In particolare, è stato sottoscritto in data 12 luglio 2014 tra le organizzazioni sindacali e Alitalia-CAI un accordo c.d. quadro ed un ulteriore accordo nell'ambito del quale le parti hanno concordato il «percorso necessario a sostenere il buon esito della *partnership* internazionale del Gruppo Alitalia con *Etihad Airways*» in considerazione del numero di esuberi strutturali del Gruppo Alitalia che era stato stimato, al 31 dicembre 2013, in 2.251 risorse. Nell'ambito di tale percorso, in data 31 luglio 2014 è stata implementata una prima procedura di mobilità per 2.251 risorse²⁴⁴, e successivamente, in data 3 ottobre 2014, una seconda procedura di mobilità per il licenziamento dei lavoratori rimasti in eccedenza e non

²⁴³ In particolare, nel corso del 2014, con l'obiettivo di tutelare l'occupazione, Alitalia CAI aveva avviato un piano di interventi industriali cui poi aveva fatto seguito il ricorso alla CIGS per la riorganizzazione del personale di terra e al contratto di solidarietà difensiva. Tali interventi, tuttavia, si erano dimostrati inidonei a garantire l'equilibrio economico e industriale delle attività, essendo, nel frattempo emersa la natura strutturale degli esuberi (cfr. verbale di accordo ai sensi dell'art. 47, comma 4-bis, Legge n. 428/1990).

²⁴⁴ Nell'ambito della prima procedura di mobilità era stato previsto che i soggetti da collocare in mobilità sarebbero stati individuati sulla base di coloro che non avessero manifestato la non opposizione alla risoluzione del rapporto nonché coloro che avessero maturati i requisiti per l'accesso ad un qualsiasi trattamento pensionistico.

licenziato nell'ambito della mia procedura di mobilità per un numero pari a 1.244 risorse²⁴⁵.

In data 4 novembre 2014 il gruppo Alitalia ha comunicato alle organizzazioni sindacali l'apertura della procedura di informazione e consultazione sindacale di cui all'art. 47, comma 4-bis, della Legge n. 428/1990 avente ad oggetto il trasferimento dei complessi aziendali (ivi inclusi i rapporti di lavoro) da Alitalia-CAI ad Alitalia-SAI.

Con i verbali di accordo del 26 novembre e 16 dicembre 2014, è stato previsto e concordato con le organizzazioni sindacali il trasferimento da Alitalia-CAI ad Alitalia-SAI di 11.084 rapporti di lavoro specificatamente indicati in un allegato, con espressa esclusione di qualunque altro rapporto di lavoro che sarebbe invece rimasto in capo ad Alitalia-CAI o le altre società del gruppo.

In sostanza, l'operazione di partnership con *Etihad Airways* ha comportato una ristrutturazione di Alitalia-CAI, e cioè uno "smagrimento/sfoltimento" della forza lavoro - mediante l'attivazione di due procedure di mobilità - in vista del successivo trasferimento in una società di nuova costituzione ai sensi dell'art. 47, comma 4-bis, della Legge n. 428/1990, e dunque con parziale disapplicazione dell'art. 2112 c.c.

A seguito di tale operazione, alcuni dipendenti di Alitalia-CAI licenziati nell'ambito delle due procedure di mobilità hanno impugnato i licenziamenti sostenendo la loro nullità ai sensi dell'art. 2112, quarto comma, c.c. e contrari all'art. 4 della Direttiva 23/2001 perché motivati dal trasferimento d'azienda.

²⁴⁵ In questa seconda procedura di mobilità, i lavoratori da collocare in mobilità venivano individuati sulla base delle esigenze organizzative e produttive connesse all'efficienza della struttura organizzativa, e per quanto attiene al personale di terra, in base alla collocazione geografica dell'unità produttiva/sede amministrativa di lavoro per la quale erano indicati gli esuberanti.

I Tribunali di Roma e di Milano chiamati a pronunciarsi sulla legittimità di tali licenziamenti hanno iniziato a chiarire l'effettiva portata derogatoria dei commi 4-bis e 5 dell'art. 47, 4 comma, della Legge n. 428/1990 su cui fino a poco tempo fa esisteva in dottrina molta incertezza (e, anzi, si avrà modo di vedere, esiste tutt'ora anche in giurisprudenza), seppur seguendo *iter* argomentativi molto diversi tra di loro.

La prima decisione sulla legittimità dei licenziamenti intimati da Alitalia-CAI in vista del trasferimento d'azienda è stata pronunciata dal Tribunale di Roma con la sentenza del 27 maggio 2015 che ha statuito, seppur in maniera molto generica e senza far alcun riferimento alla Direttiva comunitaria 23/2001, che l'accordo concluso ai sensi dell'art. 47, comma 4-bis, della Legge n. 428/1990 potesse legittimamente limitare gli effetti dell'art. 2112 c.c. ai soli lavoratori inclusi nell'accordo stesso, così ammettendo la possibilità che nell'ambito di siffatto accordo sindacale si possa perimetrare il numero dei dipendenti che devono essere trasferiti al cessionario, disapplicando così l'art. 2112 c.c.²⁴⁶. (*«È incontestabile che il citato verbale di accordo abbia avuto per oggetto il mantenimento anche parziale dell'occupazione da parte di un'azienda in stato di crisi aziendale accertato. Deve pertanto ritenersi che il verbale di accordo (...) abbia legittimamente limitato gli effetti previsti dall'art. 2112 c.c.*

²⁴⁶ Nel caso di specie, il lavoratore era stato licenziato nell'ambito della seconda procedura di mobilità attivata da Alitalia-CAI e aveva chiesto di essere reintegrato in Alitalia-SAI, quale cessionaria dei beni e di tutti i rapporti di lavoro di Alitalia-CAI ai sensi dell'art. 2112 c.c. Il tribunale, in particolare, dichiarava il difetto di legittimazione passiva di Alitalia-SAI e sostenendo che l'accordo sottoscritto con le organizzazioni sindacali ai sensi dell'art. 47, comma 4-bis, della Legge n. 428/1990 consentiva di derogare all'art. 2112 c.c. in quanto Alitalia-CAI era in "stato di crisi".

al solo personale a tempo indeterminato specificatamente indicato nell'accordo. Tra il quale non risulta il ricorrente»²⁴⁷).

