

3

2014

Diritto delle Relazioni Industriali

Pubblicazione Trimestrale - Poste Italiane s.p.a. - Spedizione in abbonamento postale - D.L. 353/2003 (convertito in L. 27/02/2004 n° 46) articolo 1, comma 1, DCB (VARESE)



**ADAPT**  
www.adapt.it  
UNIVERSITY PRESS

# Diritto delle Relazioni Industriali

Rivista trimestrale già diretta da  
**MARCO BIAGI**

## *In questo numero*

### RICERCHE

*Il ruolo delle relazioni industriali e dei sistemi di welfare  
nella prevenzione e nella gestione dei disastri naturali e ambientali*

### RICERCHE

*Il cantiere aperto delle relazioni sindacali*

### INTERVENTI

*Trasferimento del lavoratore e mutamento delle mansioni  
Il salario minimo legale*

### GIURISPRUDENZA ITALIANA

*Una rassegna sulla giurisprudenza dopo la novella dell'art. 18 Stat. lav.  
Rito Fornero: gli orientamenti giurisprudenziali sulle principali questioni  
Età pensionabile e tutela contro il licenziamento ad nutum*

### LEGISLAZIONE, PRASSI AMMINISTRATIVE E CONTRATTAZIONE COLLETTIVA

*"Expo 2015": l'avviso comune di Regione Lombardia e parti sociali  
Una PA scissa tra tradizione e novità  
Prospettive operative di evoluzione del mercato del lavoro  
I nuovi importi sanzionatori del piano c.d. "Destinazione Italia"*

### GIURISPRUDENZA E POLITICHE COMUNITARIE DEL LAVORO

*Gli effetti diretti orizzontali dei principi contenuti nella Carta di Nizza  
Tutela della maternità: la Corte di giustizia sulle pari opportunità  
La nuova direttiva europea in materia di diritti pensionistici complementari  
Trasferimento di ramo d'azienda e giurisprudenza europea*

### OSSERVATORIO INTERNAZIONALE E COMPARATO

*Eurofound - Report 2014 sul ruolo del dialogo sociale  
nelle politiche industriali europee  
Spagna - Garanzia Giovani: misure e azioni per metterla in atto*

**N. 3/XXIV - 2014**



**GIUFFRÈ EDITORE**

# DIRITTO DELLE RELAZIONI INDUSTRIALI

Rivista fondata da Luciano Spagnuolo Vigorita e già diretta da Marco Biagi

## DIREZIONE

Tiziano Treu, Mariella Magnani, Michele Tiraboschi (*direttore responsabile*)

## COMITATO SCIENTIFICO

Gian Guido Balandi, Francesco Basenghi, Mario Biagioli, Roberta Bortone, Alessandro Boscati, Umberto Carabelli, Bruno Caruso, Laura Castelvetti, Giuliano Cazzola, Gian Primo Cella, Carlo Dell'Aringa, Riccardo Del Punta, Raffaele De Luca Tamajo, Pietro Ichino, Vito Sandro Leccese, Fiorella Lunardon, Arturo Maresca, Luigi Mariucci, Oronzo Mazzotta, Luigi Montuschi, Gaetano Natullo, Luca Nogler, Angelo Pandolfo, Roberto Pedersini, Marcello Pedrazzoli, Adalberto Perulli, Giampiero Proia, Mario Ricciardi, Mario Rusciano, Giuseppe Santoro Passarelli, Franco Scarpelli, Paolo Sestito, Pier Antonio Varesi, Luciano Spagnuolo Vigorita, Patrizia Tullini, Armando Tursi, Carlo Zoli, Lorenzo Zoppoli.

## COMITATO EDITORIALE INTERNAZIONALE

Carmen Agut García (*Castellón*), Janice Bellace (*Pennsylvania*), Roger Blanpain (*Lovanio*), Julio Grisolia (*Buenos Aires*), Csilla Kolonay Lehoczky (*Budapest*), Antonio Ojeda Avilés (*Siviglia*), Shinya Ouchi (*Tokyo*), Miguel Rodriguez-Pinero y Bravo-Ferrer (*Madrid*), Juan Raso Delgue (*Montevideo*), Jacques Rojot (*Parigi*), Malcolm Sargeant (*Londra*), Manfred Weiss (*Francoforte*).

## REDAZIONE

Roberta Caragnano (*redattore capo*), Andrea Bollani (*coordinatore Osservatorio giurisprudenza italiana*), Luca Calcaterra, Guido Canavesi, Enrica Carminati, Maurizio Del Conte, Maria Del Frate, Maria Teresa Crotti, Marco Ferraresi (*coordinatore Pavia*), Giuseppe Ludovico, Laura Magni (*coordinatore Modena*), Pietro Manzella (*revisore linguistico*), Marco Marzani, Emmanuele Massagli, Giuseppe Mautone, Nicoletta Pagni, Giovanni Battista Panizza, Flavia Pasquini, Pierluigi Rausei, Raffaello Santagata, Silvia Spattini, Gaetano Zilio Grandi.

## COMITATO DEI REVISORI

Francesco Basenghi, Mario Biagioli, Umberto Carabelli, Bruno Caruso, Carlo Dell'Aringa, Riccardo Del Punta, Pietro Ichino, Vito Sandro Leccese, Fiorella Lunardon, Arturo Maresca, Oronzo Mazzotta, Luca Nogler, Angelo Pandolfo, Marcello Pedrazzoli, Giampiero Proia, Giuseppe Santoro Passarelli, Armando Tursi, Pier Antonio Varesi, Carlo Zoli, Lorenzo Zoppoli.

