

**LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE LAVORO**

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. DI CERBO Vincenzo; Dott. BALESTRIERI Federico;
Dott. DE GREGORIO Federico; Dott. ESPOSITO Lucia;
Dott. CINQUE Guglielmo

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso 15926-2011 proposto da:
S.P. C.F. (OMISSIS), + ALTRI OMESSI

**- ricorrenti -
contro**

W.T. S.P.A. (già Weather Investments S.P.A.), in
persona del Direttore pro tempore, elettivamente domiciliata in
ROMA, VIA L.G. FARAVELLI 22, presso lo studio dell'avvocato ARTURO
MARESCA, che la rappresenta e difende, giusta delega in atti;

**- controricorrente -
e contro**

FALLIMENTO (OMISSIS) S.P.A. (già (OMISSIS) S.P.A.);
- intimato -
avverso la sentenza n. 492/2010 della CORTE D'APPELLO di MILANO,
depositata il 17/06/2010 R.G.N. 1323/2009;
udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del
02/11/2016 dal Consigliere Dott. GUGLIELMO CINQUE;
udito l'Avvocato CIVITELLI ANTONIO per delega Avvocato ZEZZA LUIGI;
udito l'Avvocato BOZZI CARLO per delega verbale Avvocato MARESCA
ARTURO;
udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott.
CELESTE Alberto che ha concluso per il rigetto del ricorso.

Svolgimento del processo

1. La Corte di appello di Milano, con la sentenza n. 492/2010, ha confermato - per quello che interessa in questa sede - le pronunce n. 142/09 e n. 196/09 del Tribunale di Monza, rilevando che l'operazione economica riguardante la cessione del Call Center di (OMISSIS), dalla W.T. spa alla (OMISSIS) spa, fosse qualificabile come cessione di ramo di azienda agli effetti dell'art. 2112 c.c. in quanto l'attività di call center ceduta era già svolta dal cedente in forma funzionalmente autonoma e debitamente strutturata e che il ramo costituiva, pertanto, un insieme di elementi patrimoniali e personali idonei al raggiungimento di un fine economico-produttivo, nell'accezione elaborata dalla giurisprudenza comunitaria.

2. Ricorrono per cassazione S.P. e gli altri dipendenti in epigrafe indicati con nove motivi di ricorso.
3. Resiste con controricorso la W.T. spa.
4. Restano intimati, senza svolgere attività difensiva, sia il Fallimento (OMISSIS) spa che la (OMISSIS) spa in bonis.
5. Sono state depositate memorie ex art. 378 c.p.c. nell'interesse delle parti costituite.

