



REPUBBLICA ITALIANA
TRIBUNALE DI SIENA (Sezione Lavoro)
"In nome del popolo italiano"
Sentenza

740/2014

Svolgimento del processo.

A mezzo di ricorso depositato l'11/7/2014 (740/2014 rgl) **ed altri (16) lavoratori** (difesi dagli avv. Alberto Piccinini, Francesca Ferretti, Giovanna Buttazzo e Sabrina Pittarello, e domiciliati presso l'avv. Pietro Dinoi) esercitavano contro la **Banca Monte dei Paschi di Siena spa** (che sarebbe stata difesa dagli avv. Marcello Giustiniani, Alessandro De Palma, Luisa Mian, Pietro Burroni e Gaetano Chiavetta) azione di (**conclusioni**, ricorso, p. 48 ss. sintesi):

accertamento della permanente sussistenza dei singoli rapporti di lavoro alle dipendenze della Banca convenuta, in luogo di Fruendo srl, per insussistenza di valido ed efficace fenomeno circolatorio ex art. 2112 c.c. e correlata tutela di condanna.

La Banca Monte dei Paschi di Siena spa si costituiva in giudizio, contestando la fondatezza della domanda chiedendone (**conclusioni**, memoria difensiva, p. 49, sintesi) il rigetto.

*

A mezzo di ricorso depositato il 28/7/2014 (793/2014 rgl) **ed altri (9) lavoratori** (difesi dagli avv. Alberto Piccinini, Francesca Ferretti, Giovanna Buttazzo e Sabrina Pittarello, e domiciliati presso l'avv. Pietro Dinoi) esercitavano contro la **Banca Monte dei Paschi di Siena spa** (che sarebbe stata difesa dagli avv. Marcello Giustiniani, Alessandro De Palma, Luisa Mian, Pietro Burroni e Gaetano Chiavetta) azione di (**conclusioni**, ricorso, p. 43 ss. sintesi):

accertamento della permanente sussistenza dei singoli rapporti di lavoro alle dipendenze della Banca convenuta, in luogo di Fruendo srl, per insussistenza di valido ed efficace fenomeno circolatorio ex art. 2112 c.c. e correlata tutela di condanna.

La Banca Monte dei Paschi di Siena spa si costituiva in giudizio, contestando la fondatezza della domanda chiedendone (**conclusioni**, memoria difensiva, p. 49, sintesi) il rigetto.

*

A mezzo di ricorso depositato il 4/8/2014 (810/2014 rgl)

ed altri (32) lavoratori (difesi dagli avv. Alberto Piccinini, Francesca Ferretti, Giovanna Buttazzo e Sabrina Pittarello, e domiciliati presso l'avv. Pietro Dinoi) esercitavano contro la **Banca Monte dei Paschi di Siena spa** (che sarebbe stata difesa dagli avv. Marcello Giustiniani, Alessandro De Palma, Luisa Mian, Pietro Burroni e Gaetano Chiavetta) azione di (**conclusioni**, ricorso, p. 46 ss. sintesi):

accertamento della permanente sussistenza dei singoli rapporti di lavoro alle dipendenze della Banca convenuta, in luogo di Fruendo srl, per insussistenza di valido ed efficace fenomeno circolatorio ex art. 2112 c.c. e correlata tutela di condanna.

La Banca Monte dei Paschi di Siena spa si costituiva in giudizio, contestando la fondatezza della domanda chiedendone (**conclusioni**, memoria difensiva, p. 49, sintesi) il rigetto.

*

A mezzo ricorso depositato il 4/8/2014 (811/2014 rgl)

ed altri (18) lavoratori (difesi dagli avv. Alberto Piccinini, Francesca Ferretti, Giovanna Buttazzo e Sabrina Pittarello, e domiciliati presso l'avv. Pietro Dinoi) esercitavano contro la **Banca Monte dei Paschi di Siena spa** (che sarebbe stata difesa dagli avv. Marcello Giustiniani, Alessandro De Palma, Luisa Mian, Pietro Burroni e Gaetano Chiavetta) azione di (**conclusioni**, ricorso, p. 46 ss. sintesi):

accertamento della permanente sussistenza dei singoli rapporti di lavoro alle dipendenze della Banca convenuta, in luogo di Fruendo srl, per insussistenza di valido ed efficace fenomeno circolatorio ex art. 2112 c.c. e correlata tutela di condanna.

La Banca Monte dei Paschi di Siena spa si costituiva in giudizio, contestando la fondatezza della domanda chiedendone (**conclusioni**, memoria difensiva, p. 49, sintesi) il rigetto.

*

In ciascuna causa interveniva volontariamente ex art. 419 cpc **Fruendo srl** (difesa dagli avv. Gian Luca Pinto, Andrea Stanchi e domiciliata presso l'avv. Francesca Del Giudice) chiedendo (**conclusioni**, ricorso, rispettivamente pp. 65, 58, 61, 61, sintesi) il rigetto del ricorso dei lavoratori.

*

All'udienza 22/12/2014, nella causa n. 740/2014 rgl sono comparsi personalmente tra i lavoratori ricorrenti (anche tra le cause riunende) difesi dagli avv. Piccinini, Ferretti, Buttazzo, Pittarello e Dinoi,

Viene depositata copia ricorso e decreto notificati in tutte le cause da riunire.

Presenti per la Banca Monte dei Paschi di Siena spa, gli avv. Alessandro De Palma e Pietro Burroni, quest'ultimo anche nella qualità di procuratore speciale, come da atto che si riserva di depositare.

Per Fruendo srl, difesa dall'avv. Gian Luca Pinto, nella qualità di interveniente volontario ex art. 419 cpc, gli avv. Andrea Calosi e Valentina Curti come da atti che vengono prodotti.

Si dà atto della riunione delle cause connesse n. 793, 810 e 811/2014.

Si dà atto della rinuncia agli atti, qui depositata, e notificata prima della scadenza del termine a difesa, (nell'ambito della causa n. 793/2014 rgl).

Il giudice sente le parti personalmente, che allo stato si richiamano ai propri atti, argomentazioni, richieste e conclusioni, anche istruttorie, contestando rispettivamente le parti la fondatezza delle difese avversarie.

Il giudice fissa per la discussione l'udienza del 13/4/2015, ore 11.00, con termine per note al 20/2 per i ricorrenti e al 30/3 per le società convenuta e interveniente.

Si concorda, per economia di udienza e processuale, che nel termine del 20/2 i ricorrenti cumulino inoltre la replica all'intervento Fruendo e le contestazioni e richieste pronti a svolgere nella presente udienza, con *"salvezza dei diritti di prima udienza"*.

Previa discussione tra le parti sulle problematiche di riservatezza e tutela del know-how e del diritto di difesa, su opposizione delle società convenuta e interveniente - per irrilevanza, ai fini della valutazione della genuinità e legittimità della cessione - su istanza di parte il giudice ordina alle società convenuta e interveniente l'esibizione dei contratti di servizio o di appalto, relativi alle attività cedute oggetto di controversia, anche in eventuale subappalto.

La Fruendo srl chiede in ogni caso che il giudice accompagni l'ordine da cautele doverose ai fini della non divulgazione del know-how, quali il deposito in cassaforte e la possibilità di consultazione senza rilascio di copie oltre ad alcune omissioni di dati sensibili.

Il giudice ordina l'esibizione come chiesta, disponendo che abbia luogo entro il 20/1/2015.

Le parti concordano, ai fini di un contemperamento di interessi, di attuare l'esibizione in forma di deposito in cancelleria o via pec. al giudice. senza consentire il rilascio di copie, ma inviando direttamente via pec. ai difensori avversario il contenuto dell'esibizione, con divieto di divulgazione oltre i fini processuali e rilascio di copie.

All'udienza 13/4/2015, nella causa n. 740/2014 e cause riunite rql sono comparsi personalmente tra i lavoratori ricorrenti

difesi dagli avv. Piccinini, Ferretti, Buttazzo, Pittarello e Dinoi; per la Banca Monte dei Paschi di Siena spa, gli avv. Marcello Giustiniani, Alessandro De Palma e Pietro Burroni; per Fruendo srl, difesa dagli avv. Gianluca Pinto e Andrea Stanchi, l'avv. Andrea Calosi procuratore speciale come in atti.

Presenti ai fini della pratica forense Victoria Parise.

La MOT in tirocinio Marzia Maffei.

Le tirocinanti SSPL Margherita Beltrami e Marina Grassini.

Le parti si richiamano ai propri atti, argomentazioni, richieste e conclusioni, anche istruttorie, contestando rispettivamente le parti la fondatezza delle difese avversarie.

Discussa oralmente la causa, il giudice alle ore 16.30 si ritira in camera di consiglio.

*

Alle ore 19.00 in pubblica udienza pronuncia al termine sentenza ex art. 429, co. 1 cpc, pt. I (d.l. 2008/n. 112, conv. l. 2008/n. 133, art. 53)(ricorso depositato dopo il 25/6/08, ex artt. 56, 85 d.l. e l. cit.)(lettura della esposizione delle ragioni di fatto e diritto della decisione).



REPUBBLICA ITALIANA

TRIBUNALE DI SIENA (Sezione Lavoro)

"In nome del popolo italiano"

Sentenza

603/2014 (+ 3) rgl

Svolgimento del processo.

A mezzo ricorso depositato il 29/5/2014 (603/2014 rgl) (difesi dall'avv. Luigi De Mossi) esercitavano contro la **Banca Monte dei Paschi di Siena spa** (che sarebbe stata difesa dagli avv. Marcello Giustiniani, Alessandro De Palma, Luisa Mian, Adriano Logi e Gaetano Chiavetta) e **Fruendo srl** (che sarebbe stata difesa dagli avv. Gian Luca Pinto, Andrea Stanchi e domiciliata presso l'avv. Erick Volpi) azione di (**conclusioni**, ricorso, p. 14 sintesi):

accertamento della permanente sussistenza dei singoli rapporti di lavoro alle dipendenze della Banca convenuta, in luogo di Fruendo srl, per insussistenza di valido ed efficace fenomeno circolatorio ex art. 2112 c.c. e correlata tutela di condanna.

La Banca Monte dei Paschi di Siena spa si costituiva in giudizio, contestando la fondatezza della domanda chiedendone (**conclusioni**, memoria difensiva, p. 48, sintesi) il rigetto.

La Fruendo srl si costituiva in giudizio, contestando la fondatezza della domanda chiedendone (**conclusioni**, memoria difensiva, p. 38, sintesi) il rigetto.

*

A mezzo ricorso depositato il 29/5/2014 (604/2014 rgl) **ed altri (27) lavoratori** (difesi dall'avv. Luigi De Mossi) esercitavano contro la **Banca Monte dei Paschi di Siena spa** (che sarebbe stata difesa dagli avv. Marcello Giustiniani, Alessandro De Palma, Luisa Mian, Adriano Logi e Gaetano Chiavetta) e **Fruendo srl** (che sarebbe stata difesa dagli avv. Gian Luca Pinto, Andrea Stanchi e domiciliata presso l'avv. Erick Volpi) azione di (**conclusioni**, ricorso, p. 15 sintesi):

accertamento della permanente sussistenza dei singoli rapporti di lavoro alle dipendenze della Banca convenuta, in luogo di Fruendo srl, per insussistenza di valido ed efficace fenomeno circolatorio ex art. 2112 c.c. e correlata tutela di condanna.

La Banca Monte dei Paschi di Siena spa si costituiva in giudizio, contestando la fondatezza della domanda chiedendone (**conclusioni**, memoria difensiva, p. 48, sintesi) il rigetto.

La Fruendo srl si costituiva in giudizio, contestando la fondatezza della domanda chiedendone (**conclusioni**, memoria difensiva, p. 38, sintesi) il rigetto.

*

A mezzo ricorso depositato il 29/5/2014 (605/2014 rgl) (difeso dall'avv. Luigi De Mossi) esercitava contro la **Banca Monte dei Paschi di Siena spa** (che sarebbe stata difesa dagli avv. Marcello Giustiniani, Alessandro De Palma, Luisa Mian, Adriano Logi e Gaetano Chiavetta) e **Fruendo srl** (che sarebbe stata difesa dagli avv. Gian Luca Pinto, Andrea Stanchi e domiciliata presso l'avv. Erick Volpi) azione di (**conclusioni**, ricorso, p. 14 sintesi):

accertamento della permanente sussistenza del rapporto di lavoro alle dipendenze della Banca convenuta, in luogo di Fruendo srl, per insussistenza di valido ed efficace fenomeno circolatorio ex art. 2112 c.c. e correlata tutela di condanna.

La Banca Monte dei Paschi di Siena spa si costituiva in giudizio, contestando la fondatezza della domanda chiedendone (**conclusioni**, memoria difensiva, p. 49, sintesi) il rigetto.

La Fruendo srl si costituiva in giudizio, contestando la fondatezza della domanda chiedendone (**conclusioni**, memoria difensiva, p. 38, sintesi) il rigetto

*

A mezzo ricorso depositato il 23/6/2014 (668/2014 rgl) (difeso dagli avv. Michele Cortazzo e Luigi De Mossi) esercitava contro la **Banca Monte dei Paschi di Siena spa** (che sarebbe stata difesa dagli avv. Marcello Giustiniani, Alessandro De Palma, Luisa Mian, Adriano Logi e Gaetano Chiavetta) e **Fruendo srl** (che sarebbe stata difesa dagli avv. Gian Luca Pinto, Andrea Stanchi e domiciliata presso l'avv. Erick Volpi) azione di (**conclusioni**, ricorso, p. 13 sintesi):

accertamento della permanente sussistenza del rapporto di lavoro alle dipendenze della Banca convenuta, in luogo di Fruendo srl, per insussistenza di valido ed efficace fenomeno circolatorio ex art. 2112 c.c. e correlata tutela di condanna.

La Banca Monte dei Paschi di Siena spa si costituiva in giudizio, contestando la fondatezza della domanda chiedendone (**conclusioni**, memoria difensiva, p. 46, sintesi) il rigetto.

La Fruendo srl si costituiva in giudizio, contestando la fondatezza della domanda chiedendone (**conclusioni**, memoria difensiva, p. 42, sintesi) il rigetto

*

All'udienza 24/9/2014, nella causa n. 603/2014 rgl alle ore 10.00 sono comparsi personalmente i ricorrenti _____ (qui correggendosi il cognome _____ indicato in ricorso), _____ difesi dall'avv. Luigi De Mossi; per la Banca Monte dei Paschi di Siena spa, difesa dagli avv. Marcello Giustiniani, Alessandro De Palma e _____ e _____ in sostituzione dell'avv. Pietro Burroni, il procuratore speciale, Alessandro Venturini, come da atto che viene prodotto; per Fruendo srl, difesa dagli avv. Gianluca Pinto e Andrea Stanchi, l'avv. Andrea Calosi procuratore speciale come da atto che viene prodotto.

I ricorrenti depositano atto introduttivo e decreto notificati.

Il giudice sente le parti personalmente, che allo stato si richiamano ai propri atti, argomentazioni, richieste e conclusioni, anche istruttorie, contestando rispettivamente le parti la fondatezza delle difese avversarie.

La Banca Monte dei Paschi di Siena spa dà atto di aver prodotto sub 14, salva ulteriore verifica, la documentazione indicata nella parte seconda dell'ordine di esibizione chiesto a p. 15 ricorso (contratto di trasferimento con allegati), per il resto ritiene la richiesta esplorativa ove non riferita a documenti individuati.

Parte ricorrente precisa che la richiesta attiene esclusivamente ai documenti specificamente individuati.

Il giudice ordina in ogni caso ex art. 210 cpc alla Banca l'esibizione richiesta, da effettuarsi nel termine dell'1/12/2014, ferma la ulteriore verifica sopra accennata ad opera delle parti.

Accoglie allo stato l'opposizione delle Società convenute - per irrilevanza del contenuto documentale in relazione al fine prefissosi - della richiesta di esibizione dei documenti specificati nella prima parte della richiesta a p. 15.

Le Società convenute ritengono che l'onere della prova incomba sui ricorrenti, ritengono inoltre in via principale la causa documentalmente istruita, in subordine insistono nelle richieste di prova orale.

I ricorrenti ritengono irrilevanti le prove orali richieste dalle avversarie e chiedono fissarsi udienza di discussione.

Si dà atto della riunione alla presente delle cause connesse nn. 604, 605 e 668/2014 rgl, per le quali sono presenti personalmente i ricorrenti

In relazione alla causa 605/2014 rgl, ric. il ricorrente insiste nella ammissione della prova testimoniale.

Le Società convenute dichiarano non controversi i fatti capitolati.

Il ricorrente ne prende atto e rinuncia alla prova orale chiesta.

Il giudice fissa per la discussione l'udienza del 30/1/2015, ore 16.00, con termine per note al 31/12/2014 per i ricorrenti e al 20/1/2015 per le Società convenute.

Successivamente, con ordinanza 22/12/2014, il giudice, in funzione di giudice del lavoro:

provvedendo d'ufficio nella causa n. 603/2014 rgl;

dato atto che in data odierna si è proceduto a trattazione dell'ultimo gruppo di analoghe cause del contenzioso;

che appare opportuna la decisione o la programmazione istruttoria unitaria di tutte le cause del medesimo;

ritenuta inoltre necessaria acquisizione documentale e il suo esame in talune cause del gruppo;

riprogramma il processo e dispone come segue:

il giudice fissa per la discussione la nuova udienza del 13/4/2015, ore 11.00, con termine per note al 20/2 per i ricorrenti e al 30/3 per le Società convenute (MPS) e interveniente (Fruendo).

Ad esito della discussione tra le parti sulle problematiche di riservatezza e tutela del *know-how* e del diritto di difesa, su opposizione delle Società convenute e dell'interveniente - per irrilevanza, ai fini della valutazione della genuinità e legittimità della cessione - su istanza di parte - limitatamente, quindi, alle controversie in cui vi è espressa istanza - il giudice ordina alle Società convenute e interveniente l'esibizione dei contratti di servizio o di appalto, relativi alle attività cedute oggetto di controversia, anche in eventuale subappalto.

Preso atto che la Fruendo srl ha chiesto in ogni caso che il giudice accompagni l'ordine da cautele doverose ai fini della non divulgazione del *know-how*, quali il deposito in cassaforte e la possibilità di consultazione senza rilascio di copie oltre ad alcune omissioni di dati sensibili;

il giudice ordina tuttavia l'esibizione come espressamente chiesta, disponendo che la stessa abbia luogo entro il 20/1/2015.

Ai fini di un contemperamento di interessi, dispone che l'esibizione sia attuata in forma di deposito in cancelleria o via pec al giudice, senza consentire il rilascio di copie, ma inviandosi direttamente via pec al/a difensore/i avversario/i il contenuto dell'esibizione, con divieto di divulgazione oltre i fini processuali e rilascio di copie.

All'udienza 13/4/2015, nella causa n. 603/2014 rgl e cause (3) riunite sono comparsi personalmente tra i ricorrenti, difesi dall'avv. Antonio Ciniero in sostituzione degli avv. Luigi De Mossi e Michele Cortazzo, Stefano Petrini; per la Banca Monte dei Paschi di Siena spa, gli avv. Marcello Giustiniani, Alessandro De Palma e Pietro Burroni; per Fruendo srl, difesa dagli avv. Gianluca Pinto e Andrea Stanchi, l'avv. Andrea Calosi procuratore speciale come in atti.

Presenti ai fini della pratica forense Victoria Parise.

La MOT in tirocinio Marzia Maffei.

Le tirocinanti SSPL Margherita Beltrami e Marina Grassini.

Preliminarmente si dà atto della rinuncia agli atti da parte di ' e , che viene accettata dalla Banca convenuta (tra la parte e Fruendo srl è intervenuta conciliazione stragiudiziale).

Le parti si richiamano ai propri atti, argomentazioni, richieste e conclusioni, anche istruttorie, contestando rispettivamente le parti la fondatezza delle difese avversarie.

Discussa oralmente la causa, il giudice alle ore 16.30 si ritira in camera di consiglio.

*

Alle ore 19 in pubblica udienza pronuncia al termine sentenza ex art. 429, co. 1 cpc, pt. I (d.l. 2008/n. 112, conv. l. 2008/n. 133, art. 53)(ricorso depositato dopo il 25/6/08, ex artt. 56, 85 d.l. e l. cit.)(lettura della esposizione delle ragioni di fatto e diritto della decisione).

Il giudice

Delio Cammarosano

Motivi della decisione.

Indice dei motivi della decisione.

L'oggetto della controversia.

§ 1. La vicenda economico-giuridica dell'operazione industriale di riduzione degli organici del Gruppo nel contesto della crisi.

§ 1.1 L'operazione infragruppo: il primo trasferimento di ramo di azienda da COGMPS e BMPS (1/3/2013) e la costituzione della Divisione AACA (31/12/2012).

§ 1.2 La successiva societarizzazione ed esternalizzazione: costituzione della NewCo Fruendo srl, cessionario del secondo trasferimento di ramo di azienda.

§ 1.3 Il rapporto commerciale di fornitura dei Servizi correlato all'operazione di cessione.

§ 2. Il diritto nazionale.

§ 3. Il diritto dell'Unione e la giurisprudenza della Corte di Giustizia.

§ 3.1 Le implicazioni della sent. 6/3/2014, C. 458-12, Amatori e il principio consensualistico nella giurisprudenza comunitaria.

§ 3.2. La nozione di "ramo di attività" nella direttiva 90/434/CEE codificata nella direttiva 2009/133/CE.

§ 4. Coordinate dei principi posti dalla giurisprudenza di legittimità.

§ 5. L'"interesse ad agire" dei lavoratori ricorrenti.

§ 6. La posizione processuale di Fruendo srl.

§ 7. Se l'oggetto del trasferimento, il ramo di azienda DAACA, preesistesse, come entità economica dotata di una propria identità e sufficiente strutturazione ed autonomia funzionale, come insieme di mezzi organizzati al fine di svolgere un'attività economica, sia essa essenziale o accessoria.

§ 8. Se l'oggetto del trasferimento, il ramo di azienda, in ogni caso, abbia conservato nella cessione contrattuale la propria identità.

§ 9. Considerazioni ulteriori (sui temi affrontati nei §§ 7 e 8)_indotte dall'analisi valutativa del rapporto commerciale correlato all'operazione di cessione (§ 1.3).

§ 10. L'intervento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Sua portata interpretativa.

§ 11. Sull'onere della prova in materia di trasferimento di ramo d'azienda: implicazioni nel caso concreto. L'inottemperanza parziale dell'ordine di esibizione ex art. 210 cpc.

§ 12. Natura fraudolenta dell'operazione (ex art. 1344 c.c.): insussistenza.

§ 13. Conclusioni decisorie.

*

L'oggetto della controversia.

I lavoratori ricorrenti, già dipendenti della Banca Monte dei Paschi di Siena spa (BMPS) fino al 31/12/2013, si oppongono al passaggio alle dipendenze della Fruendo srl (FRUENDO), argomentando il dissenso in ordine alla sussistenza di una fattispecie riconducibile a trasferimento di azienda ai sensi e per gli effetti dell'art. 2112 c.c.

Affermano, pertanto, il proprio diritto al ripristino prosecutorio del rapporto di lavoro presso BMPS.

La cedente, BMPS, e la cessionaria, FRUENDO, negano il diritto dei lavoratori e argomentano la legittimità della negoziazione posta in essere.

*

§ 1. La vicenda economico-giuridica dell'operazione industriale di riduzione degli organici del Gruppo nel contesto della crisi.

Rileviamo da informazioni di pubblico dominio, che dal punto di vista organizzativo, il Gruppo Montepaschi si configura quale entità finanziaria, creditizia e assicurativa, integrata e multimercato, caratterizzata da un'architettura che si fonda su quattro pilastri:

una struttura centrale di coordinamento direzionale e gestionale rappresentata dalla Capogruppo Bancaria, che svolge anche attività operative per conto della rete commerciale;

una struttura di produzione, costituita dalle Società Prodotto, dedicate allo sviluppo di strumenti finanziari specialistici da offrire al mercato;

una struttura di distribuzione, composta dalle Unità di Business, rappresentate principalmente dalle filiali della Banca e dalla rete di promotori finanziari di Banca Monte dei Paschi - Promozione Finanziaria;

una struttura di servizio, costituita dalle società poste a presidio delle attività informatiche, immobiliari e delle altre di supporto al business.

Le Società di Servizio erogano alle aziende del Gruppo servizi di infrastruttura (tecnologici, immobiliari, recupero crediti) non strettamente attinenti all'attività commerciale e creditizia delle Unità di Business, ma in grado di elevare la qualità complessiva dell'offerta alla clientela.

Il Consorzio Operativo di Gruppo (COGMPS) – costituito il 28/12/1998 - ha il compito istituzionale di gestire i sistemi informativi ed i relativi servizi, accentrati e non, nell'ottica della centralizzazione dell'informatica e dei servizi stessi a livello di Gruppo Bancario MPS, assicurando la qualità dei servizi prestati e fornendo supporto alle più generali strategie di gruppo, in coerenza con le esigenze di evoluzione tecnologica del gruppo stesso e degli altri consorziati (art. 2, Finalità, dello Statuto ed oggetto sociale).

Il Consorzio fornisce servizi alle Società consorziate e non, appartenenti o meno al Gruppo.

In sintesi, le *mission* delle principali attività, sono così descritte:

Application Management: gestire l'intero ciclo di vita delle applicazioni di business necessarie all'erogazione dei servizi alle aziende clienti, presidiando competenze di sviluppo, test, collaudo, manutenzione e gestione del software.

Facility Management: garantire la continuità operativa del sistema informativo, il ciclo di vita delle componenti, infrastrutturali e di informatica individuale.

Sicurezza: garantire un adeguato livello di sicurezza logica dei dati e delle informazioni, in linea con gli obiettivi di business, presidiando l'applicazione degli obblighi di sicurezza previsti dal Garante della Privacy e il fenomeno delle frodi sui canali internet.

Secondo il modello organizzativo originario, il COGMPS era l'organizzazione, la struttura del Gruppo Bancario MPS che svolgeva "in

accentrato, in favore delle Società del Gruppo consorziate la gestione della Information and Communication Technology, le attività di Back Office – indicato come "Servizi Amministrativi" – ed i Servizi Ausiliari. Per le società non consorziate esercita inoltre, per il solo comparto ICT, ruolo di indirizzo, coordinamento e controllo" (Regolamento n. 1, del 6/5/2009).

Secondo la descrizione offerta dalla Banca stessa, il COG in origine era "articolato in due distinti ed autonomi compendi organizzati di attività: - il primo focalizzato sull'IT (con il compito di fornire la manutenzione e sviluppo dei sistemi elettronici per l'elaborazione dati, la manutenzione e sviluppo di reti integrate di trasmissione dati e la manutenzione e sviluppo dei sistemi informatici) e - il secondo interamente focalizzato sulle altre attività di back office (con il compito di fornire a MPS ed alle altre Società del Gruppo MPS, con l'ausilio delle 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)"(memoria difensiva ex art. 416 cpc).

Il Consorzio Operativo viene ancora definito nella Relazione Finanziaria 30/6/2013, il centro di sviluppo e gestione dei sistemi informatici e di telecomunicazione, nonché di erogazione di servizi amministrativi di *back office* per le diverse società del Gruppo.

Peraltro, l'assemblea dei consorziati il 27/2/2013 aveva deliberato di modificare l'oggetto sociale, *"eliminando dallo stesso l'attuale riferimento alla prestazione dei Servizi Amministrativi di back office contenuto nell'art. 2 dello Statuto"*.

Il modello organizzativo, § 2, prevede le figure dell'Amministratore Delegato, del Direttore Generale, delle Direzioni, quindi le Aree, i Servizi, le Strutture di Staff, i Comitati e le Commissioni.

Nel Regolamento n. 1, alla data del 6/5/2009, come al 30/12/2011, l'Assetto Organizzativo prevede sub 3.8 una Direzione, che sovrintende, decide e amministra in merito agli affari correnti connessi con le attività demandate alle Aree, Servizi e Staff di riferimento, quale la Direzione Gestione Servizi Amministrativi, avente la *mission* di *"assicurare gli adempimenti amministrativi e contabili connessi alla gestione dei prodotti bancari"* e comprendente:

Area Servizi Accentrati di Rete (avente come *mission* la *"gestione dei servizi amministrativi di base, accentrati e di rete, per le unità operative centrali e periferiche delle aziende consorziate, perseguendo efficienza produttiva nel rispetto dei vincoli organizzativi e di legge)*:

Servizio Regolamento Incassi e Pagamenti e c/c;

Servizio Monetica e Servizi Telematici;

Servizi Operatività di Rete: Firenze, Mantova, Milano, Lecce, Roma.

Area Servizi Finanza (avente come *mission* la *"gestione, presidiandone la contabilizzazione, del regolamento delle operazioni e i servizi amministrativi"*

accentrati inerenti agli strumenti finanziari. Gestione dei servizi amministrativi accentrati riguardanti l'amministrazione, i regolamenti e le contabilizzazioni inerenti ai fondi comuni di investimento, le Sicav e i derivati regolamentati italiani, curando le problematiche fiscali inerenti agli strumenti finanziari e gli adempimenti previsti per il Soggetto incaricato dei pagamenti"):

- Servizio Banca Corrispondente;
- Servizio Trasferimento e Regolamento Titoli;
- Servizio Fiscalità Finanza;
- Servizio Fondi e SICAV;
- Servizio Contabilità Titoli;
- Servizio Amministrazione Titoli;
- Servizio Derivati;
- Servizio Gestione Dati Finanziari.

Area Servizi Estero (avente come mission la "gestione dei servizi amministrativi accentrati riguardanti la gestione del sistema dei pagamenti estero, la contabilità del servizio e le segnalazioni agli Organi di vigilanza"):

- Servizio Contabilità e Segnalazioni Estero;
- Servizio Amministrazione Pagamenti Estero;
- Servizio Conti Nostri e Cassa Valute.