Tale sentenza ovviamente si presta a diverse perplessità sotto il profilo della compatibilità del comma 4-bis dell'art. 47 con la Direttiva 23/2001. Il giudice romano attribuisce a tale comma una portata molto più ampia rispetto a quella prevista dall'art. 5 della Direttiva che consente al cedente e cessionario la possibilità di perimetrare i lavoratori da trasferire al cessionario solo ed esclusivamente nel caso in cui il cedente sia ammesso ad una procedura concorsuale con finalità liquidatoria. Peraltro, in caso di grave crisi economica, la Direttiva non consente neanche di derogare al principio della solidarietà tra cedente e cessionario per i crediti da lavoro (*ex art. 5, paragrafo 2*), bensì prevede unicamente che cedente e cessionario, con l'accordo delle organizzazioni sindacali, possano modificare le condizioni di lavoro dei lavoratori trasferiti, (*art. 5, paragrafo 3*).

L'orientamento del Tribunale di Roma è stato tuttavia completamente ribaltato dalle sentenze successive, sia del Tribunale di Roma che di Milano, i quali sono stati chiamati a pronunciarsi anch'essi sui licenziamenti intimati da Alitalia-CAI in vista del trasferimento d'azienda presso Alitalia-SAI.

Tra le prime sentenze edite sul punto, troviamo quella del Tribunale di Milano del 15 ottobre 2015, nel caso di specie peraltro la lavoratrice era stata licenziata nell'ambito della seconda procedura di mobilità attivata da Alitalia-CAI nello stesso anno in cui aveva contratto

²⁴⁷ Prosegue poi il Tribunale di Roma, 27 maggio 2015, «nel verbale di accordo appare evidente la volontà delle parti di limitare l'effetto successorio ai soli rapporti di lavoro a tempo indeterminato specificatamente individuati e non più genericamente ai rapporti di lavoro a tempo indeterminato in essere al momento della cessione».

matrimonio²⁴⁸. Appurata l'illegittimità del licenziamento, il tribunale condanna Alitalia-SAI, e cioè il cessionario, a reintegrare nel posto la lavoratrice, ritenendo che, in base alla normativa comunitaria (in particolare l'art. 5 della Direttiva 23/2001), «l'art. 47, comma 4-bis, (...) pur disciplinando specificatamente l'ipotesi in cui venga raggiunto un accordo per il mantenimento, anche parziale dell'occupazione, non introduce una deroga alla piena esplicazione degli effetti dell'art. 2112 c.c. ma, al contrario, prevede una sua disapplicazione sebbene nei termini e con le limitazioni previste da detto accordo che, per quanto visto, deve evidentemente consentire il trasferimento dei lavoratori (...) salva la possibilità di una modifica delle condizioni di lavoro (...)». Il Tribunale, nel dare una interpretazione conforme alla Direttiva comunitaria, statuisce che il comma 4-bis dell'art. 47 - applicabile nel caso concreto in considerazione dello "stato di crisi" di Alitalia-CAI - garantisce la piena applicazione dell'art. 2112 c.c. quanto al diritto dei lavoratori appartenenti all'azienda o al ramo d'azienda trasferito di passare alle dipendente del cessionario²⁴⁹.

Successivamente, il Tribunale di Roma, con la sentenza del 15 gennaio 2016 torna nuovamente a pronunciarsi sulla legittimità dei licenziamenti intimati da Alitalia-CAI in vista del trasferimento ad Alitalia-SAI. Anche in questo caso, il giudice dichiara l'illegittimità del licenziamento e condanna Alitalia-SAI a reintegrare il lavoratore ma l'iter argomentativo seguito si fonda su diversi principi. In

²⁴⁸ L'art. 35 del D.Lgs. n. 11 aprile 2006, n. 198 (c.d. Codice delle pari opportunità) prevede che sono nulli i licenziamenti attuati a causa di matrimonio e che si presume che «il licenziamento della dipendente nel periodo intercorrente dal giorno della richiesta delle pubblicazioni di matrimonio, in quanto segua la celebrazione, a un anno dopo la celebrazione stessa, sia stato disposto per causa di matrimonio».

²⁴⁹ Lo stesso Tribunale argomenta che la perimetrazione dei lavoratori sarebbe stata invece possibile alla luce della normativa comunitaria qualora l'accordo sindacale fosse stato stipulato ai sensi del comma 5 dell'art. 47.

particolare, il Tribunale innanzitutto si sofferma sugli accordi sindacali sottoscritti tra Alitalia-CAI e le organizzazioni sindacali prima dell'implementazione della *partnership* con *Etihad Airways* e sottolinea che tali accordi prevedevano espressamente che le procedure di mobilità di Alitalia-CAI erano necessarie proprio al fine di sostenere il buon esito della *partnership* (cfr. accordi del 12 luglio e 3 ottobre 2014 sopra citati). Da tali accordi, si evince che «gli esuberanti sono stati decisi nell'ambito di una situazione di grave difficoltà economica di CAI, ma essi costituivano la premessa e la condizione della cessione aziendale; se non fosse stato licenziato un certo numero di lavoratori, *Etihad Airways* non avrebbe accettato la *partnership*, Alitalia-SAI non sarebbe stata costituita e la cessione non sarebbe avvenuta».

Sulla base di tale nesso funzionale tra licenziamenti e *partnership*/trasferimento d'azienda, il Tribunale ritiene che i licenziamenti intimati debbano essere dichiarati nulli a norma dell'art. 2112 c.c. e dell'art. 4 della Direttiva 23/2001²⁵⁰.