Motivi della decisione

6. Preliminarmente va respinta l'eccezione di inammissibilità del ricorso, in quanto proposto oltre il termine semestrale, e fondata sulla circostanza che gli atti di appello furono depositati il 27.7.2009 ed il 7.1.2010, ossia ben dopo l'entrata in vigore della riforma operata con la L. n. 69 del 2009, sollevata dalla W.T. spa. Al riguardo deve rilevarsi che, nella specie, si applica il testo originario dell'art. 327 c.p.c. (la decadenza dell'impugnazione un anno dopo la pubblicazione della sentenza impugnata) e non il nuovo testo, che riduce il termine utile a sei mesi, perchè esso si applica, ai sensi della L. 18 giugno 2009, n. 69, art. 58, comma 1, ai soli giudizi instaurati dopo la sua entrata in vigore e, quindi, dal 4.7.2009, dal momento che bisogna avere riguardo al deposito del ricorso di 1° grado, restando irrilevante il momento di una successiva fase o di un successivo grado di giudizio (Cass. n. 17060/2012 e Cass. n. 5249/2014).
7. Con il primo motivo i ricorrenti lamentano la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 2112 c.c., in relazione alla mancata individuazione, da parte della Wind e della OSC, dell'oggetto del contratto di cessione del ramo di azienda ceduto (art. 360 c.p.c., n. 3). In particolare sottolineano la discordanza tra quanto previsto nella comunicazione di apertura della procedura di cui alla L. n. 428 del 1990, art. 47 ed il successivo contratto di cessione di cui viene lamentata anche la genericità.
8. Con il secondo motivo si censura la contraddittoria motivazione della sentenza, circa un fatto decisivo per il giudizio, in relazione alla ritenuta mancanza ed insussistenza di autonomia funzionale delle attività di assistenza clienti eseguite presso il sito di (OMISSIS). A tal uopo si evidenzia che l'attività di assistenza clienti veniva effettuata in vari siti dislocati in tutta Italia (e non solo a (OMISSIS)) e che nel citato sito di Sesto venivano effettuate attività non solo di assistenza clienti, ma anche funzioni esterne a tale segmento produttivo e non cedute alla OSC (le quali erano necessarie al completamento e al compimento della attività di assistenza clienti medesima), di talchè non si poteva parlare di una unitaria "entità economica" e costituire, quindi, un ramo di azienda nel senso e nella accezione datane dalla giurisprudenza. Nè a tal fine poteva essere rilevante, secondo l'assunto dei ricorrenti, la circostanza dell'intervenuta cessione dalla Wind alla OSC spa dei rapporti di lavoro dei team leader e degli area manager, perchè il teste A., qualificatosi come responsabile di tutto il Call Center di (OMISSIS) ed in particolare dell'area customer, era rimasto in Wind; analogo discorso poteva essere argomentato per il teste P. responsabile dell'area consumer.
9. Con il terzo motivo i ricorrenti si dolgono della violazione e/o falsa applicazione dell'art. 2112 c.c., in relazione alla mancata cessione dalla Wind alla OSC spa dei beni materiali essenziali ed indispensabili ai fini dell'esecuzione delle attività di assistenza clienti eseguite presso il sito di (OMISSIS), costituiti dai sistemi applicativi ed informatici. Al riguardo osservano che l'aver mantenuto in capo alla cedente alcuni beni (sistemi informatici) non consentiva di individuare un'entità economica capace di dare vita ad un ciclo produttivo completo, in grado di funzionare con gli stessi contenuti e con la stessa intensità già esistente presso Wind ravvisandosi, in contrario, una ipotesi di smembramento non rientrante nell'art. 2112 c.c..
10. Con il quarto motivo si eccepisce l'omessa e/o insufficiente motivazione della sentenza circa un fatto decisivo per il giudizio, in relazione alla asserita consuetudine

per cui i beni essenziali per la produzione del servizio richiesto, nel settore interessato alla cessione in esame, avrebbero potuto non essere ceduti all'acquirente di ramo di azienda (art. 360 c.p.c., n. 5): ciò perchè non viene spiegato in che cosa consisterebbe il carattere "consuetudinario" e quali sarebbero gli elementi che avrebbero potuto determinare una completa rivisitazione della materia.

11. Con il quinto motivo i ricorrenti si dolgono della violazione e falsa applicazione dell'art. 2112 c.c., in relazione alla mancanza ed insussistenza di autonomia operativa degli operatori addetti alla attività di assistenza clienti eseguita presso il sito di (OMISSIS) (art. 360 c.p.c., n. 3) perchè ogni lavoratore operante nel citato sito, interessato come tale alla cessione, mai aveva avuto libertà e capacità di definire i contenuti della prestazione da effettuarsi, nonchè di definire i tempi e le modalità cui porre in essere il servizio assistenza: e ciò, a differenza di quanto ritenuto dalla Corte di appello di Milano, evidenziava la non ricorrenza e la non applicabilità dell'art. 2112 c.c. nella parte in cui prevede che oggetto della cessione debba appunto essere una "articolazione funzionalmente autonoma di una attività economicamente organizzata".

