

LA CESSIONE DEL RAMO D'AZIENDA NEL NUOVO CONTESTO COMUNITARIO

di Savivo Chiarazzo*

Con l'entrata in vigore del d.lgs. n.18 del 2001, attuativo della Direttiva Comunitaria 50/98 C.E., la problematica riguardante la cessione del ramo d'azienda, con specifico riferimento all'utilizzo fraudolento di tale istituto in elusione dell'art. 47 della legge n.428 del 1990, sembrava essere stata risolta dal legislatore italiano. Tuttavia, in seguito alla successiva modifica dell'art. 2112 c.c. intervenuta solo due anni più tardi ad opera della "Legge Biagi", si sono ripresentate delle incertezze applicative derivanti dall'ambigua riformulazione del tenore letterale della disposizione. Tanto, infatti, è sembrato sufficiente ad una parte della dottrina e della giurisprudenza nostrana per rimettere in discussione i risultati sino ad allora ottenuti ed indirizzati nel segno della continuità lavorativa.

L'articolo di seguito ripropone una ricostruzione delle fasi più significative dell'iter appena accennato, soffermandosi principalmente sulla soluzione garantista adottata dalla Corte di Cassazione che, con il suo intervento, ha composto l'accennato contrasto giurisprudenziale.

Sommario: 1. Introduzione 2. La disciplina previgente introdotta dal d.lgs. del 2001. 3. La novella del 2003 e la composizione dei successivi contrasti giurisprudenziali. 4. Conclusioni.

1. Introduzione

Nel nostro Paese la legislazione lavoristica, specialmente in seguito all'emanazione della legge n. 300 del 1970, è stata in grado di approntare una serie di disposizioni concretamente efficaci dal punto di vista della tutela dei lavoratori, mostrando particolare attenzione al delicato tema della regolamentazione della cessazione del rapporto.

Tuttavia, nonostante gli indiscussi progressi, la normativa in questione è stata

puntualmente oggetto di raffinati tentativi d'elusione, dovuti anche a scelte infelici del nostro legislatore, con cui si è cercato di vanificare i risultati ottenuti.

2. La disciplina previgente introdotta dal d.lgs. del 2001

Uno degli istituti che merita sicuramente di essere maggiormente approfondito è la cessione d'azienda, con particolare riguardo alla cessione del c.d. "ramo". Per entrambe le ipotesi la norma di riferimento è l'art. 2112 c.c. con la quale il legislatore, sancendo all'interno del primo comma 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», ne fa emergere l'intento protettivo.

Anche il secondo⁽¹⁾ e il quarto⁽²⁾ comma, affermando prima il principio di

* Laurea Magistrale in Giurisprudenza conseguita presso l'Università degli Studi di Bari "Aldo Moro" in data 19 ottobre 2012.

Dalla tesi di laurea: *Flessibilità e garanzie di stabilità in tema di licenziamento: il quadro italiano ed i confronti con l'U.E.*

⁽¹⁾ Art. 2112 comm. 2 c.c. *Mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda*: «Il cedente ed il cessionario sono obbligati, in solido, per tutti i crediti che il lavoratore aveva al tempo del

responsabilità solidale tra il datore cedente e cessionario e poi la facoltà in capo al prestatore di recedere per giusta causa nell'ipotesi di modifica sostanziale delle condizioni di lavoro, depongono a favore di una interpretazione garantista, nel segno dell'automatica continuazione del rapporto stesso.

Occorre infatti evidenziare che nel caso in esame, a differenza delle cessioni contrattuali disciplinate dall'art. 1406 c.c.⁽³⁾, il consenso del lavoratore coinvolto nella vicenda traslativa non è richiesto poiché il passaggio dalle dipendenze del cedente a quelle del cessionario si verifica automaticamente e nel semplice rispetto della procedura di consultazione sindacale prevista⁽⁴⁾.

trasferimento. Con le procedure di cui agli articoli 410 e 411 del codice di procedura civile il lavoratore può consentire la liberazione del cedente dalle obbligazioni derivanti dal rapporto di lavoro.»

⁽²⁾ Art. 2112 comm. 4 c.c. *Mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda*: «Ferma restando la facoltà di esercitare il recesso ai sensi della normativa in materia di licenziamenti, il trasferimento d'azienda non costituisce di per sé motivo di licenziamento. Il lavoratore, le cui condizioni di lavoro subiscono una sostanziale modifica nei tre mesi successivi al trasferimento d'azienda, può rassegnare le proprie dimissioni con gli effetti di cui all'articolo 2119, primo comma.»

⁽³⁾ Art. 1406 c.c. *Cessione del contratto*: «Ciascuna parte può sostituire a sé un terzo nei rapporti derivanti da un contratto con prestazioni corrispettive, se queste non sono state ancora eseguite, purché l'altra parte vi consenta».