Per arrivare a tali conclusioni, il Tribunale innanzitutto afferma che, in termini generali, il trasferimento d'azienda non costituisce un'ipotesi di giustificato motivo oggettivo di licenziamento posto che non determina la soppressione dei posti di lavoro ma la prosecuzione dell'attività lavorativa da parte del cessionario. Da ciò consegue che, quando il cedente è in situazione di crisi, il trasferimento d'azienda o di ramo costituisce uno strumento volto a salvaguardare i rapporti di lavoro ceduti, proprio mediante la loro cessione ad un terzo. Se la crisi

²⁵⁰ L'art. 4 della Direttiva prevede che il «trasferimento di un'impresa, di uno stabilimento o di una parte di impresa o di stabilimento non è di per sé motivo di licenziamento da parte del cedente o del cessionario. Tale dispositivo non pregiudica i licenziamenti che possono aver luogo per motivi economici, tecnici o d'organizzazione che comportano variazioni sul piano dell'occupazione».

aziendale del cedente è all'origine del trasferimento, la stessa crisi non può di per sé giustificare il previo licenziamento di una parte dei lavoratori del cedente, dato che lo stesso cedente ha scelto di arginare la crisi, proprio mediante un trasferimento d'azienda o di ramo²⁵¹. Il Tribunale, pur prendendo atto che, in alcuni casi, la risoluzione di alcuni rapporti di lavoro e la cessione solo di una parte può costituire l'unica soluzione per evitare di procedere al licenziamento di tutti i lavoratori come peraltro affermato anche dalla Corte di Cassazione²⁵², ritiene di non aderire a questa impostazione.

Riperkorrendo la giurisprudenza comunitaria, e la nota procedura di infrazione a carico dell'Italia avviata dalla Commissione Europea sul contrasto tra la normativa italiana (art. 47, commi 5 e 6 della Legge n. 428/1990), il Tribunale afferma che l'art. 4 della Direttiva possa essere disapplicato solo ed esclusivamente nel caso in cui l'impresa

²⁵¹ In tal senso, si veda Cass., 11 giugno 2008, n. 15495 «In tema di trasferimento di azienda, l'art. 2112, comma 4, c.c., nel disporre che il trasferimento non può essere di per sé ragione giustificativa di licenziamento, aggiunge che l'alienante conserva il potere di recesso attribuitogli dalla normativa generale; ne consegue che il trasferimento di azienda non può impedire il licenziamento per giustificato motivo oggettivo, sempre che questo abbia fondamento nella struttura aziendale, e non nella connessione con il trasferimento o nella finalità di agevolarlo». In dottrina è stato osservato che è compito del giudice stabilire se un licenziamento intimato sia casualmente connesso al trasferimento stesso. A tal fine, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, invita a prendere in considerazione la vicinanza temporale tra il licenziamento e il trasferimento d'azienda (Corte di Giustizia 15 giugno 1988, C-101/87). Difatti, la giurisprudenza guarda con estremo sospetto i licenziamenti intimati in concomitanza con il trasferimento d'azienda richiedendo al datore di lavoro una prova rigorosa della «sussistenza della disdetta intimata con un anticipo tale che il termine di preavviso si esaurisca e che il rapporto si risolva prima del trasferimento d'azienda, nonché la mancanza di qualsiasi intento fraudolento», così Cass., 16 maggio 1998, n. 4944.

²⁵² Cass., 9 settembre 1991, n. 9462 «La cessione di azienda non costituisce di per sé un giustificato motivo di licenziamento del lavoratore da parte dell'imprenditore cedente, ma può concorrere a costituirlo qualora quest'ultimo possa dimostrare la sussistenza di un ulteriore elemento consistente nella necessità di provvedere, al fine di attuare la cessione, ad un ridimensionamento dell'aspetto organizzativo dell'azienda, afferente al personale occupato, per avere il cessionario accettato l'operazione solo a condizione di una preventiva e drastica riduzione dei dipendenti dell'azienda medesima».

cedente sia stata ammessa ad un procedura liquidatoria, mentre nel caso in cui il cedente versi in una situazione di crisi, e non sia assoggettata ad una procedura liquidatoria, i licenziamenti in vista della cessione devono ritenersi vietati.

In sintesi, dunque, il licenziamento intimato ai lavoratori, è illegittimo perché fondato su di un accordo sindacale contrario sia alla legge italiana che al diritto dell'Unione Europea.

Altra sentenza edita relativamente all'operazione di *partnership* Alitalia-SAI e *Etihad Airways* è quella del Tribunale di Milano del 6 giugno 2016. In tal caso, tuttavia, il lavoratore era stato licenziato da Alitalia-CAI per motivi disciplinari prima della sottoscrizione degli accordi sindacali in vista della *partnership*. Dopo aver impugnato il licenziamento e aver ottenuto la reintegra nel posto di lavoro, in considerazione del trasferimento d'azienda, aveva offerto la prestazione lavorativa ad Alitalia-SAI che tuttavia non era stata accettata. A fronte di ciò, il lavoratore chiedeva di essere reintegrato presso Alitalia-SAI in forza dell'applicazione dell'art. 2112 c.c.

Il Tribunale di Milano, dopo aver passato in rassegna la giurisprudenza europea, rileva che *«i due commi dell'art. 47 prevedono fattispecie e conseguenze differenti: il co. 4-bis per le aziende in stato di crisi e le altre situazioni indicate, nel caso in cui sia stato raggiunto un accordo circa il mantenimento, anche parziale, dell'occupazione, stabilisce che l'art. 2112 del codice civile trova applicazione nei termini e con le limitazioni previste nell'accordo medesimo, non ne esclude cioè la applicazione ma si limita ad ammettere che le parti possano stabilire condizioni peggiorative nella disciplina dei rapporti che in ogni caso devono transitare in capo al cessionario. Il co. 5 invece prevede espressamente che l'accordo possa stabilire che il trasferimento non riguardi il personale*

eccedentario e che quest'ultimo continui a rimanere, in tutto o in parte, alle dipendenze dell'alienante»²⁵³.

In sostanza, il tribunale ritiene che il comma 4-bis presuppone necessariamente che tutti i lavoratori addetti all'azienda trasferita transitino al cessionario e per tale ragione gli accordi sindacali in tema di trasferimento d'azienda sottoscritti tra le organizzazioni sindacali ed Alitalia-CAI e Alitalia-SAI, così come gli accordi relativi alle procedure di mobilità devono disapplicarsi perché hanno illegittimamente derogato all'art. 2112 c.c.