Area Servizi Accentrati Banca (avente come mission la "gestione dei servizi amministrativi accentrati per le unità operative centrali e periferiche delle aziende consorziate nel rispetto della missione assegnata alla Direzione di riferimento):

- Servizio Anagrafe e Segnalazioni;
- Servizio Indagini Bancarie: Siena, Padova;
- Servizio Credito;
- Servizio Filiale HUB.

Area Servizi Accentrati Banca Amministrativa (avente come mission la "gestione dei servizi amministrativi e contabili aziendali nel rispetto della missione assegnata alla Direzione di riferimento):

- Servizio Retribuzione Personale;
- Servizio Contabilità Accentrata;
- Servizio Ciclo Passivo.

Area Logistica e Documentale (avente come mission, "assicurare l'erogazione dei servizi ausiliari e di infrastruttura nel rispetto della missione assegnata alla Direzione di riferimento"):

- Servizio Logistica Ambiente e Safety;
- Servizio Gestione Documenti.

In vista dell'operazione di cessione parziale infragruppo simile struttura verrà descritta come Divisione Servizi Amministrativi (DSA), cui afferiscono circa 1.696 unità di personale, che si affianca ad una distinta Divisione Information Technology (DIT), cui afferiscono circa 1.106 unità di personale.

Il bilancio 2011 registrerà una perdita di circa € 4.685.000,00 (a fronte di un utile di esercizio 2010 di 985.000,00).

E' anche in tale contesto 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 Ramo d'Azienda del Back Office di Gruppo".

Il Piano presentato alla comunità finanziaria il 27/6/2012, era portato formalmente a conoscenza delle organizzazioni sindacali con comunicazione del 3/8/2012.

Il 12/11/2012 le organizzazioni sindacali erano informate del progetto di ottimizzazione deliberato il 31/10/2012 dalla Capogruppo quindi dalle altre aziende interessate, comportante l'accentramento in Banca MPS delle Attività Amministrative Contabili Ausiliarie (progetto OAACA) svolte in distinte realtà del Gruppo

Il mezzo per conseguire l'obiettivo di efficienza era individuato nell'accentramento predetto, "finalizzato a razionalizzare le strutture, integrare verticalmente le diverse Filiere in cui si articola l'attività, riducendo il margine di errore, i rischi operativi e il costo di produzione", in un'unica Divisione interna alla Capogruppo (c.d. "DAACA" Divisione Attività Amministrative, Contabili ed Ausiliarie).

Era previsto, dunque, il trasferimento delle attività in questione dal COG a BMPS, tramite cessione del relativo ramo di azienda, interessante 1702 risorse funzionali.

Nella "nuova struttura di BMPS" divisionale sarebbero state accentrate ulteriori attività ACA svolte presso la stessa BMPS e altre aziende del Gruppo, con interessamento globale finale di 2.344 risorse.

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 sopravvenuta dell'acquirente, tali da generare tensioni occupazionali rilevanti"* la Banca si impegna *"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"*.

L'1/2/2013, a conclusione della procedura di informazione e consultazione avviata ex art. 19 ccnl 8/12/2007 e art. 47, l. 1990/n. 428) è stato sottoscritto un verbale di accordo, sull'accentramento in BMPS della attività ACA del Gruppo.

Nell'ambito del progetto OAACA l'accentramento avrebbe investito i seguenti ambiti di operatività:

- Servizi di incassi, pagamenti e conti correnti;
- Monetica;
- Esteri;
- Finanza;
- Credito;
- Servizi Amministrativi;
- Servizi Aziendali e Contabili;
- Servizi Ausiliari;
- Servizi di Assistenza;
- connesse attività c.d. di governo.

Al relativo ramo di azienda si stimavano addette n. 1702 unità alla data del 31/10/2012. Meglio distinte:

- 2 dipendenti del COG;
- 1700 in distacco (1674 da BMPS, 9 da MPL&F, 17 da MPSCS).

Attività *"costituenti il ramo di azienda"* e *"risorse ad esso funzionali"* sarebbero confluite, con operazione di trasferimento di ramo di azienda, in un'unica nuova Divisione interna alla Capogruppo (c.d. *"DAACA"* Divisione Attività Amministrative, Contabili ed Ausiliarie).

Era previsto, dunque, il trasferimento delle attività in questione dal COG a BMPS, tramite cessione del relativo ramo di azienda, interessante 1702 risorse funzionali.

Nella nuova struttura divisionale sarebbero state accentrate ulteriori attività ACA svolte presso la stessa BMPS e altre aziende del Gruppo, con interessamento globale finale di 2.350 risorse.

Le parti convenivano che al COG restassero invece affidati l'erogazione di servizi di Information Technology e le correlate Funzioni di Governo, con un organico residuo stimato in circa 1.100 unità, 1.050 ad esito delle preventivate uscite per esodo e adesione al Fondo di Solidarietà.

*

§ 1.1 (La vicenda economico-giuridica dell'operazione industriale di riduzione degli organici del Gruppo nel contesto della crisi): l'operazione infragruppo: il primo trasferimento di ramo di azienda da COGMPS e BMPS (1/3/2013) e la costituzione della Divisione AACA (31/12/2012).

L'1/3/2013, il Consorzio (COG MPS) – il cui fondo consortile era partecipato al 99,73 % dalla Banca Monte dei Paschi di Siena spa (premesse, lett. b) – ha venduto alla Banca capogruppo il ramo d'azienda, il ramo d'azienda AACA, individuato ai punti 3.2 e 3.3 del contratto, come "complesso dei beni organizzati (dal Consorzio) per l'esercizio dell'attività di prestazione di servizi relativi ad attività amministrative, contabili e ausiliarie".

Il ramo di azienda viene enucleato, dunque, nell'ambito di un organismo di cooperazione interaziendale (art. 2602 c.c., nel testo dettato dalla l. 1976/n. 377) e la forza lavoro di afferenza all'organizzazione comune è nella quasi totalità (§ 1) composta da personale in regime di distacco dalla BMPS.

In termini generali, seguendo l'opzione estensiva del legislatore del 1976, la funzione mutualistica del contratto associativo di consorzio trova la propria causa negoziale nella volontà di due o più soggetti di unire (ovvero di coordinare) le rispettive organizzazioni d'impresa, al fine di disciplinare le proprie attività economiche (ovvero di sostituirsi alle singole aziende dei consorziati) nell'espletamento di talune funzioni produttive di beni o servizi, anche strumentali, destinati a soddisfare bisogni comuni dei consorziati, dandosi luogo pertanto oggi ad un istituto *"contenitore assai ampio"*.

Discostandoci un attimo dal taglio meramente ricostruttivo dei § escludiamo sin d'ora che l'"ambiente" di origine del ramo di azienda concepito da BMPS possa costituire un elemento ostativo, di anomalia o di dubbio, alla configurazione della parte di impresa.

In generale, ad es. ex Cass. S1, 2013/n. 28015: *"secondo la giurisprudenza di questa Corte (cfr. Sez. L, Sentenza n. 2503 del 1993, in motivazione), "costituiscono centri d'imputazione di rapporti giuridici, autonomi rispetto alle imprese consorziate - secondo la giurisprudenza di questa Corte (vedine le sentenze 441-89, 1052-69, 1282-51) - i consorzi con attività esterna (art. 2612 c.c. e ss.), ai quali vengono attribuite, appunto, funzioni imprenditoriali esterne. Ciò emerge, infatti, dalla speciale disciplina di tali consorzi, che attiene - oltreché alla previsione di un sistema di pubblicità legale (art. 2612 c.c.), in funzione delle informazioni dei terzi circa la struttura organizzativa del consorzio - alla già ricordata rappresentanza in giudizio (art. 2613 c.c., cit.), al fondo comune (art. 2614 c.c) e, soprattutto, alla*

responsabilità verso terzi (art. 2615 c.c.). Anzi è stata, proprio, la modifica di quest'ultima disposizione (mediante la L. n. 377 del 1976, art. 3) - che ha introdotto la responsabilità esclusiva del consorzio con attività esterna (v. Cass. 441-89, cit.), per le obbligazioni assunte in suo nome (delle quali, in precedenza, rispondevano, solidalmente ed illimitatamente, anche coloro che avevano agito in nome del consorzio) - a dilatarne l'autonomia, inducendo (una autorevole dottrina) a prospettare, addirittura, l'autonomia patrimoniale perfetta. Quale che sia la latitudine della loro autonomia, pare certo, tuttavia, che il consorzio con attività esterna sia imprenditore e, come tale, soggetto al fallimento (v. Cass. 441-89, cit.) - che non si estende però ai consorziati (non essendo costoro illimitatamente responsabili delle sue obbligazioni:

art. 2615 c.c., comma 1) - nonché, in genere, agli statuti (per i diversi tipi) di impresa, ove ne ricorrano i presupposti ed i requisiti rispettivi. Nè privo di significato è il processo di assimilazione alla società per azioni, quale emerge dalla parziale estensione (ai sensi dell'art. 2615 bis c.c., sub L. n. 377 del 1976, art. 4) della disciplina della società stessa ai consorzi con attività esterna (v. Cass. 441-89, cit.). Ne risulta che siffatti consorzi sono entità giuridiche, autonome rispetto alle imprese consorziate, nonché portatrici di interessi e posizioni giuridiche soggettive, distinti da quelli delle imprese stesse". In virtù del testo novellato dell'art. 2602 c.c., scopo dell'organizzazione comune del consorzio può anche essere, oltre alla disciplina della concorrenza tra le imprese dei singoli consorziati, lo svolgimento di alcune fasi delle attività d'impresa medesime e ciò, secondo la migliore dottrina, confermerebbe l'opinione da tempo manifestata dalla dottrina stessa secondo la quale assume rilievo nella qualificazione del consorzio la caratteristica di "impresa ausiliaria" rispetto all'impresa consorziate. Talché il consorzio, partecipando della stessa natura dell'imprenditore commerciale consorziate, ne condivide l'assoggettabilità a procedura concorsuale".

Chiuso l'inciso, rileviamo che l'operazione, l'attività traslativa posta in essere l'1/3/2013 tra COGMPS e BMPS si atteggia come internalizzazione di ramo di azienda relativo alle attività ACA, descritto sub § 3.2 e comprendente:

attività immateriali a vita definita (all. D), per un valore di € 589.899,98;

immobilizzazioni impianti e macchinari (all. E), per un valore di € 227.907,77: l'elencazione comprende 8 carrelli elevatori, 23 impianti controllo accessi, 1 rilevatore presenze, 1 bussola antirapina e metal detector, 1 bicicletta, 1 ciclomotore e 3 autovetture;

altre attività;

l'avviamento (all. C)(non prodotto), il cui valore è determinato in € 7.650.000,00

passività;

rapporti giuridici trasferiti:

rapporti di lavoro (secondo diverse articolazioni)(in particolare i lavoratori dipendenti della Banca Monte dei Paschi di Siena spa, con mansioni

amministrative e contabili, operanti in distacco presso il COG MPS nell'ambito del ramo di azienda ceduto, stante la confusione ex art. 1253 c.c. – può leggersi sub art. 3 – tra distaccante e distaccatario, sarebbero tornati ad operare presso la Banca Monte dei Paschi di Siena spa);

altri rapporti contrattuali correlati alle attività ACA, tra cui i contratti di licenza del software standard relativi ai macchinari facenti parte del ramo (all. L);

cessione parziale del contratto di locazione immobiliare passivo relativo alle superfici di esercizio dell'attività ceduta (all. N);

altri contratti (all. O);

utenze e servizi (ripartizione proporzionale di costi tra acquirente e venditrice, COG, in relazione alla residua attività IT svolta);

banche dati;

autorizzazioni.

Vi sono, poi, attività, passività e rapporti giuridici esclusi dal ramo di azienda:

segni distintivi riferibili al COG;

passività e obbligazioni da contenziosi pendenti;

rapporti giuridici:

contratti personali (con esemplificazione);

contratti di consulenza.

Nella Relazione Finanziaria al 30/6/2013, sub *Ristrutturazione organizzativa e gestione delle ricadute sul personale* si accenna tra le rilevanti operazioni societarie/organizzative alla costituzione, all'interno della Direzione Chief Operating Officer della Capogruppo, della Divisione Attività Amministrative, Contabili ed Ausiliarie, con l'obiettivo di aumentare l'efficienza di tali attività. A tale fine sono state accentrate in questa nuova Divisione le attività svolte dalla Capogruppo, dal Consorzio Operativo di Gruppo e da altre realtà del Gruppo. Ne è derivata anche la contestuale riorganizzazione del Consorzio per le rimanenti attività, con focalizzazione sul comparto IT.

Nella Nota Integrativa Consolidata al Bilancio 2013, Parte G – *Operazioni di aggregazione riguardanti imprese o rami d'azienda*, p. 454, al § 1.1.2 tra le *Operazioni interne di business combination between entities under common control*, sono indicate come realizzate alcune operazioni straordinarie infragruppo senza pertanto effetti sul bilancio consolidato; tali operazioni, escluse dall'ambito di applicazione dell'IFRS 3 (International Financial Reporting Standard 3-Business Combinations) hanno comportato il trasferimento di rami d'azienda o entità giuridiche tra società appartenenti al Gruppo Montepaschi o operazioni di aggregazione tra le società stesse (*under common control*). In considerazione della finalità meramente riorganizzativa delle operazioni ed in applicazione della policy contabile di Gruppo in materia, esse sono state contabilizzate in continuità di valori contabili nei bilanci separati delle società coinvolte, senza la rilevazione di effetti economici.

Tra le principali operazioni infragruppo perfezionate nell'esercizio è annoverata la cessione a Banca Monte dei Paschi di Siena S.p.a. da parte del Consorzio Operativo Gruppo Montepaschi del ramo aziendale relativo alle attività amministrative e di back office. Tale ramo, "opportunamente integrato e rivisto", si attesta essere stato ceduto a soggetti terzi con efficacia 1 gennaio 2014; al 31 dicembre 2013 è evidenziato tra i "gruppi di attività" in via dismissione.

L'operazione, dunque, che letta con monocolo civilistico, pesata con la libra, per la essenziale inesistenza del prezzo (stante la pressoché assoluta quota partecipativa della Banca al fondo consortile il prezzo, pari al valore dell'avviamento, di € 7.650.000,00, è essenzialmente pagato a se stessi), fa storcere il naso per l'odore di simulazione, deve tuttavia essere interpretata con il saggia e lente di ingrandimento come operazione economica infragruppo, che prescinde dalla tipologia negoziale architettata, dandosi rilievo alla sostanza economica piuttosto che all'operazione giuridica posta in essere, lasciando tuttavia interamente aperta all'interprete la risoluzione dei problemi giuridici implicati dalla configurazione di un'azienda, riconducibile al tipo del complesso dei beni organizzati per l'esercizio dell'impresa (art. 2555 c.c.) concepita come parte, ramo, e intesa come preesistente articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata (identificata come tale dal cedente e dal cessionario) al momento del suo trasferimento, primo; che conservi nel trasferimento la propria identità, secondo.

La nuova Divisione della Banca Monte dei Paschi di Siena spa trova descrizione nel Compendio Organizzativo DAACA, muovendo dalla deliberazione costitutiva del 31/12/2012 del CdA, come "Divisione specializzata nella gestione delle attività amministrative contabili e ausiliarie", con il "trasferimento di attività e risorse", provenienti non solo dal COGMPS, ma anche da altre strutture della Banca (Direzione Generale, Dipartimenti Operativi di Rete sul territorio, Società del Gruppo).

La Divisione è qualificata nel Compendio "struttura autonoma parificabile ad un'Area della Capogruppo" e si compone di una serie di Strutture Operative cui fanno capo una serie di servizi.

Secondo l'Ordine di Direzione della Divisione AACA del 4/3/2013:

premesse che "in relazione alla propria configurazione geografica, caratterizzata da una distribuzione molto capillare sul territorio, la Divisione presenta una articolazione su tre livelli organizzativi (Servizi, Settori, Reparti)", l'assetto organizzativo prevede Strutture di Staff e di Governo (con funzione di supporto al Responsabile della Divisione) e Strutture di Linea (con funzione di gestione operativa delle attività assegnate):

Strutture di Staff e di Governo:

Staff AACA;

Servizio Organizzazione e Logistica AACA;

Servizio Risorse Umane AACA;

Servizio Controlli e Verifiche AACA;

Servizio Vendor Management AACA;
Servizio Pianificazione e Controllo Costi AACA;
Servizio Service Management AACA.

Strutture Operative:

Servizio Operatività di Rete;
Servizio Incassi e Pagamenti;
Servizio Monetica;
Servizio Attività Amministrative e Credito;
Servizio Attività Aziendali e Contabili;
Servizio Attività Ausiliarie;
Servizio Attività di Assistenza;
Servizio Attività Finanza (*);
Servizio Supporto alla Rete (*).

(*: si tratta dei Servizi che non formeranno oggetto del successivo trasferimento di ramo di azienda da BMPS a Fruendo).

Il Regolamento di Organizzazione della BMPS del 24/4/2013 qualifica la Divisione al secondo livello organizzativo centrale di Capogruppo, "funzionalmente autonoma", articolantesi in Servizi e Settori (al § 3.5.6.5 è descritta la Divisione AACA ed elencati i Servizi, la cui operatività è disciplinata dallo specifico Ordine di Direzione).

Con lettera 15/10/2013, BMPS comunicava alle OO.SS. ai sensi dell'art. 17 ccnl 2002, la riorganizzazione della Divisione AACA.

Al 4/12/2013, sulla base del Regolamento Interno della Divisione AACA, in seguito a manovra di riassetto, con la costituzione della nuova Area Servizi Specialistici per il Business, l'organizzazione prevede Strutture (non più di Staff) di Governo (*con funzione di supporto e diretto riporto al Responsabile della Divisione*) e Strutture di Linea (*con funzione di gestione operativa delle attività assegnate*):

Strutture (di Staff e) di Governo:
(Staff AACA);
(Servizio) Organizzazione e Logistica AACA;
Servizio Risorse Umane AACA;
Servizio Controlli e Verifiche AACA;
Servizio Vendor Management AACA;
Servizio Pianificazione e Controllo Costi AACA;
Servizio Service Management AACA;
Strutture Operative:
Servizio Operatività di Rete;
Servizio Incassi e Pagamenti;
Servizio Monetica;
Servizio Attività Amministrative e Credito;
Servizio Attività Aziendali e Contabili;
Servizio Attività Ausiliarie;

Servizio Attività di Assistenza.

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) ad esito di un riassetto che *"si pone l'obiettivo di razionalizzare e consolidare ulteriormente i processi amministrativi della Banca enunciando attività fra loro omogenee e a maggior contenuto di specializzazione, oltreché funzionali al presidio dei rischi operativi, concludendo, pertanto, il processo avviato in sede di costituzione della Divisione e finalizzato al complessivo miglioramento dei livelli di servizio e dell'efficienza operativa"*.

La struttura della DAACA, in base all'informativa del 15/10/2013, veniva quindi *"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 Business"*, *"ovvero troveranno allocazione presso altre funzioni della Capogruppo"* (p. 3 del documento).

Non venivano previste variazioni sulla attuale numerazione delle matricole delle risorse che sarebbero confluite nella struttura DAACA.

Salvo casi particolari e per alcune caselle di posta specifiche non erano previste variazioni per la gestione delle attuali caselle di posta elettronica.

Ai lavoratori interessati venivano inviate le comunicazioni della cessazione del distacco presso il Consorzio, operativa dal 4/3/2013, con assegnazione al relativo Servizio della Divisione Attività Amministrative Contabili e Ausiliarie della Banca, ad esito di *"accentramento"* delle predette attività.

*

§ 1.2 (La vicenda economico-giuridica dell'operazione industriale di riduzione degli organici del Gruppo): la successiva societarizzazione ed esternalizzazione: costituzione della NewCo Fruendo srl, cessionario del secondo trasferimento di ramo di azienda.

Con scrittura privata 28/10/2013, la Banca Monte dei Paschi di Siena spa, intendendo procedere *"alla esternalizzazione di alcuni servizi ausiliari, contabili ed amministrativi attualmente svolti in favore delle società del Gruppo Bancario Monte dei Paschi di Siena (i "Servizi di Back Office") dal ramo di azienda di BMPS avente ad oggetto lo svolgimento dei predetti servizi"* (premessa), delinea l'*"Operazione"* con Accenture spa e Basilichi spa, con previsione della costituzione di una NewCo, con partecipazione di maggioranza

Bassilichi, fermo restando che *"complessivamente verranno resi a BMPS sostanzialmente i medesimi servizi attualmente svolti dal Ramo d'Azienda"*.

Le tempistiche erano così scandite tra le parti:

entro il 20/10/2013: comunicazione a Banca d'Italia da parte di BMPS;

entro il 20/11/2013: costituzione della NewCo da parte di Accenture e Bassilichi;

entro il 28/11/2013: sottoscrizione preliminare di cessione e sottoscrizione dei Master Service Agreements e dei contratti di servizio;

entro il 29/11/2013: eventuale richiesta di approvazione dell'Operazione da parte dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato;

entro il 31/12/2013, conclusione dell'Operazione.

Fruendo srl, costituita il 21/11/2013, attiva dal 27/11/2013, nasce operativamente l'1/1/2014, dichiaratamente a seguito dell'intesa che Bassilichi ed Accenture hanno sottoscritto con Banca Monte dei Paschi di Siena per erogare alla Banca servizi amministrativi, contabili ed ausiliari, ma anche con l'obiettivo di *"afferinarsi come player di riferimento nel mercato del BPO"*, rappresentando le professionalità acquisite con il ramo di azienda DAACA del Gruppo MPS il *"driver"* per diventare *"il principale operatore di Back Office sul mercato"* per banche, compagnie assicurative, aziende ed enti della Pubblica Amministrazione.

La Società è partecipata al 60% da Bassilichi e al 40% da Accenture e ha sedi a Firenze, Siena, Roma, Lecce, Mantova, Padova e Abbiategrasso.

Il 29/11/2013, la Banca ha inviato alle organizzazioni sindacali comunicazione ex art. 47 l. 1990/n. 428 e s.m.i. informando della decisione di trasferire a Fruendo srl, società neocostituita da Bassilichi spa e Accenture Insurance Services spa, il ramo di azienda Divisione AACA, che avrebbe quindi fornito alla Banca i relativi servizi.

La nuova società, Fruendo, coniugando le competenze dei due *JV partners* sarebbe stata in grado di migliorare la qualità dei servizi, di ridurre il costo, valorizzando al meglio le capacità delle risorse impegnate.

Il ramo ceduto avrebbe ricompreso i processi ed attività di carattere amministrativo, contabile e ausiliario riconducibili alle seguenti unità divisionali:

strutture di governo (37 unità di personale): Vendor Management; Organizzazione e Logistica; Pianificazione e Controllo Costi; Risorse Umane; Service Management; Controlli e Verifiche;

strutture di linea (1029 unità): Attività di Assistenza; Operatività di Rete; Attività Amministrative e Credito; Incassi e Pagamenti; Monetica; Attività Ausiliarie; Attività Aziendali e Contabili.

Il trasferimento del ramo avrebbe interessato in totale 1066 dipendenti (distribuiti tra le piazze di Abbiategrasso (65), Firenze (152), Lecce (181), Mantova (137), Padova (98), Roma (181) e Siena (252), appartenenti alle

categorie Aree Professionali (777), Quadri Direttivi di livello 1°, 2°, 3° e 4° (282) e Dirigenti (7).

La decorrenza degli effetti del trasferimento, anche ex art. 2112 c.c., era stabilita, e sarebbe stata in effetti attuata, all'1/1/2014.

Il 21/12/2013, è stato sottoscritto un accordo tra Banca Monte dei Paschi di Siena spa e Fruendo srl e organizzazioni sindacali, che confermava l'oggetto del trasferimento del ramo di azienda correlato alle attività ACA, interessante in totale 1066 dipendenti appartenenti alle categorie Aree Professionali (777), Quadri Direttivi di livello 1°, 2°, 3° e 4° (282) e Dirigenti (7).

Il 30/12/2013, tra la Banca Monte dei Paschi di Siena spa e Fruendo srl è stato stipulato il contratto di cessione di ramo di azienda, costituito dal complesso di beni organizzati per la prestazione dei servizi di Back Office (ACA) a favore, "in prevalenza", della società del Gruppo MPS, meglio individuato al § 3.2 del contratto e comprendente:

A) attività:

immobilizzazioni impianti e macchinari (all. A), l'elencazione comprende 7 carrelli, 3 contacedole, 1 bicicletta, 1 taglierina, 1 reggiatrice, 1 reggettatrice, 1 strapperina

4 autovetture e 1 ciclomotore (all. B)

per un valore (all. C) di € 103.112

risconti attivi relativi ai contratti trasferiti (all. E, C)

cassa (debito maturato per TFR, all. C)

cassa (debito maturato per ferie, permessi etc. all. C)

cassa (di importo tale da pareggiare le Attività trasferite alle Passività trasferite, cessione a c.d. "saldi pareggiati");

B) passività:

ratei passivi relativi ai contratti trasferiti (all. E, C);

debito nei confronti dei dipendenti (quota TFR)(all.C);

debito nei confronti dei dipendenti (ferie, permessi etc.)(all.C);

eventuali ratei di 13ma o altro.

Rapporti giuridici trasferiti:

rapporti di lavoro (all. D, pari a 1064);

altri rapporti contrattuali correlati al ramo di azienda (all. E)(noleggio di autovetture, fornitura di servizi di lavorazione e altro, locazione di immobile, fornitura di servizi di portierato);

banche dati;

autorizzazioni (all. F).

copia documenti (libri e scritture contabili relativi al ramo e ogni altra documentazione necessaria per la gestione, dei rapporti di lavoro in specie).

Vi sono, poi, attività, passività e rapporti giuridici esclusi dal ramo di azienda:

segni distintivi riferibili a MPS;

rapporti giuridici:
 contratti personali (con esemplificazione);
 contratti di consulenza;
 rapporti di lavoro non compresi nell'elenco all. D).

Si tratta, dunque di un complesso di fattori in parte provenienti dall'originario COG, in parte da altrove, confluito nella Divisione AACCA, dalla quale erano stati scorporati, nel mese di ottobre precedente, i Servizi Finanza e Supporto alla Rete e le relative risorse.

*

§ 1.3 (La vicenda economico-giuridica dell'operazione industriale di riduzione degli organici del Gruppo): il rapporto commerciale di fornitura dei Servizi correlato all'operazione di cessione.

Contestualmente alla sottoscrizione dei rispettivi Master Service Agreement, BMPS stipula due "diversi ed autonomi" contratti di servizi: l'uno con Fruendo srl, l'altro con Accenture.

Il 29/11/2013 viene sottoscritto il Master Service Agreement (MSA), l'accordo quadro tra la neo costituita Fruendo srl e la Banca Monte dei Paschi di Siena spa per la Fornitura dei Servizi, specificati nell'Allegato D (Servizi in Ambito).

L'Allegato descrive l'ambito, i contenuti e i volumi oggetto di attività del Master Service Agreement per il progetto di societizzazione.

I Servizi sono organizzati in aree operative:

Assistenza Filiali (p. 5);
 Gestione Assegni (pp. 5-6);
 Gestione Bonifici (p. 7);
 Gestione Carte di Pagamento (p. 7);
 Gestione Effetti e Incassi Commerciali (p. 8);
 Gestione Flussi (p. 8);
 Indagini Bancarie (p. 9);
 Logistica (p. 9);
 Rapporti con i Corrispondenti (pp. 10-11);
 Servizi Operatività Rete Promotori Finanziari (SORPF)(pp. 12-15);
 SORPF-Amministrazione Titoli (p. 16).

I volumi di riferimento per ciascuna area e servizio (p. 17 ss.) non sono stati offerti.

Al punto 3.3 del MSA si prevede che nella prestazione dei Servizi il Fornitore "dovrà" "utilizzare gli applicativi e le infrastrutture di Information Technology messe a disposizione del COGMPS", sulla base di contestuale appalto di servizi a mezzo del quale il COGMPS si impegna a prestare alla

NewCo e alle Società del suo Gruppo *"gli applicativi, incluse le relative licenze, e le infrastrutture relative ai servizi di Information Technology (...) necessari ai fini della fornitura dei Servizi"*.

Nel § 14 dell'Allegato D (Servizi in Ambito), si conferma che per l'erogazione degli stessi *"verranno utilizzati i sistemi (ndgr: e gli applicativi) messi a disposizione da BMPS sulla base di quanto definito nel Contratto per i Servizi IT stipulato tra COGMPs e NewCo"*, e descritti nelle tabelle da p. 26 a p. 55, a p. 56 specificandosi gli orari per i Servizi.

Il § 17 contiene i dati relativi a Corrispettivi e Fatturazione (ma oscurati con omissis).

Seguono nel § 18, la disciplina dei Diritti di Proprietà Intellettuale, quindi § 18.3, la disciplina dei Materiali, § 18.4 i Dati, § 18.5 i Materiali, § 18.6 Diritti di proprietà intellettuale sui Materiali Sviluppati.

Il § 19 contempla le Verifiche del livello di soddisfazione degli Utenti dei Servizi, secondo la disciplina del § 16.3.

Al punto 20 (Conformità alla legge e Gestione dei rischi) sub 20.9 si dispone restare di spettanza di BMPS *"la gestione, verifica, determinazione delle proprie politiche contabili, di amministrazione delle proprie procedure e dei controlli interni (...) in particolare BMPS, attraverso il ricorso alla esternalizzazione, non intende delegare al Fornitore, in tutto o in parte, le proprie responsabilità, né la responsabilità degli organi aziendali, ferma la responsabilità del Fornitore per l'esatta esecuzione delle obbligazioni previste nel MSA (...). Le parti danno altresì atto che non sono oggetto di esternalizzazione le funzioni di controllo"*.

Il § 27, dedicato al Recesso, Risoluzione del MSA e relative conseguenze, è stato oscurato nella produzione.

Il § 28 disciplina la Limitazione di responsabilità del Fornitore.

L'Allegato 3.3 descrive, poi, il Modello Operativo ovvero i processi, i meccanismi di funzionamento e gli organismi di coordinamento che saranno utilizzati dalle parti per la gestione del Master Service Agreement.

