

Passaggio di personale e art. 2112 c.c.: non è automatico e necessita di apposite concordi dichiarazioni di volontà

Cassazione civile, sez. lav., 6 dicembre 2016, n. 24972. Pres. Di Cerbo. Rel. Manna.

Azienda – Trasferimento – Appalto – Passaggio di dipendenti da appaltatore ad un altro – Automaticità – Esclusione

Il passaggio dei dipendenti dal precedente appaltatore al nuovo subentrato nell'appalto (in assenza di contestuale trasferimento di non trascurabili strutture materiali organizzate o, almeno, di know how o di altri caratteri idonei a conferire autonoma capacità operativa a maestranze stabilmente coordinate e organizzate tra loro) non è automatico nè forma oggetto di diritto acquisito in capo ai lavoratori del vecchio appaltatore, non esistendo alcuna norma di legge che lo stabilisca.

E se tale passaggio di personale non è automatico, ciò vuol dire che necessita pur sempre di apposite concordi dichiarazioni di volontà (contestuali o collegate) delle imprese o della stazione appaltante.

(Massima a cura di Franco Benassi – Riproduzione riservata)

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con sentenza pubblicata il 24.10.13 la Corte d'appello di Roma, in totale riforma della sentenza di accoglimento n. 105/12 emessa dal Tribunale di Viterbo, rigettava le domande dei lavoratori di cui in epigrafe intese ad ottenere il riconoscimento del proprio diritto di proseguire ex art. 2112 c.c., dal 1.6.09 (con le relative conseguenze economiche), alle dipendenze di F. S.r.l., il rapporto di lavoro precedentemente intercorso con la Cooperativa A..

Tale cooperativa li aveva licenziati, a far data dal 31.5.09, per cessazione dell'attività a cagione del mancato rinnovo da parte del Comune di Viterbo dell'appalto della gestione di parcheggi comunali, servizio poi affidato ad una società in house, vale a dire alla F. S.r.l.

Per la cassazione della sentenza ricorrono i suddetti lavoratori affidandosi a sei motivi.

F. S.r.l. resiste con controricorso.

Il Comune di Viterbo - anche nei confronti del quale si sono celebrati i gradi di merito - non ha svolto attività difensiva.

I ricorrenti e la controricorrente depositano memoria ex art. 378 c.p.c..

MOTIVI DELLA DECISIONE

1- Il primo motivo denuncia omesso esame di fatti decisivi per il giudizio, nella parte in cui la sentenza impugnata ha negato la nullità ex art. 2112 c.c., comma 4, dei licenziamenti posti in essere dalla Cooperativa A. in

quanto intimati a causa del trasferimento d'azienda: obiettano i ricorrenti che - in realtà - tale era il vero motivo dei recessi, come dimostrato dal tenore delle relative lettere (riferito alla cessazione dell'attività della cooperativa a causa del mancato rinnovo, da parte del Comune di Viterbo, del contratto per la gestione di parcheggi comunali) e dall'essere stati i licenziamenti intimati dopo che il Comune di Viterbo e la F. S.r.l. avevano rifiutato di far transitare alle dipendenze della seconda gli odierni ricorrenti; a ciò doveva aggiungersi la contestualità fra licenziamenti e trasferimento d'azienda.

Il secondo motivo deduce violazione e falsa applicazione degli artt. 1324, 1362 e 2118 c.c., per avere la Corte territoriale erroneamente interpretato gli atti di recesso, la loro causa e il comportamento contestuale e successivo ad essi tenuto dalla Cooperativa A.: si lamenta, in particolare, che i giudici d'appello abbiano concentrato la propria attenzione sul quando il rapporto di lavoro si era interrotto (alla data dell'intimazione del recesso anziché alla scadenza del preavviso) anziché sulla causa di tale interruzione, per altro cronologicamente coincidente (31.5.09 - 1.6.09) con il subentro di F. S.r.l. nella gestione delle aree di sosta in precedenza gestite dalla Cooperativa A..