12. Con il sesto motivo si censura l'omessa e/o insufficiente motivazione della sentenza circa un fatto decisivo per il giudizio, in relazione alla mancanza di autonomia operativa degli operatori addetti all'attività di assistenza clienti eseguita presso il sito di (OMISSIS) (art. 360 c.p.c., n. 5), per non avere spiegato la Corte di appello la sussistenza dell'autonomia del ramo ceduto e la sua capacità di dare vita ad un ciclo produttivo completo, pur in presenza di una interazione tra il personale di (OMISSIS) con quelli di altre strutture, ritenendo che fosse nella natura dell'attività di assistenza clienti il fatto che obiettivi e procedure fossero fissati a livello centrale ed esternamente al sito ove venivano eseguite.

13. Con il settimo motivo si deduce la contraddittoria motivazione circa un fatto decisivo per il giudizio, in relazione alla mancata ed insussistenza di autonomia operativa degli operatori addetti alla attività di assistenza clienti eseguita presso il sito di (OMISSIS) (art. 360 c.p.c., n. 5) perchè la Corte territoriale era giunta alla illogica e contraddittoria conclusione sull'autonomia del ramo ceduto, pur dando atto che l'attività di assistenza clienti potesse completarsi solo con l'intervento di personale ad esso esterno.

14. Con l'ottavo motivo i ricorrenti si dolgono della contraddittoria motivazione della sentenza circa un fatto decisivo per il giudizio, in relazione alla mancanza ed insussistenza di autonomia gestionale degli operatori addetti alle attività di assistenza clienti eseguita presso il sito di (OMISSIS) (art. 360 c.p.c., n. 5) perchè il giudice di seconde cure, pur evidenziando la assoluta impossibilità del centro di (OMISSIS), quanto alla organizzazione del rapporto tra personale ed attività da eseguirsi, di potere decidere anche la destinazione degli addetti ad ogni singolo servizio pervenendo ogni direttiva da personale non gestito dalla OSC spa, tuttavia non aveva ritenuto tali circostanze, idonee ad inficiare la validità dell'operazione di trasferimento ex art. 2112 c.c..

15. Oggetto del nono motivo, proposto in via subordinata, è, infine, la richiesta di sospensione del procedimento con il rinvio alla Corte di Giustizia affinché la stessa si pronunzi sul seguente quesito: se vi sia trasferimento di parti di impresa o di stabilimenti ai sensi dell'art. 1 della direttiva del Consiglio 12.3.2001 23/01, concernente il riavvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese, di stabilimenti o di parti di impresa o di stabilimenti, qualora il soggetto cedente tale parte di impresa o di stabilimento trasferisca nella proprietà del soggetto acquirente a tempo indeterminato i soli rapporti dei dipendenti addetti alla parte di impresa o di stabilimento ceduti, mantenga nella sua proprietà i beni materiali essenziali ed

indispensabili alla esecuzione dell'attività eseguita in e da detta parte di impresa e stabilmente ceduti, e conceda in uso al medesimo soggetto acquirente tali beni materiali essenziali ed indispensabili per la esecuzione delle relative attività per un tempo determinato.

16. Il primo motivo è inammissibile per violazione del principio di autosufficienza del ricorso.

17. Infatti, il ricorrente ha l'onere, nel processo di legittimità, di indicare specificamente, a pena di inammissibilità, i documenti su cui il motivo è fondato mediante la riproduzione diretta del contenuto che sorregge la censura oppure attraverso la riproduzione indiretta di esso con specificazione della parte del documento cui corrisponde l'indiretta riproduzione.

18. Nel caso in esame i ricorrenti lamentano una discordanza tra la comunicazione di apertura della procedura prevista dalla L. n. 428 del 1990, art. 47 circa l'oggetto della futura prescritta cessione, e quello che effettivamente è stato oggetto del trasferimento ma non hanno riprodotto integralmente i due documenti per valutare la fondatezza della censura. Si sono limitati a richiamare alcune espressioni dei documenti in questione, senza però riportare in modo esauriente e puntuale il contenuto degli atti asseritamente male o insufficientemente valutati dal giudice di merito precludendo, così, in sede di legittimità di valutare il vizio denunziato, se non sceverando, compito non spettante alla Suprema Corte di estrapolare dal documento elementi rilevanti ai fini del decidere.