*

Il 29/11/2013 stesso viene sottoscritto il Master Service Agreement (MSA), un distinto accordo quadro tra Accenture Insurance Services spa e la Banca Monte dei Paschi di Siena spa per la Fornitura dei Servizi, specificati nell'Allegato D (Servizi in Ambito).

L'Allegato descrive l'ambito, i contenuti e i volumi oggetto di attività del Master Service Agreement per il progetto di societizzazione.

I Servizi sono organizzati in tre aree operative (p. 3):

Operatività di Rete;

Credito Accentrato Banche e Rete;

Amministrazione e Contabilità.

La prima, Operatività di Rete si articola in:

Gestione Bonifici (p. 4);

Gestione Anticipo Fatture (pp. 4-5);

Gestione Assegni Circolari (p. 5);

Gestione Deleghe Tributi (p. 5);

Gestione Portafoglio effetti e documenti (pp. 5-6);

Altri Servizi Operatività di Rete (pp. 6-7).

La seconda area, Credito Accentrato Banche e Rete, si articola in:

Gestione Garanzie (p. 7);

Altri Servizi Credito Accentrato (pp. 7-8).

La terza area, Amministrazione e Contabilità, si articola in:

Ciclo Passivo (pp. 8-9);

Utenze e Tasse (p. 9).

Analogamente al punto 3.3 del distinto MSA si prevede che nella prestazione dei Servizi il Fornitore *"dovrà"* *"utilizzare gli applicativi e le infrastrutture di Information Technology messe a disposizione del COGMPS"*, sulla base di contestuale appalto di servizi a mezzo del quale il COGMPS si impegna a prestare alla NewCo, come al Fornitore che alle Società del suo Gruppo *"gli applicativi, incluse le relative licenze, e le infrastrutture relative ai servizi di Information Technology (...) necessari ai fini della fornitura dei Servizi"*.

Accenture, nei primi tre anni di servizio, avrebbe effettuato una serie di interventi di revisione dei processi e di redistribuzione delle lavorazioni tra i *"Poli di back-office oggetto dell'operazione"*, accentrando le attività insistenti sugli stessi ambiti, migliorando l'efficienza e riducendo costi/rischi (§ 5, p. 9 ss.).

Le competenze di consulenza di Accenture sono infatti valorizzate nel Modello Operativo, § 4.2 al fine di identificare gli interventi di continuo miglioramento e efficientamento dei processi.

I volumi di riferimento per ciascuna area e servizio (p. 10 ss.) non sono stati offerti.

Anche in questo caso il § 17 contenente i dati relativi a Corrispettivi e Fatturazione è stato oscurato con omissis.

Analogamente, il § 27, dedicato al Recesso, Risoluzione del MSA e relative conseguenze.

Nel § 7, p. 15 ss. si prevede che per l'erogazione dei Servizi in ambito verranno utilizzati sia strumenti di proprietà Accenture, definiti nel § 7.1 (BPO

Navigator, ATCAT, Fusion) con omissis, strumenti messi a disposizione che "saranno personalizzati in base alle esigenze di Servizio di BMPS".

Nel § 7.2 sono specificati gli applicativi BMPS utilizzati per i singoli Servizi, ma nella produzione offerta si specifica soltanto il nome del singolo Processo, non applicazioni e sistemi a supporto.

Anche in questo caso l'Allegato 3.3 descrive, poi, il Modello Operativo ovvero i processi, i meccanismi di funzionamento e gli organismi di coordinamento che saranno utilizzati dalle parti per la gestione del Master Service Agreement.

*

L'operazione si completa, infine, con la sottoscrizione di un ulteriore contratto il 30/12/2013 tra Accenture Insurance Services spa e Fruendo srl, per la prestazione di Servizi da Fruendo ad Accenture.

Datosi atto (3.1) che Fruendo srl è articolata in due Unità Organizzative, in particolare nell'Unità FLAFC, si prevede (punto 3.2) che Fruendo presterà ad Accenture taluni servizi, lavorazioni di base, individuati nelle medesime aree operative: Operatività di Rete; Credito Accentrato Banche e Rete; Amministrazione e Contabilità (secondo la medesima articolazione sopra descritta).

L'Allegato 1 specifica come sopra i Servizi in Ambito.

Il contratto è dunque finalizzato alla prestazione da parte di Fruendo ad Accenture di determinati servizi, limitatamente alle "lavorazioni di base", che, "arricchiti" da Accenture, in forza delle proprie specifiche competenze, verranno prestati da Accenture a BMPS.

Anche in questo caso i dati relativi ai corrispettivi e alla fatturazione (§ 11) non sono stati esibiti.

*

§ 2. Il diritto nazionale.

L'art. 2112, co. 1 e 5, c.c., come modificato dall'art. 32 d.lgs. 2003, n. 276, recante attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla l. 2003, n. 30 (Supplemento ordinario alla GURI n. 235, del 9/10/2003) in vigore all'epoca del fatto, dispone quanto segue:

«1. In caso di trasferimento d'azienda, il rapporto di lavoro continua con il cessionario (...).

5. Ai fini e per gli effetti di cui al presente articolo, si intende per trasferimento d'azienda qualsiasi operazione che, in seguito a cessione contrattuale o fusione, comporti il mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità a

prescindere dalla tipologia negoziale o dal provvedimento sulla base del quale il trasferimento è attuato ivi compresi l'usufrutto o l'affitto di azienda. Le disposizioni del presente articolo si applicano altresì - dispone la seconda parte del co. 5, più specificamente attinente al caso concreto - al trasferimento di parte dell'azienda, intesa come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento».

L'ultima parte della disposizione stabiliva, nel testo antecedente al citato decreto legislativo, quanto segue:

«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».

Sull'impianto, dunque, di un precedente assetto normativo, in cui la preesistenza dell'autonomia funzionale era espressamente richiesta dal legislatore (d.lgs. 2001/n. 18), la riforma attuata con il d.lgs. 2003/n. 276 apparve voler espungere il requisito dalla nozione legale, prevedendosi soltanto che la "articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata" fosse ora "identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento".

Tuttavia, vedremo nei §§ immediatamente seguenti, quale sia stato l'immutato accento e pensiero della Corte di Giustizia nel tempo, quindi la corretta lettura ad opera della giurisprudenza nazionale di legittimità, pervenuta ad interpretare la normativa riformata nel senso, possiamo anticipare, di un'ineliminabile persistenza del requisito nella sostanza, pur a fronte della mancata riproduzione nella nuova formulazione della norma del requisito della preesistenza.

Del resto non aveva mancato di rilevare parte della dottrina una assoluta inconciliabilità dell'intervento estensivo del legislatore italiano con il disposto della Direttiva 23/2001/CE, art. 1, n. 1, lett. b)(§ seguente).

Sul piano sistematico, inoltre, si è anche segnalata la previsione dell'art. 32, co. 4, lett. c), l. 2010/n. 183, che nell'estendere uno stretto termine decadenziale per l'impugnazione stragiudiziale anche "alla cessione del contratto di lavoro avvenuta ai sensi dell'art. 2112 c.c. con termine decorrente dalla data del trasferimento", presuppone più coerentemente una realtà aziendale, integrale o parziale, preesistente ed operante al momento della cessione e non meramente disegnata e potenziale.

Quasi superfluo ricordare, che ove non sussista un trasferimento di azienda o di parte di essa ai sensi dell'articolo 2112, co. 5, c.c., vale a dire una vicenda economica che obiettivamente giustifichi la continuazione automatica del rapporto alle dipendenze del cessionario, la cessione di contratti di lavoro

da parte del datore ricade sotto la verifica consensualistica dell'art. 1406 c.c. In base a tale norma, anche la cessione del contratto di lavoro esige il consenso del lavoratore ceduto, sulla base di un principio generale dell'ordinamento in materia di successione contrattuale (v. oltre più ampiamente). Fermamente deve essere qui ribadita l'esigenza di rispetto della libertà negoziale del lavoratore, del diritto di opposizione, in un rapporto contrattuale che investe direttamente e pienamente la sua persona e al quale non può essere imposto un soggetto imprenditoriale mai scelto, se non in forza di una oggettività fenomenica economico-giuridica (e sempre con salvezza della libera facoltà di recesso ex art. 2118 c.c., come ex art. 2112, co. 4, 2119 c.c.).

Solo il mantenimento della identità, della unitarietà e continuità della organizzazione produttiva aziendale, funzionalmente autonoma, per un fine di conservazione del valore anche sociale dell'impresa, giustifica la predetta costrizione con temperamenti della libertà negoziale, come la disciplina della successione nei contratti ex art. 2558 c.c. ad opera dell'acquirente dell'azienda, e al contempo presuppone logicamente la preesistenza dell'oggetto trasferito.

*

§ 3. Il diritto dell'Unione e la giurisprudenza della Corte di Giustizia. § 3.1. Le implicazioni della sent. 6/3/2014, C. 458-12, Amatori e il principio consensualistico nella giurisprudenza comunitaria.

La normativa è rappresentata in materia dalla direttiva del Consiglio 14 febbraio 1977, 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 (GU L 61, pag. 26);

dalla 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 trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti (GU L 82, pag. 16);

dai principi generali (che trovano enunciazione soprattutto nella giurisprudenza della Corte di Giustizia).

L'art. 1, n. 1, della direttiva 77/187 disponeva, nella sua versione iniziale:

«La presente direttiva si applica ai trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti ad un nuovo imprenditore in seguito a cessione contrattuale o a fusione».

Ai sensi dell'art. 2 di tale direttiva, si intendeva per «cedente» ogni persona fisica o giuridica che, in conseguenza di un trasferimento a norma dell'art. 1, n. 1, di detta direttiva, perde la veste di imprenditore, e per

«cessionario» ogni persona fisica o giuridica che, in conseguenza di un trasferimento del genere, acquisisce la veste di imprenditore.

L'art. 3, nn. 1 e 2, della direttiva 77/187:

«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 ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, sono, in conseguenza di tale trasferimento, trasferiti al cessionario (...).

2. Dopo il trasferimento ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, 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».

L'art. 4 della direttiva 77/187:

«1. Il trasferimento di un'impresa, di uno stabilimento o di una parte 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 (...).

2. Se il contratto di lavoro o il rapporto di lavoro è rescisso in quanto il trasferimento ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, comporta a scapito del lavoratore una sostanziale modifica delle condizioni di lavoro, la rescissione del contratto di lavoro o del rapporto di lavoro è considerata come dovuta alla responsabilità del datore di lavoro».

In seguito all'entrata in vigore della direttiva del Consiglio 29 giugno 1998, 98/50/CE, che modifica la direttiva 77/187 (GU L 201, pag. 88), il cui termine di recepimento scadeva, per gli Stati membri, il 17 luglio 2001, l'art. 1, n. 1, della direttiva 77/187 risultava così redatto:

«a) La presente 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 a fusione.

b) Fatta salva la lettera a) e le disposizioni seguenti del presente articolo, è considerato come trasferimento ai sensi della presente direttiva quello di 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.

c) La presente direttiva si applica alle imprese pubbliche o private che esercitano un'attività economica, che perseguono o meno uno scopo di lucro. Una riorganizzazione amministrativa di enti amministrativi pubblici o il trasferimento di funzioni amministrative tra enti amministrativi pubblici non costituisce trasferimento ai sensi della presente direttiva».

La direttiva 2001/23 ha abrogato e sostituito la direttiva 77/187/CEE del Consiglio, del 14 febbraio 1977, come modificata dalla direttiva 98/50/CE del Consiglio, del 29 giugno 1998.

Il considerando 3 della direttiva 2001/23 così si esprime:

«Occorre adottare le disposizioni necessarie per proteggere i lavoratori in caso di cambiamento di imprenditore, in particolare per assicurare il mantenimento dei loro diritti».

“(…) il (…) considerando evidenzia il rischio rappresentato, per il mantenimento dei diritti dei lavoratori, dalla situazione di subentro di un nuovo imprenditore, nonché la necessità di tutelare i lavoratori dinanzi a tale rischio mediante l’adozione di opportune disposizioni” (punto 38, sent. Amatori, C-458/12, 6/3/2014).

“(…) la direttiva (…) è intesa soltanto ad un’armonizzazione parziale della materia in oggetto, e non mira ad instaurare un livello di tutela uniforme per tutta l’Unione secondo criteri comuni, bensì a garantire che il lavoratore interessato sia tutelato, nei suoi rapporti con il cessionario, allo stesso modo in cui lo era nei suoi rapporti con il cedente, in forza delle norme giuridiche dello Stato membro interessato (v., in tal senso, sentenze del 12 novembre 1992, Watson Rask e Christensen, C-209/91, Racc. pag. I-5755, punto 27, nonché del 6 novembre 2003, Martin e a. C-4/01, Racc. pag. I-12859, punto 41)(punto 41, sent. Amatori, C-458/12, 6/3/2014)”.

Il tenore letterale dell’art. 1, n. 1, della direttiva 2001/23 corrisponde a quello dell’art. 1, n. 1, della direttiva 77/187, come modificata dalla direttiva 98/50. Le definizioni delle nozioni di «cedente» e di «cessionario» di cui alla direttiva 2001/23 sono sostanzialmente identiche a quelle di cui all’art. 2 della direttiva 77/187.

Quanto all’art. 3 della direttiva 2001/23, i nn. 1 e 3 del medesimo corrispondono sostanzialmente ai nn. 1 e 2 dell’art. 3 della direttiva 77/187. Quanto all’art. 4 della direttiva 2001/23, esso corrisponde all’art. 4 della direttiva 77/187.

L’articolo 3, paragrafo 1, primo comma, della direttiva 2001/23 stabilisce:

«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».

Distinguendosi, quindi, tra identità conservanda della entità economica, intesa come insieme di mezzi organizzati al fine di svolgere un’attività economica, sia essa essenziale o accessoria, ed autonomia:

l’art. 6, paragrafo 1, primo e quarto comma, della medesima direttiva è così formulato:

«Qualora l’impresa, lo stabilimento o [la] parte di un’impresa o di uno stabilimento conservi la propria autonomia, [verranno mantenuti] lo status e la funzione dei rappresentanti o della rappresentanza dei lavoratori interessati

dal trasferimento, secondo le stesse modalità e alle stesse condizioni esistenti prima della data del trasferimento, previsti dalle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative o da accordi, a patto che siano soddisfatte le condizioni necessarie per la costituzione della rappresentanza dei lavoratori.

Qualora l'impresa, lo stabilimento o la parte di un'impresa o di uno stabilimento non conservi la propria autonomia, gli Stati membri adotteranno i provvedimenti necessari per garantire che i lavoratori trasferiti, che erano rappresentati prima del trasferimento, continuino ad essere adeguatamente rappresentati per il periodo necessario a provvedere ad una nuova costituzione o designazione della rappresentanza dei lavoratori, conformemente alla legislazione o alla prassi nazionale».

L'art. 8 della direttiva 2001/23 così, poi, dispone:

«La presente direttiva non pregiudica la facoltà degli Stati membri di applicare o di introdurre disposizioni legislative, regolamentari o amministrative più favorevoli ai lavoratori o di incoraggiare o consentire l'applicazione di accordi collettivi o di accordi tra le parti sociali più favorevoli ai lavoratori».

Il trasferimento, nella accezione comunitaria finalmente data, può dunque riguardare *«imprese, stabilimenti o parti di imprese o di stabilimenti, ad un nuovo imprenditore in seguito a cessione contrattuale o a fusione»*.

E' considerato trasferimento *«quello di 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»*, pur potendosi ad esito del trasferimento conservare, o non conservare, l'autonomia della entità-identità economica trasferita.

Quanto alle nozioni di impresa, e di attività economica, *«la nozione di «impresa», ai sensi dell'art. 1, n. 1, della direttiva 77/187, comprende 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 autonoma* (sentenze 10 dicembre 1998, cause riunite C-127/96, causa C-229/96 e C-74/97, Hernández Vidal e a., Racc. pag. I-8179, punti 26 e 27; 26 settembre 2000, causa C-175/99, Mayeur, Racc. pag. I-7755, punto 32, nonché Abler e a., cit., punto 30; v. altresì, relativamente all'art. 1, n. 1, della direttiva 2001/23, sentenze 13 settembre 2007, causa C-458/05, Jouini e a., Racc. pag. I-7301, punto 31, nonché 29 luglio 2010, causa C-151/09, UGT-FSP, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 26).

La nozione di «attività economica», presente nella definizione ricordata nel punto precedente, comprende qualsiasi attività consistente nell'offerta di beni o servizi su un determinato mercato (sentenze 25 ottobre 2001, causa C-475/99, Ambulanz Glöckner, Racc. pag. I-8089, punto 19; 24 ottobre 2002,

causa C-82/01 P, Aéroports de Paris/Commissione, Racc. pag. I-9297, punto 79, nonché 10 gennaio 2006, causa C-222/04, Cassa di Risparmio di Firenze e a., Racc. pag. I-289, punto 108) (punti 42 e 43, sentenza del 6 settembre 2011, Scattolon, C-108/10).

“Secondo una consolidata giurisprudenza, per stabilire se sussista un «trasferimento» dell’impresa, ai sensi dell’articolo 1, paragrafo 1, della direttiva 2001/23, il criterio decisivo è quello di accertare se l’entità in questione conservi la propria identità dopo essere stata rilevata dal nuovo datore di lavoro (v. in tal senso, in particolare, sentenza del 6 settembre 2011, Scattolon, C-108/10, Racc. pag. I-7491, punto 60 e la giurisprudenza ivi citata”: sentenze 18 marzo 1986, causa 24/85, Spijkers, Racc. pag. 1119, punti 11 e 12, nonché UGT-FSP, cit., punto 22)(punto 30, sent. Amatori, C-458/12, 6/3/2014).

“Tale trasferimento deve riguardare un’entità economica organizzata in modo stabile, la cui attività non si limiti all’esecuzione di un’opera determinata. Costituisce un’entità siffatta qualsiasi complesso organizzato di persone e di elementi, il quale consenta l’esercizio di un’attività economica che sia finalizzata al perseguimento di uno specifico obiettivo e sia sufficientemente strutturata ed autonoma (v. sentenze del 10 dicembre 1998, Hernández Vidal e a., C-127/96, C-229/96 e C-74/97, Racc. pag. I-8179, punti 26 e 27; del 13 settembre 2007, Jouini e a., C-458/05, Racc. pag. I-7301, punto 31, nonché Scattolon, cit., punto 42)“(punto 31, sent. Amatori, C-458/12, 6/3/2014).

“Ne consegue che, ai fini dell’applicazione di detta direttiva, l’entità economica in questione 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 (sentenza Scattolon, cit., punto 51 e la giurisprudenza ivi citata”: “(v., a questo proposito, la citata sentenza UGT-FSP, punti 42 e 43). Benché, effettivamente, il ricorrere di un’entità sufficientemente autonoma non venga meno per via della circostanza che il datore di lavoro impone a tale gruppo di lavoratori obblighi precisi ed esercita pertanto un’ampia influenza sulle attività del medesimo, occorre nondimeno che il gruppo in parola disponga di una certa libertà nell’organizzare ed eseguire i compiti affidatigli (v., in tal senso, sentenza Hidalgo e a., cit., punto 27)“(sent. Scattolon, cit. punto 51).

“Pertanto, qualora risultasse, nel procedimento principale, 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” (punto 35, sent. Amatori, C-458/12, 6/3/2014).

Conclude la sua argomentazione la sent. Amatori, C-458/12, 6/3/2014, nel senso che "occorre rispondere alla prima questione sollevata – cioè, se l'articolo 1, paragrafo 1, lettere a) e b), della direttiva 2001/23 debba essere interpretato nel senso che 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 - dichiarando che l'articolo 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" (punto 42, sent. Amatori, C-458/12, 6/3/2014).

Affrontando, poi la seconda questione pregiudiziale sottopostale, "se l'articolo 1, paragrafo 1, lettere a) e b), della direttiva 2001/23 debba essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, la quale consenta la successione del cessionario al cedente nei rapporti di lavoro nell'ipotesi in cui, dopo il trasferimento della parte di impresa considerata, tale cedente eserciti un intenso potere di supremazia nei confronti del cessionario", la Corte di Giustizia, nella sent. Amatori, C-458/12, 6/3/2014, premette che "non risulta da alcuna disposizione della direttiva 2001/23 che il legislatore dell'Unione abbia voluto che l'indipendenza del cessionario nei confronti del cedente costituisca un presupposto per l'applicazione della direttiva stessa" (punto 47).

"Una situazione come quella oggetto del procedimento principale, in cui l'impresa cedente esercita nei confronti del cessionario un intenso potere di supremazia, che si manifesta attraverso uno stretto vincolo di committenza ed una commistione del rischio di impresa, non può costituire, di per sé, un ostacolo all'applicazione della direttiva 2001/23" (punto 50, sent. Amatori, C-458/12, 6/3/2014).

Conclude la sua argomentazione sent. Amatori, C-458/12, 6/3/2014, nel senso che "occorre rispondere alla seconda questione sollevata dichiarando che l'articolo 1, paragrafo 1, lettere a) e b), della direttiva 2001/23 deve essere interpretato nel senso che non osta a una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, la quale consenta la successione del cessionario al cedente nei rapporti di lavoro nell'ipotesi in cui, dopo il trasferimento della parte di impresa considerata, tale cedente eserciti un intenso potere di supremazia nei confronti del cessionario" (punto 52, sent. Amatori, C-458/12, 6/3/2014).

*

§ 3.1 (Il diritto dell'Unione e la giurisprudenza della Corte di Giustizia): le implicazioni della sent. 6/3/2014, C. 458-12, Amatori e il principio consensualistico nella giurisprudenza comunitaria.

Quella che è stata definita una "*apparente contraddizione*" tra le diverse affermazioni della Corte già è stata superata dalla giurisprudenza nazionale di legittimità (v. il successivo § 4).

Sebbene una pronuncia di simile tenore abbia dischiuso, invero, notevoli problematiche interpretative, la CGUE, si è da subito rilevato, orientata essenzialmente ad assicurare ai lavoratori misure di protezione e di conservazione dei diritti e ispirata dalla finalità di estensione della tutela dei lavoratori in qualsiasi caso di cambiamento dell'imprenditore, anche tipicamente, quindi, nell'ambito di operazioni infragruppo, non ha posto e non pone mai in discussione, anzi riafferma con rigore nel fenomeno del trasferimento di impresa la necessaria nozione di autonomia organizzativo-funzionale, di identità, di sua conservazione, quindi di sua preesistenza (ad es. punti 30, 34 e 35 sent. 6/3/2014, C-458/12, Amatori), con argomentazione che si atterrebbe a mero orpello se si fosse inteso "*sdoganare*" da qualsiasi vincolo le vicende traslative in questione, dare "*una sorta di patente di legittimità per l'estensione dell'obbligo del lavoratore di passare alle dipendenze dell'impresa cessionaria al seguito dei beni aziendali ceduti anche laddove questi ultimi non costituiscano un'azienda o un ramo aziendale 'preesistente', non siano cioè autonomi sul piano organizzativo e funzionale già prima del momento della cessione*".

Non considera, o non ha potuto considerare la Corte nel proprio ambito di competenza - in un contesto nazionale dove un apparato normativo di tutela e garanzia dei lavoratori rischia, sotto l'usbergo della temporaneamente immutata garanzia dei diritti dei lavoratori, dietro l'angolo, la trasformazione in attentato alla affidabilità occupazionale, alla effettività del mantenimento nel tempo delle condizioni di lavoro godute presso l'impresa cedente - che siano i lavoratori stessi a rifiutare il fenomeno traslativo-successorio in violazione di un principio generale dell'ordinamento, quale il principio consensualistico, in ogni caso un diritto fondamentale del lavoratore.

Su di esso, v. ad es. CdG, sent. Temco, C-51/00, 24/1/2002, punti 34 ss.:

"34. Con la seconda questione il giudice nazionale chiede in sostanza se l'art. 3, n. 1, della direttiva, debba essere interpretato nel senso che non si oppone a che il contratto o il rapporto di lavoro di un lavoratore alle dipendenze del cedente alla data del trasferimento d'impresa, ai sensi dell'art. 1, n. 1, della direttiva, continui con il cedente.

35. L'art. 3, n. 1, della direttiva sancisce il principio del trasferimento automatico al cessionario dei diritti ed obblighi che risultano per il cedente dai contratti di lavoro esistenti alla data del trasferimento dell'impresa. La regola che risulta da queste disposizioni, secondo cui il trasferimento avviene senza il

consenso delle parti in causa, è imperativa; non è consentito derogarvi in senso sfavorevole ai lavoratori. Di conseguenza, l'attuazione dei diritti conferiti ai lavoratori dalla direttiva non può venir subordinata al consenso né del cedente o del cessionario, né dei rappresentanti dei lavoratori, né dei lavoratori stessi (sentenza 25 luglio 1991, causa C-362/89, D'Urso e a., Racc. pag. I-4105, punto 11).

36. Tuttavia, benché il trasferimento del contratto di lavoro s'imponga sia per il datore di lavoro sia per il lavoratore, la Corte ha ammesso la facoltà per quest'ultimo di rifiutare che il suo contratto di lavoro sia trasferito al cessionario (v., in particolare, sentenza 16 dicembre 1992, cause riunite C-132/91, C-138/91, C-139/91, Katsikas e a., Racc. pag. I-6577, punti 31-33). In questo caso, la situazione del lavoratore dipende dalla normativa di ogni Stato membro: o il contratto può essere considerato risolto, nell'impresa cedente, su domanda del datore di lavoro o su domanda del dipendente, o il contratto può continuare con tale impresa (v., in particolare, sentenza Katsikas e a., citata, punto 36).

37. Occorre quindi risolvere la seconda questione pregiudiziale dichiarando che l'art. 3, n. 1, della direttiva dev'essere interpretato nel senso che non si oppone a che il contratto o il rapporto di lavoro di un lavoratore alle dipendenze del cedente alla data del trasferimento dell'impresa, ai sensi dell'art. 1, n. 1, della direttiva, continui con il cedente, allorché detto lavoratore si oppone al trasferimento al cessionario del suo contratto o del suo rapporto di lavoro".

Già in precedenza, CdG sent. Merckx e Neuhuys, nei procedimenti riuniti C-171/94 e C-172/94, del 7/3/1996, punto 34 s.:

"34. Risulta inoltre dalla sentenza 16 dicembre 1992, cause riunite C-132/91, C-138/91 e C-139/91, Katsikas e a. (Racc. pag. I-6577, punti 31 e 32), che la direttiva, anche se consente al lavoratore di rimanere alle dipendenze del nuovo datore di lavoro alle stesse condizioni di quelle pattuite con il cedente, non può essere interpretata nel senso che essa obbliga il lavoratore a proseguire il rapporto di lavoro col cessionario. Un obbligo del genere comprometterebbe i diritti fondamentali del lavoratore, il quale dev'essere libero di scegliere il suo datore di lavoro e non può essere obbligato a lavorare per un datore di lavoro che non ha liberamente scelto.

35. Ne consegue che, qualora il lavoratore decida liberamente di non proseguire il contratto o il rapporto di lavoro col cessionario, spetta agli Stati membri stabilire la disciplina riservata al contratto o al rapporto di lavoro. Gli Stati membri possono, in particolare, disporre che in tal caso il contratto o il rapporto di lavoro va considerato rescisso, su domanda del dipendente o su domanda del datore di lavoro.

Essi possono anche disporre che il contratto o il rapporto di lavoro continua col cedente (citata sentenza Katsikas, punti 35 e 36)".

Meno incisivamente, e problematicamente, in precedenza ancora, CdG, sent. Berg, nelle cause riunite 144 e 145/87, Berg e Besselsen, Busschers e Besselsen, 5/5/1988, punti. 11 ss.:

"11. Dall'analisi dell'art. 3, n. 1, e, in particolare, dal confronto fra il comma 1 e 2, emerge che il trasferimento dell'impresa comporta il trasferimento, ipso iure, dal cedente al cessionario, delle obbligazioni derivanti per il datore di lavoro dal contratto o dal rapporto di lavoro, salva restando, tuttavia, la facoltà degli Stati membri di disporre che il cedente e il cessionario sono responsabili in solido dopo il trasferimento. Di conseguenza, a meno che gli Stati membri non si avvalgano di detta facoltà, il cedente è liberato dalle sue obbligazioni di datore di lavoro per il solo fatto del trasferimento e questo effetto giuridico non è subordinato all'assenso dei lavoratori interessati.

12 A torto il Berg e il Busschers sostengono che questa interpretazione non è conforme allo scopo perseguito dalla direttiva n. 77/187. Infatti, secondo la consolidata giurisprudenza della Corte, confermata da ultimo dalla sentenza 10 febbraio 1988 (causa 324/86, Daddy's Dance Hall, Racc. 1988, pag. 739), detta direttiva ha lo scopo di garantire la salvaguardia dei diritti dei lavoratori in caso di cambiamento dell'imprenditore, consentendo loro di rimanere alle dipendenze del nuovo imprenditore alle stesse condizioni pattuite con il cedente. Tuttavia essa non mira alla continuazione del contratto o del rapporto di lavoro con il cedente nel caso in cui i lavoratori occupati nell'impresa non intendano rimanere alle dipendenze del cessionario.

13 Del pari, non si può accogliere l'argomento basato su di un principio del diritto delle obbligazioni che sarebbe generalmente ammesso negli ordinamenti giuridici degli Stati membri, in forza del quale il cambiamento del debitore può presupporre necessariamente l'assenso del creditore. Infatti, quale che sia l'importanza di detto principio, è sufficiente rilevare che le norme che si applicano in caso di trasferimento di un'impresa o di uno stabilimento ad un altro imprenditore mirano a salvaguardare, nell'interesse dei dipendenti, i rapporti di lavoro esistenti che fanno parte dell'insieme economico trasferito. Per questo motivo la direttiva contempla il trasferimento al cessionario, ipso iure, delle obbligazioni derivanti dai contratti di lavoro, scartando così il principio invocato dai ricorrenti nella causa principale.

