

## Il trasferimento d'azienda nella prospettiva della Corte di giustizia europea: una nozione flessibile

*di Oscar Genovesi*

**Title:** The transfer of a business from the perspective of the European Court of Justice: a flexible concept

**Keywords:** Transfers of undertakings; Businesses or parts of businesses; Economic entity; Safeguarding of employees' rights.

1. – A seguito di rinvio pregiudiziale del Tribunale del lavoro di Cottbus (sezione di Senftenberg), la Corte di giustizia chiarisce l'interpretazione dell'art. 1, par. 1 della direttiva 2001/23/CE del Consiglio del 12 marzo 2001, sui trasferimenti totali e parziali di imprese e stabilimenti in esecuzione di un contratto di cessione o fusione.

Bilanciando la ratio garantista delle previsioni già presenti nelle legislazioni nazionali (Davies P., Jemmaud A., Le Friant M., Korner M., Corte di giustizia europea, corti nazionali, trasferimento d'azienda, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1997, 65 ss.), con l'originaria istanza unionale di promozione del mercato interno (art. 115 TFUE), la direttiva 2001/23 (in G.U.U.E., 2001, L. 82/16) codifica il principio della piena tutela del dipendente nelle fasi traslative societarie attraverso il mantenimento del rapporto di lavoro indipendentemente dal mutamento del titolare dell'azienda (art. 3), con l'obiettivo dichiarato sin dal titolo di ravvicinare le legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti.

Sul piano strettamente processuale, la richiesta del giudice del Land di Brandeburgo trae origine dalla controversia attivata dai signori Reiner Grafe e Jürgen Pohle contro le società Südbrandenburger Nahverkehrs GmbH (d'ora in poi SBN) e OSL Bus GmbH (d'ora in poi OSL), allo scopo di contestare la legittimità del licenziamento loro erogato dalla SBN.

Le questioni pregiudiziali sollevate in pendenza di giudizio benché duplici, sono avvinte da una stretta connessione. Esse riguardano la riconducibilità alla nozione europea di trasferimento di azienda (art. 1, par. 1, lett. b) dir. 2001/23) di un passaggio societario avvenuto in esito a una procedura di aggiudicazione di appalto e in assenza di un significativo trasferimento dei fattori produttivi dalla società cedente SBN, alla controllata della cessionaria OSL.

Si tratta di quesiti rilevanti tanto per il giudizio di merito quanto per quello di stretta interpretazione della normativa europea dinanzi alla Corte di giustizia. Dalla

allocazione dell'avvenuto passaggio traslativo entro l'alveo della direttiva 2001/23 dipendono infatti la continuità del rapporto di lavoro dei dipendenti ceduti con la società subentrata nella fornitura dei servizi e la stessa tenuta dei principi espressi dalla Corte di giustizia nella sentenza *Liikenne* del 2001 (C-172/99, EU:C:2001:59; cfr. Conclusioni dell'Avvocato generale E. Sharpston, 11 luglio 2019, §§ 46-47). Quest'ultima, vertente sul trasferimento per ingresso di una nuova società per il trasporto regionale su autobus con rilevazione dalla precedente operatrice di alcune uniformi di servizio e due autobus, costituisce ancora oggi il *leading case* in tema di requisiti europei per il trasferimento d'impresa (per la declinazione eurounitaria della nozione cfr. R. Foglia, in R. Foglia – R. Cosio (cur.), *Diritto del lavoro nell'Unione europea*, Milano, 2011, 317 ss.)

Dell'uno e dell'altro piano di impatto della decisione si tenterà di dar conto nel prosieguo del contributo. Preme tuttavia anticipare sin d'ora che nel caso *Grafe e Pohle* qui osservato la Corte di giustizia, sulla scorta dei propri precedenti, ha ritenuto la mancata rilevazione dei beni produttivi da parte del nuovo appaltatore una condizione non sufficiente a pregiudicare la configurazione del trasferimento di azienda di cui alla direttiva 2001/23, laddove sussistano ulteriori e concomitanti circostanze fattuali, come la riassunzione di una parte significativa del personale.

2. – La vicenda processuale che pende dinanzi al giudice tedesco risulta sussumibile entro una relazione di tipo trilaterale tra i ricorrenti-dipendenti della SNB, la società rinunziataria di una gara d'appalto per la gestione decennale del trasporto pubblico su autobus nel distretto, e la nuova aggiudicataria della procedura.