⁽⁴⁾ Art. 47 Legge n. 428/1990: prevede che in caso di trasferimento di un'azienda o di un ramo della stessa in cui siano complessivamente occupati più di 15 lavoratori, «il cedente ed il cessionario devono darne comunicazione 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, alle rispettive rappresentanze sindacali unitarie, ovvero alle rappresentanze sindacali aziendali costituite (...) nelle unità produttive interessate, nonché ai sindacati di categoria che hanno stipulato il contratto collettivo applicato nelle imprese interessate al trasferimento»; entro sette giorni dal ricevimento della comunicazione di cui sopra, le organizzazioni sindacali possono chiedere un esame congiunto; entro

Si comprende quindi come non sia affatto secondario il problema dell'identificazione precisa tra le fattispecie appena richiamate, dal momento che le discipline applicabili differiscono totalmente. Si pensi infatti all'ipotesi di trasferimento di un certo numero di lavoratori da una società di medio-grandi dimensioni in capo ad una più piccola che successivamente, dopo un breve lasso di tempo, cessa l'attività. Se l'operazione venisse configurata come cessione di ramo d'azienda, si consentirebbe lecitamente al datore di evitare la gravosa normativa sui licenziamenti collettivi⁽⁵⁾ e contestualmente

successivi sette giorni dal ricevimento della suddetta richiesta, il cedente ed il cessionario sono tenuti ad avviare l'esame congiunto con i soggetti sindacali che lo hanno richiesto. La consultazione si intende, peraltro, esaurita anche se, decorsi dieci giorni dal suo inizio, non sia stato raggiunto un accordo con i sindacati coinvolti. Il mancato rispetto degli obblighi procedurali di cui al sopraddetto art. 47 costituisce condotta antisindacale a norma dell'art. 28 dello Statuto dei lavoratori».

⁽⁵⁾ M. PERSIANI, *I licenziamenti collettivi per riduzione del personale nella legge n. 223/1991: le procedure*, in *Diritto delle relazioni industriali* n.2,1992, 214 ss: «La procedura si apre con la preventiva comunicazione scritta alle rappresentanze sindacali aziendali e alle associazioni di categoria, da inviare, in copia, anche all'ufficio provinciale del lavoro. La comunicazione deve contenere l'indicazione dei motivi che determinano la situazione di eccedenza del personale, dei motivi tecnici organizzativi o produttivi per i quali si ritiene di non poter adottare misure idonee a porre rimedio alla predetta situazione ed evitare, in tutto o in parte, la dichiarazione di mobilità. La comunicazione deve, inoltre, contenere l'indicazione del numero, della collocazione aziendale e dei profili professionali del personale eccedente, dei tempi di attuazione del programma di mobilità, delle eventuali misure programmate per fronteggiare le conseguenze sul piano sociale della attuazione del programma medesimo. Sarà bene sottolineare che la comunicazione è determinante ai fini della procedura, onde si spiega la dettagliata previsione che la legge fa del suo necessario contenuto. Essa, infatti, deve consentire, non solo il controllo e la verifica della necessità di riduzione del personale e della congruità delle dimensioni del licenziamento, ma anche l'eventuale adozione dei criteri di scelta dei lavoratori

s'impedirebbe ai lavoratori, che in tal caso non avrebbero voce in capitolo, di poter usufruire della più vantaggiosa tutela reale persa a causa della mancanza dei requisiti dimensionali.

L'esempio appena riportato denota quindi l'importanza di una definizione non equivoca di ramo d'azienda che tuttavia, nel nostro ordinamento, è stata adottata solo in seguito all'emanazione del d.lgs. n.18 del 2001, attuativo della Direttiva Comunitaria 50/98 C.E.⁽⁶⁾. Questo documento, integrando l'articolo 2112 c.c., ha precisato che per ramo deve intendersi un'«articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata (...) preesistente come tale al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità»⁽⁷⁾.

da licenziare. Carenze o contraddittorietà della comunicazione possono assumere notevole rilevanza su piani diversi. Possono configurare un comportamento antisindacale, reprimibile ai sensi dell'art. 28 della legge n. 300 del 1970, almeno in tutti i casi in cui impediscano l'azione sindacale. Possono condurre anche alla dichiarazione di inefficacia dei licenziamenti intimati al termine di una procedura infruttuosa (terzo comma art. 5).»

⁽⁶⁾ F. MARTELLONI, *Licenziamenti e sanzioni nei rapporti di lavoro* a cura di M. PEDRAZZOLI, Cedam Editore, Padova, 2011, 165 ss : «...non v'è dubbio che la modifica dell'art. 2112 c.c. operata con il d.lgs. 18/2001 abbia risentito, oltre che della direttiva comunitaria 50/98/Ce del 26 giugno 1998 cui dava attuazione, pure dei criteri interpretativi adottati dalla Corte di Giustizia: essa, anche in epoca precedente alla direttiva del '98, aveva a più riprese stabilito che, per aversi cessione d'azienda o di una sua parte, era necessario che l'entità economica trasferita conservasse, presso il cessionario, la propria identità.»