Peraltro, conferendo agli Stati membri la facoltà di contemplare la responsabilità solidale del cedente e del cessionario dopo il trasferimento, l'art. 3, n. 1, comma 2, della direttiva n. 77/187 consente loro di conciliare la regola del trasferimento ipso iure con i principi dell'ordinamento giuridico interno.

14 La prima questione va pertanto risolta come segue: l'art. 3, n. 1, della direttiva 14 febbraio 1977, n. 77/187, dev'essere interpretato nel senso che, dopo la data del trasferimento, il cedente è liberato dalle obbligazioni derivanti dal contratto o dal rapporto di lavoro per il solo fatto del trasferimento, anche se i lavoratori occupati nell'impresa non acconsentano a tale effetto o vi si oppongono, con riserva tuttavia della facoltà degli Stati membri di contemplare la responsabilità solidale del cedente e del cessionario dopo la data del trasferimento".

Sebbene, dunque, la giurisprudenza dell'Unione riconosca ai legislatori nazionali libertà nella regolamentazione delle conseguenze relative al rifiuto del lavoratore di passare alle dipendenze del cessionario, non ci parrebbe dubbio che sia pure cautamente quella giurisprudenza una indicazione l'abbia data, nel non esitare a parlare dei "diritti fondamentali del lavoratore, il quale dev'essere libero di scegliere il suo datore di lavoro e non può essere obbligato a lavorare per un datore di lavoro che non ha liberamente scelto".

*

§ 3.2. (Il diritto dell'Unione e la giurisprudenza della Corte di Giustizia): la nozione di "ramo di attività" nella direttiva 90/434/CEE codificata nella direttiva 2009/133/CE.

Nel vigore della direttiva del Consiglio 23/7/1990, 90/434/CEE, relativa al regime fiscale comune da applicare alle fusioni, alle scissioni, ai conferimenti d'attivo ed agli scambi d'azioni concernenti società di Stati membri diversi - direttiva che instaura un regime fiscale comune per le operazioni di fusione, scissione, conferimento d'attivo e scambio d'azioni tra società di Stati membri diversi - si è precisato come ai fini dell'applicazione della direttiva si debba intendere (art. 2 lett. i) per: "ramo d'attività: il complesso degli elementi attivi e passivi di un settore di una società che costituiscono, dal punto di vista organizzativo, un'azienda indipendente, cioè un complesso capace di funzionare con i propri mezzi".

La sentenza della Corte (Quinta Sezione) del 15/1/2002, Andersen og Jensen ApS contro Skatteministeriet, C-43/00, viene ad esporre alcuni principi:

"34 A questo riguardo, si deve ricordare che l'art. 2, lett. i), della direttiva definisce la nozione di ramo d'attività come «il complesso degli elementi attivi e passivi di un settore di una società che costituiscono, dal punto di vista organizzativo, un'azienda indipendente».

35 Ne risulta che il funzionamento autonomo dell'azienda deve essere valutato in primo luogo da un punto di vista funzionale — l'attivo trasferito deve potere funzionare come un'impresa autonoma senza avere bisogno, a questo effetto, di investimenti o di conferimenti supplementari — e solamente in secondo luogo da un punto di vista finanziario.

Il fatto che una società beneficiaria di un conferimento ricorra ad un credito bancario secondo le normali condizioni di mercato non può di per sé escludere che l'azienda conferita abbia un carattere autonomo, anche qualora il credito sia garantito da azionisti della società beneficiaria del conferimento, che destinano le azioni di questa società in loro possesso a garanzia del credito accordato.

36 Tuttavia, si può anche ragionare diversamente nel caso in cui la situazione finanziaria della società beneficiaria del conferimento, presa nel suo complesso, imponga di constatare che essa molto probabilmente non potrebbe

sopravvivere con i propri mezzi. Questo può avvenire quando i redditi della società beneficiaria del conferimento appaiono insufficienti in rapporto agli interessi e agli ammortamenti dei debiti in cui è subentrata.

37 La valutazione del carattere autonomo di un'azienda deve tuttavia essere lasciata al giudice nazionale, alla luce delle circostanze particolari di ogni fattispecie.

38 Alla quarta questione si deve quindi rispondere dichiarando che spetta al giudice nazionale valutare se un conferimento d'attivo riguardi un'azienda autonoma ai sensi dell'art. 2, lett. i), della direttiva, cioè un complesso capace di funzionare con i propri mezzi, quando le future esigenze di liquidità della società beneficiaria del conferimento devono essere soddisfatte con un credito di esercizio concesso da un ente di credito che esige, in particolare, che gli azionisti della società beneficiaria del conferimento diano in garanzia un certo numero di azioni rappresentanti il capitale sociale di questa società”.

Sebbene in altro contesto, comunque attinente a vicende circolatorie, sebbene per altra finalità – impositiva, peraltro di rigore certamente non inferiore a quello dettato dall'esigenza protettiva di diritti fondamentali dei lavoratori - suggestivo e nitido appare il diritto dell'Unione e il pensiero della Corte di Giustizia in ordine alla nozione di azienda autonoma, intesa come «complesso degli elementi attivi e passivi di un settore di una società che costituiscono, dal punto di vista organizzativo, un'azienda indipendente», idonea al funzionamento autonomo come impresa, senza avere bisogno, a questo effetto, di investimenti o di conferimenti supplementari.

La direttiva 2009/133/CE del Consiglio, del 19/10/2009, relativa al regime fiscale comune da applicare alle fusioni, alle scissioni, alle scissioni parziali, ai conferimenti d'attivo ed agli scambi d'azioni concernenti società di Stati membri diversi e al trasferimento della sede sociale di una SE e di una SCE tra Stati membri, nella versione codificata resasi opportuna per ragioni di chiarezza e di razionalizzazione dalle diverse e sostanziali modificazioni subite dalla originaria direttiva nel tempo, conferma (art. 2, lett. j) doversi intendere ai fini dell'applicazione della direttiva, per «ramo d'attività», “il complesso degli elementi attivi e passivi di un settore di una società che costituiscono, dal punto di vista organizzativo, un'azienda indipendente, cioè un complesso capace di funzionare con i propri mezzi” (la direttiva è confermata dalla 2013/13/UE del Consiglio del 13/5/2013, che adegua determinate direttive in materia di fiscalità a motivo dell'adesione della Repubblica di Croazia).

*

§ 4. Coordinate dei principi posti dalla giurisprudenza di legittimità (materiali).

Intendiamo offrire nel presente paragrafo, per mera completezza documentaria, essenzialmente una panoramica delle più recenti (anno 2014) espressioni della giurisprudenza di legittimità da tenere in considerazione (che il lettore competente, e aggiornato, può direttamente oltrepassare).

Ad es. possiamo attingere da Cass. SL 2014/n. 9361 per fare il punto già articolato su alcune coordinate interpretative della materia: *"con il secondo motivo la ricorrente denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 2112 c.c. in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3.*

In particolare evidenzia che la sentenza impugnata escludeva la configurabilità di un ramo d'azienda sul presupposto che i beni oggetto di cessione erano esigui; che gli immobili nei quali operava la cessionaria non erano di proprietà di quest'ultima essendo concessi in comodato; che la Telepost spa aveva utilizzato la medesima procedura informatica per la protocollazione utilizzata da Telecom spa.

Rileva per contro la società, che ai fini della sussistenza di un ramo d'azienda ciò che rileva non è la sua consistenza patrimoniale, bensì il profilo funzionale, ovvero sia l'idoneità del ramo a svolgere un determinato servizio.

Osserva quindi, come la legge richieda esclusivamente che il ramo d'azienda sia preesistente al trasferimento e che sia provvisto di autonomia funzionale non disponendo alcunché in relazione alla entità del compendio aziendale oggetto di cessione. Ribadisce, infine che il ramo d'azienda in oggetto è stato sin dall'inizio concepito ed organizzato con quelle caratteristiche che poi ha mantenuto sino al suo trasferimento in virtù di una decisione organizzativa societaria insuscettibile di sindacato. Con il terzo motivo, lamenta vizio di insufficiente motivazione in ordine alla pretesa esiguità dei beni oggetto di trasferimento. I motivi, da esaminarsi congiuntamente per la connessione logico-giuridica che li connota, sono infondati.

*La sentenza impugnata ha fatto corretta applicazione della disposizione di riferimento, risultando coerente anche con la normativa comunitaria ed i principi costituzionali e rispettosa dei principi affermati da questa Corte di Cassazione, che, in materia di trasferimento di parte (c.d. ramo) di azienda, ha osservato come tanto la normativa comunitaria (direttive CE nn. 98/50 e 2001/23) quanto la legislazione nazionale (art. 2112 c.c., comma 5, sostituito dal D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, art. 32 applicabile al caso di specie *ratione temporis*), perseguono il fine di evitare che il trasferimento si trasformi in semplice strumento di sostituzione del datore di lavoro, in una pluralità di rapporti individuali, con altro sul quale i lavoratori possano riporre minore affidamento sul piano sia della solvibilità sia dell'attitudine a proseguire con continuità l'attività produttiva (vedi Cass. n. 22613 del 3 ottobre 2013, Cass. n. 5678 del 7 marzo 2013).*

Si è al riguardo rilevato come la citata direttiva n. 50 del 1998 richiede che il ramo d'azienda oggetto del trasferimento costituisca un'entità economica con propria identità, intesa come insieme di mezzi organizzati per un'attività economica, essenziale o accessoria, e, analogamente, l'art. 2112

c.c., comma 5, si riferisce alla "parte d'azienda, intesa come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata". Deve, quindi, trattarsi di un'entità economica organizzata in modo stabile e non destinata all'esecuzione di una sola opera (cfr. Corte di Giustizia CE, sentenza 24 gennaio 2002, C-51/00), ovvero di un'organizzazione quale legame funzionale che renda le attività dei lavoratori interagenti e capaci di tradursi in beni o servizi determinati, là dove, infine, il motivo del trasferimento ben può consistere nell'intento di superare uno stato di difficoltà economica (cfr., Cass. n. 13171 del giorno 8 giugno 2009).

Questa Corte ha dunque aderito, ed aderisce (vedi Cass. n. 21711 del 4 dicembre 2012), alla tesi secondo cui il D.Lgs. n. 276 del 2003, art. 32 (emanato a seguito della Legge Delega n. 30 del 2003 che prevedeva innanzitutto il "completo adeguamento della disciplina vigente alla normativa comunitaria"), vada interpretato alla luce di quest'ultima - che presuppone che l'oggetto del trasferimento costituisca un'entità economica con propria identità funzionalmente autonoma la quale resti conservata con il trasferimento (cfr. in particolare le direttive CE n. 98/50 e n. 23/2001).

Va inoltre rimarcato che la sentenza impugnata ha fatto corretta applicazione anche del dictum giurisprudenziale in base al quale (come affermato anche dalla Corte di Giustizia, sentenza 24 gennaio 2002, C-51100 Temco) tale trasferimento deve consentire l'esercizio di una attività economica finalizzata al perseguimento di uno specifico obiettivo, il cui accertamento presuppone la valutazione complessiva di una pluralità di elementi, tra loro in rapporto di interdipendenza in relazione al tipo di impresa, consistenti nell'eventuale trapasso di elementi materiali o immateriali e del loro valore, nell'avvenuta riassunzione in fatto della maggior parte del personale da parte della nuova impresa, dell'eventuale trasferimento della clientela, nonché del grado di analogia tra le attività esercitate prima e dopo la cessione, in ciò differenziandosi dalla cessione del contratto ex art. 1406 cod. civ., che attiene alla vicenda circulatoria del solo contratto, comportando la sola sostituzione di uno dei soggetti contraenti e necessitando, per la sua efficacia, del consenso del lavoratore ceduto (cfr. Cass. n. 6452 del 17 marzo 2009).

La Corte del merito ha, in sintesi, fondato il suo decisum sul rilievo secondo il quale il segmento ceduto era privo di autonomia organizzativa esauendosi in una entità costituita ad hoc con consistenza minima di beni strumentali nella quale è stato fatto confluire personale privo di alcuna specializzazione che ha continuato ad operare materialmente nei medesimi uffici della Telecom.

Esattamente ha quindi escluso la ravvisabilità di un ramo d'azienda oggetto di cessione, in un servizio consistente nella gestione e manutenzione di strutture informatiche privo di una struttura aziendale autonoma, non identificabile sulla base di interventi del cessionario successivi alla cessione, ed anzi esclusa dai criteri di designazione dei lavoratori trasferiti, provvisti di competenze professionali non omogenee comunque ancora interagenti con l'impresa cedente. Anche il riferimento, nella sentenza impugnata, all'esiguità dei beni materiali, oggetto di specifica censura da parte della società

ricorrente, è elemento che la Corte del merito utilizza per dedurre, in conformità alla giurisprudenza di questa Corte, che si tratta di entità costituita ad hoc per la cessione al fine l'esternalizzare articolazioni non autonome, unificate soltanto dalla volontà dell'imprenditore e non dall'inerenza del rapporto ad un ramo di azienda, che realizza una forma di espulsione di quote del personale non consentita neppure nel mutato contesto normativo. La pronuncia impugnata, collocandosi nel solco dei principi di diritto individuati dai dicta giurisprudenziali che hanno definito la materia, ed essendo sorretta da congrua ed esaustiva motivazione, è esente dalle censure formulate dalla società ricorrente. Il ricorso va pertanto respinto".

Significativa, già in questa pronuncia, la focalizzazione dell'interprete sul fine perseguito dalla legge, a fronte del fenomeno circolatorio di impresa, *"il fine di evitare che il trasferimento si trasformi in semplice strumento di sostituzione del datore di lavoro, in una pluralità di rapporti individuali, con altro sul quale i lavoratori possano riporre minore affidamento sul piano sia della solvibilità sia dell'attitudine a proseguire con continuità l'attività produttiva",* come il richiamo all'attenzione da porre a fenomeni di *"entità costituite ad hoc per la cessione al fine l'esternalizzare articolazioni non autonome, unificate soltanto dalla volontà dell'imprenditore e non dall'inerenza del rapporto ad un ramo di azienda, che realizzano una forma di espulsione di quote del personale non consentita neppure nel mutato contesto normativo",* mutato contesto da interpretare secondo i descritti lineamenti di adeguamento a fronte del diritto dell'Unione, sopra trascorso in rassegna nel § 3.

Ancora, al fine di più profondamente tracciare le linee portanti nella interpretazione della materia, Cass. SL 2014/n. 9461, solo in parte ripetitiva della pronuncia appena sopra riportata, ma assai più articolata, ricca, e fortemente incentrata sulla tematica della preesistenza: *"occorre ricordare come questa Corte ha già affermato (Cass., sentenza 4 dicembre 2012, n. 21711, 6 febbraio 2013 n. 2766), in linea con la prevalente dottrina formatasi sul punto, che in materia di trasferimento di parte (c.d. ramo) di azienda, tanto la normativa comunitaria (direttive CE nn. 98/50 e 2001/23) quanto la legislazione nazionale (art. 2112 c.c., comma 5, sostituito dal D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, art. 32) perseguono il fine di evitare che il trasferimento si trasformi in semplice strumento di sostituzione del datore di lavoro, in una pluralità di rapporti individuali, con altro sul quale i lavoratori possano riporre minore affidamento sul piano sia della solvibilità sia dell'attitudine a proseguire con continuità l'attività produttiva. La citata direttiva del 1998 richiede, pertanto, che il ramo d'azienda oggetto del trasferimento costituisca un'entità economica con propria identità, intesa come insieme di mezzi organizzati per un'attività economica, essenziale o accessoria, e, analogamente, l'art. 2112 c.c., comma 5, si riferisce alla "parte d'azienda, intesa come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata". Deve, quindi, trattarsi di un'entità economica organizzata in modo stabile e non destinata all'esecuzione di una sola opera*

(cfr. Corte di Giustizia CE, sentenza 24 gennaio 2002, C-51/00), ovvero di un'organizzazione quale legame funzionale che renda le attività dei lavoratori interagenti e capaci di tradursi in beni o servizi determinati (Cass. 8 giugno 2009 n. 13171). La Corte ha dunque aderito, ed aderisce, alla tesi che il D.Lgs. n. 276 del 2003, art. 32 (emanato a seguito della Legge Delega n. 30 del 2003, che prevedeva innanzitutto il "completo adeguamento della disciplina vigente alla normativa comunitaria"), vada innanzitutto interpretato alla luce di quest'ultima - che presuppone che l'oggetto del trasferimento costituisca un'entità economica con propria identità funzionalmente autonoma che resti conservata con il trasferimento (cfr. in particolare le direttive CE n. 98/50 e n. 23/2001; quest'ultima stabilisce, all'art. 1, lett. b: "è considerato come trasferimento ai sensi della presente direttiva quello di 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"). Ne consegue che, nonostante talune difformi opinioni basate sul dato letterale dell'assenza, nelle Direttive comunitarie, del concetto di preesistenza (pur essendo previsto quello della conservazione dell'identità), l'entità economica trasferita deve in realtà ritenersi preesistente al trasferimento, non potendo conservarsi quel che non c'è (cfr. sul punto Cass. 13 ottobre 2009 n. 21697). Il concetto di preesistenza deve poi ritenersi necessariamente riferito ad una articolazione funzionalmente autonoma dell'azienda, posto che qualunque lavorazione aziendale, per poter essere ceduta, non potrebbe che preesistere al negozio traslativo, essendone il necessario oggetto contrattuale. Tale conclusione risulta obbligata anche alla luce della legge delega n. 30 del 2003, considerando che essa prevedeva la sussistenza del requisito dell'autonomia funzionale del ramo d'azienda al momento del suo trasferimento, dovendosi conseguentemente ritenere non consentito attribuire unicamente alle parti imprenditoriali di individuare a quali cessioni si applichi la fondamentale garanzia di cui all'art. 2112 cod. civ., risultando peraltro arduo sostenere che competa unicamente al datore di lavoro decidere sull'applicabilità di disposizioni inderogabili a garanzia dei lavoratori. Resta dunque che quando oggetto di cessione non sia un complesso di beni e contratti funzionalmente coordinati all'esercizio almeno potenziale ad una attività di impresa, ma solo contratti di lavoro (con l'aggiunta eventuale di taluni beni strumentali non legati da un nesso organizzativo-funzionale), si è fuori dall'ipotesi di cui all'art. 2112 cod. civ., essendo invece applicabile l'art. 1406 cod. civ., che condiziona l'efficacia della cessione al consenso del contraente ceduto.

Ed invero, seppure possa 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.), 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". Non può ammettersi invece - alla luce dei principi comunitari, cfr. C.G.E. 24 gennaio 2002, causa C-51/00 - che tale legame funzionale possa derivare (soggettivamente) solo dalla qualificazione fattane dal cedente e dal cessionario al momento del trasferimento, consentendo ai soggetti stipulanti il negozio traslativo (peraltro neppure portatori di superiori interessi pubblici o collettivi), la libera definizione della fattispecie cui la norma inderogabile si applica, e ciò in contrasto con la disciplina comunitaria in ordine all'inderogabilità dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di azienda. D'altro canto è principio consolidato nella giurisprudenza comunitaria (cfr. C.G.E. 14 novembre 1996, C-305/1994) quello per cui la vicenda traslativa si perfeziona ipso iure, risultando irrilevante la contraria volontà delle parti del negozio traslativo.

Questa Corte ha poi già ritenuto che mentre nell'ipotesi della cessione di ramo di azienda si realizza la successione legale nel rapporto di lavoro del cessionario senza bisogno del consenso dei contraenti ceduti, nel caso della mera esternalizzazione di servizi ricorre la fattispecie della cessione dei contratti di lavoro, che richiede per il suo perfezionamento il consenso dei lavoratori ceduti (Cass. 16 ottobre 2006 n. 22125; Cass. 5 marzo 2008 n. 5932). Deve pertanto ritenersi operante, principio per cui per "ramo d'azienda", ai sensi dell'art. 2112 cod. civ., come tale suscettibile di autonomo trasferimento ivi riconducibile alla disciplina dettata per la cessione di azienda, 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 - pur potendosi individuare, nel contratto di cessione, una porzione o frazione produttiva che precedentemente era strettamente legata ai supporti logistici e materiali presenti nell'azienda cedente. Ciò presuppone 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, unificate soltanto dalla volontà dell'imprenditore (cfr. Cass. 9 ottobre 2009 n. 21481) e non dall'inerenza del rapporto ad una entità economica dotata di autonoma ed obiettiva funzionalità.

Ne consegue che può applicarsi la disciplina dettata dall'art. 2112 cod. civ., anche in caso di frazionamento e cessione di parte dello specifico settore aziendale destinato a fornire il supporto logistico sia al ramo ceduto che all'attività della società cessionaria, purché esso presenti, all'interno della più ampia struttura aziendale oggetto della cessione, la propria organizzazione di beni e persone al fine della fornitura di particolari servizi per il conseguimento di obiettive finalità produttive, sicché i reciproci rapporti vengono trasferiti dal cedente al cessionario, ai sensi dell'art. 2112 cod. civ., senza necessità di un

loro consenso (cfr. già Cass. 1 febbraio 2008 n. 2489; Cass. 17 marzo 2009 n. 6452; Cass. 13 ottobre 2009 n. 21697).

Alla luce dei suddetti principi la Corte d'Appello, esattamente e con congrua motivazione ha ritenuto la ravvisabilità di un ramo d'azienda, oggetto di cessione ai sensi dell'art. 2112 cod. civ., in un servizio dotato di una propria autonomia, di proprie strutture e personale, consistente nella gestione di tutti gli adempimenti amministrativi del personale Telecom, preesistente sin dal luglio 1999 alla cessione stessa".

Dopo aver riportato l'ampia e complessa disamina della materia offerta dalla sent. 2014/n. 9461, ricordiamo ancora Cass. SL 2014/n. 13617: "(...) 20. L'art. 2112 c.c., comma 5, nel testo introdotto dal D.Lgs. 2 febbraio 2001, n. 18, art. 1 (di attuazione della direttiva n. 98/50/Ce, relativa al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti) prevedeva - prima della novella del 2003 e nel testo qui applicabile - il trasferimento di parte dell'azienda, precisando che per quest'ultimo doveva intendersi un'articolazione funzionalmente autonoma di quell'attività economica organizzata definita nella prima parte del medesimo quinto comma e con le medesime connotazioni; inoltre, la citata disposizione prescriveva anche che tale frazione dell'impresa, oggetto del trasferimento parziale, doveva essere preesistente al trasferimento e, pur a seguito di questo, doveva conservare la propria identità. Pertanto, rientra nella nozione di trasferimento di parte dell'azienda, prevista dalla richiamata disposizione, l'enucleazione di attività che avessero avuto una loro originaria identità tale da rispecchiare già le connotazioni tipiche dell'attività d'impresa, mentre non vi rientra l'assemblaggio di frammenti del processo produttivo, che, quale parte del tutto, avrebbero potuto semmai dar vita ad una nuova impresa, ma questa non sarebbe stata preesistente, bensì sarebbe sorta proprio con l'atto di trasferimento (o, meglio, di conferimento) in favore del cessionario.

(...) 29. Affinché, dunque, si possano produrre gli effetti derivanti dall'applicazione dell'art. 2112 cod. civ., occorre la configurabilità di un trasferimento di ramo di azienda, ciò che postula necessariamente, secondo quanto detto, una struttura organizzata e funzionalmente autonoma all'interno della cedente ed il mantenimento di tale struttura all'interno della cessionario".

Dopo le ulteriori spigolature sui temi della preesistenza ed autonomia funzionale offerti da Cass. SL 2014/n. 13617, ancora:

Cass. SL 2014/n. 17901: "la giurisprudenza di questa Corte è oramai 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, unificate soltanto dalla volontà dell'imprenditore e non dall'inerenza del rapporto ad una entità economica dotata di autonoma ed obiettiva funzionalità".

Cass. SL 2014/n. 17863: "(...) 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".

Cass. SL 2014/n. 11575:

"l'art. 2112 c.c., sia nel testo sostituito dal D.Lgs. n. 18 del 2001, art. 1 vigente a decorrere dal 1 luglio 2001, sia nel testo modificato dal D.Lgs. n. 276 del 2003, art. 32 applicabile alla presente controversia, ha mantenuto immutata la definizione di "trasferimento di parte dell'azienda" nella parte in cui essa è "intesa come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata".

Tale nucleo della disposizione è rimasto intatto, non essendo stato toccato dalle modifiche normative che hanno invece riguardato, con riferimento all'articolazione appena descritta, la soppressione dell'inciso "preesistente come tale al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità" e l'aggiunta testuale "identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento".

Detta nozione di trasferimento di ramo d'azienda nella parte di testo non modificata è coerente con la disciplina in materia dell'Unione Europea (direttiva 12 marzo 2001, 2001/23/CE, che ha proceduto alla codificazione della direttiva 14 febbraio 1977, 77/187/CEE, come modificata dalla direttiva 29 giugno 1998, 98/50/CE) secondo cui "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).

La Corte di Giustizia, cui compete il monopolio interpretativo del diritto comunitario vivente (ex plurimis: Cass. n. 19740 del 2008), ha ripetutamente individuato la nozione di entità economica come complesso organizzato di persone e di elementi che consenta l'esercizio di un'attività economica finalizzata al perseguimento di un determinato obiettivo (cfr. Corte di Giustizia, 11 marzo 1997, C- 13/95, 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 ed autonoma (cfr. Corte di Giustizia, 10 dicembre 1998, Hernandez Vidal, C-127/96, 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, C-108/10, Scattolon, punto 60).

Il criterio selettivo dell'autonomia funzionale del ramo d'azienda ceduto, letto conformemente alla disciplina dell'Unione, consente di affrontare e scongiurare ipotesi in cui le operazioni di trasferimento si traducano in forme incontrollate di espulsione di personale.

Pertanto nessuna censura può essere addebitata alla sentenza impugnata laddove assume il canone della "articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata" quale pre-requisito indispensabile per configurare una efficace cessione del contratto di lavoro senza il consenso del lavoratore, prima ed oltre la questione della preesistenza del ramo ceduto".

Cass. SL, 2014/n. 9949:

"nel caso in cui oggetto della cessione sia un servizio di magazzinaggio, assunto dall'impresa cessionaria senza alcuna disponibilità autonoma dei locali aziendali, detenuti in via precaria, e senza attribuzione di software, né di propria strumentazione informatica ed amministrazione, in modo tale che i lavoratori trasferiti continuano ad utilizzare i sistemi informatici dell'impresa cedente, negli uffici e con i macchinari di quest'ultima, non è ravvisabile un ramo d'azienda, suscettibile di trasferimento ai sensi dell'art. 2112 cod. civ.".

Cfr. inoltre, nello stesso ordine di coordinate, con varietà di accenti, ad es. Cass. SL 2014/nn. 22688, 17381, 11721, 11237, 10926, 8757; 2013 n. 22742, 22627, 22742, 21917, 20095; 2012/n. 21711; 2009 nn. 21481, 13171; 2008/n. 2489; 2006, n. 8017.

"Del resto – prosegue la sent. 2014/n. 17901 – come pure affermato da questa Corte, non può ammettersi un trasferimento di ramo d'azienda con riferimento alla sola decisione, assunta dal soggetto cedente, di unificare alcuni beni e lavoratori, affidando a questi un'unica funzione al momento del trasferimento. Tanto infatti contrasterebbe, e con le direttive comunitarie nn. 1998/50 e 2001/23 che richiedono già prima di quest'atto "un'entità economica che conservi la propria identità" ossia un assetto già formato, e con gli artt. 4 e 36 Cost. che impediscono di rimettere discipline inderogabili di tutela dei lavoratori (sent. n. 115 del 1994 della Corte Cost.) ad un mero atto di volontà del datore di lavoro, incontrollabile per l'assenza di riferimento oggettivi (Cfr. 15 aprile 2014 n. 8757 e Cass. 4 dicembre 2012 n. 21711 cit.)".

La Corte di Cassazione affronta, poi, ad es. sempre nella citata sent. 2014/n. 17901 le problematiche interpretative dischiusse dalla sentenza Amatori:

"nè a diverse conclusioni può indurre la sentenza 6 marzo 2014 della Corte di Giustizia resa nella causa Lorenzo Amatori e altri C-458/12, secondo la quale l'art. 1, par. 1, lett. a) e b), della direttiva 2001/23/CE del Consiglio, del 12 marzo 2001, 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 imprese o di stabilimenti,

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.

La richiamata pronuncia, infatti, interviene su questione pregiudiziale sollevata dal Tribunale di Trento che muove dall'errato presupposto che la norma interna, quale quella dettata dall'art. 2112 c.c., comma 5, consente la successione del cessionario nei rapporti di lavoro del cedente, senza necessità del consenso dei lavoratori ceduti, anche qualora la parte di azienda oggetto del trasferimento non costituisca un'entità economica funzionalmente autonoma già preesistente al trasferimento, tanto da poter essere identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento.

Inoltre la sentenza comunitaria va 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 funzionale sufficiente. Alla stregua delle svolte considerazioni, pertanto, non è corretta in diritto la sentenza impugnata la quale ha ritenuto che ai sensi del novellato art. 2112 c.c. le parti potessero al momento del trasferimento identificare il ramo d'azienda da cedere".

Più sinteticamente Cass. SL 2014/n. 17863: "la recente sentenza della Corte di giustizia UE 6 marzo 2014 n. C- 458/12 conferma quanto detto. Da essa risulta infatti che: a) non si ha trasferimento di ramo d'azienda qualora il ramo non preesista alla cessione (dispositivo, n. 1; considerato n. 321; b) in tal caso spetta all'ordinamento nazionale di garantire il lavoratore (dispositivo, n. 1; considerato n. 39)".

Analogo cenno in Cass. SL 2014/nn. 11575, 11237.

*

§ 5. L'"interesse ad agire" dei lavoratori ricorrenti.