19. Per esigenze di, pregiudizialità logico-giuridica, vanno preliminarmente esaminati i motivi (terzo e quinto) con i quali si denuncia la violazione e falsa applicazione dell'art. 2112 c.c. della gravata sentenza nella parte in cui ha ritenuto qualificabile l'operazione economica in esame come cessione di ramo di azienda agli effetti dell'art. 2112 c.c. nonostante non fossero stati ceduti i beni materiali essenziali ed indispensabili ai fini dell'esecuzione dell'attività di assistenza clienti eseguite presso il sito di (OMISSIS), costituiti dai sistemi applicativi ed informatici e nonostante gli operatori addetti alle attività di assistenza clienti, eseguita presso il suddetto sito, non godessero di autonomia operativa in quanto non avevano alcuna libertà di determinare il benchè minimo contenuto della prestazione da effettuarsi.

20. I motivi sono fondati.

21. I vizi denunziati sono quelli di violazione e falsa applicazione dell'art. 2112 c.c. e concernono la ricerca e l'interpretazione della norma ritenuta regolatrice del caso concreto nonché l'applicazione della norma stessa al caso concreto una volta correttamente individuata ed interpretata.

22. Nella fattispecie in esame gli elementi di fatto, posti a sostegno delle censure, sono incontrovertibili.

23. La problematica riguarda la sussunzione della cessione nell'ambito applicativo dell'art. 2112 c.c..

24. Sul punto va ricordato il principio di questa Sezione (Cass. sent. n. 10542 del 25.2.2016), che il Collegio condivide, secondo cui costituisce elemento costitutivo della cessione del ramo di azienda prevista dall'art. 2112 c.c., anche nel testo modificato dal D.Lgs. n. 276 del 2003, art. 32, l'autonomia funzionale del ramo ceduto, ovvero la capacità di questo, già al momento dello scorporo dal complesso cedente, di provvedere ad uno scopo produttivo con i propri mezzi, funzionale ed organizzativi e quindi di svolgere - autonomamente dal cedente e senza integrazioni di rilievo da parte del cessionario - il servizio o la funzione cui risultava finalizzato nell'ambito dell'impresa cedente al momento della cessione, indipendentemente dal coevo contratto di fornitura di servizi che venga contestualmente stipulato tra le parti".

25. Ebbene, ritiene il Collegio che la Corte territoriale non abbia fatto corretta applicazione di tale principio.

26. L'autonomia funzionale del ramo di azienda ceduto può non coincidere con la materialità dello stesso, ma comunque l'autonomia dell'entità ceduta deve essere obiettivamente apprezzabile, sia pure con possibili interventi integrativi imprenditoriali ad opera del cessionario, al fine di verificarne l'imprescindibile requisito comunitario della sua conservazione.

27. L'art. 1, lett. b), della direttiva 2001/23 stabilisce, infatti, che "è considerato come trasferimento ai sensi della presente direttiva quello di una 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".

28. Ciò suppone una preesistente realtà produttiva funzionalmente autonoma (art. 2112 c.c., comma 5 come sostituito dal D.Lgs. n. 276 del 2003, art. 32, comma 1) e non anche una struttura produttiva creata ad hoc in occasione del trasferimento (ex alis Cass. n. 21697 del 13.10.2009; n. 21481 del 9.10.2009; n. 20422 del 3.10.2012).

29. La ratio è quella di evitare che le parti imprenditoriali possano creare, in occasione della cessione, strutture produttive che, in realtà, costituirebbero l'oggetto di una forma incontrollata di espulsione di frazioni non coordinate fra loro, unificate soltanto dalla volontà dell'imprenditore e non dall'inerenza del rapporto ad un'entità economica dotata di autonoma ed obiettiva funzionalità (Cass. n. 19740 del 17.7.2008 e n. 21481/2009 cit.).