Il terzo motivo prospetta violazione dell'art. 2112 c.c., comma 4, non avendo la sentenza impugnata considerato sostanzialmente irrilevante e privo di contenuto innovativo il licenziamento dei ricorrenti, visto il loro diritto di transitare ope legis alle dipendenze di F. S.r.l..

Con il quarto e il quinto motivo si censura la seconda ratio decidendi adottata dalla gravata pronuncia, denunciando in proposito i ricorrenti violazione dell'art. 2112 c.c., e L. n. 604 del 1966, art. 6, per avere la Corte di merito erroneamente ritenuto dirimente il fatto che i licenziamenti de quibus non erano stati impugnati in via stragiudiziale nei confronti della Cooperativa A.: si obietta in ricorso che tali recessi, essendo nulli di diritto in quanto intimati a causa di trasferimento d'azienda, non erano soggetti all'onere di previa impugnazione L. n. 604 del 1966, ex art. 6, e che ad ogni modo, se impugnazione era dovuta, essa era stata ritualmente rivolta alla cessionaria (cioè a F. S.r.l.) e non alla cedente.

Con il sesto motivo ci si duole di violazione dell'art. 112 c.p.c., per omessa pronuncia sul motivo d'appello con cui i lavoratori avevano sostenuto che l'obbligo di loro riassunzione da parte del nuovo gestore dei parcheggi comunali (vale a dire da parte di F. S.r.l.) derivava anche dall'art. 6 del contratto di affidamento in gestione n. (omissis) del 30.6.98, come rinnovato con contratto n. (omissis) del 13.2.03 e successive proroghe (documenti che i ricorrenti indicano come prodotti ai nn. 6 e 7 del fascicolo di primo grado), contratti stipulati fra la Cooperativa A. e il Comune di Viterbo.

2- Il primo motivo va disatteso.

Si tenga presente che la nuova formulazione dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5 (applicabile, ai sensi del cit. art. 54, comma 3, alle sentenze pubblicate dal trentesimo giorno successivo a quello di entrata in vigore della legge di conversione del decreto, cioè alle sentenze pubblicate dal 12.9.12 e, quindi, anche alla pronuncia in questa sede impugnata) rende denunciabile per cassazione solo il vizio di "omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti".

In tal modo il legislatore è tornato, pressochè alla lettera, all'originaria formulazione dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, del codice di rito del 1940.

Con orientamento (cui va data continuità) espresso dalla sentenza 7.4.14 n. 8053 (e dalle successive pronunce conformi), le S.U. di questa S.C., nell'interpretare la portata della novella, hanno in primo luogo notato che con essa si è assicurato al ricorso per cassazione solo una sorta di "minimo costituzionale", ossia lo si è ammesso ove strettamente necessitato dai precetti costituzionali, supportando il giudice di legittimità quale giudice dello *ius constitutionis* e non, se non nei limiti della violazione di legge, dello *ius litigatoris*.

Proprio per tale ragione le S.U. hanno affermato che non è più consentito denunciare un vizio di motivazione se non quando esso dia luogo, in realtà, ad una vera e propria violazione dell'art. 132 c.p.c., comma 2, n. 4. Ciò si verifica soltanto in caso di mancanza grafica della motivazione, o di motivazione del tutto apparente, oppure di motivazione perplessa od oggettivamente incomprensibile, oppure di manifesta e irriducibile sua contraddittorietà e sempre che i relativi vizi emergano dal provvedimento in sè, esclusa la riconducibilità in detta previsione di una verifica sulla sufficienza e razionalità della motivazione medesima mediante confronto con le risultanze probatorie.

Per l'effetto, il controllo sulla motivazione da parte del giudice di legittimità diviene un controllo ab intrinseco, nel senso che la violazione dell'art. 132 c.p.c., comma 2, n. 4, deve emergere obiettivamente dalla mera lettura della sentenza in sè, senza possibilità alcuna di ricavarlo dal confronto con atti o documenti acquisiti nel corso dei gradi di merito.