⁽⁷⁾ Art. 2112 comm. 5 c.c. *Mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda*: «Ai fini e per gli effetti di cui al presente articolo si intende per trasferimento d'azienda qualsiasi operazione che comporti il mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, 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

Già da tempo infatti la giurisprudenza europea era approdata all'emanazione di sentenze protettive a favore dei lavoratori le quali successivamente sono state in grado d'influenzare le decisioni giurisprudenziali dei singoli ordinamenti statali ⁽⁸⁾.

Una delle prime applicazioni pratiche a risentire di questa nuova interpretazione è stata la famosissima controversia riguardante la Ansaldo Energia s.p.a., meritevole di essere presa in considerazione per l'importanza delle decisioni assunte. In tale occasione la Corte di Cassazione, chiamata a verificare la legittimità di una serie di cessioni disposte dall'Ansaldo in favore di una seconda società, si pronunciò negativamente motivando la propria decisione in virtù dell'applicazione di quei principi comunitari che di lì a poco avrebbero riformato la nostra disciplina interna. Nello specifico si affermò l'indispensabilità del requisito dell'autonomia organizzativa del ramo e della necessità di una sua precedente

trasferimento è attuato, ivi compresi l'usufrutto o l'affitto d'azienda. Le disposizioni del presente articolo si applicano altresì al trasferimento di parte dell'azienda, intesa come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata ai sensi del presente comma, preesistente come tale al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità.»

⁽⁸⁾ Si veda ad esempio il contributo fornito della decisione della Corte di Giustizia Ce 11 marzo 1997, C-13795, secondo cui, ai fini della disciplina in questione, non osterebbe la mancanza di elementi materiali da trasferire visto che «in determinati settori in cui l'attività si fonda essenzialmente sulla mano d'opera un gruppo di lavoratori che assolve stabilmente un'attività comune può corrispondere a un'entità economica». Sulla scorta di queste ed altre simili pronunce anche la Cassazione, con sentenza del 10 gennaio 2004 n. 206, ha deciso che «può configurarsi un trasferimento aziendale che abbia ad oggetto anche solo un gruppo di dipendenti stabilmente coordinati e organizzati tra loro, la cui capacità operativa sia assicurata dal fatto di essere dotati di un particolare "know how"»

individuazione rispetto al momento del trasferimento⁽⁹⁾.

3. La novella del 2003 e la composizione dei successivi contrasti giurisprudenziali

Con l'art. 32 del d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276, noto come "Legge Biagi", adottato per ampliare la portata della disciplina della cessione e per renderne più agevole l'utilizzo pratico, si è nuovamente modificato l'art. 2112 c.c. ridisegnando, con la sua attuale formulazione, la nozione di ramo d'azienda quale «articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento».

Tuttavia non può non osservarsi come con la novella legislativa, riconsegnando di fatto in capo ai contraenti la duplice possibilità d'identificare autonomamente l'articolazione aziendale e di farlo finanche all'atto del trasferimento, si sia corso il rischio di vanificare le precedenti conquiste giurisprudenziali.

Com'era prevedibile infatti proprio l'utilizzo del termine "identificare" all'interno della disposizione ha aperto il dibattito dottrinale e giurisprudenziale, dando vita a due correnti di pensiero contrastanti.

Secondo un primo orientamento, attualmente minoritario, incentrato sull'interpretazione rigorosa dell'art. 2112 c.c., bisognerebbe applicare la norma alla lettera non potendo discostarsi da una così chiara espressione di volontà del legislatore. In senso conforme a tale interpretazione può

essere considerata la sentenza del Tribunale di Torino in data 17 dicembre 2005 secondo cui «l'attività ceduta deve essere dotata di una propria specifica autonomia funzionale, che non deve più essere preesistente, ma può essere verificata fino alla cessione, sicché può trattarsi di una condizione che a quel momento può essere meramente potenziale». Anche il Tribunale di Milano, con sentenza del 19 gennaio 2006⁽¹⁰⁾, si è espresso in senso conforme affermando che «il grado di autonomia richiesto attualmente dalla normativa, così come novellata, è diversamente configurabile rispetto alla disciplina previgente al punto tale che la stessa potrebbe addirittura essere identificata dalle parti al momento del trasferimento: in altre parole, alla luce del testo come novellato, l'autonomia funzionale del ramo di azienda non deve per forza essere verificata nel contesto di provenienza purché al momento del trasferimento il ramo ceduto possa avere vita propria assicurando presso la cessionaria l'esercizio della relativa attività imprenditoriale».