ADAPT – Centro Studi Internazionali e Comparati del Dipartimento di Economia Marco Biagi Diritto Economia Ambiente Lavoro – Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia, Viale Berengario, 51 – 41100 Modena (Italy) – Tel. +39 059 2056742; Fax +39 059 2056043. Indirizzo e-mail: [dri@unimore.it](mailto:dri@unimore.it)

Dipartimento di Studi Giuridici – Università degli Studi di Pavia

Corso Strada Nuova, 65 – 27100 Pavia (Italy) – Tel. +39 0382 984013; Fax +39 0382 27202. Indirizzo e-mail: [dri@univr.it](mailto:dri@univr.it)

*Diritto delle Relazioni Industriali* si impegna a procedere alla selezione qualitativa dei materiali pubblicati sulla base di un metodo di valutazione formalizzata e anonima di cui è responsabile il Comitato dei revisori. Tale sistema di valutazione è coordinato dalla direzione che si avvale anche del Comitato scientifico e del Comitato editoriale internazionale.

Amministrazione: Casa editrice Dott. A. GIUFFRÈ EDITORE S.p.A.,  
via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano - tel. 02/38.089.200 - fax 02/38089432  
Internet: <http://www.giuffre.it> - e-mail: [vendite@giuffre.it](mailto:vendite@giuffre.it)

## Pubblicità:

Dott. A. GIUFFRÈ EDITORE S.p.A. - Servizio Pubblicità, via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano - tel. 02/38.089.335 - fax 02/38089426  
e-mail: [periodici@giuffre.it](mailto:periodici@giuffre.it)

## CONDIZIONI DI ABBONAMENTO PER IL 2014

Unione europea	€ 115,00
Paesi extra Unione europea	€ 170,00
Prezzo di un singolo numero (Extra U.E. € 43,00)	€ 29,00

Sconto 10% per i soci AISRI - soci ADAPT - abbonati Bollettino ADAPT - soci AIDP - soci GDP

## RIVISTA ON-LINE ALL'INTERNO DI "BIBLIOTECA RIVISTE" DAL 1991

U.E. abbonato € 30,00\* non abbonato € 95,00\*

\*IVA esclusa

La rivista on-line riproduce, in pdf, i contenuti di ogni fascicolo dall'anno indicato fino all'ultimo numero in pubblicazione.

La sottoscrizione dell'abbonamento "abbonato" alla rivista cartacea garantisce un accesso al contenuto dal 1 gennaio 2014, o da qualunque data successiva di sottoscrizione, fino al 31 dicembre 2014.

La sottoscrizione dell'abbonamento "non abbonato" alla rivista cartacea garantisce un accesso di 365 giorni dalla data di sottoscrizione.

In seguito alla sottoscrizione sarà inviata all'abbonato una password di accesso.

Il sistema on-line Biblioteca Riviste permette la consultazione dei fascicoli attraverso ricerche:

- full text
- per estremi di pubblicazione (numero e anno fascicolo)
- per data

In caso di sottoscrizione contemporanea alle due riviste cartacee qui di seguito indicate **sconto 10% sulla quota di abbonamento:**

	Unione europea	Paesi extra Unione europea
<i>Diritto delle Relazioni Industriali</i>	€ 115,00	€ 170,00
<i>Rivista Italiana di Diritto del Lavoro</i>	€ 150,00	€ 222,00

L'abbonamento alla rivista cartacea decorre dal 1° gennaio di ogni anno e dà diritto a tutti i numeri relativi all'annata, compresi quelli già pubblicati.

Il pagamento può effettuarsi direttamente all'Editore:

- con versamento sul c.c.p. 721209, indicando chiaramente gli estremi dell'abbonamento;
- a ricevimento fattura (riservata ad enti e società);
- mediante carta di credito (VISA - MASTERCARD - EUROCARD - CARTA SI), precisando: numero, scadenza, data di nascita;
- oppure tramite gli Agenti Giuffrè a ciò autorizzati (cfr. pagine gialle).

Il rinnovo dell'abbonamento deve essere effettuato entro il 31 marzo di ciascun anno.

I fascicoli non pervenuti all'abbonato devono essere reclamati al ricevimento del fascicolo successivo. Decorso tale termine si spediscono, se disponibili, contro rimessa dell'importo.

Le comunicazioni in merito a mutamenti di indirizzo vanno indirizzate all'Editore.

Per ogni effetto l'abbonato elegge domicilio presso la "Dott. A. Giuffrè Editore SpA" - Via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano.

*I contributi pubblicati in questa rivista potranno essere riprodotti dall'Editore su altre, proprie pubblicazioni, in qualunque forma*

Registrazione presso il Tribunale di Milano al n. 1 del 4 gennaio 1991

R.O.C. n. 6569 (già RNS n. 23 vol. 1 foglio 177 del 2/7/1982)

Direttore responsabile: MICHELE TIRABOSCHI



Rivista associata all'Unione della Stampa Periodica Italiana

Pubblicità inferiore al 45%

Tipografia «MORI & C. S.p.A.» - 21100 VARESE - Via F. GUICCIARDINI 66

dell'art. 19, comma 2, lett. g, d.lgs. n. 252/2005, attraverso l'emanazione della normativa di carattere secondario al fine di evitare o eliminare distorsioni che possano recare nocimento agli associati e dalla quale si rinvergono segnatamente le modalità uniformi di informativa in merito all'andamento amministrativo e finanziario delle forme pensionistiche complementari (da ultimo, ad esempio, si veda la deliberazione Covip del 22 luglio 2010 sia per le comunicazioni periodiche nella fase di accumulo della posizione individuale sia per quelle da rendere in caso di erogazione di prestazioni).

Michele Squeglia

Assegnista di ricerca di diritto del lavoro – Università degli Studi di Milano

#### 4. Trasferimento di ramo d'azienda

**4.1.** C. giust. 6 marzo 2014, *Lorenzo Amatori e altri c. Telecom Italia SpA, Telecom Italia Information Technology Srl*, causa C- 458/12 (in  *Boll. ADAPT*, 2014, n. 11).