Secondo le S.U., l'omesso esame deve riguardare un fatto (inteso nella sua accezione storico-fenomenica e, quindi, non un punto o un profilo giuridico o la maggiore o minore significativa del fatto medesimo) principale o primario (ossia costitutivo, impeditivo, estintivo o modificativo del diritto azionato) o secondario (cioè dedotto in funzione probatoria).

Ma il riferimento al fatto secondario non implica che possa denunciarsi ex art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, anche l'omesso esame di determinati elementi probatori: basta che il fatto sia stato esaminato, ancorchè - in astratta ipotesi - in modo errato o poco convincente.

A sua volta deve trattarsi di un fatto (processualmente) esistente, per esso intendendosi non un fatto storicamente accertato, ma un fatto che in sede di merito sia stato allegato dalle parti: tale allegazione può risultare già soltanto dal testo della sentenza impugnata (e allora si parlerà di rilevanza del dato testuale) o dagli atti processuali (rilevanza del dato extra-testuale).

Sempre le S.U. precisano gli oneri di allegazione e produzione a carico del ricorrente ai sensi dell'art. 366 c.p.c., comma 1, n. 6, e art. 369 c.p.c., comma 2, n. 4: il ricorso deve non solo indicare chiaramente il fatto storico del cui mancato esame ci si duole, ma deve indicare il dato testuale (emergente dalla sentenza) o extra-testuale (emergente dagli atti processuali) da cui risulti la sua esistenza, nonchè il come e il quando tale fatto sia stato oggetto di discussione tra le parti e spiegarne, infine, la decisività.

L'omesso esame del fatto decisivo si pone, dunque, nell'ottica della sentenza n. 8053/14 come il "tassello mancante" (così si esprimono le S.U.) alla plausibilità delle conclusioni cui è pervenuta la sentenza rispetto a premesse date nel quadro del sillogismo giudiziario.

Invece, il mezzo in oggetto non risponde ai requisiti prescritti dalla citata sentenza delle S.U., perchè in sostanza cerca di avvalorare come omesso

esame di fatti decisivi oggetto di discussione fra le parti la difforme loro valutazione ad opera della sentenza impugnata, che - contrariamente a quanto sostenuto in ricorso - ha espressamente esaminato tutte le circostanze concrete della vicenda per cui è causa (tempi e modi dei licenziamenti e loro rapporto con la cessazione dell'appalto fra il Comune di Viterbo e la Cooperativa A.), sia pur pervenendo ad un esito non condiviso dagli odierni ricorrenti quanto a significatività dei fatti dedotti.

3- Il secondo e il terzo motivo - da esaminarsi congiuntamente perchè connessi - sono infondati, sia pure correggendosi ex art. 384 c.p.c., u.c., nei sensi qui di seguito chiariti, la motivazione della gravata pronuncia.

Si premetta che in tanto può sostenersi la nullità, per violazione dell'art. 2112 c.c., comma 4, dei licenziamenti all'origine del presente contenzioso in quanto si accerti il diritto degli odierni ricorrenti di transitare ope legis alle dipendenze della società subentrante nell'appalto.

Tale diritto non esiste perchè non risulta che vi sia stato un trasferimento d'azienda riconducibile alla nozione di cui all'art. 2112 c.c. tra Cooperativa A. e F. S.r.l..

E' pur vero che, in virtù di giurisprudenza ormai consolidata (cfr. Cass. n. 11918/13; Cass. n. 8460/11; Cass. n. 21278/10; Cass. n. 5708/09; Cass. n. 4 21023/07; Cass. n. 493/05; Cass. n. 8054/04; Cass. n. 13949/03), per l'applicabilità dell'art. 2112 c.c., basta che il complesso organizzato dei beni dell'impresa - nella sua identità obiettiva - sia passato ad un diverso titolare in forza di una vicenda giuridica (negozi singoli o collegati), anche a prescindere da un rapporto contrattuale diretto tra l'imprenditore uscente e quello che subentra nella gestione, purchè ciò si accompagni al passaggio di beni di non trascurabile entità e tali da rendere possibile lo svolgimento di una specifica impresa.