Ultima sentenza edita sempre sulla vicenda Alitalia-SAI è quella del Tribunale di Milano del 5 settembre 2016. In tal caso, i lavoratori licenziati nell'ambito della seconda procedura di mobilità vengono reintegrati sulla base del fatto che da parte di Alitalia-CAI nel corso della procedura era stato assunto personale. Quanto, invece, ai licenziamenti intimati in connessione con il trasferimento d'azienda, il Tribunale ha un'opinione completamente diversa da quella del Tribunale di Roma (sentenza del 15 gennaio 2016). Il giudice, infatti, pur ammettendo che le procedure di mobilità erano state attivate per *«sostenere il buon esito della partnership internazionale con Etihad»* come risultante dagli accordi sindacali del 31 luglio e del 2 ottobre 2014, afferma altresì che proprio dagli accordi sindacali emerge la volontà e la necessità di Alitalia-CAI di *«dimensionare stabilmente l'organico alle effettive esigenze produttive (...) e garantire l'equilibrio delle attività svolte (...) strutturando diversamente l'organico alle effettive esigenze produttive»* di talché i licenziamenti

²⁵³ Così anche Tribunale di Busto Arsizio, 17 dicembre 2014. *Contra*, Tribunale di Roma 6 maggio 2016 secondo cui il comma 4-bis dell'art. 47 della Legge n. 428/1990 autorizzerebbe invece alla perimetrazione dei lavoratori da trasferire al cessionario.

intimati erano determinati da un'autonoma necessità di gestione di un esubero strutturale del personale. Per tale ragione, il giudice ritiene di «escludere che i licenziamenti siano stati intimati in base all'unico presupposto del trasferimento d'azienda, in violazione del disposto dell'art. 2112 c.c. Invero, detta disposizione non vieta in modo assoluto di intimare il licenziamento in prossimità di trasferimento d'azienda, semplicemente precisa che il trasferimento, per ciò solo, non può costituire motivo di licenziamento. Ed infatti, la norma salva la possibilità di licenziare nel rispetto della normativa vigente. Ciò che è vietato, in sostanza, non è il licenziamento in sé, bensì il porre alla base del licenziamento il trasferimento. Nel caso in esame invece la datrice di lavoro non ha posto alla base dei licenziamenti il trasferimento d'azienda, bensì la grave situazione di crisi, con la conseguenza che si rientra nell'operatività della prima parte della disposizione, secondo la quale resta ferma la facoltà di esercitare il recesso ai sensi della normativa vigente (Tribunale di Milano, R.G. 5965/2015, Tribunale di Milano, R.G. 6039/2015, Tribunale di Milano, R.G. 363/2016, Tribunale di Milano, R.G. 3176/2015)».

Tali decisioni (ad eccezione dell'ultima), per chiarire la portata dei commi 4-bis e 5 dell'art. 47 della Legge n. 428/1990, e ripercorrendo la Direttiva 23/2001 in un'ottica di una interpretazione conforme del diritto nazionale con quello europeo, giungono alla conclusione che: (i) gli accordi ai sensi del comma 4-bis autorizzano unicamente la modifica delle condizioni di lavoro dei lavoratori trasferiti e la deroga al principio della solidarietà tra cedente e cessionario ma presuppongono che tutti i lavoratori addetti all'azienda o al ramo d'azienda vengano trasferiti al cessionario; (ii) gli accordi ai sensi del comma 5, invece, non solo consentono di modificare le condizioni di lavoro dei lavoratori trasferiti, e di derogare al principio di solidarietà

citato, ma anche di perimetrare il numero di lavoratori che devono essere trasferiti al cessionario²⁵⁴.

²⁵⁴ In realtà, come abbiamo già visto, in caso di crisi aziendale, la Direttiva 2001/23/CE autorizza unicamente cedente e cessionario a modificare le condizioni di lavoro ma non a derogare al principio di solidarietà tra cedente e cessionario per i crediti maturati dai lavoratori trasferiti.

CONCLUSIONI

I frequenti fenomeni di decentramento produttivo hanno indotto il legislatore europeo e italiano a intervenire a più riprese nell'ottica, da un lato, di non impedire il dinamismo strutturale delle imprese finalizzato al miglioramento dell'efficienza e della competitività, dall'altro, di contemperare le necessità di razionalizzazione provenienti dal mondo imprenditoriale con la salvaguardia dell'occupazione e la tutela dei diritti dei lavoratori.

A questi interventi hanno poi fatto seguito le ripetute pronunce della giurisprudenza europea e italiana che hanno contribuito - soprattutto quella italiana - a creare notevoli dubbi interpretativi sull'ambito di operatività dell'art. 2112 c.c. e poche certezze applicative.

Sull'identificazione del ramo d'azienda, nonostante gli interventi del legislatore europeo e della Corte di Giustizia, si è recentemente consolidato un nuovo orientamento della Corte di Cassazione che attribuisce notevole rilevanza, nella valutazione dell'autonomia funzionale e della continuità del ramo d'azienda, alla consistenza materiale del ramo e alla sua preesistenza.

Molte recentemente la Corte di Cassazione è persino arrivata ad affermare che «anche nel mutato contesto normativo il ramo deve presentarsi (...) come una sorta di *piccola azienda* in grado di funzionare in modo autonomo²⁵⁵». Si tratta, di fatto, di un ritorno ad un precedente orientamento giurisprudenziale estremamente restrittivo e non più rispondente alle attuali esigenze di mercato.

Dall'altro canto, la Corte di Cassazione nei fenomeni di subentro nell'appalto ha affermato che «anche un gruppo di lavoratori che assolve stabilmente un'attività comune può corrispondere ad un'entità economica che può conservare la propria identità ove il nuovo titolare

²⁵⁵ Cass., 16 agosto 2016, n. 17104.

non si limiti a proseguire l'impresa ma riassume anche una parte essenziale (in termini di numero e di competenza) del personale specificatamente destinato dal predecessore a tali compiti²⁵⁶».

A voler trarre qualche conclusione, analizzando le varie fattispecie concrete sottoposte al giudizio della Corte di Cassazione, si potrebbe ritenere che - a seconda dei casi, nel senso della rilevanza o meno dell'elemento "materiale" del ramo d'azienda ai fini dell'autonomia dello stesso - laddove la configurabilità del ramo d'azienda costituisca il presupposto per il trasferimento da una realtà in forte crisi ad una realtà di ben più rosee prospettive, la tendenza della Suprema Corte pare essere quella di ritenere applicabile l'art. 2112 c.c. anche in presenza di rami "smaterializzati". Ove, invece, l'interesse dichiarato dai lavoratori è di essere reintegrati alle dipendenze di un soggetto ritenuto più solido e affidabile, la tendenza della Suprema Corte pare invece essere quella di negare la configurabilità del ramo d'azienda nel caso in cui tale ramo difetti della consistenza materiale.