**Politica sociale - Trasferimento di imprese - Direttiva 23/2001/CE - Mantenimento dei diritti dei lavoratori - Trasferimento dei rapporti di lavoro in caso di cessione contrattuale di una parte di azienda non identificabile come entità economica funzionalmente autonoma preesistente al trasferimento e con intenso potere di supremazia del cedente nei confronti del cessionario, dopo il trasferimento.**

*L'art. 1, § 1, lett. a e b, della direttiva 2001/23/CE deve essere interpretato nel senso che non osta ad una normativa nazionale 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, e nell'ipotesi in cui, dopo il trasferimento della parte di impresa considerata, tale cedente eserciti un intenso potere di supremazia nei confronti del cessionario.*

#### Trasferimento di ramo d'azienda e giurisprudenza europea, tra eccessi di tutela ed effetti distorsivi a danno dei lavoratori

**Sommario:** **1.** Introduzione: tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione e controllo della fattispecie: la nozione di ramo d'azienda nel d.lgs. n. 18/2001. – **2.** L'art. 32, d.lgs. n. 276/2003 e la disciplina legale delle esternalizzazioni di attività produttive: la nuova nozione di ramo d'azienda. – **3.** Preesistenza e autonomia del ramo e compatibilità con l'ordinamento comunitario. – **4.** Esternalizzazioni e collegamenti societari tra imprese.

1. Dopo oltre dieci anni dall'introduzione della disciplina legale delle esternalizzazioni di attività produttive (art. 32, d.lgs. n. 276/2003), la Corte di giustizia afferma la compatibilità con il diritto comunitario «di una normativa nazionale [...] 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» (sulle esternalizzazioni, in generale, P. ICHINO, *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa*, P. LAMBERTUCCI, *Area contrattuale e autonomia collettiva*, R. ROMEI, *Cessione di ramo d'azienda e appalti*, in *DLRI*, 1999, 1 ss., nonché R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, in R. DE LUCA TAMAJO (a cura di), *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, Esi, 2002; A. PERULLI, *Esternalizzazione del processo produttivo e nuove forme di lavoro*, in *DL*, 2000, 303 ss.; ID., *Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione*, in *ADL*, 2003, 473 ss.; S. CIUCCIOVINO, *Trasferimento di ramo d'azienda ed esternalizzazione*, in *ADL*, 2000, 385 ss.; M. MAGNANI, F. SCARPELLI, *Trasferimento d'azienda ed esternalizzazioni*, in *DLRI*, 1999, 485 ss.; S. LEONARDI, *Esternalizzazione e diritto del lavoro*, in *LG*, 2001, 527 ss.; F. SCARPELLI, "Esternalizzazioni" e diritto del lavoro: il lavoratore non è una merce, in *q. Rivista*, 1999, 353 ss. Sulla disciplina introdotta con il d.lgs. n. 276/2003, R. ROMEI, *Il campo di applicazione della disciplina del trasferimento d'azienda*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, ES, 2004, 579; C. CESTER, *Il trasferimento d'azienda e di parte di azienda fra garanzie per i lavoratori e nuove forme organizzative dell'impresa: l'attuazione delle direttive comunitarie è conclusa?*, in F. CARINCI (coordinato da), *Commentario al D. lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Ippsoa, 2004, 239; M. TIRABOSCHI (a cura di), *Le esternalizzazioni dopo la riforma Biagi*, Giuffrè, 2006).

La questione concerne una riorganizzazione interna realizzata da Telecom Italia, consistente nella scomposizione e nel successivo riaccorpamento trasversale di una serie di dipartimenti appartenenti ad un'unica divisione. Tre delle sottostrutture esitate dalla riorganizzazione venivano inglobate in un unico ramo (IT Operations) che, dopo pochi mesi, veniva trasferito ad una controllata della Telecom Italia (la TIIT). I lavoratori addetti al ramo, che dalla data della riorganizzazione a quella del trasferimento avevano collaborato insieme ai lavoratori di un altro servizio rimasto nella gestione diretta di Telecom, proseguivano il loro rapporto di lavoro con la cessionaria, in forza dell'art. 2112, comma 1, c.c.

I lavoratori ceduti si rivolgevano al Tribunale di Trento e contestavano l'autonomia funzionale del ramo e la sua preesistenza, ai sensi dell'art. 2112 c.c., nonché, di conseguenza, l'effetto traslativo del rapporto di lavoro, ritenuto ancora sussistente con la cedente. In assenza del loro consenso, infatti, la cessione del contratto di lavoro sarebbe stata inefficace per via di quanto di-

sposto dall'art. 1406 c.c., che, ai fini della validità della cessione del contratto, richiede il consenso del contraente ceduto.

Essi precisavano, peraltro, che la configurabilità di un trasferimento ai sensi dell'art. 2112 c.c. era impedita, altresì, dalla preponderanza dell'attività prestata dal ramo a favore della società cedente, nonché dal forte potere di controllo esercitato dalla stessa nei confronti della società controllata.

Il tribunale adito, quindi, sollevava dinnanzi alla Corte di giustizia due diverse questioni pregiudiziali: se la direttiva europea 01/23/CE osta ad una normativa nazionale che consente la successione nei rapporti di lavoro, senza necessità del consenso dei lavoratori, anche qualora l'oggetto del trasferimento non costituisca un'entità funzionalmente autonoma già preesistente al trasferimento, ma sia stata identificata come tale dal cedente e dal cessionario; e se la stessa direttiva osta alla medesima normativa nazionale che consente la successione nei rapporti anche qualora la cedente eserciti, dopo il trasferimento, «un intenso potere di supremazia nei confronti della cessionaria che si manifesti anche attraverso uno stretto vincolo di committenza ed una commistione del rischio d'impresa».