In altre parole, il trasferimento d'azienda regolato dall'art. 2112 c.c., è realizzabile anche in due fasi per effetto del collegamento operato da un terzo (cfr. in tal senso Cass. n. 26215/06; Cass. n. 493/05 cit.; Cass. n. 15468/2000; Cass. n. 14568/99).

La summenzionata giurisprudenza ha così superato il più remoto orientamento, secondo il quale il trasferimento d'azienda disciplinato dall'art. 2112 c.c., pur potendo avvenire con qualsivoglia strumento giuridico tale da importare, quale pratico effetto finale, il trasferimento (della proprietà o di altro diritto reale o di godimento) dell'azienda o d'un suo ramo autonomo da un soggetto ad un altro, anche attraverso negozi collegati fra loro (cfr. Cass. n. 10688/96), avrebbe richiesto pur sempre un qualche diretto rapporto contrattuale tra cedente e cessionario (cfr. Cass. n. 11949/91, Cass. n. 1167/89, Cass. n. 7013/87, Cass. n. 3745/85, Cass. n. 778/83). Pertanto, si sarebbe dovuto escludere in caso di esaurimento d'un rapporto di appalto di servizi in capo ad un'impresa e della successione di altra impresa aggiudicatrice della gara nell'espletamento del medesimo servizio e in conseguenza del nuovo contratto d'appalto (cfr. Cass. n. 11575/97; Cass. n. 3148/93).

Tuttavia, la stessa giurisprudenza che ammette la teorica applicabilità dell'art. 2112 c.c., in ipotesi di successione di un imprenditore ad un altro nell'appalto di un servizio, richiede pur sempre - come s'è detto - che vi sia stato un passaggio anche di beni di non trascurabile entità, tali da rendere possibile lo svolgimento di una specifica impresa.

Ma la sentenza impugnata non menziona alcun accertato trasferimento diretto o indiretto - di beni di non trascurabile entità.

Questi ultimi, peraltro, devono essere trasferiti non nella loro autonoma individualità, ma nella loro funzione unitaria e strumentale in quanto destinati all'esercizio dell'impresa (cfr., e pluribus, Cass. n. 16641/12; Cass. 19.8.2009 n. 18385; Cass. 6.6.2007 n. 13270; Cass. 12.7.2002 n. 10193; Cass. 17.10.2005 n. 20012).

E se un'azienda può comprendere anche beni immateriali, nondimeno è ben difficile che possa ridursi solo ad essi, giacchè la stessa nozione di azienda contenuta nell'art. 2555 c.c., evoca pur sempre la necessità anche di beni materiali organizzati tra loro in funzione dell'esercizio dell'impresa (cfr. Cass. n. 9957/14), organizzazione di fatto impraticabile in caso di strutture fisiche di trascurabile entità o mancanti del tutto, giacchè organizzare significa coordinare tra loro i fattori della produzione (capitale, beni naturali e lavoro) e non uno solo.

E' ancor vero che la giurisprudenza ha altresì sperimentato la massima dilatazione possibile della nozione di trasferimento d'azienda fino ad estenderla - v. Cass. n. 5678/13 e Cass. n. 10761/02 - anche alla cessione avente ad oggetto solo un gruppo di dipendenti stabilmente coordinati ed organizzati tra loro, la cui autonoma capacità operativa sia assicurata dal fatto di essere dotati di un particolare know how.