30. La Corte di Giustizia, cui compete l'interpretazione del diritto comunitario, ha affermato che, proprio per garantire una protezione effettiva dei diritti dei lavoratori in una situazione di trasferimento, obiettivo perseguito dalla direttiva 2001/23, il concetto di identità dell'entità economica non può riposare unicamente sul fattore relativo all'autonomia organizzativa (Corte di Giustizia 12.2.2009 C-466/07 Dietmar, punto 43) e che l'impiego del 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" (Corte di Giustizia 6.3.2014, C- 458/12, Amatori, punti 30 e 32) pur non ostando che uno stretto vincolo di committenza ed una commistione del rischio di impresa non possa costituire di per sè ostacolo all'applicazione della direttiva 2001/23 (sentenza CG citata, Amatori, punto 50).

31. Muovendo da tali premesse, contrariamente a quanto ritenuto dai giudici di merito, non può affermarsi che l'attività trasferita del Cali Center di Sesto Giovanni fosse un'attività economicamente organizzata, come tale valutabile prima della cessione, funzionalmente autonoma e debitamente strutturata e, soprattutto, che la struttura produttiva ceduta fosse identica a quella preesistente.

32. Invero, avendo riguardo ai fatti incontroversi e ai soli fini di valutare se debba appunto applicarsi la fondamentale garanzia dell'art. 2112 c.c., vanno evidenziate le seguenti risultanze istruttorie.

33. I beni materiali effettivamente ceduti sono stati gli arredi, n. 304 personal computers, cuffie, telefoni, stampanti, apparati di rete e apparati sale.

34. Con il contratto di appalto (di durata quinquennale), sottoscritto unitamente a quello di cessione, la W.T. spa affidò a O.S.C. spa, per un corrispettivo di Euro 10.400.00,00, la fornitura a proprio favore dei servizi customer care per la propria clientela corporate non Top e consumer (privati e piccole aziende), in particolare i servizi di cali center inbound e outbound e quelli di back office.

35. La Wind, invece, non affidò i medesimi servizi per la clientela TOP, che era anche gestita dal Call Center di (OMISSIS), nonchè l'assistenza tecnica.

36. Inoltre, con il Long Term Agreement (LTA), fu sottoscritto un contratto avente ad oggetto "ulteriori beni funzionali all'esercizio dell'attività del Ramo di Azienda - la cui titolarità rimarrà in capo a Wind, senza alterare l'unità economica e funzionale del Ramo di Azienda - secondo previsto nel Contratto di Appalto di Servizi". La durata del contratto fu determinata in cinque anni.

37. A tale riguardo non possono essere condivise le argomentazioni dei giudici di seconde cure circa la sussistenza di un carattere consuetudinario, nell'attività di call center, e particolarmente in un settore ad alta tecnologia informatica, dell'utilizzo di beni, quali i data base e i programmi SW necessari per gestirli che rimangono nella proprietà del committente e vengano utilizzati dall'appaltatore, così come riconosciuto in altri settori dalla Corte di Giustizia, per esempio, in quello minerario (cfr. causa Allen - CG 2.12.1999 - causa C - 234/98).

38. Infatti, in primo luogo va osservato che la mancata cessione dei programmi e dei sistemi informatici (che venivano utilizzati dai dipendenti prima dello scorporo), nel settore della telefonia mobile, può trovare il suo fondamento non nella consuetudine, bensì nel fatto che i data base contenevano (e contengono) dati sensibili relativi ai clienti per cui l'incapacità dei programmi che consentono l'accesso e la modifica di tali data base è connessa ad esigenze di riservatezza e alla conseguente necessità che anche gli altri programmi e gli operativi informatici utilizzati prima della cessione per lo svolgimento di diverse attività rimangano nella proprietà della cedente.

39. In secondo luogo, deve precisarsi che la giurisprudenza comunitaria richiamata dalla Corte territoriale, posta a fondamento della ritenuta sussistenza di un carattere consuetudinario circa il mancato trasferimento da parte del cedente dei beni per la realizzazione dell'attività, riguarda settori (ristorazione in ospedali, sentenza Abler; controllo passeggeri, sentenza Guney-Gorres, Demir; trivellazione, sentenza Allen) dove l'entità economica era sin da principio costituita da due specifiche parti (personale, da una parte, e beni materiali, dall'altra), ascrivibili alla proprietà e titolarità formale di due distinti soggetti.