La tutela dei lavoratori subordinati coinvolti da processi di esternalizzazioni d'impresa animati da meri intenti espulsivi di personale, e realizzati mediante trasferimenti fittizi di rami d'azienda, è stata perseguita dalla giurisprudenza nazionale attraverso il cosiddetto controllo della fattispecie "trasferimento di ramo d'azienda" (per una disamina dei diversi strumenti e delle tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione, sia consentito il rinvio a M. NICOLOSI, *Il lavoro esternalizzato*, Giappichelli, 2012). Nell'ordinamento interno, tale nozione è stata introdotta per la prima volta dal d.lgs. n. 18/2001, in attuazione della direttiva comunitaria 98/50/CE. Da tempo, però, si riteneva che la disciplina di cui all'art. 2112 c.c. trovasse applicazione anche nelle ipotesi in cui fosse stata trasferita non tutta l'azienda, ma solo una sua parte, anche alla luce dell'art. 47 della l. n. 428/1990, che aveva già fatto riferimento, ai fini della procedura di consultazione sindacale, al trasferimento di una "unità produttiva". Il controllo della fattispecie, quindi, veniva condotto per via interpretativa, attraverso una rigorosa delimitazione della nozione di ramo d'azienda, imperniata sul requisito della materialità dell'oggetto del trasferimento, sfruttando il collegamento tra l'art. 2112 c.c. ("trasferimento dell'azienda") e l'art. 2555 c.c. ("nozione di azienda"). Nell'ambito della fattispecie *ex* art. 2112 c.c. venivano ricondotte solo quelle vicende di esternalizzazione con un'adeguata presenza di elementi materiali da trasferire, unitamente ai lavoratori da cedere. In assenza di un sostrato materiale dell'azienda (*rectius* del ramo cedendo), invece, nel contratto di lavoro non sarebbe automaticamente succeduto il cessionario, dovendosi acquisire a tale scopo il consenso dei lavoratori ad esso addetti, secondo le regole dell'art. 1406 c.c. (in giurisprudenza, Cass. 17 marzo 1993, n. 3148, in *MFI*, voce *Lavoro (rapporto)*, 1993, 1298; Cass. 5 maggio 1995, n. 4873, in *MGL*, 1995, 731; Cass. 14 dicembre 1998, in *GC*, 1999, I, 386; Cass. 19 marzo 2001, n. 3911, in *NGL*, 2001, 530. In dottrina, G. VIL-

LANI, voce *Trasferimento d'azienda*, in *DDPComm*, agg., 2000, 99 ss.; S. CIUCCIOVINO, *La disciplina del trasferimento d'azienda dopo il D. Lgs. 18/2001*, in R. DE LUCA TAMAJO (a cura di), *op. cit.*, 93 ss.).

Con la direttiva n. 98/50/CE il legislatore comunitario ha sancito una nozione dell'istituto che costituisce il consolidamento dell'elaborazione interpretativa della Corte di giustizia (M. ROCCELLA, *Tutela del lavoro e ragioni di mercato nella giurisprudenza recente della Corte di giustizia*, in *DLRI*, 1999, 33). Secondo la definizione di cui all'art. 1, lett. a e b, della predetta direttiva, è 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 che accessoria». La disciplina comunitaria, peraltro, si applica al trasferimento di imprese, di stabilimenti, o di parti di imprese o stabilimenti.

Il d.lgs. n. 18/2001, quindi, introduce un quinto comma all'art. 2112 c.c., offrendo per la prima volta una nozione di parte d'azienda, intesa come una «articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata preesistente come tale al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità». In virtù del nuovo dato testuale, la prima giurisprudenza di legittimità ha considerato il ramo d'azienda autonomo funzionalmente rispetto all'intera azienda quando è «in grado di funzionare in modo autonomo», senza «rappresentare, al contrario, il prodotto dello smembramento di frazioni non autosufficienti e non coordinate tra loro, né una mera espulsione di ciò che si riveli essere pura eccedenza di personale». Si deve trattare, cioè, di una «piccola azienda», secondo una fortunata definizione suggerita dalla Corte di cassazione e ripresa molto spesso dalla dottrina (così, per tutte, Cass. 4 dicembre 2002, n. 17207, in *FI*, 2003, I, c. 110; Cass. 25 ottobre 2002, n. 15105, *ivi*, c. 104, ma l'orientamento aveva già acquistato una sua rilevanza anche prima della novella del 2001. In questo senso, G. QUADRI, *I limiti all'applicabilità dell'art. 2112 c.c.*, in *DML*, 2003, 323).

Preesistenza e conservazione dell'identità dell'autonomia funzionale rappresentavano, pertanto, requisiti costitutivi del ramo d'azienda, ai fini della validità del suo trasferimento. Essi, d'altronde, riproponevano anche per il ramo d'azienda le stesse caratteristiche dell'azienda complessivamente considerata, come disposto dalla prima parte dello stesso quinto comma dell'art. 2112, secondo cui per «azienda» si intende «un'attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi, preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità».

Per il ramo d'azienda, tuttavia, tra «preesistenza» e «conservazione» veniva posta in evidenza una sostanziale differenza.

Invero, si sottolineava come il requisito della «conservazione» costituisse un elemento di derivazione comunitaria, che la dottrina vincolava al momento del trasferimento («in vista e nel corso del trasferimento», G. QUADRI, *op. cit.*, 325), ma non necessariamente anche al periodo successivo (R. DE LUCA TA-

MAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, cit., 31; A. MARESCA, *Le "novità" del legislatore nazionale in materia di trasferimento d'azienda*, in *ADL*, 2001, 587, spec. 596; M. MARAZZA, *Impresa ed organizzazione nella nuova nozione di azienda trasferita*, in *ADL*, 2001, 612).