Ma nel caso di specie è pacifico che non vi sia stato alcun trasferimento d'un gruppo di dipendenti stabilmente coordinati ed organizzati tra loro. D'altronde, non risulta neppure allegato in cosa consisterebbero il particolare know how dei ricorrenti e la stabile e coordinata organizzazione fra loro tale da assicurarne un'autonoma capacità operativa.

Neppure può sostenersi che nel caso di specie un trasferimento d'azienda avrebbe dovuto esservi per il solo fatto dell'attribuzione ad un nuovo appaltatore (F. S.r.l.) dell'appalto anteriormente affidato alla Cooperativa A.: al contrario, non costituisce trasferimento d'azienda ex art. 2112 c.c., la (mera) assunzione dei lavoratori in caso di cambio di soggetto appaltatore (in esecuzione d'una cd. clausola sociale prevista dalla contrattazione collettiva o dalla legge), ostandovi l'esplicito contrario disposto del D.Lgs. n. 276 del 2003, art. 29, comma 3, ("L'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di 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 norma va intesa nel senso che la mera assunzione, da parte del subentrante nell'appalto, non integra di per sè trasferimento d'azienda ove non si accompagni alla cessione dell'azienda o di un suo ramo autonomo intesi nei sensi di cui sopra (cfr., in motivazione, Cass. n. 11247/2016).

Resta fermo, ovviamente, che se in un determinato appalto di servizi un imprenditore subentra ad un altro e nel contempo ne acquisisce il personale e i beni strumentali organizzati (cioè l'azienda), la fattispecie non può che essere disciplinata dall'art. 2112 c.c. (pena un'ingiustificata aporia nell'ordinamento).

In breve, il D.Lgs. n. 276 del 2003, art. 29, comma 3, inteso come sopra, è coerente con l'art. 2112 c.c., come interpretato da questa Corte Suprema e non contraddice la giurisprudenza in materia della CGUE, che reputa non contrastante con la normativa euro-unitaria, ma non necessitata, l'estensione della tutela prevista per i trasferimenti d'azienda anche ai

casi di successione d'un imprenditore ad un altro nell'appalto d'un servizio.

E' noto che secondo la direttiva 12 marzo 2001, 2001/23/CE, che ha sostituito la direttiva 14 febbraio 1977, 77/187/CEE, come modificata dalla direttiva 29 giugno 1998, 98/50/CE, "è considerato come trasferimento ai sensi della presente direttiva quello di una entità economica che conserva la propria identità, intesa come un insieme di mezzi organizzati al fine di svolgere un'attività economica, sia essa essenziale o accessoria" (art. 1, n. 1, direttiva 2001/23).

Ora, come questa Corte Suprema ha avuto modo di ricordare anche di recente (v. Cass. n. 11247/2016, cit.), la Corte di Giustizia ha ripetutamente chiarito che ai fini suddetti l'azienda va intesa come complesso organizzato di persone e di elementi che consenta l'esercizio di un'attività economica finalizzata a perseguire un determinato obiettivo (cfr. Corte di Giustizia, 11 marzo 1997, C13/95, Suzen, punto 13; Corte di Giustizia, 20 novembre 2003, C- 340/2001, Abler, punto 30; Corte di Giustizia, 15 dicembre 2005, C- 232/04 e C- 233/04, Guney-Gorres e Demir, punto 32) e sia sufficientemente strutturata e autonoma (cfr. Corte di Giustizia, 10 dicembre 1998, Hernandez Vidal, C127/96, C-229/96, C-74/97, punti 26 e 27; Corte di Giustizia, 13 settembre 2007, Jouini, C-458/05, punto 31; Corte di Giustizia, 6 settembre 2011, C108/10, Scattolon, punti 51 e 60).