Sulla problematica in ordine alla sussistenza di un interesse ad agire in giudizio dei lavoratori ricorrenti, ex art. 100 cpc - la cui assenza è rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento: ad es. Cass. SU, 2008/n. 12637; 2006/n. 15084;; 2002/n. 3330; 1994/ n. 3429) - si è ragionevolmente affermato un orientamento ormai consolidato, ancorchè, riteniamo, l'istituto sia sostanzialmente estraneo a simili fattispecie.

Cass. SL 2014/n. 11721: *"l'interesse ad agire, in termini generali, si identifica nell'esigenza di ottenere un risultato utile giuridicamente apprezzabile e non conseguibile senza l'intervento del giudice. In particolare, nelle azioni di accertamento, esso presuppone uno stato di incertezza oggettiva sull'esistenza di un rapporto giuridico, tale da arrecare all'interessato un pregiudizio concreto ed attuale, che si sostanzia in una illegittima situazione di fatto continuativa e che, perciò, si caratterizza per la sua stessa permanenza (tra le altre: Cass. n. 7096 del 2012; n. 2051 del 2011; n. 11536 del 2006).*

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".

Cass. SL 2014/n. 17381: *"come affermato da questa Corte in controversie analoghe (cass. n. 9949/2014)"il lavoratore, nell'ipotesi in cui non sia configurabile un trasferimento di ramo d'azienda, ha un interesse giuridicamente apprezzabile alla declaratoria di inefficacia di tale trasferimento e della cessione del contratto di lavoro, in assenza di consenso, tenuto conto del pregiudizio che può derivargli dalla sostituzione del precedente datore di lavoro con un altro eventualmente meno solvibile e non in grado di assicurargli le stesse garanzie in tema di stabilità e continuità del rapporto di lavoro. Nè questo interesse è escluso dalla solidarietà del cedente e del cessionario stabilita dal capoverso dell'art. 2112 cod. civ., la quale ha per oggetto solo i crediti che il lavoratore aveva al tempo del trasferimento e non anche quelli futuri".*

Nello stesso senso Cass. SL 2014/n. 11237.

Ancora, Cass. SL 2014/n. 13617: "deve affermarsi che, in tema di trasferimento di azienda, il lavoratore ha interesse ad accertare in giudizio la non ravvisabilità di un ramo di azienda in un complesso di beni oggetto del trasferimento e, quindi, l'inefficacia di questo nei suoi confronti in difetto del suo consenso, per l'inapplicabilità dell'art. 2112 cod. civ. e l'operatività della regola generale di cui all'art. 1406 cod. civ., non essendo indifferente per il lavoratore, quale creditore della prestazione retributiva, il mutamento della persona del debitore, ossia del datore di lavoro, che può offrire garanzie più o meno ampie di tutela dei diritti dei lavoratori".

Cass. SL, 2014/n. 8756:

"in tema di trasferimento di azienda, sussiste l'interesse del lavoratore a far accertare in giudizio che un determinato complesso di beni, oggetto di trasferimento, non integra un ramo di azienda e, dunque, a far dichiarare, in assenza del proprio consenso, l'inefficacia della cessione nei suoi confronti in quanto il mutamento della persona del debitore non è indifferente per il creditore, dal momento che la solidarietà tra cedente e cessionario prevista dall'art. 2112 cod. civ. ha per oggetto solo i crediti del lavoratore ceduto "esistenti" al momento del trasferimento dell'azienda e non quelli futuri, onde è configurabile un pregiudizio a carico del lavoratore in caso di cessione dell'azienda a soggetto meno solvibile".

Già in precedenza Cass. SL 2013/n. 21917: "Il primo motivo del ricorso non è fondato. Con tale motivo, come si è detto, la società ricorrente, censura la sentenza impugnata per aver respinto con motivazione insufficiente l'eccezione della PFIZER di inammissibilità della domanda di annullamento del trasferimento di ramo d'azienda per carenza dell'interesse ad agire dei lavoratori, deducendo che la Corte romana avrebbe ritenuto che il mutamento di datore di lavoro integra, di per sé, l'interesse ad agire ex art. 100 cod. proc. civ., senza considerare che nella specie i lavoratori non avrebbero subito nessun alcun concreto pregiudizio dalla vicenda traslativa in argomento. In base ad un consolidato e condiviso indirizzo di questa Corte, l'interesse ad agire, in termini generali, si identifica nell'esigenza di ottenere un risultato utile giuridicamente apprezzabile e non conseguibile senza l'intervento del giudice. In particolare esso presuppone uno stato di incertezza oggettiva sull'esistenza di un rapporto giuridico, tale da arrecare all'interessato un pregiudizio concreto ed attuale, che si sostanzia in un'illegittima situazione di fatto continuativa e che, perciò, si caratterizza per la sua stessa permanenza (Cass. 4 dicembre 2012, n. 21711; Cass. 9 maggio 2012, n. 7096; Cass. 27 gennaio 2011, n. 2051; Cass. 17 maggio 2006, n. 11536).

La Corte d'appello di Roma si è uniformata a tale orientamento, in quanto, con motivazione congrua e logica, ha posto l'accento sul fatto che il trasferimento del ramo di azienda in oggetto, di cui è stata denunciata l'illegittimità per molteplici ragioni fondate sulla deduzione di un "macroscopico

inadempimento contrattuale" del datore di lavoro ha determinato per gli interessati, tutti lavoratori subordinati a tempo indeterminato, una situazione di incertezza oggettiva sull'esistenza e sul futuro dei rispettivi rapporti di lavoro non eliminabile senza l'intervento del giudice e tale quindi da arrecare a ciascuno degli interessati un pregiudizio concreto ed attuale".

Il considerando 3 della direttiva 2001/23, abbiamo già rilevato, recita:

«Occorre adottare le disposizioni necessarie per proteggere i lavoratori in caso di cambiamento di imprenditore, in particolare per assicurare il mantenimento dei loro diritti».

"(...) il (...) considerando evidenzia il rischio rappresentato, per il mantenimento dei diritti dei lavoratori, dalla situazione di subentro di un nuovo imprenditore, nonché la necessità di tutelare i lavoratori dinanzi a tale rischio mediante l'adozione di opportune disposizioni" (punto 38, sent. Amatori, C-458/12, 6/3/2014).

"(...) la direttiva (...) è intesa soltanto ad un'armonizzazione parziale della materia in oggetto, e non mira ad instaurare un livello di tutela uniforme per tutta l'Unione secondo criteri comuni, bensì a garantire che il lavoratore interessato sia tutelato, nei suoi rapporti con il cessionario, allo stesso modo in cui lo era nei suoi rapporti con il cedente, in forza delle norme giuridiche dello Stato membro interessato (v., in tal senso, sentenze del 12 novembre 1992, Watson Rask e Christensen, C-209/91, Racc. pag. I-5755, punto 27, nonché del 6 novembre 2003, Martin e a. C-4/01, Racc. pag. I-12859, punto 41)(punto 41, sent. Amatori, C-458/12, 6/3/2014).

Può argomentarsi, dunque, che 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 alla 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.

Nel caso concreto le soggettività in comparazione valutativa, nella prospettiva dei lavoratori, sono da un lato la Banca Monte dei Paschi di Siena spa, dall'altro la NewCo Fruendo srl, partecipata al 60 % da Bassilichi, al 40 % da Accenture, e non è dubbio che, al di là di ogni gravissima crisi che ha investito e investe la Banca, i lavoratori dubitino della affidabilità e della solidità economica dell'impresa cessionaria, della sua attitudine alla prosecuzione nel tempo dell'attività come della solvibilità.

Sullo sfondo di simili operazioni, inoltre, scenari ulteriori, prefigurati dal § 30.1 dei Master Service Agreement, dove previo consenso da parte di BMPS, che *"non potrà essere irragionevolmente negato qualora il terzo acquirente offra garanzie sufficienti in ordine alla propria capacità finanziaria, commerciale e industriale"*, non si esclude ulteriore trasferimento del ramo di azienda a terzi, *"in tutto o in parte"*, anche con ulteriore scomposizione organizzativo-produttiva, dunque.

Non solo. Proprio la menzionata composizione dell'azionariato Fruendo, nonostante la partecipazione al Gruppo Bassilichi, rende non agevole, nell'ipotesi di crisi aziendale, anche esogena, la riconduzione della valutazione economico-giuridica di eventuali fenomeni espulsivi ad una logica e ambito di impresa unitaria a tutela dei diritti dei lavoratori interessati, nonostante, certamente, la solidità e il prestigio dei *partners* e il ricordato impegno assunto da BMPS con le organizzazioni sindacali.

L'interesse alla 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.

*

§ 6. Sulla posizione processuale di Fruendo srl.

Con visione estesa al più ampio contenzioso scaturito dalla cessione del ramo aziendale DAACA da BMPS a Fruendo, occorre rilevare una diversità di comportamenti processuali dei lavoratori ricorrenti e delle rispettive diverse compagini difensive:

alcuni hanno esercitato l'azione nei soli confronti della Banca Monte dei Paschi di Siena spa, suscitando l'intervento volontario della Società cessionaria ex art. 419 cpc;

altri hanno esercitato l'azione anche nei confronti di Fruendo srl.

Non solo una implicita esigenza di omogenietà, unitarietà ha suggerito al giudice di consentire quell'intervento, ancorché tardivamente effettuato non per integrazione necessaria del contraddittorio.

Con sent. 2009/n. 13171, la Sezione Lavoro della Cassazione ha ribadito: *"le Sezioni unite di questa Corte con la sentenza 22 ottobre 2002 n. 14897 hanno escluso il litisconsorzio necessario nelle ipotesi in cui il prestatore di lavoro, agendo in giudizio, affermi l'esistenza del rapporto con un datore di lavoro (nel caso attuale, la società cedente il ramo d'azienda) e neghi il rapporto con altra persona (nel caso attuale, la società cessionaria). In questi casi infatti il lavoratore non deduce in giudizio un rapporto plurisoggettivo ne' una situazione di contitolarità ma tende ad un'utilità conseguibile rivolgendosi ad una sola persona, ossia al datore vero. L'accertamento negativo dell'altro rapporto avviene senza efficacia di giudicato, mentre l'eventuale contrasto di giudicati è bilanciato dalle esigenze di economia e speditezza processuale, ostacolate dalla presenza di altra parte nel giudizio".*

Cass. SL, 2012/n. 20422: *"con il primo motivo si lamenta violazione e falsa applicazione degli artt. 102 e 106 c.p.c., per avere l'impugnata sentenza negato la chiamata in causa di Telepost S.p.A., invano sollecitata anche in primo grado, nonostante che quest'ultima società avesse un chiaro interesse a partecipare al giudizio, rischiando di vedersi improvvisamente sottrarre un cospicuo numero di lavoratori. Il motivo è infondato.*

Infatti, ove un lavoratore, agendo in giudizio, affermi la persistenza del rapporto di lavoro in capo al cedente il ramo d'azienda e neghi il rapporto con il cessionario, non sussiste litisconsorzio necessario ex art. 102 c.p.c., in quanto in siffatta evenienza il lavoratore non deduce in giudizio un rapporto plurisoggettivo ne' una situazione di contitolarità, ma tende a conseguire un'utilità rivolgendosi ad un solo soggetto, ossia a quello che reputa essere il vero e unico datore di lavoro; in tal caso, l'accertamento negativo dell'altro rapporto avviene soltanto in via incidentale, senza efficacia di giudicato e senza lesione alcuna dei diritti del cessionario (v. Cass. 8.6.09 n. 13171; nell'analogia ipotesi di azione intesa ad accertare un'intermediazione illecita di manodopera e la sussistenza del rapporto lavorativo con il committente, quale effettivo datore di lavoro, cfr. Cass. S.U. 22.10.02 n. 14897 e successiva conforme giurisprudenza). Nè giova alla società ricorrente lamentare, in subordine, la mancata autorizzazione alla chiamata in causa ex art. 106 c.p.c., della cessionaria Telepost S.p.A., noto essendo - sempre in virtù di costante

giurisprudenza di questa S.C., da cui non v'è motivo di discostarsi - che il provvedimento discrezionale con il quale il giudice autorizza o nega la chiamata in causa di un terzo ad istanza di parte è incensurabile mediante appello o ricorso per cassazione (cfr., per tutte, Cass. 20.12.2005 n. 28227)".

Cfr. ancora Cass. SL 2005/n. 25952, per la "insussistenza di una ipotesi di litisconsorzio necessario tra cedente ed acquirente, in quanto il vincolo di solidarietà per i crediti del lavoratore, che l'art. 2112 cod. civ. pone a carico del cedente, non dà luogo a litisconsorzio necessario".

Pur nella consapevolezza degli orientamenti del tutto prevalenti sopra riportati, il giudice - nelle vicende processuali non caratterizzate dalla originaria partecipazione di Fruendo in veste di parte convenuta - ha ravvisato una evidente *comunanza di causa*, tipizzata nella speciale figura di connessione della alternatività soggettiva passiva del rapporto, in questo caso da parte del datore di lavoro, e *l'opportunità*, ex art. 107 cpc, che il giudizio si svolgesse anche nei confronti del terzo interveniente, Fruendo srl, portatore tra altro, in relazione alla prospettiva della perdita di dipendenti (oltre 1.000 in ambito nazionale), di un indubbio interesse imprenditoriale anche in relazione alla libertà notoriamente anch'essa di rango costituzionale (art. 41, co. 1) delle proprie iniziative e scelte organizzative e, in ogni caso, soggetto la cui presenza in giudizio contribuiva alla pienezza e completezza dell'accertamento giurisdizionale, nel contraddittorio di tutti i soggetti direttamente interessati, al fine di conseguire infine, anche nella logica del rapporto meramente bilaterale, maggiore possibilità di giustizia della decisione.

*

§ 7. Se l'oggetto del trasferimento, il ramo di azienda DAACA, preesistesse, come entità economica dotata di una propria identità e sufficiente strutturazione ed autonomia funzionale, come insieme di mezzi organizzati al fine di svolgere un'attività economica, sia essa essenziale o accessoria.

Anche mettendo a frutto l'incessante mestiere di analizzare "*il passato in funzione del presente e il presente in funzione del passato*", e richiamandosi al fine ai dati esposti sopra nei §§ 1, 1.1, 1.2 il più asetticamente possibile, si perviene alla esclusione di un ramo di azienda preesistente.

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 AACCA) 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 AACCA, il preteso ramo di azienda ceduto a Fruendo, ha dunque un'origine precisa e ben definita nel tempo. E' 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.

Adirittura, 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.

La sua perimetrazione (vocabolo in materia assai in auge) ha addirittura riguardato prima ancora che l'oggettività, la soggettività, prima ancora dei servizi, il numero dei dipendenti da inscrivere nel cerchio della cessione.

Ricordiamo nuovamente, sempre svolgendo una indagine retrospettiva, che la Divisione è il portato di un precedente trasferimento di ramo di azienda (COGMPS-BMPS) – che sarebbe utile, ma non decisivo, qui sottoporre a critica destrutturante, dovendosi incentrare la nostra attenzione secondo un canone di rilevanza sul secondo trasferimento di ramo di azienda BMPS-Fruendo – che convoglia in accentramento internalizzato di Gruppo circa 1.700 unità di personale (in vista dell'operazione di cessione parziale infragruppo la struttura consortile verrà descritta come Divisione Servizi Amministrativi (DSA), cui afferiscono circa 1.700 unità di personale, che si affianca ad una distinta Divisione Information Technology (DIT), cui afferiscono circa 1.100 unità di personale destinata a restare in ambito consortile).

Nella istituenda Divisione AACCA, secondo il Piano Industriale 2012-2015 ("Rilancio 2015"), approvato il 27/6/2012, confluiscono tuttavia ulteriori attività di Back Office svolte presso la stessa BMPS e altre società del Gruppo, fino ad interessare un insieme stimato in circa 2.360 risorse.

Il mero dato si presta ad una immediata considerazione dubitativa in ordine alla preesistenza della DAACA come oggettività economica dotata di una propria identità e sufficiente strutturazione ed autonomia funzionale,

come insieme di mezzi organizzati al fine di svolgere un'attività economica, sia essa essenziale o accessoria, accentuandone per converso il carattere di contenitore di una serie variegata e in gran parte eterogenea di Servizi e Strutture, che stenta a trovare una propria fisionomia ed è unificata esclusivamente al fine e in vista del loro successivo trasferimento. Il ramo ceduto avrebbe ricompreso i processi ed attività di carattere amministrativo, contabile e ausiliario riconducibili alle seguenti unità divisionali: strutture di governo (37 unità di personale): Vendor Management; Organizzazione e Logistica; Pianificazione e Controllo Costi; Risorse Umane; Service Management; Controlli e Verifiche; strutture di linea (1029 unità): Attività di Assistenza; Operatività di Rete; Attività Amministrative e Credito; Incassi e Pagamenti; Monetica; Attività Ausiliarie; Attività Aziendali e Contabili (appartenenti alle categorie Aree Professionali (777), Quadri Direttivi di livello 1°, 2°, 3° e 4° (282) e Dirigenti (7).

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 Business", "ovvero troveranno allocazione presso altre funzioni della Capogruppo" (p. 3 del documento).

Ci pare difficilmente sostenibile, a questo punto, nonostante ogni proclama identitario, potersi configurare una ben definita entità preesistente, funzionalmente autonoma come operatore economico, che viene per converso trasferita nel momento stesso della sua eventuale nascita.

Del resto, nell'ipotesi di accordo 19/12/2012 sottoscritta tra le aziende del Gruppo e le organizzazioni sindacali, parte datoriale si impegnava a "porre in essere ogni possibile sforzo per ridurre il perimetro complessivo delle attività oggetto di cessione (orientativamente fino a 1.100 unità in termini di forza lavoro)". Nel § 3 dell'ipotesi di accordo "le Parti, considerate le efficienze programmate, si sono confrontate sulla possibilità di ridurre il perimetro delle attività oggetto di trasferimento di ramo di azienda (con conseguenziale riduzione degli organici)".

Franca e riteniamo incomprensibile simile dichiarazione - poi destinataria di effettiva puntuale attuazione - nella logica della individuazione di un ramo di azienda trasferendo. Una logica comprensibile, invece, solo nell'ambito di una trattativa sul numero del personale da ridurre, mostrandosi così di voler giungere all'identificazione del ramo muovendo dalla dimensione numerica del personale, e non dall'oggetto delle attività, sul piano di scelte

aziendali oggettive, perdendosi del tutto, tra altro, una istanza prioritaria di efficienza organizzativa e ottimizzazione produttiva (non si tratta di arrogarsi un'inammissibile interferenza valutativa in scelte notoriamente appannaggio esclusivo dell'imprenditore, ma di applicazione di una logica elementare, cui neppure quella intoccabile sfera può sottrarsi).

Sempre nella stessa ipotesi di accordo menzionata, poi, la Banca intende precisare ed esclude che l'oggetto del programmato trasferimento sia il *core business*: ma *"il complesso di attività e relative risorse umane dedicate ai sistemi amministrativi di back office"* ammette, né potrebbe essere difformemente, avere carattere *"essenziale, strategico... indispensabile"*.

Non può infine passare inosservato come il trasferimento del ramo, che avrebbe interessato in totale 1066 dipendenti, prevedeva una loro predistribuzione tra le piazze di Abbiategrasso (65), Firenze (152), Lecce (181), Mantova (137), Padova (98), Roma (181) e Siena (252), a conferma ulteriore della ardua configurazione di una vocazione identitaria unificante.

La cessionaria, Fruendo srl, nasce quindi dichiaratamente con sedi ad Abbiategrasso, Firenze, Lecce, Mantova, Padova, Siena, Roma, vincolo organizzativo posto alla libertà imprenditoriale davvero notevole, posto che la NewCo si propone in rapida prospettiva non solo come Fornitore in continuità dei Servizi di Back Office al cliente principale, BMPS e società del Gruppo, ma come protagonista, leader aperto al mercato. Sebbene sin dalla scrittura privata preliminare del 28/10/2013 tra BMPS, Accenture e Bassilichi, le parti diano atto del loro *"intento di incentivare lo sviluppo del business di NewCo attraverso la ricerca di nuovi clienti"* (Principi, § 2, p. 4), non è agevolmente razionalizzabile la composizione umana (esclusivamente di dipendenti di provenienza MPS) e la configurazione materiale e territoriale predetta, proprio nella logica della libertà di iniziativa riconosciuta dall'art. 41, co. 1, Cost. La predetta rigida frammentazione territoriale ha una logica come componente cristallizzata caratterizzante l'intero complesso aziendale riferibile al Gruppo, mentre non ne ha alcuna nell'ottica di una pretesa unitaria autonomia funzionale di separabile ramo tra altro con vocazioni espansive.

L'analisi del contratto di cessione (§ 1.2)(ad analoghe considerazioni potrebbe prestarsi il primo trasferimento di ramo di azienda da COG a BMPS, § 1.1) denota una notevole pochezza, l'inconsistenza delle immobilizzazioni impianti e macchinari (all. A), per un valore di € 7.000,00.

Si tratta di un dato contrastante con l'entità ingente dell'operazione, se non altro interessante oltre 1.000 dipendenti, un fattore di consistenza troppo esigua rispetto alla dimensione e importanza della pretesa struttura aziendale ramificata.

In realtà, dunque, la maggior parte dei beni strumentali necessari per la continuazione dell'attività lavorativa sono restati inevitabilmente, secondo logica e documentazione, nella disponibilità del cedente.

Sul punto BMPS oppone, tra altro: *"il Tribunale di Trieste (...) sentenza del 31 dicembre 2014, ha osservato come 'ricorrono gli estremi dell'entità"*

economica organizzata anche nel caso di trasferimento di entità 'smaterializzate', dove non vengano trasferiti significativi elementi materiali, bensì elementi prevalentemente non materiali che, tuttavia, consentano l'esercizio di una attività economica destinata alla produzione di beni o servizi. Si tratta delle cosiddette attività labour intensive (...), casi in cui il valore di ciò che viene trasferito è dato dalla forza lavoro organizzata, ovvero dall'organizzazione, da parte del cedente, di un gruppo di lavoratori specificamente e stabilmente adibiti all'espletamento di un compito comune (...) anche grazie al possesso di un determinato know how aziendale. In tale prospettiva, dunque, (...) si ritiene che ricorra un trasferimento di una entità economica organizzata nel caso in cui il cessionario ha acquisito una parte essenziale, in termini di numero e di competenza, del personale specificamente destinato dal cedente all'esercizio dell'attività economica che abbia le predette caratteristiche di 'smaterializzazione', essendo (...) rilevatore della continuità dell'insieme organizzato di fattori produttivi per lo svolgimento della medesima attività economica (...). In altri termini, ciò che rileva, anche nelle entità di carattere dematerializzato, è lo svolgimento, da parte del cessionario, della medesima o analoga attività economica tramite essenzialmente il medesimo insieme di mezzi organizzati, legati da un determinato nesso funzionale organizzativo destinato a conservarsi nel trasferimento".

Simili importanti considerazioni si attagliano tuttavia solo parzialmente al trasferimento oggetto di controversia, dove tutti i fattori produttivi, umani, immateriali e materiali, necessariamente concorrono a identificare l'organizzazione aziendale, e in particolare i 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 in grado fornire i servizi esternalizzati.

Nella vicenda qui in esame vedremo tra breve (§ 9) come neppure l'immateriale sia stato in realtà trasferito, e lo svolgimento della stessa attività economica è reso possibile non dalle sole forze del cessionario a mezzo del ramo ceduto con mere integrazioni organizzative, ma dalla perdurante attività del cedente stesso e di terzi, profili tutti che concorrono a negare preesistenza, autonomia funzionale e in ogni caso conservazione identitaria.

L'insussistenza di una preesistente entità funzionalmente autonoma, concepita come vero e proprio ramo aziendale, può desumersi dalla nozione espressa dalla CGUE, C-108/2010, sent. 6/9/2011, Scattolon, § 51: "(...) riferendosi la nozione di autonomia 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.

Benché, effettivamente, il ricorrere di un'entità sufficientemente autonoma non venga meno per via della circostanza che il datore di lavoro

impone a tale gruppo di lavoratori obblighi precisi ed esercita pertanto un'ampia influenza sulle attività del medesimo, occorre nondimeno che il gruppo in parola disponga di una certa libertà nell'organizzare ed eseguire i compiti affidatigli".

Non consta simile assetto corrispondere esattamente alle caratteristiche organizzative della Divisione quali risultanti dal Regolamento nel necessario raccordo con altre strutture organizzative.

In base alla documentazione prodotta, la Divisione viene qualificata funzionalmente autonoma, dotata delle principali funzioni di governo, rispondendo alla Direzione di riferimento (sin dal Regolamento di Organizzazione n. 1 della Banca, del 24/4/2013, quindi nel Regolamento Interno di Divisione AACA del 4/12/2013). Tuttavia, al di là della descrizione contenuta nel § 5.5. del Regolamento 4/12/2013, in materia di pianificazione, andamento economico e controllo costi in specie, adempimenti contabili e scritture contabili, non si è in grado di ricostruire se il ramo, come tale, fosse dotato tecnicamente di autonomia gestionale e finanziaria, di autonoma responsabilità gestionale e finanziaria.

A qualche considerazione, ancora, si presta il rilievo del prezzo della cessione da BMPS a Fruendo.

Lo stesso viene concordato a c.d. "saldi pareggiati" e si attesta su un valore di avviamento di € 5.000.000,00.

Retrospectivamente, rileviamo che il prezzo della originaria cessione da COG e BMPS, sempre pari al valore dell'avviamento, ascendeva ad € 7.650.000,00.

Ora, considerato che la Divisione AACA è venuta inoltre notevolmente incrementandosi di attività e risorse professionali altrove (§§ 1 e 1.1), e ragionando certamente in modo assai grossolano (stante la estrema complessità delle variabili determinative) ma di immediata comprensione, viene da affermare che in breve volgere di tempo si assista, in ipotesi, alla cessione di un ramo del ramo, di un mezzo ramo, ciò contraddicendo a quella che appare una operazione complessa ma unitaria, come al globale disegno di piano *zero back office* con sua esternalizzazione, con ciò incrinandosi fortemente qualsiasi tentativo di ricomposizione *ad unum* di una organizzazione economica funzionalmente autonoma.

Afferma ed argomenta BMPS:

"- è documentale e non contestata la circostanza che nel 1999 sia stato costituito, nell'ambito del Gruppo MPS, il consorzio COG (cfr. visura e statuto del COG prodotti sub doc. 3);

- è documentale e non contestata la circostanza che il COG sia stato costituito con il compito di fornire al Gruppo MPS, oltre ai servizi IT, anche i servizi di back office (cfr. regolamenti del COG prodotti sub doc. 3);

- è documentale e non contestata la circostanza che il COG si sia dotato ed abbia mantenuto negli anni un proprio regolamento disciplinante il proprio

«modello e assetto organizzativo» (cfr. i regolamenti del COG prodotti sub doc. 3);

- è documentale e non contestata la circostanza che i servizi di back office che oggi la Banca riceve da Fruendo, la Banca li ha ricevuti dal COG fino al marzo 2013 e, dal marzo 2013 al gennaio 2014, dalla DAACA.

Insomma, non c'è un solo servizio tra quelli trasferiti a Fruendo nel gennaio 2014 che sia stato aggregato al ramo, in fretta e furia, in vista del trasferimento - il che è documentale (cfr. sub docc. 11 e 13), pacifico e non contestato - così come non c'è un solo dipendente, tra gli oltre 1000 trasferiti, che sia stato frettolosamente assegnato all'ultimo momento ai servizi rientranti nel perimetro del ramo".

Ancora, rileva BMPS, trattarsi di un complesso "documentalmente organizzato (addirittura dotato di un articolato apparato di normativa interna - ordini e documenti operativi - idoneo a regolamentare, in completa autonomia, il dettaglio) e strutturato (in una Direzione - Responsabile e Vice Responsabile - che, sul ramo, esercitava attività di direzione e coordinamento, in strutture di Governance - organizzazione, risorse umane, pianificazione, etc. - funzionali a garantire l'autonomia gestionale e organizzativa, e in strutture operative, con Responsabili di servizio o di settore che, dirigendo e coordinando le centinaia di risorse dedicate alle attività operative, presidiavano la funzionalità dell'intero ramo)".

Tutto questo, possiamo rilevare, è al contempo compatibile tanto con il suo inquadramento come autonomo ramo aziendale, quanto con l'intera attività aziendale o suo inscindibile settore, visti semplicemente come complesso di Servizi e uffici, ma non come entità economico-produttiva autonoma, e se vogliamo indipendente, cioè un complesso capace di funzionare con i propri mezzi. Certamente si tratta, e non potrebbe essere stato diversamente, di Servizi e uffici organizzati, anche con minuziosa regolamentazione, ciò tuttavia non ne fa ancora un'azienda o parte funzionalmente autonoma di essa, e non appare dunque corretto affermare che "il ramo in questione ha una storia lunga più di un decennio", un ramo, inoltre, in ipotesi, con caratteristiche del tutto peculiari, ben colte dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (v. oltre § 10), "un ramo di azienda cd. captive che non ha mai prestato servizi al mercato".

Né appare corretta la valutazione ricostruttiva offerta dalla BMPS, cioè trattarsi di "un'organizzazione talmente autosufficiente che è stata in grado di funzionare - ed è questa circostanza, pacifica e non contestata, la prova inequivocabile della sua autonomia funzionale - in capo a Fruendo sin da subito, fornendo senza soluzione di continuità ad MPS i servizi di cui la stessa continuava, e sempre continuerà, ad aver bisogno, ed è stata in grado di offrirsi al mercato e conseguire nuove commesse da clienti diversi dalla Banca (cfr. sub doc. 16)", poiché quanto precede è accaduto e accadrà certamente non a mezzo del solo oggetto del controverso trasferimento, ma in forza di una ben più articolata operazione sinergica e spiegamento di beni e risorse del cedente stesso come di terzi. Del resto è la stessa BMPS ad illustrare, sia pur

parzialmente: *"il ramo che Fruendo ha ricevuto da MPS è stato infatti in grado di operare, in completa autonomia fin da subito e di erogare, in assoluta continuità, a MPS – in virtù di contratti di appalto (uno tra MPS Fruendo e l'altro tra MPS e Accenture, che si distinguono unicamente per il perimetro dei servizi erogati) – tutti i servizi di back office terziarizzati"*.