Anche la disciplina del trasferimento d'azienda in crisi solleva diverse incertezze interpretative.

Innanzitutto gli interventi del legislatore italiano paiono ispirati molto più alle esigenze del momento che alla volontà di definire un quadro normativo chiaro e soprattutto conforme alla disciplina e giurisprudenza europea.

La sorte dei rapporti di lavoro nel caso in cui il cedente sia sottoposto ad una procedura di amministrazione straordinaria, è disciplinata da un coacervo di norme, alcune di natura fallimentare e altre di natura giuslavoristica che paiono sovrapporsi e contraddirsi.

Da un lato, infatti, l'art. 47, 5 comma, della Legge n. 428/1990 prevede la disapplicazione delle tutele previste dall'art. 2112 c.c. nel caso in cui

²⁵⁶ Cass., 12 aprile 2016, n. 7121.

il cedente sia sottoposto ad una procedura concorsuale avente finalità liquidatoria, purché tale disapplicazione sia oggetto di un espresso accordo tra cedente, cessionario e organizzazioni sindacali. Dall'altro, l'art. 56 della Legge Prodi-bis non richiede la sottoscrizione di un accordo con le organizzazioni sindacali per disapplicare l'art. 2112 c.c. se il cedente è sottoposto ad una procedura concorsuale avente finalità liquidatoria.

Andando ancora avanti, la disciplina derogatoria disegnata dal legislatore italiano al 4 comma bis dell'art. 47 della Legge n. 428/1990 pare particolarmente ampia, almeno nel suo tenore letterale, e non conforme ai principi sanciti dalla Direttiva 2001/23/CE, come è stato ribadito da una certa giurisprudenza italiana molto recentemente. Il complessivo quadro che ne esce è una persistente confusione che non garantisce né alle imprese né ai lavoratori sufficienti certezze. Si può dunque concludere che la disciplina del trasferimento del ramo d'azienda, nonostante i ripetuti interventi legislativi e della giurisprudenza, continui ad essere un *«cantiere aperto dove tutti gli operatori, pur impegnati in una affannosa ricostruzione, non sono a conoscenza del progetto complessivo»*³³.

³³ R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, in R. DE LUCA TAMAJO (a cura di), *I processi di esternalizzazione – Opportunità e vincoli giuridici*, Editoriale Scientifica, 2002.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Trento 4-5 giugno 1999*, Milano, 2000
- AA.VV., *Globalizzazione e diritto del lavoro. Il ruolo degli ordinamenti sopranazionali*, Scarponi S. (a cura di), Milano, 2001
- AA.VV., *Il post-fordismo. Idee per il capitalismo prossimo venturo*, Milano, 1998
- AA.VV., *Il trasferimento d'azienda*, Torino, 2004
- AA.VV., *La nuova disciplina del trasferimento di impresa*, Santoro Passarelli G. e Foglia R. (a cura di), Milano, 2002
- AA.VV., *Mutamento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese, di stabilimenti e di parti di stabilimenti*, Tosi P. (a cura di), in *Not. Giur. Lav*, 2002
- AA.VV., *Nuove tecnologie e rapporti tra imprese*, Milano, 1990
- Aimo M., *Le garanzie individuali dei lavoratori*, in *Riv. giur. lav.*, 1999, 858
- Aimo M., Izzi D., *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Milano 2014
- Albi P., *Appalto*, in *Tratt. Persiani-Carinci*, VI, Padova, 2012, 1595
- Albi P., *Trasferimento d'azienda e "internalizzazione"*, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 2002, 398
- Alvino I., *Distinzione fra somministrazione e appalto: il caso della esternalizzazione delle attività di assistenza infermieristica*, in *Orient. giur. lav.*, II, 2006, 329
- Alvino I., *Profili problematici della distinzione fra appalto e somministrazione nella recente giurisprudenza*, in *Lavoro. giur. - Gli Speciali*, II, 2011

Alvino I., *Sul consenso del lavoratore alla cessione del contratto di lavoro per comportamento concludente*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, II, 258

Anelli F., *Simulazione e interposizioni*, in *Trattato del contratto* (diretto da Roppo V.), III, Costanza M. (a cura di), Milano, 2006, 735

Anibaldi V., *Il trasferimento di “ramo d’azienda” nel fallimento e nell’amministrazione straordinaria: compatibilità della normativa italiana con la normativa straniera*”, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 2012, 345

Arrigo G., *I diritti di informazione e di consultazione dei lavoratori nell’ordinamento comunitario: “venti anni dopo”*, in *Dir. lav.*, I, 1999, 215

Bacchini F., *Trasferimento di azienda in crisi: nuova condanna dalla Corte UE*, in *Dir. prat. lav.*, 2009, n. 33, 1949

Baida E., *Trasferimento di azienda. La sanzione per omessa informazione-consultazione*, in *Lav. giur.*, 1996, 291

Balducci C., Serrano M.L., *Il trasferimento di azienda delle imprese in concordato preventivo e in ristrutturazione del debito*, in Chieco P. (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012 n. 92*, Bari, 2013, 823

Ballestrero M.V., *Il trattamento economico e normativo dei lavoratori nella nuova disciplina del trasferimento d’azienda*, in *Lav. dir.*, 2002, 2001

Barraco E., *Le modificazioni soggettive: il trasferimento d’azienda*, in Carinci F. (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, II, Torino, 2007, 150

Barraco E., *“Trasferimento di ramo d’azienda: la nuova nozione tra flessibilità e vincoli”*, in *Guida al lav.*, 2005, 22

Barraco E., *Un nuovo oggetto di disciplina per l’art. 2112 c.c.: dal ramo di azienda all’articolazione funzionalmente autonoma*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, 75