Anche in epoca più recente la CGUE - v. punti 30 e 32 sentenza 6 marzo 2014, C-458/12, Amatori e altri - ha confermato la propria giurisprudenza con l'affermare che il termine "conservi" nell'art. 6, par. 1, commi 1 e 4 della direttiva "implica che l'autonomia dell'entità ceduta deve, in ogni caso, preesistere al trasferimento" e ha concluso con il dire, al punto 35, che "... qualora risultasse... che l'entità trasferita di cui trattasi non disponeva, anteriormente al trasferimento, di un'autonomia funzionale sufficiente - circostanza questa che spetta al giudice del rinvio verificare - tale trasferimento non ricadrebbe sotto la direttiva 2001/23".

E la stessa sentenza Amatori e altri ha aggiunto (v. punto 51) che scopo della direttiva è quello di garantire, per quanto possibile, il mantenimento dei diritti delle maestranze in ipotesi di mutamento dell'imprenditore, consentendo loro di restare al servizio del nuovo imprenditore alle stesse condizioni applicate dal cedente.

In altre parole, la CGUE ha ritenuto coerente con tale finalità l'estensione, ad opera della legge nazionale, dell'ambito di protezione dei lavoratori ad ipotesi ulteriori rispetto a quelle di trasferimento d'azienda o di ramo d'azienda nei sensi di cui sopra.

Ma, appunto, la direttiva consente, non impone, siffatto allargamento, che il cit. D.Lgs. n. 276 del 2003, art. 29, comma 3, non ha ritenuto di disporre (cfr., in motivazione, Cass. n. 11247/2016, cit.).

Le considerazioni che precedono dimostrano che il passaggio dei dipendenti dal precedente appaltatore al nuovo subentrato nell'appalto medesimo (in assenza, giova ribadire, di contestuale trasferimento di non trascurabili strutture materiali organizzate o, almeno, di know how e/o di altri caratteri idonei a conferire autonoma capacità operativa a maestranze stabilmente coordinate e organizzate tra loro) non è automatico nè forma oggetto di diritto acquisito in capo ai lavoratori del vecchio appaltatore, non esistendo alcuna norma di legge che lo stabilisca.

E se tale passaggio di personale non è automatico, ciò vuol dire che necessita pur sempre di apposite concordi dichiarazioni di volontà (contestuali o collegate) delle imprese e/o della stazione appaltante.

Ma è pacifico che nel caso di specie proprio tali concordi dichiarazioni di volontà sono mancate.

Le osservazioni che precedono assorbono il tema dell'ammissibilità o meno del passaggio dei dipendenti del precedente appaltatore d'un servizio in caso di sua internalizzazione o da parte dell'amministrazione appaltante mediante affidamento della gestione ad una società in house.

4- Le ragioni del rigetto del secondo e del terzo motivo - che nella vicenda in oggetto escludono, a monte, la configurabilità dell'art. 2112 c.c. - rendono irrilevanti le censure espresse nel quarto e nel quinto motivo di ricorso.

5- Il sesto motivo difetta di autosufficienza perchè non trascrive nè allega gli atti difensivi in cui sarebbe stata coltivata, in via di appello incidentale o di adempimento dell'onere di cui all'art. 346 c.p.c., la domanda di accertamento d'un obbligo contrattuale di riassunzione dei lavoratori da parte del nuovo gestore dei parcheggi comunali (vale a dire da parte di F. S.r.l.).

6- In conclusione, il ricorso è da rigettarsi.

Le spese del giudizio di legittimità, liquidate come da dispositivo in favore di F. S.r.l., seguono la soccombenza.

Non è dovuta pronuncia sulle spese riguardo al Comune di Viterbo, che non ha svolto attività difensiva.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e condanna i ricorrenti a pagare le spese del giudizio di legittimità, liquidate in Euro 6.100,00, di cui euro 100,00 per esborsi ed Euro 6.000,00 per compensi professionali, oltre al 15% di spese generali e agli accessori di legge.

Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater, come modificato dalla L. 24 dicembre 2012, n. 228, art. 1, comma 17, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte dei ricorrenti, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma dello stesso art. 13, comma 1 bis.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio, il 6 luglio 2016.

Depositato in Cancelleria il 6 dicembre 2016.