Non vi è stata, cioè, unità di vedute riguardo al tipo di intervento che sarebbe stato consentito al cessionario dopo la cessione. Secondo l'opinione prevalente, con la prescrizione del requisito della conservazione, collegato anche a quello della preesistenza, il legislatore del 2001 aveva messo in dubbio la sopravvivenza di quell'orientamento giurisprudenziale che considerava sufficiente, ai fini dell'applicazione dell'art. 2112 c.c., che nel complesso dei beni trasferiti permanesse un residuo di organizzazione che ne dimostrasse l'attitudine all'esercizio dell'impresa, anche per via dell'integrazione successiva ad opera del cessionario (in questo senso, S. CIUCCIOVINO, *La disciplina del trasferimento d'azienda dopo il D. Lgs. 18/2001*, cit., 98, con riferimento alla giurisprudenza citata in nota 26). Dopo il d.lgs. n. 18/2001, pertanto, il cessionario acquistava l'organizzazione produttiva così com'era nella struttura del cedente, senza apportarvi modifiche durante il trasferimento, ad eccezione – ma solo in un momento successivo – di quelle necessarie per una sua migliore integrazione nel nuovo complesso aziendale, non potendosi di fatto evincere dal dettato normativo l'esistenza di un vincolo di immutabilità dell'entità ceduta. In tale direzione sembrava orientata anche la relazione di accompagnamento al d.lgs. n. 18/2001 che ammetteva che l'entità economica trasferita potesse essere «fatta oggetto delle modificazioni programmate dal nuovo imprenditore». Eventuali modifiche all'attività trasferita, pertanto, avrebbero potuto essere apportate dal cessionario, nell'esercizio della libertà di iniziativa economica, solo dopo il trasferimento, per inserire il nuovo complesso nella nuova impresa, ed adattarlo ad essa; il ramo così importato, tuttavia, doveva rimanere in condizioni tali da consentire al cessionario di esercitare un'attività economica per il mercato (magari anche per il cedente), senza però alcun ulteriore aggiustamento (in questo stesso senso, S. MAINARDI, *"Azienda" e "ramo d'azienda": il trasferimento nel d. Lgs. 10 settembre 2003*, n. 276, in *DML*, 2003, 700; sul punto, anche S. CIUCCIOVINO, *La disciplina del trasferimento d'azienda dopo il D. Lgs. 18/2001*, cit., 93 ss., spec. 99, e G. SANTORO-PASSARELLI, *Sulla nozione di trasferimento d'azienda ex art. 2112 c.c.*, in *FI*, 2000, I, c. 1962, che invece rinveniva un vincolo funzionale del ramo d'azienda trasferito, in base al quale quest'ultimo avrebbe dovuto continuare a svolgere le stesse attività che svolgeva presso la struttura del cedente.)

Al contrario della "conservazione", invece, il requisito della preesistenza non è mai stato previsto espressamente dalla direttiva comunitaria. Esso ha rappresentato, dunque, una caratteristica del ramo d'azienda, menzionata per la prima volta dal d.lgs. n. 18/2001, ma già insita nell'ordinamento italiano, se interpretato in maniera conforme al diritto comunitario. Secondo l'opinione

dominante, infatti, «il riferimento nelle fonti comunitarie alla conservazione dell'identità di un'entità economica presuppone che questa deve già sussistere come tale prima del trasferimento»: «il concetto di conservazione richiede [...] che l'elemento da conservare esista già, e non sia invece costituito proprio in occasione del trasferimento» (M. MARINELLI, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giappichelli, 2002, 71).

Va detto che la previsione del requisito della preesistenza nel quinto comma dell'art. 2112 c.c. fonda le sue origini nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale, sorto sotto il vigore della disciplina previgente al d.lgs. n. 18/2001, in ordine ad alcune vicende di esternalizzazione realizzate attraverso il trasferimento di attività accessorie e di servizi, mai rese in favore di terzi, prima del trasferimento, ovvero particolarmente eterogenee tra loro (Pret. Genova 27 giugno 1998, Pret. Genova 12 maggio 1998, Pret. Milano 16 settembre 1998, Pret. Genova 22 ottobre 1998, in *ADL*, 1998, rispettivamente, 982, 987, 995, 1006. Per una completa esemplificazione si rinvia a F. SCARPELLI, "*Esternalizzazioni*" e diritto del lavoro, cit., 353).

Sulla preesistenza dell'autonomia del ramo, cioè, si erano contrapposti due diversi orientamenti.

Una prima tesi giurisprudenziale si era mostrata favorevole all'applicazione della disciplina del trasferimento d'azienda anche in presenza di un'autonomia solo potenziale, ben potendo le parti in occasione della stipulazione del contratto di cessione dare vita ad una nuova e diversa entità economica organizzata, attraverso l'individuazione di attività che fino ad allora non avevano presentato alcun grado di autonomia (Trib. Milano 11 marzo 2000, in *ADL*, 2000, 433). Secondo un'interpretazione più rigorosa, invece, il trasferimento di ramo d'azienda era stato escluso in assenza di un complesso di beni produttivi, già organizzati dall'imprenditore per lo svolgimento di un'attività economica, che fosse esistente ed autonoma, in epoca anteriore alla cessione. La finalità antifraudolenta di questa seconda impostazione era evidente, poiché la necessaria sussistenza di un nucleo dotato di autonomia operativa e finanziaria per il buon esito del trasferimento portava con sé la conseguente irrilevanza della volontà definitoria delle parti datoriali (Trib. Genova 19 luglio 1999, Pret. Genova 22 ottobre 1998, in *DLRI*, 1999, 509. In senso contrario, Pret. Milano 16 settembre 1998, cit., 416). Si è voluto cioè evitare che l'applicazione di una disciplina inderogabile di tutela delle condizioni del lavoratore fosse subordinata alla mera volontà delle parti del negozio traslativo: altrimenti cedente e cessionario avrebbero potuto, fuori da qualsiasi controllo sindacale o giudiziale, individuare un segmento dell'attività produttiva, in realtà non autonomo dal punto di vista funzionale, determinando l'illegittima espulsione dei lavoratori ad esso addetti.

L'intervento normativo del 2001 ha chiaramente optato per la seconda tesi ed ha vincolato il requisito dell'autonomia funzionale ad un momento precedente al trasferimento; ha richiesto, inoltre, la conservazione nel trasferimento stes-

so della “propria identità” (S. CIUCCIOVINO, *La disciplina del trasferimento d’azienda dopo il D. Lgs. 18/2001*, cit., 95).