Più in dettaglio, la SNB, dopo la scelta di non concorrere alla gara per la fornitura di servizi, interrompe l'attività e avvia la procedura di licenziamento del personale. L'accordo di riorganizzazione e di piano sociale raggiunto con il consiglio aziendale nel gennaio 2017 assicura però ai lavoratori la percezione di un'indennità di licenziamento da mancata riassunzione o da perdita di retribuzione a seguito di riassunzione da parte del nuovo appaltatore.

Dal 1° agosto 2017, la nuova società aggiudicataria affida l'erogazione del servizio di trasporto alla sua controllata OSL, la quale assume la maggior parte del personale conducente e direttivo della SBN, ma rifiuta di usufruire di alcuni servizi resi disponibili dalla aggiudicataria uscente, come le prestazioni di officina, nonché di acquisirne taluni beni strumentali, tra i quali impianti di esercizio, autobus e rimesse. La mancata rilevazione di tali ultimi fattori produttivi risulta giustificata da prevalenti ragioni pratiche, legate alla incompatibilità tra la vita tecnica di alcuni beni – gli autobus, in particolare – e i relativi requisiti previsti dal capitolato di appalto.

In questo contesto, anche l'inquadramento lavorativo dei ricorrenti subisce sensibili cambiamenti: *Grafe*, che svolgeva a tempo pieno le mansioni di conducente di autobus e capo-reparto per la SNB, dal giorno successivo al licenziamento è assunto dalla OSL come conducente, ma con un inquadramento inferiore a quello pregresso, dal momento che il nuovo appaltatore non gli ha riconosciuto la continuità lavorativa. Di qui la scelta di *Grafe* di ricorrere in giudizio nei confronti delle due società, al fine di contestare il licenziamento e rivendicare la propria anzianità di servizio.

*Pohle*, il secondo ricorrente, che pure era impiegato a tempo pieno presso la SNB come conducente e capo-reparto fino al giorno del licenziamento, versa invece in una posizione diversa poiché non è stato riassunto dalla nuova appaltatrice OSL. La sua pretesa in giudizio si incentra dunque sull'illegittimità della risoluzione del rapporto di lavoro con la SBN e, in subordine, sulla richiesta dell'indennità da mancata riassunzione che egli avrebbe avuto diritto a percepire in forza dell'accordo di riorganizzazione e di piano sociale del gennaio 2017.

Richiamando il precedente *Liikenne*, la OSL respinge però qualsiasi pretesa economica da parte di Pohle, sulla base dell'asserzione per cui il subentro della società nell'aggiudicazione non avrebbe determinato un trasferimento di impresa valevole ai sensi dell'art.1, par. 1 della dir. 2001/23 e, per questa via, neppure garantito al dipendente il diritto alla conservazione del rapporto di lavoro.

Alla luce della ricostruzione dei fatti processuali risulta evidente come la perimetrazione delle questioni pregiudiziali sottoposte alla Corte di giustizia coincida proprio con l'applicabilità al caso di specie della "dottrina *Liikenne*", secondo la quale l'accertato mancato assorbimento della maggior parte dei fattori produttivi e umani a seguito di una traslazione societaria precluderebbe la configurabilità del trasferimento aziendale (*Liikenne*, cit., § 42) e, in definitiva, l'applicazione della direttiva 2001/23.

3. – A partire dal caso *H. B. M. Abels* del 1985 (C 179 83) sulla cessione di impresa avvenuta nelle more di una procedura di insolvenza – per un inquadramento relativo all'influenza delle specifiche vicende liquidatorie sull'applicazione della dir. 2001/23 si fa rinvio a M.L. Vallauri, *La Corte di giustizia torna sulle condizioni per la disapplicazione delle tutele in caso d'impresa soggetta a procedura concorsuale*, in *R.D.I.L.*, 2, 2018, 150 s. -, l'attenzione dei giudici europei sul trasferimento di azienda è stata costante.

La crescente velocità con cui si sono realizzate le vicende successorie societarie all'interno del tessuto economico europeo ha infatti determinato via via un ampliamento della casistica e di riflesso incentivato il ricorso al rimedio del rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE, non senza alcune datate resistenze ricettive da parte dei giudici remittenti (per il caso italiano, cfr. V. Leccese, *Giudici italiani e Corte di giustizia sul trasferimento di azienda: un dialogo a più velocità?*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1, 1999, 65 ss.). Con un precipitato ulteriore: la modifica a più riprese della originaria direttiva 77/187/CEE del 14 febbraio 1977 (sempre sul 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 stabilimenti; in G.U.C.E. 1977 L. 61) prima ad opera della direttiva 98/50/CE del 29 giugno 1998 (in G.U. 1998, L. 1219), quindi della attuale 2001/23, proprio in recepimento agli approdi raggiunti dalla giurisprudenza europea.