Riteniamo, in ultima analisi, che la primitiva struttura presso il COGMPS, come la successiva Divisione AACA presso BMPS non abbiano mai rappresentato una impresa nella impresa, tanto meno orientata al mercato, ma veramente il *core business* dell'impresa stessa, ancorché in una sovradimensione di gruppo. Non un ramo d'azienda, ma l'azienda stessa, con le sue strutture saldamente dipendenti da altre strutture aziendali, i suoi uomini e i suoi mezzi, senza nessuna sufficiente autonomia funzionale proiettata su un piano imprenditoriale separabile da quello di appartenenza. Se comprensibile è, nel precipitare degli eventi economico-finanziari, globali e individuali, la indispensabile celerità di nuova strategia e manovra, ciò non elude il rischio di una artificiosa strutturazione di qualcosa che azienda o sua parte non è mai stato in passato (presso il COGMPS), né lo è divenuto nel breve, se non brevissimo spazio della internalizzazione a mezzo della Divisione AACA (presso MPS), né lo diverrà nella nuova societizzazione (presso Fruendo srl per accordo dei due JV partners, Basilichi e Accenture).

*

§ 8. Se l'oggetto del trasferimento, il ramo di azienda, in ogni caso, abbia conservato nella cessione contrattuale la propria identità.

Escluso, per le argomentazioni sin qui esposte, che l'oggetto del trasferimento, il ramo di azienda DAACA, preesistesse, come entità economica dotata di una propria identità e sufficiente strutturazione ed autonomia funzionale, come insieme di mezzi organizzati al fine di svolgere un'attività economica, sia essa essenziale o accessoria, possiamo qui ulteriormente domandarci, se in ipotesi soltanto, la Divisione AACA, pur concepita quale genuino ramo di azienda secondo le caratteristiche costitutive più volte ricordate, non si sia conservato, dissipato, perdendo la sua identità nel trasferimento. L'impostazione che precede muove, evidentemente, dall'opzione interpretativa tesa ad escludere la legittimità di una artificiosa costruzione di parti aziendali solo in vista e in occasione del loro trasferimento.

Il preteso ramo di azienda trasferito infine a Fruendo (12/2013) ha dunque una più lontana, ma anch'essa assai prossima origine nel pregresso trasferimento da COGMPS a BMPS (3/2013), interessante circa 1700 unità di personale, che va a comporre, ma solo a comporre tra altri elementi, l'arricchita Divisione AACA (interessante circa 2300 unità di personale), che depauperata (10/2013) di alcuni Servizi e altre risorse va a comporre il ramo

di azienda oggetto del trasferimento finale, interessante a questo punto il minor numero di circa 1060 dipendenti.

In particolare, a parte l'emorragia del patrimonio umano di professionalità, servizi fondamentali, quali il Servizio Attività Finanza e il Servizio Supporto alla Rete non transitano al cessionario, e più ampiamente 973 unità di personale.

Due le implicazioni: la prima, confermativa della strutturazione della Divisione non in unitaria parte di azienda, ma in articolazione di Servizi eterogenei scomponibili e ricomponibili; la seconda, pur nella ipotetica logica della genuinità del ramo di azienda, confermativa della crisi di conservazione, della perdita di identità nella cessione.

Infatti, servizi e uffici analoghi, affini, se non speculari a quelli ceduti e talora parzialmente sovrapposti, sono rimasti nell'ambito di BMPS e gran parte del personale addetto alla struttura DAACA di origine all'1/10/2013 è confluito nell'Area Servizi Specialistici per il Business (solo ad es. attività riferentisi ad "Anagrafe, Segnalazioni e Indagini" costituite dai reparti "Protocollo e Sequestri" e "Anagrafe e Segnalazioni", seppure con la diversa denominazione Servizio Anagrafe Segnalazioni e Indagini, scorporate dal Servizio Attività Amministrative e Credito; ancora ad es.: gran parte delle attività svolte dal Servizio Operatività di Rete-Incassi e Pagamenti -Bonifici Esteri; parte delle Indagini Bancarie; sempre ad es.: dal Servizio Attività Aziendali e Contabili sono stati scorporati i Settori Contabilità Accentrata, Contabilità Estero e IQM e Controlli Andamentali e Contabili e il Settore Retribuzione di Help Desk, ritagliandosi soltanto le attività relative al c.d. Ciclo Passivo; ancora ad es.: gran parte delle attività afferenti il Servizio Attività Ausiliarie, dal quale è stato scorporato il Reparto Mobilità e Telefonia, permanendo invece nel perimetro del ramo ceduto altri ambiti di operatività del settore, tra cui quelli afferenti Gestione Documenti -Tesoreria e Stampa; sempre ad es. alcune delle attività di Help Desk, anch'esso risultato scomposto in distinti segmenti; etc.), Area rimasta presso la Banca cedente, secondo i lineamenti contenuti a p. 3 della informativa 15/10/2013 alle OO.SS.

Dunque, non solo importanti Servizi, con afferenza di numerose unità di personale (204 + 495 dipendenti), sono stati ritagliati e scorporati dalla Divisione AACA, e ciò anche cronologicamente in vista della cessione a Fruendo, ma sono stati depauperati anche alcuni reparti, singoli uffici, se non prelevati gruppi di lavoratori e singoli lavoratori, nell'ambito di singole funzioni ed attività smembrate e rimaste in ambito MPS (si tratta di ricognizione obiettiva, documentale e in sé non controversa). In tal modo, tra altro, sono stati esternalizzati numerosi dipendenti sebbene parte delle attività ad essi riconducibile continui ad essere svolta all'interno della Banca.

BMPS ha offerto settore per settore argomentazioni giustificative, ciascuna dotata di maggiore o minore cogenza rispetto a fonte secondaria (Circolare della Banca d'Italia, 27/12/2006, n. 263) e/o razionalità, che non appare utile affrontare singolarmente, poiché in ogni caso il descritto fenomeno di frantumazione e separazione rende difficile comprendere come possa parlarsi di una organizzazione unitaria preindividuata e funzionalmente

autonoma, dalla quale è stato possibile scorporare in occasione della cessione un così elevato numero di ambiti funzionali e professionalità senza pregiudicarne autonomia e conservazione identitaria sia del comparto delle attività mantenute da BMPS, sia, ai fini della presente controversia, delle attività cedute.

Del resto nella scrittura privata 28/10/2013, la Banca Monte dei Paschi di Siena spa aveva manifestato l'intenzione di procedere "alla esternalizzazione di alcuni servizi ausiliari, contabili ed amministrativi attualmente svolti in favore delle società del Gruppo Bancario Monte dei Paschi di Siena (i "Servizi di Back Office") dal ramo di azienda di BMPS avente ad oggetto lo svolgimento dei predetti servizi" (premessa), delineando l'"Operazione" con Accenture spa e Basilichi spa, con previsione della costituzione di una NewCo, con partecipazione di maggioranza Basilichi, fermo restando che "complessivamente verranno resi a BMPS sostanzialmente i medesimi servizi attualmente svolti dal Ramo d'Azienda", erronea tautologia (servizi=ramo) che meglio avrebbe dovuto comunque precisarsi in ramo del ramo, funzionale ad alcuni soltanto dei Servizi di Back Office.

Ma anche se vogliamo fotografare e concepire, sempre in ipotesi soltanto, il sottoramo che rappresenta il più limitato oggetto della cessione finale da BMPS a Fruendo come ramo di azienda, ecco che la sua identità appare immediatamente sfigurata all'atto della successione (anche per le argomentazioni che verranno sviluppate nel successivo § 9), poiché, pur accantonate le implicazioni che debbono trarsi dalla enorme, quasi dimidiante disaggregazione descritta, la pretesa autonoma entità economico-produttiva riceve da subito, portato della sua stessa genesi, una rivoluzione organizzativa.

Ad es. dall'analisi del Master Service Agreement si ricava che non sarà il cessionario, la NewCo Fruendo srl, a fornire al cedente tutti i Servizi correlati al ramo aziendale ceduto.

Accanto al Fornitore Fruendo, dunque, si delinea la figura di un terzo operatore economico, estraneo alla cessione, Accenture, al fine della essenziale integrazione della fornitura necessaria al cedente e interessata dalla esternalizzazione.

Non si tratta dunque, di una autonoma parte di impresa che viene trasferita ad un nuovo soggetto imprenditoriale, che restituisce al cedente i servizi precedentemente resi dall'ipotizzato ramo, ma una evidente ulteriore scomposizione dell'asserito ramo, tanto che i servizi dovranno essere forniti da altra soggettività imprenditoriale estranea alla cessione.

Dal contratto Fruendo-Accenture si apprende, inoltre, che "la struttura dell'operazione concordata con BMPS prevede che Fruendo presti servizi ad Accenture i quali saranno arricchiti da Accenture per la prestazione dei servizi di BPO (Business Process Outsourcing) da Accenture a BMPS".

Se ne deve inferire ulteriormente la già rilevata perdita identitaria nella cessione, quella crisi identitaria dell'impresa pericolo e limite dell'operazione traslativa.

E' evidente come sfugga ai corretti lineamenti del fenomeno traslativo quella che è, in ipotesi, una organizzazione aziendale proiettiva, futura, progettata e da realizzarsi utilizzando parte dei beni, materiali e immateriali, precedentemente impiegati dall'azienda del cedente, ma fondamentalmente da riorganizzare tra loro, accorpate e integrare con altra azienda o altri beni nella disponibilità del cessionario, con un apporto che certamente deborda dalla mera "integrazione" accessoria propria di una mera naturale dinamica riorganizzativa. Cfr. per la posizione di questi principi ad es. Cass. 2013/n. 10740; 2009/nn. 25403, 21481; 2008/n. 24913.

Cass. S5 2013/n. 10740

La tradizionale interpretazione dell'art. 2555 c.c., è nel senso che possa rientrare nella fattispecie della cessione di azienda anche una sola parte dei beni ceduti che, pur non comprendendo tutti quelli che appartenevano all'azienda oggetto di cessione, abbia tuttavia mantenuto un'organizzazione autonoma idonea a consentire di esercitare un'attività d'impresa, seppur con inevitabili integrazioni che il cessionario abbia dovuto porre in essere (Cass. n. 21481 del 2009; Cass. n. 27286 del 2005). Una conforme giurisprudenza, in tema di interpretazione del D.P.R. n. 633 del 1972, art. 2, si rinviene con riferimento alla distinzione tra assoggettabilità a imposta di registro della cessione d'azienda e assoggettabilità a IVA della cessione di singoli beni (Cass. n. 24913 del 2008; Cass. n. 23857 del 2007). La CTR, invece, nella sostanza, ha ritenuto che, a integrare la fattispecie della cessione dell'azienda, bastasse la semplice "volontà delle parti contraenti", tra l'altro esclusivamente ricavata dal nomen iuris convenuto inter partes. La CTR, correttamente interpretando l'art. 2555 c.c., invece, avrebbe dovuto dire, sulla scorta degli elementi di prova in atti, se la cessione della parte di beni sub iudice aveva o no carattere autonomo idoneo a dar luogo all'esercizio di impresa, facendo da qui discendere dapprima la qualificazione contrattuale, la cui disponibilità, serve evidenziare, non appartiene alla voluntas delle parti, particolarmente in ambito fiscale, e in secondo luogo il conseguente trattamento tributario".

Cass. S3, 2009/n. 25403:

"Questa Corte ha ripetutamente avuto modo di precisare che si ha cessione di azienda quando le parti non abbiano inteso trasferire una semplice somma di cespiti, ma un complesso organico di beni unitariamente considerato, dotato di potenzialità produttiva tale da farne emergere ex ante la complessiva attitudine anche solo potenziale all'esercizio di un'impresa, senza che rilevi, per la qualificazione di una vicenda traslativa come cessione di azienda, che le singole parti che la compongono siano state cedute globalmente o con più atti separati, decisiva essendo unicamente la causa reale del negozio e la regolamentazione degli interessi effettivamente perseguita dai contraenti, causa e regolamentazione che possono essere

desunte esclusivamente dalla lettura delle conferenti disposizioni negoziali intervenute tra i paciscenti (Cass. civ., 5, 10 ottobre 2008, n. 24913)".

Cass. S1, 2009/n. 21481:

"In tema di trasferimento di azienda merita di essere ricordata la consolidata giurisprudenza di questa Corte (sent. 17.3.2009 n. 6452, rv. 607171; 10.3.2009 n. 5709, rv. 607745; 5.3.2008 n. 5932, rv. 602062) secondo la quale deve intendersi come cessione di azienda il trasferimento di un'entità economica organizzata in maniera stabile la quale, in occasione del trasferimento, conservi la sua identità e consenta l'esercizio di un'attività economica finalizzata al perseguimento di uno specifico obiettivo; al fine di un simile accertamento occorre la valutazione complessiva di una pluralità di elementi, tra loro in rapporto di interdipendenza in relazione al tipo di impresa, consistenti nell'eventuale trasferimento di elementi materiali o immateriali e del loro valore, nell'avvenuta riassunzione in fatto della maggior parte del personale da parte della nuova impresa, dell'eventuale trasferimento della clientela, nonché del grado di analogia tra le attività esercitate prima o dopo la cessione. Vero è che l'ipotesi della cessione di azienda ricorre anche nel caso in cui il complesso degli elementi trasferiti non esaurisca i beni costituenti l'azienda o il ramo ceduti, tuttavia per la ricorrenza di detta cessione è indispensabile che i beni oggetto del trasferimento conservino un residuo di organizzazione che ne dimostri l'attitudine, sia pure con la successiva integrazione del cessionario, all'esercizio dell'impresa (sent. n. 27286 del 9/12/2005, rv. 586083; n. 23496 del 17/12/2004 (rv. 578713). Si deve, quindi, verificare che si tratti di un insieme organicamente finalizzato "ex ante" all'esercizio dell'attività di impresa (sent. n. 1913 del 30.1.2007, rv. 595833), di per sé idoneo a consentire l'inizio o la continuazione di quella determinata attività. In tal senso si è espressa anche la giurisprudenza invocata dalla difesa resistente (vedi sent. n. 8678 del 9.8.81 rv. 473452; n. 11149 del 1996, rv. 501306; n. 8362 del 1992 rv. 478113).

Si può, quindi, affermare che, se non è necessaria la cessione di tutti gli elementi che normalmente costituiscono l'azienda, deve tuttavia appurarsi che nel complesso di quelli ceduti permanga un residuo di organizzazione che ne dimostri l'attitudine all'esercizio dell'impresa, sia pure mediante la successiva integrazione da parte del cessionario".

Cass. S5, 2008/n. 24913:

"Come avvertito da questa sezione:

(a) si ha cessione d'azienda, soggetta ad imposta di registro proporzionale (e non ad IVA), quando le parti non hanno inteso trasferire una semplice somma di beni, ma un complesso organico unitariamente considerato, dotato di una potenzialità produttiva, tale da farne emergere ex ante la complessiva attitudine anche solo potenziale all'esercizio di impresa (Cass., trib.: 11 giugno 2007 n. 13580; 30 gennaio 2007 n. 1913; 30 maggio 2005 n. 11457; 20 giugno 2002 n. 8973), ovverosia (Cass., trib., 19 novembre 2007 n. 23857) quando "i beni strumentali ceduti siano atti, nel loro complesso e nella loro interdipendenza, all'esercizio di una impresa (anche se non si richiede che tale esercizio sia attuale, essendo sufficiente l'attitudine

potenziale all'utilizzo per un'attività d'impresa, né che la cessione comprenda anche le relazioni finanziarie, commerciali e personali)";

(b) a fini fiscali, per la qualificazione di un atto di trasferimento come cessione di azienda non rileva la circostanza che i singoli beni aziendali siano stati ceduti globalmente o con più atti separati, né la circostanza che il cedente sia un soggetto non munito di autorizzazioni all'esercizio dell'attività dell'azienda, e nemmeno la circostanza che al momento della cessione l'azienda fosse concretamente esercitata perché rileva unicamente la causa reale del negozio e la regolamentazione degli interessi effettivamente perseguiti dai contraenti (Cass., trib., 11 giugno 2007 n. 13580):

dette causa e regolamentazione, come ovvio, possono essere desunti esclusivamente dalla lettura delle conferenti disposizioni negoziali intervenute tra i paciscenti".

Se Fruendo nasce con il ramo di azienda descritto e al contempo si propone, come da propria fonte informativa, da un lato "la riduzione delle attività di back office, i cui processi stanno subendo una significativa reingegnerizzazione e automazione", dall'altro "l'apertura al mercato con acquisizione di nuove attività" ci pare evidente come già nel proprio imprinting, e non in forza di successive dinamiche e sviluppi di strategia aziendale, quel trasferimento immuti qualcosa di radicale e profondo.

E colpisce quel fregiarsi di esattamente 1064 dipendenti, che non sono altro che i dipendenti MPS, dapprima in prevalenza in distacco al COG, transitati quindi nella neodivisione AACA, al servizio della Banca e del Gruppo, che sin dal primo giorno vedono profilarsi la incerta prospettiva di prestare la propria attività con connotati di indubbia diversità, per altre banche, compagnie di assicurazione, altre aziende, pubbliche amministrazioni, nolenti *drivers* verso il vasto mercato. Al punto n. 13.8 del Master Service Agreement si contempla che il Fornitore Fruendo "presta e potrà prestare servizi a società concorrenti di BMPS", per il mercato, dunque, sebbene nel contesto di una essenziale prevalente monocommittenza.

Non può tuttavia non rilevarsi una certa anomalia del programma, posto che, come subito oltre (§ 9) esaminato, il preteso ramo di azienda trasferito non è in grado, da solo, di funzionare in relazione ai Servizi di pertinenza, mentre maggiormente comprensibile sarebbe stato il trasferimento del preteso ramo, con l'ambizione palesata, ad una solida azienda preesistente che lo avesse incorporato nella propria organizzazione più ampia per aprirsi al mercato.

*

§ 9. Considerazioni ulteriori (sui temi affrontati nei §§ 7 e 8) indotte dall'analisi valutativa del rapporto commerciale correlato all'operazione di cessione (§ 1.3).

Nella ricordata sentenza C-458/12, Amatori (§ 3 e 3.1), la Corte di Giustizia esclude che *"l'indipendenza del cessionario nei confronti del cedente costituisca un presupposto per l'applicazione della direttiva stessa"* (punto 47), tanto da ritenere irrilevante nel trasferimento tra due consociate di uno stesso gruppo, che costituiscono persone giuridiche distinte ognuna delle quali ha contratto rapporti di lavoro specifici con i rispettivi dipendenti, il fatto che le società di cui trattasi abbiano non soltanto gli stessi proprietari, ma anche la stessa direzione e gli stessi locali e siano impegnate nell'esecuzione della stessa opera (sentenza del 2 dicembre 1999, Allen e a., C-234/98, punto 17)(punto 48).

Precisa la Corte che una situazione in cui *"l'impresa cedente eserciti nei confronti del cessionario un intenso potere di supremazia, che si manifesta attraverso uno stretto vincolo di committenza ed una commistione del rischio di impresa, non può costituire, di per sé, un ostacolo all'applicazione della direttiva 2001/23"* (punto 50), pervenendo a rispondere alla seconda questione sollevata con il dichiarare: *"l'articolo 1, paragrafo 1, lettere a) e b), della direttiva 2001/23 deve essere interpretato nel senso che non osta a una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, la quale consenta la successione del cessionario al cedente nei rapporti di lavoro nell'ipotesi in cui, dopo il trasferimento della parte di impresa considerata, tale cedente eserciti un intenso potere di supremazia nei confronti del cessionario"*.

Abbiamo, peraltro, già chiarito, anche nel solco degli orientamenti da subito affermatasi nella giurisprudenza di legittimità, il senso (garantire, per quanto possibile, il mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di qualsiasi cambiamento dell'imprenditore, la continuità dei rapporti di lavoro esistenti nell'ambito di un'entità economica indipendentemente dal cambiamento di proprietario) e la portata complessiva dell'intervento in parola della CGUE (§ 3, 3.1 e 4), pienamente riaffermativo con rigore nel fenomeno del trasferimento di impresa comportante successione anche nei singoli rapporti di lavoro, dei necessari requisiti di preesistenza, di autonomia dell'organizzazione funzionale, di conservazione dell'identità.

Al punto 49, inoltre, è palese la preoccupazione della Corte di affrontare una esigenza di tutela, che si pone eminentemente nell'ambito dei trasferimenti tra società di uno stesso gruppo, mentre è evidente l'anomalia rappresentata dall'esercizio di una potente e intensa supremazia tra ambiti imprenditoriali non appartenenti al medesimo gruppo.

Al punto 3.3 del Master Service Agreement, già si è rilevato come si preveda, che nella prestazione dei Servizi il Fornitore Fruendo *"dovrà"* *"utilizzare gli applicativi e le infrastrutture di Information Technology messe a disposizione del COGMPS"*, sulla base di contestuale appalto di servizi a mezzo del quale il COGMPS si impegna a prestare alla NewCo e alle Società del suo Gruppo *"gli applicativi, incluse le relative licenze, e le infrastrutture relative ai servizi di Information Technology (...) necessari ai fini della fornitura dei Servizi"*. Così, nel § 14 dell'Allegato D (Servizi in Ambito) si conferma che per l'erogazione degli stessi *"verranno utilizzati i sistemi (ndgr: e gli applicativi)*

messi a disposizione da BMPS sulla base di quanto definito nel Contratto per i Servizi IT stipulato tra COGMPS e NewCo", e descritti nelle tabelle da p. 26 a p. 55. E secondo contenuto del tutto analogo prevede il contestuale Master Service Agreement, il distinto accordo quadro tra Accenture Insurance Services spa e la Banca Monte dei Paschi di Siena spa per la Fornitura dei Servizi, specificati nell'Allegato D (Servizi in Ambito).

Condivisibile pertanto il rilievo difensivo, che in buona sostanza, la Banca che ha ceduto il ramo d'azienda alla Fruendo, per poi conferirle un contratto per il servizio delle attività svolte dai dipendenti inseriti nel ramo ceduto, deve fornire alla società che gli fornisce il servizio tutto quel che serve per consentire l'effettiva fornitura del servizio; come analogo rilievo difensivo: ne consegue che in tanto la cessionaria è in grado di prestare a BMPS il servizio ceduto, in quanto quest'ultima le mette a disposizione gli strumenti applicativi necessari, in assenza di qualsivoglia competenza specialistica dei lavoratori intesa come Know-how in grado di sostenere l'autonoma funzionalità di un'attività d'impresa.

Prosegue, infatti, il punto 3.3 del Master Service Agreement (Accenture, ma analogamente al MSA Fruendo) "a questo scopo, in data odierna, NewCo ha sottoscritto con il COGMPS un contratto di appalto di servizi in base al quale quest'ultimo si è impegnato a prestare a favore di NewCo, del Fornitore e delle società del Gruppo del Fornitore gli applicativi, incluse le relative licenze, e le infrastrutture relative ai servizi di information technology (sostanzialmente analoghi a quelli attualmente prestati dal COG a beneficio delle Società Beneficarie) necessari ai fini della fornitura dei Servizi".

*Simile assetto organizzativo-produttivo consente di escludere la natura funzionalmente autonoma del ramo ceduto alla NewCo, posto che solo i contratti di appalto di servizi in questione, infatti, assicurano la funzionalità del composito di attività cedute, quindi solo attraverso l'intervento diretto del cedente, tramite il Consorzio di Gruppo. Il profilo relativo alla dipendenza in materia di Information Technology incrina invero *ab origine* la stessa autonomia funzionale dell'originario ceppo del preteso ramo distaccatosi dal COG per essere assorbito in BMPS, e puntualmente viene a riproporsi la relazione di dipendenza funzionale nel successivo trasferimento di preteso ramo di azienda da BMPS a Fruendo, un grado di dipendenza che, proprio per la natura dell'attività svolta dal back office, assume valore essenziale tale da porne in discussione l'autonomia funzionale.*

L'interdipendenza, pienamente fisiologica, nella originaria composizione della struttura del COGMPS, resta intatta anche dopo il secondo trasferimento da BMPS a Fruendo, con la anomalia, peraltro, di istituirsi tra due soggettività diverse, COGMPS e Fruendo, con grave e inammissibile limitazione della imprenditorialità, della libertà economica della NewCo, che pur si propone quale protagonista in più ampio mercato, obbligata alla utilizzazione della IT di COGMPS, anche se, per avventura, più costosa e/o meno efficiente.

Vale solo la pena sottolineare come questo aspetto sia idoneo da solo a destrutturare anche la identità di un ipotetico ramo ceduto, né sono stati trasferiti a Fruendo contratti in essere tra BMPS e COG, ma è stato predisposto

ad hoc un nuovo modello organizzativo, che prevede l'attivazione di una serie imponente di relazioni contrattuali indispensabili ai fini della fornitura dei servizi (v. ad es., ulteriormente, le previsioni sub § 18.3 Master Service Agreement BMPS-Fruendo).

Afferma BMPS l'instaurazione di un "sistema del tutto fisiologico di dialogo e di "commesse" necessitato dai contratti di appalto oggi in essere"; ancora, "committente e appaltatore "interagiscono" e "comunicano": MPS, del resto, proprio in qualità di committente, richiede l'erogazione dei servizi sulla base di proprie esigenze e ne verifica il rispetto dei livelli qualitativi e quantitativi contrattualizzati (Entrambi i contratti prevedono che, fin dal 1° gennaio 2014, i servizi erogati a MPS debbano rispondere, in termini quantitativi e qualitativi, a codificati "SLA" (Livelli di Servizio Attesi), il cui mancato rispetto comporta il pagamento di penali da parte di Fruendo/Accenture). Questa interazione (che mai si traduce nell'esercizio di un potere direttivo ed organizzativo da parte della Banca), peraltro, che è del tutto fisiologica in qualsiasi rapporto di appalto, lo è ancor più negli appalti in ambito bancario. Il dialogo con il sistema informatico della Banca, infatti, non solo è necessario per garantire, ad esempio, gli allineamenti contabili in tempo reale, ma è altresì rispettoso, come già osservato in memoria, di specifiche norme di vigilanza che impongono alle banche committenti di «gestire i rischi connessi con l'esternalizzazione» e di mantenere la capacità di (re)internalizzare, in caso di emergenze, i servizi appaltati (Cfr. Circolare n. 263 del 27 dicembre 2006. Proprio per garantire il rispetto di tale normativa, nei contratti di appalto è specificato che «MPS, attraverso il ricorso all'esternalizzazione, non intende delegare al Fornitore, in tutto o in parte, le proprie responsabilità, né la responsabilità degli organi aziendali».

Se in quanto precede vi è un nucleo di verità intoccabile, l'analisi puntuale del rapporto commerciale (ad es. sub § 13 del Master Service Agreement, come nel Modello Operativo) non è dubbio condurre alla individuazione di vincoli operativi e sinergici continui, che trascendono una dinamica fisiologica per realizzare la instaurazione di una complessa interrelazione organizzativa, che al contempo esclude l'autonomia funzionale dell'oggetto ceduto, disvelando una intensa interazione in vista di un processo produttivo che resta unico ancorchè ripartito solo formalmente tra soggettività distinte, e in ogni caso ne tradisce in ipotesi la originaria identità.

Argomenta BMPS in ordine al requisito dell'assunzione di un rischio d'impresa in capo all'appaltatore, "(essere) anch'esso fuori discussione. (...) infatti, son stati concordati tra le parti corrispettivi forfetari ed omnicomprensivi di anno in anno decrescenti a fronte di volumi di lavorazione costanti. Il che significa che Fruendo, proprio per contrastare tale meccanismo che la porterebbe ad operare in perdita con il passare degli anni, ha assunto contrattualmente un duplice rischio: industriale e commerciale. E' infatti obbligata, da un lato, ad efficientare e perfezionare i processi di lavorazione dei servizi appaltati da MPS (rischio "industriale", che Fruendo sta affrontando

forte delle competenze e dell'elevatissimo e specifico know how dei suoi soci), in modo da liberare energie lavorative da poter assegnare anche ai nuovi clienti e alla nuove commesse che riuscirà, negli anni, a reperire (rischio "commerciale"). E Fruendo, come detto, sta finora vincendo la sfida su entrambi di fronti".

Tuttavia, anche su questo fronte, talune perplessità scaturiscono dalla specifica disciplina della limitazione di responsabilità contenuta nel Master Service Agreement (§ 8.12 ss., 28.1 ss.), sia di natura contrattuale che extracontrattuale, e attraverso un contenimento, peraltro secretato nella esatta misura, delle relative penali, come dalla previsione di un periodo di transizione, di durata anch'essa secretata e in ogni caso estensibile su accordo delle parti, in cui le responsabilità delle parti sono regolate sulla scorta di un allegato non reso disponibile alla conoscenza.

Il rilievo si inserisce confermativamente nella esclusione di una autonomia funzionale del preteso ramo ceduto.

Ulteriore profilo destinato a sgretolare una supposta conservazione di identità nella transizione del presunto ramo d'azienda è dato, come in più passi precedentemente accennato (in specie § 1.3), dall'ingresso indiretto e diretto di un terzo, Accenture, sia pure detentore del 40 % delle quote di Fruendo srl.

Esaminando il Master Service Agreement BMPS-Accenture, nel § 7, p. 15 ss. si prevede che per l'erogazione dei Servizi in ambito verranno utilizzati sia strumenti di proprietà Accenture, definiti nel § 7.1 (BPO Navigator, ATCAT, Fusion) con omissis, strumenti messi a disposizione che "saranno personalizzati in base alle esigenze di Servizio di BMPS". Nel § 7.2 sono specificati gli applicativi BMPS utilizzati per i singoli Servizi, ma nella produzione offerta si specifica soltanto il nome del singolo Processo, non applicazioni e sistemi a supporto.

E' evidente, anche nei riguardi di Accenture, come la grande maggior parte degli strumenti a supporto dei servizi inerenti alla cessione resti nella disponibilità di BMPS, in ciò confremendosi quanto più volte argomentato, l'assenza di autonomia funzionale del preteso ramo ceduto.