Anche la Corte di cassazione ha riconosciuto la valenza antielusiva di questa parte della disciplina poiché, attraverso una corretta verifica del requisito della preesistenza, si sarebbe evitata la costituzione da parte dell’imprenditore di rami d’azienda solo in funzione del trasferimento, mediante «un’operazione strumentale indirizzata all’espulsione, per questa via indiretta, di lavoratori eccedenti» (Cass. 4 dicembre 2002, n. 17207, cit.; Cass. 25 ottobre 2002, n. 15105, cit.; l’ultima sentenza che si esprime in questa direzione è la recentissima Cass. 15 aprile 2014, n. 8756, inedita a quanto consta, praticamente successiva alla posizione contraria espressa dalla Corte di giustizia nella sentenza in commento. Anche se non risulta chiaramente, dal testo della sentenza pare che la fattispecie rientrasse, però, nel campo d’applicazione del d.lgs. n. 18/2001).

2. L’art. 32 del d.lgs. n. 276/2003 ha modificato la nozione di ramo d’azienda introdotta nel 2001, sopprimendo i requisiti della preesistenza e della conservazione dell’autonomia funzionale della parte dell’azienda da trasferire, ed ha qualificato il ramo d’azienda come «un’articolazione funzionalmente autonoma di un’attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento». Rispetto alla nozione precedente, oltre all’eliminazione dell’inciso «preesistente come tale al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità», la nuova definizione sostituisce quest’ultima formula con l’identificazione dell’articolazione funzionalmente autonoma da parte dei due contraenti del negozio di cessione, e limita temporalmente tale individuazione al momento del trasferimento: secondo uno dei primi commenti alla norma, cioè, «il dato storico della preesistente autonomia tecnico funzionale del ramo d’azienda viene sostituito dalla rappresentazione soggettiva di una “articolazione funzionalmente autonoma di un’attività economica organizzata, [...] al momento del suo trasferimento”» (A. ANDREONI, *Impresa modulare, trasferimenti di azienda, appalti interni*, in G. GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commento critico al d.lgs. n. 276/2003*, Ediesse, 2004, 191. Sull’esclusione dalla definizione di ramo d’azienda anche dello scopo produttivo, diffusamente, C. CESTER, *Il trasferimento d’azienda e di parte di azienda*, cit., 263). Si tratta di uno degli interventi più criticati del d.lgs. n. 276/2003 e, all’indomani dell’entrata in vigore della nuova disciplina, la convinzione che con l’identificazione ad opera delle parti datoriali dell’articolazione funzionalmente autonoma si sia voluto valorizzare l’autonomia individuale nell’individuazione di presupposti non più oggettivi dai quali fare discendere l’applicazione di una normativa inderogabile a tutela dei diritti dei lavoratori si è consolidata in misura sostanzialmente unanime. Con gli intuibili timori relativi alla delimitazione della fattispecie, sul piano applicativo, in ordine alla ricerca di sicuri parametri in base ai quali individuare la nozione di ramo d’azienda di cui al nuovo testo dell’art. 2112 c.c. (P.G. ALLEVA, *op. cit.*, 900;

G. ZILIO GRANDI, *Trasferimento d'azienda, outsourcing e successione di appalti*, in A. PERULLI (a cura di), *Impiego flessibile e mercato del lavoro*, Giappichelli, 2004, 61 ss.; S. MAINARDI, *op. cit.*, 699; R. SANTAGATA, *Trasferimento di ramo d'azienda tra disciplina comunitaria e diritto interno*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *op. cit.*, 614; P.G. ALLEVA, *Ricerca e analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003 sul mercato del lavoro*, in *RGL*, 2003, 3 ss.; A. PERULLI, *Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione*, *cit.*, 473; G. SANTORO-PASSARELLI, *Fattispecie e interessi tutelati nel trasferimento di azienda e di ramo di azienda*, in *RIDL*, 2003, 189; C. CESTER, *Trasferimento di ramo d'azienda, direttive comunitarie e garanzia dei diritti dei lavoratori*, in M.T. CARINCI (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Ipsoa, 2003, 81; ID., *Il trasferimento d'azienda e di parte d'azienda*, *cit.*, 264).

E le soluzioni a tale rischio sono state offerte dalla giurisprudenza che ha valorizzato ora l'uno, ora l'altro dei requisiti (ancora) contemplati dalla nuova definizione di ramo d'azienda, nel tentativo di contenere la valenza innovativa del termine "identificata". È stato infatti precisato che l'uso dell'espressione «identificata come tale» descrive una fase di «mera definizione e delimitazione dell'entità oggetto della cessione». Un'operazione, cioè, che in verità è stata da sempre di competenza del cedente e del cessionario, mentre, non può trascurarsi che l'entità ceduta non potrà mai risultare priva dell'autonomia funzionale e dell'organizzazione di mezzi, che rappresentano ancora oggi requisiti imprescindibili per l'applicabilità del regime circolatorio. Ne deriva che per integrare la fattispecie trasferimento di ramo d'azienda, non sarà sufficiente l'individuazione ad opera delle parti di un qualsiasi ramo dell'azienda, ma solo di quello che presenti, al momento della cessione, requisiti tali da mostrarsi, indipendentemente da un potere costitutivo delle parti, come una oggettiva articolazione autonoma, sotto il profilo funzionale, di una organizzazione di mezzi finalizzati all'esercizio di un'attività economica (così, M. DE FELICE, *Il trasferimento d'azienda e il trasferimento di ramo d'azienda nel Decreto Legislativo attuativo della legge 30/2003*, in *www.cgil.it*, 2003, 5. Ma su questo punto si registra una inattesa uniformità di vedute perfino dal versante dottrinale che aveva posto in evidenza i punti deboli della disciplina del 2001: R. DE LUCA TAMAJO, *La disciplina del trasferimento di ramo d'azienda dal codice civile al decreto legislativo n. 276 del 10 settembre 2003*, e V. NUZZO, *L'oggetto del trasferimento: entità materiale, organizzazione o mera attività*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *op. cit.*, rispettivamente 575 e 598).