Un secondo orientamento giurisprudenziale, oggi di gran lunga maggioritario, ha invece preferito interpretare il quinto comma dell'art. 2112c.c. in senso restrittivo, basando tale scelta su due diversi ordini di ragioni. La prima, di carattere sistematico, affonda le proprie radici nel principio di supremazia dell'ordinamento comunitario che, in caso d'interpretazione estensiva del concetto di ramo d'azienda, verrebbe ad essere violato. Difatti non si deve dimenticare che la disposizione in esame è frutto dell'adeguamento della normativa nazionale alla direttiva comunitaria 50/98 C.E, nonché alle decisioni della Corte di

⁽⁹⁾ Nella controversia in questione la Corte di Cassazione, con pronuncia del 4 dicembre 2002, n. 17207 ha configurato le operazioni come cessioni contrattuali applicando pertanto ai lavoratori dell'Ansaldo la disciplina dell'art. 1406 c.c. Per pronunce conformi vedi anche Cass. 30 dicembre 1999, n. 14775 e Cass. 14 dicembre 1998, n. 12554.

⁽¹⁰⁾ Va però segnalato come nella stessa sentenza il tribunale non transiga sulla individuazione rigorosa del ramo affermando che :«Deve, in ogni caso, trattarsi di un'entità economica oggettivamente riconoscibile come ramo».

Giustizia Europea⁽¹¹⁾, e che quindi un'interpretazione ad esse non conformi sarebbe da considerare assolutamente illegittima. Inoltre l'interpretazione estensiva sarebbe anche costituzionalmente illegittima per violazione dell'art. 76 Cost.⁽¹²⁾ dal momento che il d.lgs. n. 276 del 2003 al cui interno è contenuta, contrasterebbe con la legge delega n. 30 del 2003 che al proprio interno non contempla affatto tale modifica.

La seconda ragione, basata su finalità propriamente anti-elusive, poggia sull'istituto del contratto in frode alla legge ex art. 1344⁽¹³⁾ «consistente nel perseguimento di un risultato, equivalente a quello vietato, ed in quanto tale direttamente “contra legem”, con l'aggiunta dell'elemento soggettivo rappresentato dalla volontà delle parti di eludere mediante un negozio di per sé lecito la norma stessa»⁽¹⁴⁾.

Proprio su considerazioni di questo tipo si basa la sentenza del tribunale di Roma del 3 novembre 2005 che esprime la necessità d'interpretare il termine “identificare”, utilizzato nel nuovo art. 2112c.c., come «accertare l'identità, riconoscere una realtà già esistente e non certo costituirne una nuova» continuando che «l'interpretazione restrittiva della norma, oltre ad essere conforme ai principi del diritto comunitario è altresì l'unica possibile al fine di evitare abusi del sistema di riduzione del personale in esubero oltre i limiti posti dall'ordinamento positivo con la disciplina

della mobilità e del licenziamento collettivo».

In senso conforme si è espressa anche la Suprema Corte che, nella sentenza 7 febbraio 2008 n. 2874, ha confermato la sentenza impugnata ritenendo esatta e pertanto incontestabile la valutazione svolta dal giudice di merito in ordine alla sussistenza, nel caso specifico, di un'ipotesi di frode alla legge per elusione dell'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori.

4. Conclusioni

In forza delle considerazioni appena effettuate, non può quindi che concludersi con la condivisa dell'approccio da ultimo segnalato, così come espresso nella statuizione della Suprema Corte. Questo infatti, se da un lato risulta essere sicuramente più rispettoso del concetto generale di tutela della parte debole del rapporto lavorativo, nonché sostanzialmente più vantaggioso per i lavoratori impiegati nell'azienda ceduta, dall'altro concretizza anche il principio di prevalenza del diritto comunitario attuando un'interpretazione adeguatrice della disposizione interna sulla scorta della legislazione europea.

⁽¹¹⁾ Vedi al riguardo: Corte di Giustizia Ce 11 marzo 1997, C-13795; Corte di Giustizia Ce 24 gennaio 2002, C-51/00; Corte di Giustizia Ce 20 novembre 2003, C-340/01.

⁽¹²⁾ Art. 76 Cost.: «L'esercizio della funzione legislativa non può essere delegato al governo se non con determinazione di principi e criteri direttivi e soltanto per tempo limitato e per oggetti definiti».

⁽¹³⁾ Art. 1344 c.c. *Contratto in frode alla legge*: «Si reputa altresì illecita la causa quando il contratto costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa».

⁽¹⁴⁾ M. GIUSTINIANI, A. DE PALMA, *Trasferimento d'azienda e contratto in frode alla legge*.