- Barraco E., *Procedure concorsuali: tutela dei lavoratori*, in *Dir. prat. lav.*, 2006, n. 44, 2502
- Basenghi F., *Passaggio di dipendenti per effetto di trasferimento di attività*, in AA.VV., *Il diritto del lavoro*, III, Milano, 2004, 229
- Bavaro V., *Il trasferimento d'azienda e di ramo d'azienda*, in Curzio P. (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge 30/2003*, Bari, 2006, 223
- Bolego G., *Autonomia negoziale e frode alla legge nel diritto del lavoro*, Padova, 2011
- Bonsignorio D., *Trasferimento d'azienda e frode alla legge: una pronuncia della Suprema Corte*, in *Riv. crit. lav.*, 2006, III, 814
- Buonocore V., *Il nuovo testo dell'art. 2112 c.c. ed il trasferimento di ramo d'azienda*, in *Giur. comm.*, 2003, 313
- Carabelli U., Veneziani B., *Il trasferimento di azienda in Italia*, in AA.VV., *La transmission de empresas en Europa*, Bari, 1999, 103
- Carinci F., *La cronaca si fa storia: da Pomigliano a Mirafiori*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, 11
- CARINCI M.T., *Il divieto generale di frode alla legge nel sistema delineato dal D.Lgs. 276/2003 in materia di esternalizzazioni*, in *Lav. giur.*, 2005, 1113
- CARINCI M.T., *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo*, Torino, 2010
- CARINCI M.T., *L'unicità del datore di lavoro - quale parte del contratto di lavoro, creditore della prestazione e titolare di tutte le posizioni di diritto, potere, obbligo ad esso connesse - è regola generale nell'ordinamento giuslavoristico*, in *Arg. dir. lav.*, 2007, 1019
- CARINCI M.T., *Il concetto di appalto rilevante ai fini delle tutele giuslavoristiche e la distinzione da fattispecie limitrofe*, in Carinci

- M.T., CESTER C., MATTAROLO M.G., SCARPELLI F. (a cura di), *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*, Torino 2011, 3
- CENTAMORE G., *Le conseguenze del licenziamento illegittimo intimato nel contesto di un'operazione di trasferimento d'azienda*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 1265
- CESTER C., *La fattispecie: la nozione di azienda, di ramo d'azienda e di trasferimento fra norme interne e norme comunitarie*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2004, 27
- CESTER C., *Il trasferimento d'azienda e di parte d'azienda fra garanzie per i lavoratori e nuove forme organizzative dell'impresa: l'attuazione delle direttive comunitarie è conclusa?*, in Carinci M.T., CESTER C. (a cura di), *Commentario al D.Lgs. 276/2003, Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, Milano, 2004
- CESTER C., *Trasferimento d'azienda e rapporti di lavoro: la nuova disciplina*, in *Lav. Giur.*, 2001, 505
- CESTER C., *Due recenti pronunzie della Corte di Giustizia europea in tema di trasferimento d'azienda. Nozione di ramo d'azienda ai fini dell'applicazione della direttiva e sull'inadempimento della stessa da parte dello Stato Italiano nelle ipotesi di deroga per crisi aziendale*, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 2010, 243
- CHIECO P., *Lavoro e responsabilità solidale negli appalti: dalla legge Bersani alla Finanziaria 2007*, in *Lav. giur.*, 2007, n. 5, 467.
- CHIECO P. *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, in Curzio P. (a cura di), *Lavoro e Diritti*, 2004, 127
- CIUCCIOVINO S., *Trasferimento di ramo d'azienda ed esternalizzazione*, in *Arg. dir. lav.*, 2000, 385

- CIUCCIOVINO S., *La nozione di “azienda trasferita” alla luce dei recenti sviluppi della giurisprudenza interna e comunitaria*, in *Arg. dir. lav.*, 1998, 893
- CIUCCIOVINO S., *La disciplina del trasferimento d’azienda dopo il D.Lgs. 18/2001*, in DE LUCA TAMAJO M. (a cura di), *I processi di esternalizzazione*, Napoli, 2002, 83
- CORAZZA L., *“Contractual integration” e rapporti di lavoro*, Padova, 2004
- CORAZZA L., *Trasferimento parziale dell’impresa e autonomia organizzativa nel prisma della giurisprudenza europea*, in *Lav. giur.*, 2010, 15
- CORAZZA L., *La nuova nozione di appalto nel sistema delle tecniche di tutela del lavoratore*, *W.P. “Massimo D’Antona.IT”*, 93/2009
- COSIO R., *Il trasferimento dell’azienda in crisi*, in SANTORO PASSARELLI G., FOGLIA R. (a cura di), *La nuova disciplina del trasferimento d’impresa*, Milano, 2002, 149
- DE ANGELIS L., *La tutela del lavoro ceduto*, in AA.VV., *Dialoghi tra dottrina e giurisprudenza, Trasferimento di ramo d’azienda e rapporto di lavoro*, Milano, 2005, 125
- DE CRISTOFARO M., *Le procedure sindacali nel trasferimento d’azienda dopo le modifiche apportate dal decreto legislativo n. 18 del 2001*, in *Dir. lav.*, 2001, I, 447
- DE LUCA TAMAJO M., SALIMBENI T., *Il trasferimento d’azienda*, in Vallebona A. (a cura di), *I contratti di lavoro*, II, in Rescigno P. (diretto da), *Trattato dei contratti*, Torino, 2009, 1821
- DE LUCA TAMAJO M., *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: scenari e strumenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 2007, 3
- DE LUCA TAMAJO M., *I processi di terziarizzazione intra moenia ovvero la fabbrica “multisocietaria”*, in *Dir. merc. lav.*, I, 1999, 49