Vale la pena ricordare, tuttavia, che questo "moto circolare" tra giudici statali, Corte di giustizia e legislatore europeo si innesta su una competenza dell'Unione di tipo debole, che è come noto finalizzata al più a coordinare e completare le politiche sociali e occupazionali degli Stati membri (artt. 4 e 5 TUE; sul punto vv. M. Roccella - T. Treu, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Padova 2016, 55 ss.). Lo conferma del resto in ordine di tempo la stessa finalità della direttiva 2001/23, di introdurre un'armonizzazione delle legislazioni nazionali per il mantenimento dei diritti dei lavoratori nelle ipotesi di trasferimento di imprese e stabilimenti.

Ora, volendo ricostruire la giurisprudenza sovranazionale in tema per contenuti essenziali (cfr. amplius, A. Pizzoferrato, *La nozione «giuslavoristica» di trasferimento di azienda fra diritto comunitario e diritto interno*, in *R.I.D.L.*, 1, 1998, 429 ss.) va detto che la Corte ritiene da sempre elemento dirimente per la nozione di trasferimento di azienda la conservazione della identità economica da parte della società cessionaria, intesa come insieme di mezzi organizzati al fine di svolgere un'attività economica, sia essa essenziale o accessoria (art. 1, par. 1, lett. b)).

Nello specifico, la Corte tende ad accertare la conservazione di questo nucleo identitario-funzionale attraverso due principali indici sintomatici, quali la prosecuzione o la ripresa dell'attività aziendale da parte della cessionaria con le medesime o analoghe attività economiche (*Spijkers*, 1986, C 24/85, §§ 11 e 12; *Abler e a.*, 2003, C-340/01, § 29; *Güney-Görres e Demir*, 2005, cause riunite 0232/04 e

0233/04, § 31), e il trasferimento al cessionario del complesso organizzato di persone ed elementi che consentono l'esercizio delle attività aziendali (Rygaard, 1995, C 48/94, § 20; Süzen, 1997, C 13/95, § 13).

Lo scrutinio che si richiede al giudice di merito riguardo la sussistenza di tali requisiti è di tipo fattuale e a base complessa, dovendo egli valutare l'insieme delle circostanze che caratterizzano in concreto l'operazione traslativa, cui la Corte riconduce il tipo di impresa o di stabilimento trasferito, l'eventuale cessione di elementi materiali o immateriali, la riassunzione o meno della maggior parte del personale da parte del nuovo imprenditore e l'eventuale trasferimento della clientela (Spijkers, cit., § 13; Süzen, cit., § 14; Liikenne, cit., § 33).

Su queste impostazioni valutative, la nozione di identità dell'attività aziendale è destinata ad assumere in modo inevitabile un contenuto cangiante, strettamente dipendente dall'apprezzamento del giudice di merito. Essa non coincide infatti con il mantenimento della struttura organizzativa specifica dei fattori produttivi umani e materiali originariamente decisa dal cedente, ma con la persistenza assicurata dal cessionario del nesso funzionale di interdipendenza e complementarità tra i fattori stessi (in senso conforme Klarenberg, C 466/07, EU:C:2009:85, § 48; Ferreira da Silva e Brito e a., 2015, C 160/14, ECLI:EU:C:2015:565, § 33; per l'impostazione che considera i criteri di mantenimento dell'asset societario e di interdipendenza tra fattori produttivi non antitetici ma legati da una relazione di continenza o di specificazione, C. Cester, Due recenti pronunzie della Corte di giustizia europea in tema di trasferimento d'azienda. Sulla nozione di ramo d'azienda ai fini dell'applicazione della direttiva e sull'inadempimento alla stessa da parte dello Stato italiano nelle ipotesi di deroga per crisi aziendale, in R.I.D.L., 2, 2010, 234).

Parimenti, l'esistenza di vincoli contrattuali diretti tra cedente e cessionario non è considerata dalla Corte di giustizia ostativa al trasferimento d'azienda, giacché nell'ottica unionale anche un mero avvicendamento societario in esito ad una procedura di aggiudicazione d'appalto può dar luogo ad un transfer of an undertaking. A conforto, il caso Temco del 2002 (C 51/2000), in cui i giudici di Lussemburgo hanno ritenuto applicabile la direttiva 2001/23 ad un rapporto di subappalto, nonostante non vi fosse alcun legame formale tra committente e subappaltatore.