Sicché, attraverso una più attenta applicazione del persistente requisito della "organizzazione" («che impone sempre che lavoratori e beni aziendali siano «tenuti insieme da un nesso obbiettivo e necessario»: V. LUCIANI, *Trasferimento d'azienda e tutela dei lavoratori: il bilanciamento di interessi*, *cit.*, 567), la giurisprudenza ha precisato l'esigenza di un collegamento funzionale

tra i beni che compongono il ramo d'azienda, stabile ed unitario, tale da escludere che essi possano essere destinati all'esecuzione di una sola opera (Cass. 13 ottobre 2009, n. 21697, in *GD*, 2009, 46; Cass. 5 marzo 2008, n. 5932, in *LG*, 2008, 733, con nota di C.A. GIOVANARDI; Cass. 1° febbraio 2008, n. 2489, in *LG*, 2008, 624, con nota di G. TREGLIA; Cass. 10 gennaio 2004, n. 206, cit.). Questo collegamento deve essere idoneo a dimostrare la destinazione all'esecuzione di un'unica e autonoma attività produttiva, anche se non necessariamente coincidente con il *core business* dell'impresa cedente (così, Cass. 10 gennaio 2004, n. 206, cit.; nella giurisprudenza di merito, Trib. La Spezia 14 ottobre 2008, cit.; Trib. Padova 5 febbraio 2007, in *RGL*, 2007, II, 197, con nota di E. BARRACO). In questo senso sono stati riconosciuti autonomi rami aziendali anche nel caso in cui ad essere trasferite siano state non porzioni del *core business* aziendale, ma meri segmenti destinati alla produzione di un bene o di un servizio strumentali all'attività principale (così, d'altronde, si era espressa anche la dottrina, R. ROMEI, *Azienda, impresa, trasferimento*, in *DLRI*, 2003, 63).

Invece, quanto al criterio dell'autonomia, la dottrina aveva espresso due diversi orientamenti, sostanzialmente divergenti sul ruolo da attribuire all'autonomia gestionale o amministrativa del ramo. Secondo il primo orientamento, sposato dalla giurisprudenza sul caso Ansaldo (emblematica, su questo aspetto, Cass. 25 ottobre 2002, n. 15105, cit.), per ottenere l'automatismo del passaggio automatico dei lavoratori ad esso addetti *ex art.* 2112 c.c., il ramo dovrebbe riassumere in sé gli stessi requisiti di tipo produttivo, gestionale ed organizzativo che caratterizzano l'intera azienda: il requisito dell'autonomia funzionale impone che ad essere trasferite possano essere solo vere e proprie unità produttive, le sole articolazioni in grado di funzionare autonomamente come una "piccola azienda".

Secondo un'altra impostazione, invece, il riferimento all'autonomia funzionale comporta che un ruolo decisivo sia svolto solo dalla coesione funzionale ed organizzativa. Esso, però, non postula anche una autonomia gestionale o amministrativa, e nemmeno una indipendenza economico-commerciale ovvero un'assoluta autonomia del risultato produttivo (R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, cit., 27).

**3.** Il dubbio sulla compatibilità dell'ultima versione dell'art. 2112 c.c. con l'ordinamento comunitario però è stato, a vario titolo, mantenuto, atteso che, soprattutto nella giurisprudenza di merito, la natura inderogabile della normativa è stata assicurata attraverso il recupero del requisito della preesistenza, per via interpretativa e per conformità con l'ordinamento comunitario (Trib. Milano 30 giugno 2010, in *Rivista del notariato*, 2011, 1397; Trib. Milano 12 febbraio 2008, in *D&L*, 2008, 590; Trib. Milano 25 febbraio 2009, in *D&L*, 2009, 460 ss., con nota di A. CORRADO, *Ancora sul trasferimento d'azienda in caso di appalti labour intensive*; Trib. La Spezia 14 ottobre 2008, cit.; Trib. Roma 3 marzo 2008 e Trib. Milano 29 febbraio 2008, in *RGL*, 2008, II, 673;

Trib. Milano 4 maggio 2007, cit.; Trib. Padova 5 febbraio 2007, in *RGL*, 2008, II, 197; Trib. Milano 30 luglio 2005, in *D&L*, 2006, 155. Nella giurisprudenza di legittimità, ma sempre con riferimento a fattispecie disciplinate dal d.lgs. n. 18/2001, Cass. 30 marzo 2012, n. 5117, in *FI*, 2012, I, c. 2378; Cass. 1° febbraio 2008, n. 2489; Cass. 13 ottobre 2009, n. 21697, in *GD*, 2009, 46, 48; Cass. 16 ottobre 2006, n. 22125; Cass. 6 aprile 2006, n. 8017; Cass. 4 dicembre 2012, n. 21710, in *ADL*, 2013, 202, con nota di V. NUZZO, *La suprema Corte e il ramo d'azienda: ancora sul controverso requisito della preesistenza dell'articolazione funzionalmente autonoma*. In dottrina, M.L. VALLAURI, *La nozione di ramo d'azienda nella giurisprudenza nazionale più recente*, in *LG, Gli speciali*, 2010, 32 ss.; A. BELLAVISTA, *Il nuovo testo dell'art. 32, comma 1, ultimo periodo, del d.lgs. 276/2003: problemi di conformità alla direttiva comunitaria*, in F. CARINCI (a cura di), *Trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro*, Giuffrè, 2005, 192).