Ed è poi nel contratto di subappalto tra Accenture Insurance Services spa e Fruendo srl, che emerge ulteriormente la figura del terzo, estraneo al ramo di azienda ceduto, che presta alla Banca un servizio di BPO "arricchito", con propria organizzazione, evidentemente estranea al ramo di azienda ceduto.

Non solo: al § 4.6 del contratto in parola si specifica che, pur dichiarandosi Fruendo srl "in possesso di capitali, macchine, personale e attrezzature necessari e sufficienti a garantirne l'esecuzione a regola d'arte", ai fini della erogazione dei Servizi sarà Accenture a mettere a disposizione dell'Unità FLACF di Fruendo, "a titolo gratuito", due tool, coperti da omissis.

Dunque, anche nella esecuzione della parte di base del servizio del presunto ramo, deve intervenire altra struttura aziendale, quella del terzo

Accenture, denunciandosi anche per tale via le carenze di autonomia funzionale e organizzativa del ramo ceduto a Fruendo, non in grado conseguentemente di assolvere ab initio al proprio ruolo imprenditoriale.

Al riguardo, rileviamo incidentalmente come in collegamento con la cessione BMPS abbia stipulato due distinti contratti di appalto: uno che assegna in parte determinati servizi al personale BMPS transitato in Fruendo; l'altro che assegna un numero consistente di attività e servizi, con appalto diretto, alla società Accenture, la quale poi, a sua volta, subappalta a Fruendo. L'operazione descritta non appare, in effetti, conforme ai requisiti di legittimità posti dall'art. 2112 c.c. con specifico riferimento all'ipotesi dell'appalto di servizi per la gestione dell'attività di impresa relativa al ramo ceduto, dove la norma individua espressamente l'appaltatore nell'acquirente del medesimo ramo (v. ult. co.). Nel caso di specie invece l'appaltatore è stato coindividuato in un soggetto diverso (Accenture) che coinvolge quale mero subappaltatore il cessionario Fruendo.

Nel provvedimento 20/12/2013 dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (riportato nel § 10 seguente) si rileva: *"contestualmente alla cessione del ramo d'azienda, BMPS stipulerà due distinti contratti di servizi che avranno ad oggetto la fornitura dei seguenti servizi di back office da parte di NewCo a BMPS (di seguito servizi):*

- operatività di rete; attività amministrative e credito: credito accentrato banche e credito

accentrato rete; attività aziendali e contabili: ciclo passivo e utenze e tasse (di seguito ambito Accenture), che sarà svolto dalla cd. Business Unit Accenture e gestito quindi dalla sola Accenture.

In particolare, NewCo, tramite apposito contratto, presterà ad Accenture i servizi di back office relativi a lavorazioni di base necessarie per Accenture per la prestazione dei propri servizi nell'ambito Accenture;

- operatività di rete promozione finanziaria; incassi e pagamenti: portafoglio Italia c/c e depositi; flussi telematici, pos e ccc; regolamenti; amministrazione pagamenti estero; portafoglio e operatività estera accentrata; monetica: amministrazione monetica; antifrode monetica e credito; attività amministrative e credito: indagini bancarie; attività ausiliare: logistica strutture centrali; gestione documenti e stampe. assistenza: help-desk interno; help-desk tecnico (di seguito ambito NewCo), che sarà svolto dalla Business Unit Bassilichi".

Le descritte dinamiche commerciali e contrattuali, ancorché solo tratteggiate, denotano ulteriormente, come anticipato, una assoluta perdita di identità dell'ipotetico ramo di azienda trasferito, oltre a confermarne la inesistente autonomia funzionale, stante la precostituita e non sopravvenuta rivoluzione organizzativa, con tanto di ingresso diretto e indiretto di un soggetto imprenditoriale terzo nella gestione dell'oggetto economico-produttivo ceduto.

Conferma indiretta delle valutazioni esposte, in ordine alla mancanza di autonomia funzionale della entità trasferita a Fruendo, ma soprattutto in ordine alla perdita di identificazione dell'attività economica ceduta, si ha dall'autorevole responso dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato al quale abbiamo appena sopra accennato.

*

§ 10. L'intervento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Sua portata interpretativa.

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato è, come noto (lo si riporta solo a fini documentari, da fonte informativa ufficiale) una Autorità amministrativa indipendente che svolge la sua attività e prende decisioni in piena autonomia rispetto al potere esecutivo. È stata istituita con la legge n. 287 del 10/10/1990, recante "*Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*".

L'Autorità è organo collegiale e le sue decisioni vengono assunte a maggioranza. Il Presidente e i componenti dell'Autorità sono nominati dai Presidenti di Camera e Senato e durano in carica 7 anni, non rinnovabili.

Il collegio è composto dal Presidente (Giovanni Pitruzzella, dal 29/11/2011) e da due componenti, Salvatore Rebecchini (dal 5/3/ 2009) Gabriella Muscolo (dal 16/5/2014)(per contenere la spesa complessiva delle Autorità amministrative indipendenti, il legislatore ha ridotto il numero dei componenti dell'Antitrust da cinque a tre - art. 23, co. 1, lett. d, del d.l. 6/12/2011, convertito con modificazioni dalla l. 22/12/2011, n. 214 - compreso il Presidente.

Il Segretario Generale, che ha il compito di sovrintendere al funzionamento degli uffici ed è il responsabile della struttura, viene nominato dal Ministro dello Sviluppo Economico su proposta del Presidente dell'Autorità. L'attuale Segretario Generale, Roberto Chieppa, è stato nominato il 19/12/2011.

La sede unica dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato è a Roma.

I principali ambiti di intervento dell'Autorità sono:

a) garantire la tutela della concorrenza e del mercato

Legge n. 287 del 1990;

b) contrastare le pratiche commerciali scorrette nei confronti dei consumatori e delle microimprese, tutelare le imprese dalla pubblicità ingannevole e comparativa, nonché vigilare affinché nei rapporti contrattuali tra aziende e consumatori non vi siano clausole vessatorie;

Decreto legislativo n. 206 del 2005 (Codice del Consumo)

Decreto Legislativo n.1 45 del 2007

c) vigilare sui conflitti di interesse in cui possono incorrere i titolari di cariche di Governo

Legge n. 215 del 2004;

d) attribuire alle imprese che ne facciano richiesta il rating di legalità

Decreto legge n. 1 del 2012, art. 5-ter.

Inoltre, le competenze dell'Autorità comprendono anche: la repressione degli abusi di dipendenza economica che abbiano rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato, la vigilanza sui rapporti contrattuali nella filiera agro-alimentare, l'applicazione della normativa nazionale relativa al ritardo nei pagamenti; il potere di vigilanza sulla commercializzazione dei diritti sportivi; i poteri consultivi previsti dal Codice delle comunicazioni elettroniche in materia di trasferimento delle radiofrequenze e di analisi dei mercati rilevanti dei prodotti e servizi relativi alle comunicazioni elettroniche.

Per ogni caso o segnalazione, il Presidente nomina un relatore tra i componenti dell'Autorità. Sulla base degli elementi raccolti dalle Direzioni che svolgono l'attività istruttoria e sentite le parti nell'audizione finale, l'organo collegiale dell'Autorità prende la decisione in una successiva e separata riunione, in cui il caso è introdotto dal relatore. Tale decisione può essere adottata a maggioranza. Le funzioni di verbalizzante sono svolte dal Segretario Generale, che partecipa alla discussione ma non è parte dell'organo collegiale. I provvedimenti recano l'indicazione del componente che ha svolto le funzioni di relatore e la data della seduta; essi sono sottoscritti dal Presidente e dal Segretario Generale. Le decisioni di archiviazione, nelle materie della concorrenza, della tutela del consumatore e del conflitto di interessi sono prese dall'Autorità e comunicate dal Segretario Generale.

Avverso tutte le decisioni assunte dall'Autorità, ivi comprese quelle riguardanti l'applicazione della normativa a tutela della concorrenza, è possibile ricorrere presso il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, al fine di ottenerne l'annullamento; il ricorso in appello si propone dinanzi al Consiglio di Stato.

Quando l'Autorità riceve una denuncia o raccoglie informazioni riguardo a possibili pregiudizi alla concorrenza, il caso viene assegnato alla Direzione competente per materia. La Direzione svolge un'indagine preliminare e propone all'Autorità di avviare o meno un'istruttoria. Nel caso che l'Autorità decida di avviare l'istruttoria, i soggetti direttamente interessati ne vengono ufficialmente avvisati. Le parti hanno il diritto di essere sentite e di prendere visione dei documenti che riguardano l'istruttoria, a meno che questi non siano coperti da riservatezza, secondo le disposizioni della legge n. 241/90.

Almeno trenta giorni prima della chiusura alle parti, nonché ai soggetti interessati che siano stati ammessi a partecipare al procedimento, viene inviata la comunicazione delle risultanze istruttorie, che indica le valutazioni che l'Autorità ha fin lì ritenuto di formulare sulla base dell'istruttoria, circa la sussistenza dell'indagata violazione della normativa sulla concorrenza. Le parti, che possono presentare memorie scritte fino a cinque giorni prima della chiusura dell'istruttoria, hanno diritto di essere ascoltate in audizione finale.

Nel corso di tale audizione, le imprese interessate e la Direzione che ha condotto l'istruttoria esprimono le rispettive posizioni, discutendo i risultati dell'indagine, al cospetto del Collegio.

Nel corso dell'istruttoria vengono raccolte le informazioni necessarie per una valutazione adeguata del caso. Ciò può avvenire con il concorso delle parti stesse e anche ricorrendo a esperti del settore nominati dall'Autorità o richiedendo informazioni a pubbliche amministrazioni. In alcuni casi può essere ritenuto opportuno effettuare ispezioni presso le imprese indagate per prendere visione diretta e ritirare una copia dei documenti aziendali rilevanti, avvalendosi della collaborazione della Guardia di Finanza, che, a seguito dell'approvazione della legge comunitaria per il 1994, modificata nel 1999, può utilizzare i poteri previsti dalla normativa tributaria. Sulle informazioni così raccolte vige il vincolo del segreto d'ufficio.

L'obbligo di riservatezza riguarda del resto tutte le attività di indagine e istruttorie, nel senso che il contenuto del fascicolo istruttorio è acquisibile solamente dalle parti del procedimento e da quanti sono intervenuti in esso.

Nei casi di urgenza dovuta al rischio di un danno grave e irreparabile per la concorrenza, l'Autorità può adottare d'ufficio, misure cautelari per un determinato periodo di tempo e può infliggere sanzioni amministrative pecuniarie fino al 3% del fatturato qualora le imprese non vi adempiano.

Nel caso delle concentrazioni il termine, fissato per legge, per decidere se aprire un'istruttoria è di 30 giorni e quello per concluderla è di 45 giorni.

Per le intese e per gli abusi di posizione dominante l'Autorità fissa di volta in volta il termine per la conclusione del procedimento: in genere, dall'avvio dell'istruttoria viene fissato un termine di 240 giorni per la conclusione della stessa (*).

(*) In materia di concorrenza, le procedure istruttorie sono regolate dal decreto del Presidente della Repubblica del 30 aprile 1998, n. 217.

Con specifica attinenza al caso concreto, assume rilievo la l. 1990/n. 287, art. 5 (Operazioni di concentrazione):

"1. L'operazione di concentrazione si realizza:

a) quando due o piu' imprese procedono a fusione;

b) quando uno o piu' soggetti in posizione di controllo di almeno un'impresa ovvero una o piu' imprese acquisiscono direttamente od indirettamente, sia mediante acquisto di azioni o di elementi del patrimonio, sia mediante contratto o qualsiasi altro mezzo, il controllo dell'insieme o di parti di una o piu' imprese;

c) quando due o piu' imprese procedono, attraverso la costituzione di una nuova societa', alla costituzione di un'impresa comune.

2. L'assunzione del controllo di un'impresa non si verifica nel caso in cui una banca o un istituto finanziario acquisti, all'atto della costituzione di un'impresa o dell'aumento del suo capitale, partecipazioni in tale impresa al fine di rivenderle sul mercato, a condizione che durante il periodo di possesso di dette partecipazioni, comunque non superiore a ventiquattro mesi, non eserciti i diritti di voto inerenti alle partecipazioni stesse.

3. *Le operazioni aventi quale oggetto o effetto principale il coordinamento del comportamento di imprese indipendenti non danno luogo ad una concentrazione*”.

Art. 6 (Divieto delle operazioni di concentrazione restrittive della libertà di concorrenza):

“1. Nei riguardi delle operazioni di concentrazione soggette a comunicazione ai sensi dell'articolo 16, l'Autorità valuta se comportino la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante sul mercato nazionale in modo da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza. Tale situazione deve essere valutata tenendo conto delle possibilità di scelta dei fornitori e degli utilizzatori, della posizione sul mercato delle imprese interessate, del loro accesso alle fonti di approvvigionamento o agli sbocchi di mercato, della struttura dei mercati, della situazione competitiva dell'industria nazionale, delle barriere all'entrata sul mercato di imprese concorrenti, nonché dell'andamento della domanda e dell'offerta dei prodotti o servizi in questione.

2. L'Autorità, al termine dell'istruttoria di cui all'articolo 16, comma quarto, quando accerti che l'operazione comporta le conseguenze di cui al comma primo, vieta la concentrazione ovvero l'autorizza prescrivendo le misure necessarie ad impedire tali conseguenze”.

La decisione dell'Antitrust, provvedimento n. 24709, BOLLETTINO N. 1 DEL 7 GENNAIO 2014, p. 35 ss.: OPERAZIONI DI CONCENTRAZIONE C11930 – BASSILICHI-ACCENTURE INSURANCE SERVICES-FRUENDO/RAMO DI AZIENDA DI BANCA MONTE PASCHI DI SIENA

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 20 dicembre 2013;

SENTITO il Relatore Dottor Salvatore Rebecchini;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTA la comunicazione della società Accenture Insurance Service S.p.A., pervenuta in data 29 novembre 2013;

CONSIDERATO quanto segue:

I. LE PARTI Bassilichi S.p.A. (di seguito Bassilichi) è una società avente come oggetto, tra gli altri, la prestazione di servizi di installazione, manutenzione, gestione e noleggio di attrezzature, software e sistemi per i settori: microinformatica, microfilm, trattamento carta e denaro, monetica e sistemi di pagamento, sistemi ottici, sistemi self service, help desk, call center, assistenza clienti.

Il capitale sociale di Bassilichi è detenuto da una pluralità di persone fisiche e da alcune società, tra cui banche e società finanziarie, nessuna delle quali ne detiene il controllo.

Nel 2012 Bassilichi ha realizzato a livello mondiale un fatturato pari a circa [100-482] milioni di euro, interamente realizzato nell'Unione Europea, di cui circa [100-482]* milioni di euro per vendite in Italia.*

* Nella presente versione alcuni dati sono omessi, in quanto si sono ritenuti sussistenti elementi di riservatezza o di segretezza delle informazioni.

Accenture Insurance Services S.p.A. (di seguito Accenture) è una società che svolge attività di progettazione, produzione e realizzazione, avviamento, manutenzione e gestione di sistemi informatici sia di base che applicativi nell'ambito della strutturazione del layout (disposizione logistica) di fabbrica e dei processi industriali, amministrativi, distributivi ed operativi in genere, organizzazione dello sviluppo delle risorse umane, delle strategie e consulenze informatiche ed aziendali verso imprese o gruppi industriali, bancari, assicurativi e finanziari in genere, enti ed istituzioni pubbliche e private; attività di elaborazione dati, tenuta di contabilità aziendali, gestione di attività amministrative.

Accenture appartiene all'omonimo gruppo, facente capo ad Accenture PIC (società quotata al NYSE).

Nel 2012 il Gruppo Accenture ha realizzato a livello mondiale un fatturato consolidato pari a circa 20,6 * miliardi di euro, di cui circa 1,3 [1-2] miliardi di euro per vendite in Italia.

* Il fatturato è calcolato al tasso di cambio Euro/USD al 22/11/2013.

Oggetto di acquisizione è il ramo d'azienda di Banca Monte Paschi di Siena S.p.A. (di seguito BMPS) attualmente attivo nello svolgimento dei servizi di back office (attività ausiliarie di tipo amministrativo e/o contabile e di supporto operativo), nonché nelle attività contabili e amministrative connesse alla gestione ed erogazione di specifici servizi (ciclo attivo, ciclo passivo e ciclo cespiti) internamente al Gruppo BMPS; si tratta quindi di un ramo di azienda cd. captive che non ha mai prestato servizi al mercato.

La stima dei costi del ramo di azienda oggetto di acquisizione è quantificabile in circa [48-100] milioni di euro *.

* L'indicazione dei costi del ramo di BMPS è una stima per l'anno 2013 basata anche sui costi dell'anno 2012.

II. DESCRIZIONE DELL'OPERAZIONE

L'operazione in esame consiste nell'acquisizione, da parte di Accenture e Basilichi, per il tramite della società di nuova costituzione Fruendo S.r.l. (di seguito NewCo), del ramo d'azienda di BMPS precedentemente descritto.

In particolare, il ramo d'azienda BMPS verrà da questa ceduto a NewCo, il cui capitale sociale sarà detenuto per il 60% da Basilichi e per il 40% da Accenture. La struttura organizzativa di NewCo prevede la costituzione di due Business Unit, una di competenza di Accenture (BU Accenture) e una di competenza di Basilichi (BU NewCo), chiaramente destinate a differenti ambiti di attività e dotate di autonomia gestionale e operativa.

Contestualmente alla cessione del ramo d'azienda, BMPS stipulerà due distinti contratti di servizi che avranno ad oggetto la fornitura dei seguenti servizi di back office da parte di NewCo a BMPS (di seguito servizi):

- operatività di rete; attività amministrative e credito: credito accentrato banche e credito

accentrato rete; attività aziendali e contabili: ciclo passivo e utenze e tasse (di seguito ambito Accenture), che sarà svolto dalla cd. Business Unit Accenture e gestito quindi dalla sola Accenture.

In particolare, NewCo, tramite apposito contratto, presterà ad Accenture i servizi di back office relativi a lavorazioni di base necessarie per Accenture per la prestazione dei propri servizi nell'ambito Accenture;

- operatività di rete promozione finanziaria; incassi e pagamenti: portafoglio Italia c/c e depositi; flussi telematici, pos e ccc; regolamenti; amministrazione pagamenti estero; portafoglio e operatività estera accentrata; monetica: amministrazione monetica; antifrode monetica e credito; attività amministrative e credito: indagini bancarie; attività ausiliare: logistica strutture centrali; gestione documenti e stampe. assistenza: help-desk interno; help-desk tecnico (di seguito ambito NewCo), che sarà svolto dalla Business Unit Basilichi.

Come individuato nel "Piano di organizzazione" * di NewCo, anche al fine di tenere le rispettive responsabilità separate e distinte, le parti hanno individuato: un ambito di riferimento Accenture, dato dalle attività gestite sotto il controllo e la responsabilità di Accenture in quanto oggetto del contratto Accenture; un ambito di riferimento Basilichi dato dalle attività gestite sotto il controllo e la responsabilità di Basilichi, in quanto oggetto del contratto NewCo.

* Il Piano di Organizzazione definisce l'organizzazione aziendale di NewCo comune alle due Unità Organizzative, nonché le modalità dell'operatività di queste ultime.

Ai sensi del patto parasociale stipulato tra le parti, l'amministrazione di NewCo verrà affidata a un Consiglio di Amministrazione costituito da un numero complessivo di cinque consiglieri, di cui tre nominati da Basilichi e due da nominati da Accenture. Inoltre, il Patto assegna ad Accenture una serie di diritti idonei a conferire a quest'ultima il potere di esercitare un'influenza determinante sull'indirizzo dell'attività di NewCo.

L'operazione nasce dalla decisione di BMPS di esternalizzazione dei servizi di back office.

Con riferimento all'autonomia funzionale e gestionale dell'impresa comune, dalla documentazione prodotta dalle parti risulta che NewCo non dispone di risorse sufficienti tali da poter prestare i servizi in autonomia, né ha la capacità di dirigere l'impresa con un management proprio e indipendente ed in assenza di meccanismi di gestione da parte di Basilichi e Accenture. Non ha altresì la capacità di svolgere tutte le funzioni normalmente svolte dalle altre imprese attive sul medesimo mercato in autonomia dalle imprese fondatrici: infatti, NewCo ha esclusivamente la funzione di consentire ad Accenture e Basilichi di prestare i servizi a BMPS che erano precedentemente prestati dal ramo internamente a BMPS stessa. NewCo poi nell'ambito di una tipica situazione di outsourcing, dipende da Accenture e Basilichi, presta i propri servizi esclusivamente all'impresa cliente BMPS e dipende, per tutti tali servizi, dal contributo delle società madri.

III. QUALIFICAZIONE DELL'OPERAZIONE

L'operazione comunicata non comporta la costituzione di un'impresa comune con funzioni di entità economica autonoma ai sensi dell'articolo 5, comma 1, lettera c), della legge n. 287/90.

Al riguardo, le previsioni contenute negli accordi stipulati tra le parti inducono a ritenere che la NewCo non avrà una propria autonomia funzionale e operativa. Infatti, secondo quanto previsto, NewCo, presta i propri servizi esclusivamente all'impresa cliente BMPS e dipende, per lo svolgimento di tale attività, da Bassilichi e Accenture sia sotto il profilo delle risorse che degli indirizzi gestionali.

Inoltre, le imprese madri sono entrambe presenti nel mercato rilevante, ovvero quello dei servizi di back office in Italia.

Alla luce di tali considerazioni si ritiene, quindi, che l'operazione comunicata non abbia natura concentrativa. In ogni caso, l'Autorità si riserva di valutare l'esistenza di ogni altro profilo concorrenziale dell'operazione.

RITENUTO, pertanto, sulla base delle considerazioni svolte, che la costituzione dell'impresa comune in esame non costituisce un'operazione di concentrazione, ai sensi dell'articolo 5, comma 3, della legge n. 287/90;

5 [Omissis].

6 In data 19 luglio 2013 e 2 agosto 2013, Accenture S.p.A. (società del Gruppo Accenture e controllante di Accenture) e Bassilichi hanno presentato un'offerta a BMPS per l'aggiudicazione, ciascuno per un diverso ambito, dell'incarico relativo alla societizzazione dei servizi, con contestuale cessione del ramo.

DELIBERA

che non vi è luogo a provvedere.

Le conclusioni di cui sopra saranno comunicate, ai sensi dell'articolo 16, comma 4, della legge n. 287/90, alle imprese interessate e al Ministro dello Sviluppo Economico.

Il presente provvedimento verrà pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

IL SEGRETARIO GENERALE

Roberto Chieppa

IL PRESIDENTE

Giovanni Pitruzzella

In generale, sul ruolo dell'intervento dell'AGCM, riportiamo sempre per completezza documentaria, Cass. S1, 2014/n. 9104:

"nel nostro ordinamento il meccanismo di attuazione delle norme poste a tutela della concorrenza ha una struttura duplice, pubblica e privata. Infatti, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato opera su un piano pubblicistico, essendo ad essa istituzionalmente affidata dalla legge la funzione di "autorità nazionale competente per la tutela della concorrenza" (L. n. 287 del 1990, art. 10, comma 4), ed agisce anche d'ufficio, nell'interesse pubblico ed in posizione di indipendenza, per dare attuazione alle norme che vietano intese ed abusi di posizione dominante (L. n. 287 del 1990, artt. 2, 3 e 4). L'Autorità ha, tra l'altro, poteri di accertamento degli illeciti antitrust e poteri

sanzionatori di natura amministrativa che svolgono una funzione deterrente. In sede civile, invece (...) La distinzione tra tutela pubblica (public enforcement) e tutela privata (private enforcement) si fonda sulla diversità dei presupposti della tutela pubblica "che soddisfa un'esigenza diversa da quella concessa dal giudice ordinario, laddove quest'ultimo si pronuncia soltanto su ricorso di parte (in genere, imprese concorrenti) per la tutela di un interesse privato, mentre l'Autorità agisce di sua iniziativa per tutelare l'interesse pubblico primario di rilevanza comunitaria e costituzionale, alla salvaguardia di un mercato concorrenziale" (TAR Lazio sez. 1[^], 7 marzo 2006, n. 1713). Nel nostro ordinamento, pertanto, a differenza di quanto accade in altri ordinamenti (ad es. in Germania e nel Regno Unito), l'azione davanti al giudice civile non è subordinata ad una previa pronuncia dell'Autorità, in virtù dell'autonomia dei rapporti tra azione amministrativa e giudiziaria, ed il provvedimento assunto dal Garante non è vincolante per il giudice ordinario neppure nel caso, come quello in esame, in cui abbia superato con successo il vaglio del giudice amministrativo. Ciò non solo perché il privato consumatore è normalmente estraneo al giudizio amministrativo, ma anche perché il giudicato amministrativo si forma soltanto sulla legittimità dell'atto assunto dall'Autorità garante. Il controllo del giudice amministrativo - anche quando si sostanzia in una verifica dei fatti volta ad accertare che il processo valutativo seguito dall'Autorità e la ricostruzione da essa operata siano immuni da travisamenti e vizi logici, ed a valutare che le norme giuridiche siano state correttamente individuate, interpretate ed applicate (Cons. Stato sez. 6[^], 10 marzo 2006, n. 1271) - non comporta mai una traslazione di poteri dall'Autorità al giudice (Cass. s.u. 17 marzo 2008, n. 7063). Inoltre, il giudicato amministrativo non concerne il rapporto tra l'impresa sanzionata ed il singolo consumatore.

D'altro canto, le due tutele sono tra loro complementari, come in ambito comunitario non ha mancato di sottolineare il Reg. CE n. 1/2003 (nel considerando n. 7), affermando che le giurisdizioni nazionali "svolgono un ruolo complementare rispetto a quello delle autorità antitrust nazionali e della stessa Commissione". La sinergia delle due tutele, infatti, accresce l'efficacia complessiva della normativa antitrust. Inoltre, il principio di effettività e di unitarietà dell'ordinamento non consente di ritenere irrilevante il provvedimento del Garante nel giudizio civile, considerato anche che le due tutele sono previste nell'ambito dello stesso testo normativo e nell'ambito di un'unitaria finalità. In tale prospettiva assume rilievo anche l'evidente asimmetria informativa tra l'impresa partecipe dell'intesa anticoncorrenziale ed il singolo consumatore, che si trova, salvo casi eccezionali da considerare di scuola, nell'impossibilità di fornire la prova tanto dell'intesa anticoncorrenziale quanto del conseguente danno patito e del relativo nesso di causalità. Al riguardo giova anche ricordare che, sia pure con esclusivo riferimento all'azione di classe, il sesto comma dell'art. 140 bis del codice del consumo (D.Lgs. n. 206 del 2005) prevede che il tribunale, nella fase di valutazione di ammissibilità della domanda, "può sospendere il giudizio quando sui fatti rilevanti ai fini del decidere è in corso un'istruttoria davanti a un'autorità indipendente ovvero un giudizio davanti al giudice amministrativo". Tutti tali

elementi, non potendosi ritenere che l'attribuzione ai singoli consumatori dell'azione di risarcimento dei danni si risolva in una mera affermazione di principio, convergono verso la conclusione che nel giudizio civile il provvedimento del Garante abbia una elevata attitudine probatoria tanto con riferimento all'accertamento della condotta anticoncorrenziale quanto con riferimento alla idoneità a procurare un danno ai consumatori. In proposito, la giurisprudenza di questa Corte ha parlato di "prova privilegiata", connettendo tuttavia all'espressione non sempre un univoco significato; mentre, infatti, in un caso (Cass. 13 febbraio 2009, n. 3640) si afferma che le parti hanno comunque la possibilità di offrire prove a sostegno dell'accertamento del Garante o ad esso contrarie, in altre pronunzie (Cass. 20 giugno 2011, n. 13486, Cass. 9 maggio 2012, n. 7039) si afferma che all'impresa sanzionata non è consentito "nel giudizio civile rimettere in discussione i fatti costitutivi dell'affermazione di sussistenza della violazione della normativa in tema di concorrenza in base allo stesso materiale probatorio od alle stesse argomentazioni già disattesi in quella sede".

Dunque, se appaiono sistematicamente corrette le osservazioni sviluppate in particolare da Fruendo srl – a seconda delle varianti processuali, punti 34 ss. comparsa di intervento; p. 49 ss. (circa) in memoria difensiva ex art. 416 cpc, ma v. anche BMPS, memoria difensiva – essenzialmente in ordine alla necessaria contestualizzazione dell'intervento dell'AGCM, sul piano normativo, concettuale, finalistico, non potrebbe tuttavia sostenersi che il provvedimento 20/12/2013, n. 24709, parli di tutt'altra cosa, rispetto all'oggetto della presente controversia, come non possono ignorarsi alcuni dati e valutazioni così autorevolmente, anche sul piano tecnico, offerti e non contestati, che assumono certamente un valore di elemento probatorio (in tal senso cfr. Cass. 2014/n. 9104 cit.).

L'AGCM non è intervenuta nell'ottica valutativa del ramo ceduto, ma piuttosto incentrando l'attenzione sull'imprenditore Fruendo in rapporto ai *joint venturers* Basilichi e Accenture, al fine di verificare la natura non *concentrativa* ma *cooperativa* dell'operazione segnalata, ma, come detto, anche dall'alto di una posizione informativa, oltre che tecnica, privilegiata, ha effettuato una serie di rilievi:

nella descrizione dell'operazione compiuta bene è evidenziata la scomposizione progettata e subita dall'oggetto della cessione, disaggregazione in due distinte *Business Unit*, "chiaramente destinate a differenti ambiti di attività e dotate di autonomia gestionale e operativa", con correlata divaricazione in due ambiti commerciali caratterizzati e disciplinati dai distinti contratti di Servizi, gestiti da Accenture e Fruendo, "ambiti di riferimento" con "rispettive responsabilità separate e distinte".