4. - Dalla giurisprudenza elaborata dai giudici di Lussemburgo qui sommariamente richiamata emerge senza dubbio la tendenza della Corte ad allargare le maglie interpretative dell'art. 1 par. 1 della direttiva 2001/23, nella prospettiva di assicurare la più ampia tutela dei lavoratori in forza presso l'attività del cedente (cfr. A. Pizzoferrato, La nozione «giuslavoristica», cit., 431), lasciando al contempo alla società subentrante un'area di libera scelta imprenditoriale – si pensi alla possibilità di svolgere anche attività analoghe (e non solo identiche) a quelle della cedente - idonea ad allontanare il pericolo di una compressione del diritto di iniziativa economica (in questo senso, cfr. V. Speciale, Il trasferimento d'azienda tra disciplina nazionale ed interpretazioni "vincolanti" della Corte di Giustizia Europea, in WP C.S.D.L.E., "Massimo D'Antona" .IT, 46, 2006, 18). Ai fini dell'accertamento sul mantenimento dell'identità aziendale dopo l'operazione traslativa, dalla casistica giurisprudenziale europea si traggono però anche due indicazioni comunitariamente orientate per i giudici nazionali. In primo luogo, l'obbligo di porre a bilanciamento tutte le concrete scelte produttive operate dalla cessionaria, nell'ambito di un giudizio complesso e a base fattuale. In secondo, la necessaria apertura verso un sistema di accertamento flessibile, caratterizzato dall'assenza di meccanismi presuntivi che possano guidare l'interprete verso l'esclusione automatica dell'ipotesi di avvenuto trasferimento.

Ebbene, l'applicazione delle coordinate interpretative finora richiamate al caso Grape e Pohle lascia intuire l'esito del rinvio pregiudiziale.

La Corte di giustizia rimette infatti al giudice tedesco la decisione sul mantenimento dell'identità produttiva da parte della cessionaria OSL nell'ambito della fornitura del servizio di pubblico trasporto e quindi sulla applicazione della direttiva 2001/23. Il rinvio al giudice rimettente non è però "secco", ma metodologicamente vincolato. I giudici di Lussemburgo puntualizzano infatti che la circostanza che la società subentrante non abbia rilevato i beni strumentali della uscente OSL a causa di ragioni tecnico-giuridiche imposte dal capitolato di appalto costituisce un elemento fattuale non valutabile in modo isolato, ma in modo contestuale agli altri fattori che pure hanno caratterizzato l'avvicendamento societario, tra cui la prosecuzione della mission societaria e la riassunzione di una parte significativa del personale già attivo presso la cedente.

Come intuibile, è difficile effettuare una previsione sui contenuti della decisione che il Tribunale del lavoro di Cottsbus riterrà di adottare, tanto più perché, come già ricordato, il bilanciamento tra le circostanze concrete in cui è avvenuto il passaggio societario è tanto centrale nella conclusione della controversia quanto allo stato imprevedibile. Ciò che, invece, ci si limita ad avanzare è una considerazione sulla opportunità del giudice nazionale di avvalersi dello strumento del rinvio pregiudiziale in una vicenda processuale come quella commentata. Ben avrebbe potuto, infatti, l'organo rimettente effettuare una lettura delle disposizioni interne di rilievo comunitariamente orientata, dal momento che la giurisprudenza della Corte di giustizia sembra essere da tempo consolidata sulla affermazione di una lettura teologico-evolutiva e non meramente letterale della direttiva 2001/23.

E' evidente che il giudice di merito ha necessità di dichiarare in modo certo l'eventuale mantenimento dei diritti dei lavoratori ricorrenti, ma anche sul punto la posizione della Corte di Lussemburgo non pare equivoca, giacché con riguardo alla eventuale acquisizione della forza-lavoro già attiva da parte della società subentrante, i giudici hanno da tempo chiarito come la mancata riassunzione da parte del nuovo imprenditore di una quota sostanziale del personale non precluda in assoluto il trasferimento (Abler e a., cit., § 37), così come l'acquisizione del personale non implichi di per sé un trasferimento ove sussistano anche elementi di discontinuità produttiva suscettibili di interrompere la specifica identità dell'impresa (Klarenberg, cit., § 48).