- DE LUCA TAMAJO M., *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo di azienda e rapporti di fornitura*, in AA.VV., *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, DE LUCA TAMAJO R. (a cura di), Napoli, 2002
- DE MOZZI B., *Sul trasferimento di ramo d'azienda in frode alla legge*, in *Arg. dir. lav.*, 2009, n. 2, 427
- DEL CONTE M., *Rimodulazione degli assetti produttivi tra libertà di organizzazione dell'impresa e tutele dei lavoratori*, in Tiraboschi M. (a cura di), *Le esternalizzazioni dopo la riforma Biagi, somministrazione, appalto, distacco e trasferimento di azienda*, Milano, 2006, 419
- DEL PUNTA R., *Del gioco e delle sue regole. Note sulla "sentenza Fiat"*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, 1427
- DEL PUNTA R., *Statuto dei lavori ed esternalizzazioni*, in *Dir. rel ind.*, 2004, n. 2, 218
- ESPOSITO M., SANTARPINO I., *La frode alla legge: i limiti all'autonomia negoziale nel trasferimento del ramo d'azienda*, in *Dir. lav. merc.*, 2008, 641
- FALASCA G., *"Con la finanziaria cambia ancora la disciplina degli appalti"*, in *Guida al lav.* 4/2007
- FAVA G., MAGRIN M., *Appalto di manodopera: aspetti giuslavoristici e fiscali*, in *Dir. prat. lav.*, 2006, 48, 2784
- FERRANTE V., BRICCHI M., *Solidarietà e responsabilità del committente nella disciplina dell'appalto alla luce della più recente giurisprudenza*, in *Riv. giur. lav.*, II, 2012, 463
- FERRARO G., *Metamorfosi dell'impresa e tutela del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2004, 779
- FIMMANÒ F., *L'affitto di azienda preesistente al trasferimento*, in Ambrosini S. (a cura di), *Le nuove procedure concorsuali*, Bologna, 2008

- FOGLIA L., *Accordo sindacale in occasione di cessione d'azienda appartenente ad un'impresa insolvente e diritto comunitario*, in *Dir. lav.*, 2000, II, 183
- FOGLIA R., *L'attuazione giurisprudenziale del diritto comunitario del lavoro*, Padova, 2002
- FOGLIA R., *Il ruolo della Corte di Giustizia nell'evoluzione del diritto sociale comunitario e le prospettive per il futuro*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2002, 27, 96
- GAMBERINI G., Tiraboschi M., *Responsabilità solidale negli appalti: ancora novità*, in *Guid. lav.*, 2012, n. 9
- GIUBBONI S., *L'outsourcing alla luce della direttiva 98/50/CE*, in *Giornale dir. lav. relaz. ind.*, 1999, 423
- GRAGNOLI E., *Trasferimento d'azienda, elusione dell'operare dell'art. 18 Stat. lav. e frode alla legge*, in *Riv. giur. lav.*, II, 2008, 554
- GRAGNOLI E., *Trasferimento di azienda, licenziamenti collettivi e frode alla legge*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 2006, 4, 663
- GRANDI B., *La sorte dei rapporti di lavoro nell'affitto e nella retrocessione delle aziende sottoposte a procedura concorsuale*, in *Dir. mer. lav.*, 2006, 26
- GRECO M.G., *L'obbligazione solidale negli appalti dopo la riforma del mercato del lavoro*, in *Lav. giur.*, 2004, 10, 922
- ICHINO P., *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco. Articolo 29 Appalto*, in Padrazzoli M. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, Bologna, 2004, 267
- IZZI D., *Il trasferimento d'azienda fra diritto interno e diritto comunitario. La dimensione collettiva della tutela*, in *Riv. giur. lav.*, I, 1999, 868
- LAMBERTUCCI P., *Il trasferimento di azienda in crisi fra diritto interno e diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 2002, 114

- LAMBERTUCCI P., *Sulla nozione di trasferimento d'azienda nel diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, II, 608
- LAMBERTUCCI P., *Le procedure sindacali nel trasferimento d'azienda*, in SANTORO PASSARELLI G., FOGLIA R. (a cura di), *La nuova disciplina del trasferimento d'impresa. Commento al D.Lgs. 2 febbraio 2001*, n. 18, Milano, 2002, 89
- LECCESE V., *Giudici italiani e Corte di giustizia sul trasferimento d'azienda: un dialogo a più velocità*, in *Dir. lav. relaz. ind.*, 1999, 65
- LIEBMAN S., *La disciplina collettiva applicabile ai lavoratori trasferiti*, in AA.VV., *Dialoghi tra dottrina e giurisprudenza, Trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro*, Milano, 2005, 215
- LO FARO A., *Judicial development of EC social policy intra-community institutional dialogues: how to define a "legal transfer"*, in Sciarra S. (a cura di), *Labour Law in the Courts*, Oxford and Portland, 2001, 210
- LOZITO M., *I poteri datoriali dell'appaltatore e i poteri del committente*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 59
- MARAZZA M., *Impresa ed organizzazione nella nuova nozione di azienda trasferita*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, 595
- MARESCA A., *Le "novità" del legislatore nazionale in materia di trasferimento d'azienda*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, 587
- MARESCA A., *Modifica all'art. 2112 comma quinto, del codice civile*, in *Il nuovo mercato del lavoro, Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003*, n. 276, coordinato da Pedrazzoli M., Bologna 2004, 395
- MARESCA A., *Il trasferimento d'azienda nei processi di esternalizzazione e appalto di servizi*, in *Trasferimento d'azienda ed esternalizzazioni nel diritto del lavoro* (Atti del Convegno tenutosi a Milano l'8 giugno 2004 presso l'università Bocconi), Roma, 2004, 47

- MARESCA A., *L'oggetto del trasferimento del trasferimento: azienda e ramo d'azienda*, in AA.VV., *Trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro, Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza*, in *Quad. dir. lav.*, 2004
- MARINELLI M., *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Torino, 2002
- MARINELLI M., *Appalto di manodopera e lavoro autonomo*, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 2001, 402
- MARINELLI M., *Il perdurante contrasto tra diritto interno e diritto comunitario sulla tutela dei lavoratori nel trasferimento di azienda*, in *Europa dir. priv.*, 2003, 819
- MARZO C., LECOMTE F.A., *Le refus d'être transféré*, in *Droit Social*, 2010, 698
- MENEGATTI E., *La frode alla legge nella cessione d'azienda*, in *Lav. giur.*, 2001, 1166
- MENGHINI L., *L'attenuazione delle tutele individuali dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda in crisi o soggetta a procedure concorsuali dopo la Direttiva 50/98 e il D.Lgs. 270/1999*, in *Riv. giur. lav.*, I, 2000, 209
- MOROZZO DELLA ROCCA P., *Crisi dell'impresa e trasferimento d'azienda nel concorso delle fonti tra normativa nazionale e disciplina comunitaria*, in *Europa dir. priv.*, 2000, 237
- NAPPI S., *Interposizione, Appalti interni leciti e limiti del sindacato giurisdizionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 2002, 772
- NASEDDU L., *Il bilanciamento degli interessi nella fattispecie del trasferimento d'azienda*, in *Dir. lav.*, 2005, n. 5-6, 527
- NOTARO F., *Trasferimento dell'azienda in crisi e derogabilità dell'art. 2112 c.c. in sede collettiva*, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 2007, 179