Ancora, rileva l'Autorità, sebbene "il Piano di Organizzazione definisca l'organizzazione aziendale di NewCo comune alle due Unità Organizzative, nonché le modalità dell'operatività di queste ultime, ai sensi del patto parasociale stipulato tra le parti, l'amministrazione di NewCo verrà affidata a

un Consiglio di Amministrazione costituito da un numero complessivo di cinque consiglieri, di cui tre nominati da Basilichi e due da nominati da Accenture. Inoltre, il Patto assegna ad Accenture una serie di diritti idonei a conferire a quest'ultima il potere di esercitare un'influenza determinante sull'indirizzo dell'attività di NewCo".

Infine, "con riferimento all'autonomia funzionale e gestionale dell'impresa comune, dalla documentazione prodotta dalle parti risulta che NewCo non dispone di risorse sufficienti tali da poter prestare i servizi in autonomia, né ha la capacità di dirigere l'impresa con un management proprio e indipendente ed in assenza di meccanismi di gestione da parte di Basilichi e Accenture. Non ha altresì la capacità di svolgere tutte le funzioni normalmente svolte dalle altre imprese attive sul medesimo mercato in autonomia dalle imprese fondatrici: infatti, NewCo ha esclusivamente la funzione di consentire ad Accenture e Basilichi di prestare i servizi a BMPS che erano precedentemente prestati dal ramo internamente a BMPS stessa. NewCo poi nell'ambito di una tipica situazione di outsourcing, dipende da Accenture e Basilichi, presta i propri servizi esclusivamente all'impresa cliente BMPS e dipende, per tutti tali servizi, dal contributo delle società madri"; "le previsioni contenute negli accordi stipulati tra le parti inducono a ritenere che la NewCo non avrà una propria autonomia funzionale e operativa. Infatti, secondo quanto previsto, NewCo, presta i propri servizi esclusivamente all'impresa cliente BMPS e dipende, per lo svolgimento di tale attività, da Basilichi e Accenture sia sotto il profilo delle risorse che degli indirizzi gestionali".

Riteniamo che anche questi dati (del resto confermativi di quanto ricostruito documentalmente nella presente controversia), qui sottolineandosi il loro richiamo al solo fine rafforzativo, confermino che l'oggetto trasferito non assurgesse ad entità economica dotata di una propria identità e sufficiente strutturazione ed autonomia funzionale, come insieme di mezzi organizzati al fine di svolgere un'attività economica, sia essa essenziale o accessoria, e, in ogni caso, il genetico stravolgimento organizzativo della identità del ramo in occasione e all'atto della sua cessione, anche con il preponderante intervento di terzi, si ponga in contrasto con la presentazione da sempre offerta da BMPS di una unitaria parte aziendale operativa da lunga data, autonoma funzionalmente, e pienamente idonea alla fornitura dei Servizi di Back Office.

*

§ 11. Sull'onere della prova in materia di trasferimento di ramo d'azienda: implicazioni nel caso concreto. L'inottemperanza parziale all'ordine di esibizione ex art. 210 cpc.

Sostiene BMPS, "il principio dell'onere della prova (...) pone a carico di colui che intende far valer un diritto, la dimostrazione dei fatti che ne costituiscono il fondamento (...)» e qualora venga contestato ciò che risulta per tabulas - ovvero un trasferimento di ramo d'azienda (cfr., inter alia, l'accordo

sindacale del 21 dicembre 2013 prodotto sub doc. 14 e il contratto di cessione prodotto sub doc. 15) - parte ricorrente avrebbe dovuto fornire elementi tali «da sovvertire l'apparenza e smascherare una diversa realtà», richiamandosi ad es. a Trib. Milano, 29/4/2014. Ciò che, tuttavia, non ha fatto. Dunque, la causa davvero può essere decisa senza necessità di esperire alcuna attività istruttoria (bene, quindi, ha fatto il Giudice a fissare l'udienza di discussione (...))".

Simile impostazione, che appare contraria alla configurazione della fattispecie, in termini di individuazione dei fatti costitutivi del diritto alla imposizione di una successione nel rapporto di carattere eccezionale rispetto al principio ex art. 1406 c.c., come alla dialettica fatto positivo/fatto negativo nella dinamica soggettiva dell'onere probatorio, come al criterio di prossimità probatoria nella ripartizione dell'onere, è in ogni caso fermamente osteggiata dalla giurisprudenza di legittimità.

Cass. SL 2014/n. 11721: *"in una prospettiva processuale, poi, occorre rilevare che incombe su chi intende avvalersi degli effetti previsti dall'art. 2112 c.c., quale eccezione al principio del necessario consenso del lavoratore creditore ceduto, fornire la prova dell'esistenza di tutti i requisiti che ne condizionano l'operatività: grava, cioè, sulla società cedente l'onere di allegare e provare l'insieme dei fatti concretanti un trasferimento di ramo d'azienda (cfr., in motivazione, Cass. n. 206 del 2004)".*

Cass. SL 2014/n. 13617 ribadisce:

"(...) 33. La prova dell'esistenza delle condizioni necessarie per la configurazione di un trasferimento di ramo di azienda ai sensi dell'art. 2112 cod. civ. incombe sul datore di lavoro (Sez. L, sentenza n. 8017 del 6.4.2006; Sez. L, sentenza n. 206 del 10.1.2004).

34. A questo principio, cui va data continuità, si è attenuta la sentenza impugnata, nell'escludere che Telecom avesse offerto compiute allegazioni e prova in ordine all'autonomia strutturale e funzionale del settore ceduto".

Conformemente, solo ad es., Cass. SL 2014/nn. 11575, 10926, 10868.

Nel caso oggetto della nostra attenzione, certamente sia BMPS che Fruendo hanno offerto ampie allegazioni e documentazione oltre a formulare richiesta di prova orale.

Si tratta di materiale fattuale e probatorio soggetto ad interpretazione, nel senso di ritenerlo sufficiente o meno sul piano decisorio.

Per le argomentazioni esposte nei §§ 7 ss. riteniamo quel materiale certamente più che sufficiente per una cognizione piena ed esauriente al fine della formazione di un consapevole convincimento giudiziale, nel senso, peraltro, della esclusione della sussistenza di un genuino, legittimo trasferimento di ramo di azienda, senza utilità della atomistica richiesta di

prova orale (proveniente del resto anche dalla maggior parte dei lavoratori e delle rispettive difese coinvolti nel contenzioso) su una macrovicenda economica da vagliare certamente anzitutto nella sua globalità, senza fuorvianti parcellizzazioni, singolarmente inidonee ad apportare elementi di valutazione decisoria determinanti.

Se vogliamo, dunque, possiamo anche ragionare in termini di mancato raggiungimento della prova ad opera di cedente e cessionario, BMPS (con più specifico riferimento alla preesistenza di autonomia funzionale del preteso ramo oggetto di cessione), e Fruendo (con più specifico riferimento alla conservazione dell'autonomia funzionale e al requisito identitario a seguito dell'operazione circolatoria), dell'esistenza di tutti i requisiti che condizionano l'operatività degli effetti previsti dall'art. 2112 c.c., quale eccezione al principio del necessario consenso del lavoratore ceduto.

*

Qui può inserirsi la tematica della inottemperanza parziale dell'ordine di esibizione ex art. 210 cpc.

Ad esito di discussione tra le parti il giudice ha ordinato alla Società convenuta (BMPS) e interveniente/convenuta (Fruendo) l'esibizione dei contratti di servizio e di appalto, relativi all'oggetto della cessione controversa, anche in eventuale subappalto.

Preso atto che la Fruendo srl ha chiesto in ogni caso che il giudice accompagnasse l'ordine da cautele doverose ai fini della non divulgazione del know-how, quali il deposito in cassaforte e la possibilità di consultazione senza rilascio di copie oltre ad alcune omissioni di dati sensibili, il giudice ordinava tuttavia, dapprima, l'esibizione come espressamente chiesta. Quindi, ai fini di un contemperamento di interessi, disponeva che l'esibizione fosse attuata in forma di deposito in cancelleria o via pec al giudice, senza consentire il rilascio di copie, ma inviandosi direttamente via pec ai difensori avversari il contenuto dell'esibizione, con divieto di divulgazione oltre i fini processuali e rilascio di copie.

A parte la generale previsione dell'art. 210, co. 2 cpc, relativa ai provvedimenti opportuni anche sul modo dell'esibizione, qualcosa di analogo può rinvenirsi nell'art. 156-bis, l. 22/4/1941, n. 633, introdotto dal d.lgs. 7/4/2006, di attuazione della direttiva 2004/48/CE in materia di tutela dei diritti di proprietà intellettuale (c.d. "Direttiva *Enforcement*"), che va a modificare ed integrare la disciplina previgente in materia di diritto d'autore (legge 22 aprile 1941, n. 633, successive modifiche ed integrazioni) e di proprietà industriale (decreto legislativo 10 febbraio 2005, n. 30).

"Art. 156-bis. - 1. Qualora una parte abbia fornito seri elementi dai quali si possa ragionevolmente desumere la fondatezza delle proprie domande ed abbia individuato documenti, elementi o informazioni detenuti dalla

controparte che confermino tali indizi, essa puo' ottenere che il giudice ne disponga l'esibizione oppure che richieda le informazioni alla controparte. Puo' ottenere altresì, che il giudice ordini alla controparte di fornire gli elementi per l'identificazione dei soggetti implicati nella produzione e distribuzione dei prodotti o dei servizi che costituiscono violazione dei diritti di cui alla presente legge.

2. In caso di violazione commessa su scala commerciale il giudice puo' anche disporre, su richiesta di parte, l'esibizione della documentazione bancaria, finanziaria e commerciale che si trovi in possesso della controparte.

3. Il giudice, nell'assumere i provvedimenti di cui ai commi 1 e 2, adotta le misure idonee a garantire la tutela delle informazioni riservate, sentita la controparte.

4. Il giudice desume argomenti di prova dalle risposte che le parti danno e dal rifiuto ingiustificato di ottemperare agli ordini".

Nel provvedere alla produzione imposta giudizialmente BMPS e Fruendo hanno solo parzialmente ottemperato, in ogni caso, come sopra rilevato, § 1.3, omettendo l'ostensione di dati certamente rilevanti ai fini della verifica di quei requisiti più volte ormai ricordati (ad es. nel Master Service Agreement: i dati relativi al corrispettivo e alla fatturazione; al recesso, risoluzione e sue conseguenze; nell'Allegato 1: l'indicazione dei volumi di assistenza Filiali; l'indicazione dei sistemi e applicativi a supporto dei Servizi; l'indicazione dei volumi delle attività dismesse; numerosi allegati, quali il Piano di Transizione; SLA/OLA; Corrispettivi, etc.), dati essenziali, invero, sui quali ragionare al fine della verifica della autonomia funzionale del ramo ceduto.

BMPS e Fruendo, a parte eccepire ordinari profili di ammissibilità e rilevanza, hanno sin dall'origine manifestato opposizione alla produzione, *visto il carattere riservato dei contratti (contenenti dati, informazioni e know how che, per società come Fruendo e i suoi soci, rappresentano il vero elemento distintivo rispetto ai competitor, e in ogni caso che l'esibizione avvenisse con modalità e cautele tali da evitarne la diffusione, la loro divulgazione e dispersione, che potrebbero arrecare danno gravissimo tanto a Fruendo (che, peraltro, sta attualmente partecipando a gare di appalto per acquisire nuove commesse) quanto ai suoi soci, in quanto inciderebbe negativamente sulla loro competitività e, conseguentemente, sulla possibilità (con particolare riferimento a Fruendo) di crescere e affermarsi nel mercato di competenza, a tutto svantaggio, quindi, anche dei suoi stessi dipendenti.*

Il giudice deve qui ribadire la indispensabilità ai fini decisori della esibizione in giudizio dei documenti dei quali, su istanza di parte, ha ritenuta ex art. 210 cpc necessaria l'acquisizione in giudizio, per la completa ricostruzione fattuale dell'oggetto della cessione, anche in quanto inserita in una sequenza negoziale collegata.

Sebbene nell'ordinare l'esibizione siano stati dati provvedimenti opportuni circa il modo della stessa (co. 2), l'ottemperanza ad opera di BMPS e Fruendo è stata, come appena sopra rilevato, parziale.

Il giudice non desumerà, tuttavia, argomenti di prova dal tipizzato comportamento processuale predetto (artt. 116, 118 cpc).

Ritiene infatti possa essere giustificato il parziale rifiuto al fine di evitare un "grave danno" commerciale dall'eventuale diffusione, certamente agevolata almeno potenzialmente e resa possibile dalla integrale produzione (sebbene, ex art. 211 cpc, la conciliazione "nel miglior modo possibile" dell'"interesse della giustizia col riguardo dovuto ai diritti del terzo", attenga appunto alla tutela dei diritti di quest'ultimo, resta in ogni caso l'autonomo limite, posto a tutela anche della parte, ai sensi dell'art. 118 cpc).

La stessa Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella pubblicazione del proprio provvedimento inerente all'operazione (sopra § 10), ha ritenuto di dover oscurare alcuni dati, ravvisando "elementi di riservatezza o di segretezza delle informazioni".

In giurisprudenza, soltanto per cfr., Cass. S6-3, ord. 2011/n. 17602: "(...) posto che condizione di ammissibilità dell'istanza di esibizione è, ai sensi del combinato disposto degli artt. 118 e 210 cod. proc. civ., l'inidoneità a procurare grave danno, la anzidetta richiesta esplorativa determinerebbe, invece, un pregiudizio del diritto alla riservatezza per la divulgazione di notizie estranee alla causa, che gli interessati avrebbero legittimo interesse a mantenere segrete in quanto relative alla propria vita privata". Cass. S1, 1990/n. 7953; SU 1968/n. 1153.

Se dal comportamento processuale in discorso non possono trarsi, dunque, argomenti di prova pregiudizievoli, la scelta operata da BMPS e Fruendo non attenua peraltro l'onere probatorio, ripartito in materia secondo i lineamenti sopra tracciati.

*

§ 12. Natura fraudolenta dell'operazione (ex art. 1344 c.c.): insussistenza.

Sulla questione, affrontata da numerose impostazioni difensive dei lavoratori ricorrenti emerse nel contenzioso, da ultimo Cass. SL 2014/n. 22688:

"4.- Con l'ultimo mezzo di impugnazione i lavoratori denunciano violazione e falsa applicazione degli artt. 1343, 1344 e 2112 c.c. nonché violazione e falsa applicazione degli artt. 4 e 24 L. n. 223 del 1991, per non avere ritenuto la Corte territoriale che era emerso l'intento datoriale di espellere dal contesto produttivo manodopera in esubero, senza rispettare gli obblighi di cui alla L. n. 223 del 1991 ed i costi imposti da siffatta procedura, realizzando così un negozio in frode alla legge.

Anche questa critica non può essere condivisa.

La Corte di Appello palermitana ha ritenuto che non siano emersi, sia sotto il profilo oggettivo che soggettivo, elementi idonei a suffragare la tesi della natura fraudolenta della cessione, anche sulla base dell'elaborato peritale della CTU di primo grado dal quale non si ricavava quella gravità e univocità del quadro indiziario, dal quale i lavoratori inferivano la natura fraudolenta della cessione.

Ha rilevato che la circostanza che il ramo ceduto versasse in una situazione di crisi non impediva ne' un negozio dispositivo, ne' l'applicabilità della disciplina prevista dall'art. 2112 c.c. ed infatti "la cessione del ramo d'azienda poteva costituire una valida misura alternativa per fronteggiare la crisi ed un mezzo per evitare il ricorso alla mobilità, attraverso il tentativo di rilanciare l'attività presso la società cessionaria".

Ha rammentato come lo stesso ordinamento, "proprio alla L. n. 223 del 1991, art. 4, nell'alveo dell'esame congiunto con le OO.SS. auspichi quelle misure idonee ad evitare in tutto o in parte la mobilità". La mera circostanza che una tale motivazione non risponde alle aspettative dei lavoratori non può di per sé, a fronte di un corretto iter argomentativo, comportare l'annullamento della sentenza impugnata.

In diritto, poi, non può essere trascurato che, secondo l'ormai prevalente giurisprudenza di questa Corte (Cass. n. 10108 del 2006; conformi: Cass. n. 1085 del 2012; Cass. n. 6969 del 2013; Cass. n. 9090 del 2014) il risultato, proprio della cessione di azienda, di dismettere la veste di imprenditore e datore di lavoro, con le relative obbligazioni, non può in nessun caso considerarsi vietato dalle norme di garanzia dei lavoratori, atteso che l'applicazione di esse non dipende dall'esserne destinatario un soggetto, anziché un altro; mentre, neppure il motivo illecito (a prescindere dal mancato accertamento in concreto della comunanza ad entrambi i contraenti) è configurabile, ove si consideri che ragione determinante di un trasferimento di titolarità di beni ben può essere, del tutto lecitamente, proprio quella di addossare ad altri soggetti obbligazioni e oneri connessi".

Analogamente v. ancora Cass. SL, 2009/n. 13171.

Anche Cass. SL 2014/n. 9361, rammenta come "il motivo del trasferimento ben può consistere nell'intento di superare uno stato di difficoltà economica (cfr. Cass. n. 13171 del giorno 8 giugno 2009)".

Il precedente più articolato richiamato da Cass. SL 2014/n. 26688 è rappresentato dalla sent. 2014/n. 9090, sempre della SL:

"(...) 28. Emerge dal complesso delle elaborazioni della giurisprudenza e della dottrina che, per aversi frode alla legge occorre: a) che la norma imperativa abbia natura non formale ma materiale, nel senso che sia da essa enucleabile un precetto, non esplicitato, che vieti di raggiungere risultati sostanzialmente equivalenti a quelli espressamente vietati; b) che vi sia identità di risultato fra contratto espressamente vietato e contratto mezzo di elusione; c) che l'esclusione (ndqr: elusione) sia svelata da indici sintomatici.

29. In altri termini, la frode alla legge funziona come clausola generale di tipizzazione delle condotte tenute in violazione di norme imperative. Per mezzo di essa, e dunque a seguito del combinato disposto della norma imperativa speciale che pone il divieto e della norma imperativa generale che sanziona la frode (art. 1344 c.c.), sono tipizzate non solo le violazioni dirette del precetto imperativo, ma anche le elusioni, gli aggiramenti, le violazioni mediate e indirette, non apparenti e occulte del medesimo.

30. Orbene, dal sistema di garanzie apprestato dalla L. 223 del 1991 non riesce possibile enucleare un precetto che vieti, ove siano già in atto situazioni che possano portare agli esiti regolati dalla legge, di cedere l'azienda, ovvero di cederla solo a condizione che non sussistano elementi tali da rendere inevitabili quegli esiti.

31. Un divieto di questo genere non è desumibile neppure dall'esame di un più ampio spettro di norme.

32. L'evento della cessione di azienda è certamente in grado di incidere fortemente sui diritti dei lavoratori, in particolare sull'occupazione. Il legislatore, con l'art. 2112 c.c., e con la L. n. 428 del 1990, art. 47 ha predisposto una serie di cautele, che vanno dalla previsione della responsabilità solidale del cedente con il cessionario, in relazione ai crediti maturati dai dipendenti, all'intervento delle organizzazioni sindacali.

33. Nondimeno, nessun limite, neppure implicito, è stato posto alla libertà dell'imprenditore di dismettere l'azienda che sia sanzionato con l'invalidità o inefficacia dell'atto, il che dimostra l'inconsistenza giuridica della tesi della nullità di una cessione che, lungi dal tendere alla conservazione dell'azienda, si realizzi in condizioni e con modalità tali da renderne probabile la dissoluzione.

34. La validità della cessione, cioè, non è condizionata alla prognosi favorevole alla continuazione dell'attività produttiva e, di conseguenza, all'onere del cedente di verificare le capacità e potenzialità imprenditoriali del cessionario.

35. Si tratta, del resto, di un diritto dell'imprenditore costituzionalmente garantito (art. 41 Cost.), non confliggente con altri diritti costituzionali, considerato che i principi generali di tutela della persona e del lavoro non si traducono nel diritto al mantenimento di un determinato posto di lavoro, dovendosi piuttosto riconoscere garanzia costituzionale al solo diritto di non subire un licenziamento arbitrario (vedi C. Cost. n. 390 del 1999, n. 56 del 2006).

36. Quanto alla già accennata possibilità di ricondurre la fattispecie all'ipotesi di nullità per illiceità del motivo, va osservato che la nozione di illiceità cui fa riferimento l'art. 1345 c.c., è quella stessa delineata dagli artt. 1343 e 1344, ai fini dell'illiceità della causa, per cui il motivo è illecito, e - se comune alle parti e decisivo per la stipulazione - determina la nullità del contratto, quando consiste in una finalità vietata dall'ordinamento, perché contraria a norma imperativa o ai principi dell'ordine pubblico o del buon costume, ovvero perché diretta ad eludere, mediante la stipulazione del contratto (di per sé lecito), una norma imperativa.

37. Si sono già esposte le ragioni per cui non è possibile ritenere illecito il motivo, perseguito con un negozio traslativo, di addossare ad altri la titolarità di obblighi ed oneri conseguenti.

38. Anche ammesso l'intento delle parti di recare pregiudizio ai lavoratori, non essendo riconducibile ad una di dette fattispecie, si esula comunque dalle ipotesi di illiceità del contratto, non rinvenendosi nell'ordinamento una norma che sancisca - come per il contratto in frode alla legge - l'invalidità del contratto in frode ai terzi ai quali l'ordinamento appresta, invece, in determinate ipotesi, altri rimedi, anche risarcitori, a tutela dei loro diritti" (così Cass. 10108/2006 cit. e per le ulteriori applicazioni del prefato principio, da ultimo, Cass. 6969/2013)".

Ora, rispetto al contenuto della tutela invocata dai lavoratori ricorrenti, il profilo da ultimo affrontato ci parrebbe assorbito e sovrabbondante, una volta esclusa sul piano oggettivo la sussistenza di una vicenda circolatoria effettivamente riconducibile alla fisiologia successoria dell'art. 2112 c.c.

Il non semplice tema della illiceità causale - tra tensioni interpretative oggettive e soggettive e correlati adempimenti probatori e difficoltà di accertamento - per costituire il contratto di cessione, il mezzo per eludere l'applicazione di norma imperativa (la disciplina della l. 1991/n. 223, come dell'art. 1406 c.c.) non aggiunge un *gap* positivo di tutela in favore dei ricorrenti.

Occorrerebbe, dunque, muoverci nella prospettiva, in ipotesi, di un vero e proprio trasferimento di ramo aziendale, un contratto principale in sé pienamente lecito, la cui causa, la cui funzione economico-sociale si riveli insussistente, recessiva, disvelandone altra potiore ed elusiva, se non ulteriormente - in ipotesi - anche un intento elusivo, realizzando anche attraverso una sequenza negoziale lo stesso risultato vietato da qualche norma.

Certo è pericolosa una ammissione del genere: "*stupisce che controparte continui a non interrogarsi su quale sorte sarebbe toccata ai dipendenti (oggi di Fruendo), se la Banca, anziché trasferire un ramo d'azienda, con tutte le tutele e le garanzie che il trasferimento stesso comporta per legge, e con quelle ulteriori chieste ed ottenute dai sindacati, si fosse invece determinata a semplicemente ridurre drasticamente la propria attività ed il personale addetto... ha offerto ad oltre mille dipendenti stabilità e prospettive di lavoro che MPS non sarebbe stata, probabilmente già all'epoca, in grado di assicurare loro*".

Come sdrucchiolevole il già descritto proclama finalistico del Piano industriale 2012-2015, come nell'ipotesi di accordo 19/12/2012 (sopra §§ 1 e 7).

E analoghe suggestioni certamente reca la più volte ricordata articolazione e sequenza cronologica della complessa intesa contrattuale strumento della globale operazione industriale, operazione peraltro condotta

con ampiezza informativa e necessario coinvolgimento delle organizzazioni sindacali ex lege 1990/n. 428.

Ma tali elementi, ed altri ancora, non appaiono idonei a disvelare una preminente oggettività causale fraudolenta (come, in ipotesi un intento elusivo) di una operazione economica estremamente complessa, a fronte di obiettiva gravissima crisi, che causalmente abbia sorretto in modo preponderante l'operazione, la cui illegittimità è invece attinta dalle altre prospettive argomentate nei §§ che precedono.

*

§ 13. Conclusioni decisorie.

Sintetizza infine BMPS, *"aver instaurato un virtuoso e genuino outsourcing bancario, caratterizzato da del tutto fisiologiche e contrattualizzate interazioni committente/appaltatore e finalizzato - lato Banca - a ricevere servizi di back office perfezionati ed efficientati e - lato Fruendo - ad affermarsi come nuovo leader del mercato di riferimento"*.

In sintonia, Fruendo ribadisce l'istanza di *"un nuovo posizionamento nel mercato di riferimento attraverso modalità di organizzazione più competitive ed efficienti (inutile dire che le stringenti necessità di riorganizzazione ed ammodernamento del settore bancario, ultimo tra tutti dopo quelli dei servizi ed industriali ad adottare nuovi modelli di organizzazione per competere, e quindi sopravvivere, sono dati oggettivi di comune conoscenza"*; *"la trasformazione informatica delle organizzazioni delle attività e dei relativi processi, ha fatto sì che molte opportunità di creazione di valore derivino dalla scomposizione e ricomposizione dell'impresa tradizionale, in imprese nuove, altamente specializzate e per questa via produttrici di nuovo valore sia per l'impresa di provenienza, sia per quella di derivazione, sia per gli stessi lavoratori che all'impresa di derivazione appartengono, mutando la prima la propria capacità di efficienza e di competitività, la seconda la natura accessoria della propria professionalità in una professionalità nuova e costituente il c.d. core business della nuova impresa"*.

Il giudice, mai ignorate le superiori istanze e valutazioni nel corso dello studio e trattazione della presente controversia, deve qui attingere le conclusioni decisorie coerenti con le argomentazioni che è venuto svolgendo, porsi la domanda se il raggiungimento dei buoni fini ed obiettivi prefissi sul piano imprenditoriale sia stato attuato in forme giuridiche legittime, infine escludendolo.

Non si è trattato infatti di cessione di un ramo di azienda suscettibile di trasferimento ai sensi e per gli effetti dell'art. 2112 c.c., non ritenendosi la Divisione AACA, né la parte di essa trasferita da BMPS a FRUENDO una entità economica dotata di una propria individualità e sufficiente strutturazione ed

autonomia funzionale, come insieme di mezzi organizzati al fine di svolgere un'attività economica, sia essa essenziale o accessoria, altresì con carattere di preesistenza, e, in ogni caso, oggetto che non ha conservato nella cessione contrattuale la propria identità, necessitando per converso imponenti interventi integrativi imprenditoriali ad opera del cedente stesso, del cessionario, di terzi. Si è trattato, dunque, di una entità creata *ad hoc* in vista ed in occasione del trasferimento e come ramo aziendale unicamente identificata dalle parti del negozio traslativo, rivelandosi l'operazione, in definitiva, una mera esternalizzazione di servizi con cessione dei contratti di lavoro, che richiede per il suo perfezionamento il consenso dei lavoratori ceduti.

Deve essere accertata, per le argomentazioni esposte, la invalidità ed inefficacia del trasferimento di azienda oggetto di controversia, tra la cedente Banca Monte dei Paschi di Siena spa e la cessionaria Fruendo srl, del 30/12/2013, ed accertata la conseguente permanente sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato tra la/e parte/i ricorrente/i e la Banca Monte dei Paschi di Siena spa a decorrere dall'1/1/2014, condannandosi la Banca Monte dei Paschi di Siena spa alla conseguente attuazione conformativa, con riammissione della/e parte/i ricorrente/i in servizio e ogni necessario adempimento normativo.

Le spese processuali gravano sulle società convenute, tra loro In solido, e sono liquidate ex d.m. 2014/n. 55 e s.m.i., in applicazione dell'art. 4 (nel caso di più soggetti aventi la stessa posizione processuale), con liquidazione di un compenso unico aumentato per ogni soggetto oltre il primo nella misura del 20 %, fino ad un massimo di dieci soggetti, e del 5 % per ogni soggetto oltre i primi dieci, fino ad un massimo di venti.

Il compenso unico, ex artt. 4, 5 co. 6, è liquidato considerando la causa di valore indeterminabile di particolare importanza per lo specifico oggetto, il numero e la complessità delle questioni giuridiche trattate e la rilevanza degli effetti, sulla base dello scaglione da 260 a 520.000 €, applicando valore medio per la fase di studio (€ 6.350,00) e valori minimi (1.113,00 + 2.415,00 + 2.995,00) per le altre tre fasi.

P.Q.M.

accerta la invalidità (nullità) ed inefficacia del trasferimento di azienda oggetto di controversia, tra la cedente Banca Monte dei Paschi di Siena spa e la cessionaria Fruendo srl, del 30/12/2013, ed accerta la conseguente permanente sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato tra la/e parte/i ricorrente/i e la Banca Monte dei Paschi di Siena spa a decorrere dall'1/1/2014.

Condanna la Banca Monte dei Paschi di Siena spa alla correlata attuazione conformativa, con riammissione della/e parte/i ricorrente/i in servizio e ogni necessario adempimento normativo.

Condanna la Banca Monte dei Paschi di Siena spa e Fruendo srl, in solido tra loro, al pagamento delle spese processuali, liquidate nel caso di singola parte ricorrente in € 12.873,00 per compensi professionali, oltre Iva, Cap e 15 % come per legge (compenso unico aumentato per ogni soggetto oltre il primo nella misura del 20 %, fino ad un massimo di dieci soggetti, e del 5 % per ogni soggetto oltre i primi dieci, fino ad un massimo di venti).

*Dichiara estinto il processo per rinuncia agli atti da parte di
(nell'ambito della causa n. 793/2014 rgl) con spese compensate.*

Siena, 13/4/2015

il giudice
Delio Cammarosano

Sentenza redatta con la collaborazione nella fase preparatoria delle dott.sse tirocinanti della SSPL c/o USSiena, Margherita Beltrami e Marina Grassini.