40. Circostanza, questa, non rinvenibile nel caso in esame in cui vi era un unico titolare dei beni, materiali e personale, successivamente separati senza che i lavoratori avessero chiesto di seguire l'azienda.

41. Con riferimento, inoltre, proprio al personale dipendente deve sottolinearsi che oggetto della cessione furono 268 lavoratori. Per alcuni di questi, però, la stessa Corte di merito ha riattivato il rapporto con W.T. spa perchè mancava il requisito dell'appartenenza funzionale al ramo ceduto.

42. Da tale ultima circostanza possono ricavarsi due conseguenze.

43. La prima concerne il fatto che non si è in presenza di una cessione di un ramo "dematerializzato" o "leggero" perchè i lavoratori ceduti evidentemente non costituivano un gruppo coeso per professionalità, con precisi legami organizzativi preesistenti alla cessione e specifico Know how tali da individuarli come una struttura unitaria funzionalmente idonea e non invece come una mera sommatoria di dipendenti.

44. La seconda riguarda la circostanza che quella ceduta è stata una struttura produttiva creata ad hoc in occasione del trasferimento, o come tale identificata dalle parti del negozio traslativo, proprio perchè ad essa facevano parte anche lavoratori addetti alla attività di assistenza della clientela di fascia più alta (TOP fisso e mobile), rimasta della competenza Wind.

45. Infine, sotto il profilo dell'autonomia operativa, va considerata la mancanza di autonomia nella organizzazione del lavoro atteso che tutte le procedure operative, anche dettagliate, erano determinate a livello centrale, così, come gli obiettivi da raggiungere, l'autorizzazione, di spese per trasferte, rimborsi e cancelleria nonché le regole comportamentali di base per il rapporto con il cliente al punto che, in caso di necessità, gli interventi venivano passati ad altre strutture, interne o esterne Wind.

46. Dagli elementi sopra indicati, incontrovertibili e pacificamente riportati nella gravata sentenza, non può ritenersi applicabile il disposto di cui all'art. 2112 c.c. perchè non si verte in una ipotesi di cessione 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 (Cass. Sesta sez. lav. n. 5038 del 23.2.2016).

47. Mancava, infatti, nella cessione come realizzata l'autonomia e l'autosufficienza dell'articolazione aziendale trasferita, dimostrata dalla continua interazione necessaria per la realizzazione dell'attività ceduta, non svolta in autonomia, in continuo collegamento e sotto il controllo di Wind, con i programmi informatici necessari rimasti in proprietà esclusiva dell'impresa cedente e senza i quali non sarebbe stato possibile l'espletamento del servizio.

48. E' ipotizzabile, invece, una mera esternalizzazione di semplici reparti o uffici, di articolazioni non autonome, unificate soltanto dalla volontà dell'imprenditore e non dall'inerenza dei rapporti di lavoro ad un ramo di azienda già costituito (in questi termini Cass. n. 8017/2006, n. 2489/2008).

49. Alla stregua di quanto esposto sono fondate le doglianze di cui al il terzo e quinto motivo del ricorso, restando assorbito l'esame degli altri.

50. La gravata sentenza deve essere, pertanto, cassata con rinvio alla Corte di appello di Milano, in diversa composizione che, nel procedere al riesame della controversia nei sensi sopra indicati e avendo riguardo al principio di diritto sopra citato, provvederà anche sulle spese del presente giudizio.

P.Q.M.

La Corte:

accoglie il terzo e quinto motivo di ricorso, assorbiti gli altri, e rinvia, anche per le spese, alla Corte di appello di Milano in diversa composizione.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio, il 2 novembre 2016.

Depositato in Cancelleria il 19 gennaio 2017