- NOVELLA M., *Il trasferimento di imprese*, in Carinci F., Pizzoferrato A. (a cura di), *Diritto del lavoro, Commentario*, IX, in Carinci (diretto da), *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, Torino, 2010, 781
- NOVELLA M., *Il nuovo art. 2112 c.c. e i vincoli del diritto europeo*, in *Giornale dir. lav. relaz. ind.*, 2005, 177
- NUZZO V., *Trasferimento di azienda e rapporto di lavoro*, Padova, 2002
- NUZZO V., *Sul trasferimento di aziende in crisi: cronaca di una condanna annunciata*, in *Dir. rel. ind.*, 2009, 843
- ORLANDINI G., *Il trasferimento di azienda nelle imprese in stato di crisi tra dibattito teorico e prassi sindacale*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2005, n. 108, 593
- PALLADINI A., Santoro Passarelli G., Speciale V., *Opinioni sul trasferimento di azienda*, in *Giorn. dir. rel. ind.*, 2006, n. 112, 668
- PASSALACQUA P., *L'interesse ad agire del dipendente nell'azione di accertamento della nullità del trasferimento d'azienda*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 2007, fasc. 2, 289
- PASSALACQUA P., *La Corte di Cassazione chiude il cerchio sul caso Spano in materia di trasferimento dell'azienda in crisi*, in *Dir. lav.*, II, 2001
- PERRINO A.M., *Le deroghe alle tutele dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda d'imprenditore in crisi o insolvente*, in *Foro it.*, I, 2007, 2157
- PERULLI A., *Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione*, in *Arg. dir. lav.*, 2003, 477
- PESSI R., *Profili giuslavoristici nelle procedure concorsuali*, in *Lavoro e prev. oggi*, 2012, 335
- PIETANZA E., *L'applicazione del principio di responsabilità solidale in tema di trattamento di fine rapporto*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, 1156

- PIRELLI F., *Appalto genuino e indici rivelatori*, in *Dir. prat. lav.*, inserto, 2010, n. 7
- PIZZOFERRATO A., *La disciplina lavoristica del trasferimento di azienda in crisi nel nuovo scenario interpretativo*, in *Lav. giur.*, 2002, n. 3, 251
- PIZZOFERRATO A., *Trasferimento d'azienda e rapporti di lavoro*, in *Il lavoro subordinato, Il rapporto individuale di lavoro: costituzione e svolgimento*, di Carinci F. (a cura di), 2007
- QUADRI G., *Processi di esternalizzazione. Tutele del lavoratore e interesse dell'impresa*, Napoli, 2004
- RAFFI A., *Tutela del lavoratore nel trasferimento di azienda tra normativa nazionale e normativa comunitaria*, Milano, 2004
- ROMEI R., *La distinzione fra interposizione e appalto e le prospettive della certificazione*, in Tiraboschi M. (a cura di) *Le esternalizzazioni dopo la riforma Biagi*, Milano, 2006
- SALIMBENI M.T., *Violazione degli obblighi procedurali e posizione dei singoli lavoratori nel trasferimento di azienda*, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 2006, 592
- SANTORO PASSARELLI G., *La nozione di azienda trasferita tra disciplina comunitaria e nuova disciplina nazionale*, in SANTORO PASSARELLI e FOGLIA R. (a cura di), *La nuova disciplina del trasferimento d'impresa*, Milano, 2002.
- SANTORO PASSARELLI G., *Fattispecie e interessi tutelati nel trasferimento d'azienda e di ramo d'azienda*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 2003, 189
- SANTORO PASSARELLI G., *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, Torino, 2004
- SANTORO PASSARELLI G., *Trasferimento d'impresa: un delicato compromesso tra tutela individuale, mercato del lavoro e sviluppo economico*, in *Arg. dir. lav.*, 2005, 711

- SCARPELLI F., “*Esternalizzazioni*” e diritto del lavoro: il lavoratore non è una merce, in *Dir. rel. ind.*, 1999, 351
- SEBASTIANI S., *Esternalizzazioni: tra la somministrazione di lavoro e l'appalto di manodopera. Configurazione giuridica, indicatori e violazioni*, in *Dir. lav.*, 2013
- SENATORI I., *Successione di appalto di servizi e trasferimento di azienda tra ratio comunitaria e riforma del mercato del lavoro italiano*, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 2004, 404
- SERRANO M.L., *Il trasferimento dell'azienda in crisi tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale: ultimo atto?*, in *Riv. giur. lav.*, 2010, 340
- SITZIA A., *Trasferimento di parte d'azienda, smaterializzazione dell'impresa ed esternalizzazioni: il caso Ansaldo e l'art. 32, dlgs. N. 276/2003*, *Riv. it. dir. lav.*, II, 2004, 653
- SPEZIALE V., *Opinioni sul trasferimento d'azienda*, in *Giornale dir. lav. e relaz. ind.*, 2006
- TIRABOSCHI M., *Somministrazione, appalto di servizi, distacco*, in *Guida al lav.*, 2003
- VALENTE L., *Frode alla legge e trasferimento d'azienda: il cedente non ha l'onere di verificare la consistenza imprenditoriale del cessionario*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 2006
- VALLEBONA A., *Il trasferimento dell'azienda in crisi: agevolazioni per l'acquirente e tutela dei posti di lavoro*, in *Dir. lav. relaz. ind.*, 1980
- VALLEBONA A., *La disciplina dei rapporti di lavoro in caso di fusione e di scissione di società*, in *Dir. lav.*, II, 1992
- ZILIO GRANDI G., *I fenomeni di esternalizzazione e decentramento produttivo dopo la riforma del mercato del lavoro*, in *Lav. dir.*, 2006.