Si è trattato, però, pur sempre di un criterio ermeneutico, che ha dovuto confrontarsi con la precisa scelta legislativa di non menzionare il requisito in argomento nel nuovo quinto comma dell'art. 2112 c.c. Tale scelta è stata dibattuta, peraltro, anche a livello interno. Intanto, l'esclusione del requisito della conservazione, per il solo ramo d'azienda, mantenuto invece per l'intera azienda, ha sollevato qualche perplessità anche in ordine a possibili conflitti con l'art. 3 Cost. È infatti particolarmente "arduo", dopo avere prescritto che la (intera) attività economica da trasferire debba essere preesistente e conservare in sede di trasferimento la propria identità, escludere siffatti caratteri per il solo ramo d'azienda. Una differenziazione illogica ed arbitraria, come si è condivisibilmente sostenuto, che sembrerebbe causare un'irragionevole disparità di trattamento, atteso che tra le due fattispecie, definite peraltro nella stessa sede normativa, vi può essere al più un rapporto quantitativo: si tratta cioè della versione totale o parziale di un'unica fattispecie normativa (in questo senso, S. MAINARDI, *op. cit.*, 701; A. ANDREONI, *op. cit.*, 191. In giurisprudenza, Cass. 23 ottobre 2002, n. 14961, in *GD*, 2002, 32), tanto da indurre parte della dottrina a sostenere una «arbitraria attenuazione degli standard minimi di tutela nei casi in cui venissero trasferite articolazioni prive di un carattere di stabilità» (C. CESTER, *Il trasferimento d'azienda e di parte di azienda*, cit., 261; A. ANDREONI, *op. cit.*, 193; M. DE FELICE, *op. cit.*, 6 e 7, che tuttavia escludono il conflitto con il diritto comunitario attraverso un'interpretazione del nuovo testo dell'art. 2112 c.c. che valorizzi i caratteri dell'organizzazione e dell'autonomia funzionale quali condizioni imprescindibili di applicabilità del particolare regime circolatorio). Il che, peraltro, secondo alcuni, avrebbe perfino potuto tradursi in una specifica violazione della clausola di non regresso e di miglior favore di cui alla direttiva 01/23/CE. L'art. 8 della direttiva 01/23/CE, infatti, precisa che essa «non pregiudica la facoltà degli Stati membri di applicare o di introdurre disposizioni legislative, regolamentari o amministrative più favorevoli per i lavoratori». Da tale disposizione è stata desunta, *a contrario*, l'esistenza di un implicito vincolo preclu-

sivo di una normativa interna meno garantistica per i lavoratori (così, R. SANTAGATA, *op. cit.*, 616; ma, sul punto, cfr. anche C. CESTER, *Il trasferimento d'azienda e di parte di azienda*, cit., 261, e, più in generale, S. MAINARDI, *op. cit.*, 699, che legge l'art. 2112 c.c. quale norma «lavoristica inderogabile ed imperativa che deve sempre essere interpretata, per lettera e *ratio*, nella prospettiva del “mantenimento dei diritti dei lavoratori”, secondo la dizione ribadita anche nella direttiva n. 23/2001». Ha messo in evidenza la distanza tra la definizione nazionale e quella comunitaria di ramo d'azienda anche M.L. VALLAURI, *La nozione di ramo d'azienda nella giurisprudenza nazionale più recente*, cit., 35. *Contra*, B. DE MOZZI, *Sul trasferimento di ramo d'azienda in frode alla legge*, in *ADL*, 2008, II, 431).

Sulla questione ha dato sostanziale risposta la sentenza della Corte di giustizia in esame che, per confermare la compatibilità della normativa nazionale con l'ordinamento comunitario, fornisce un'interpretazione teleologica della direttiva 01/23/CE, secondo i seguenti passaggi. La direttiva è applicabile a tutti i casi di cambiamento, nell'ambito di rapporti contrattuali, della persona fisica o giuridica responsabile della gestione dell'impresa. Nella pregressa interpretazione della stessa Corte, perché la direttiva sia applicabile, è necessario che il trasferimento riguardi un'entità economica organizzata in modo stabile (cioè qualsiasi complesso organizzato di persone ed elementi che consenta l'esercizio di un'attività economica con specifico obbiettivo e sufficientemente strutturata ed autonoma). Ciò vuol dire che anteriormente al trasferimento essa deve godere di un'autonomia funzionale sufficiente. E, ai fini del giudizio sul requisito della sufficienza, è necessario che si indaghi sul livello di autonomia dei poteri direttivi riconosciuti ai responsabili del gruppo dei lavoratori: se cioè essi siano capaci 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». Ai sensi dell'art. 6, § 1, primo e quarto comma, della direttiva comunitaria infatti l'autonomia dell'entità ceduta deve essere “conservata”. L'uso del termine “conservare” non può che implicare che tale autonomia debba anche essere preesistente al trasferimento.

Quindi, in virtù di un'interpretazione meramente testuale della direttiva, qualora l'autonomia funzionale non preesista al trasferimento, la fattispecie concreta non rientrerebbe nel campo di applicazione della normativa comunitaria e da essa non discenderebbe alcun obbligo di mantenimento dell'occupazione e dei diritti dei lavoratori.

Ma la Corte non si ferma qui e sviluppa un ulteriore passaggio, basato, questa volta sul considerando 3 della direttiva. Nel preambolo della direttiva, infatti, si precisa che «occorre adottare le disposizioni necessarie per proteggere i lavoratori in caso di cambiamento dell'imprenditore», in particolare per assicurare il mantenimento dei loro diritti. Ed anche l'art. 8 della direttiva precisa che quest'ultima non pregiudica la facoltà degli Stati membri di applicare o di

introdurre disposizioni legislative, regolamentari o amministrative più favorevoli ai lavoratori. Da tale premessa la Corte conclude che, letta nel suo complesso, la direttiva persegue l'obiettivo di tutelare i lavoratori dal rischio connesso al subentro di un nuovo imprenditore, per il mantenimento dei loro diritti: sicché «la semplice mancanza di autonomia funzionale dell'identità trasferita non può, di per sé, costituire un ostacolo a che uno Stato membro garantisca nel proprio ordinamento interno il mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di cambiamento dell'imprenditore».

L'argomento della Corte convince fino ad un certo punto, perché è evidente che esso muove dal discutibile presupposto che la direttiva, e quindi la prosecuzione del rapporto di lavoro con il cessionario, anche in caso di trasferimento parziale d'azienda, costituisca l'unica alternativa di tutela per i lavoratori coinvolti. Le conclusioni della Corte discendono cioè da un automatismo collegato all'errata convinzione che il mantenimento dell'occupazione e dei diritti in caso di esternalizzazione rappresenti la migliore forma di tutela possibile per i lavoratori. Il ragionamento non tiene conto, in altri termini, del nutrito dibattito, sviluppatosi anche in Italia, ma non solo, in ordine alla possibilità di riconoscere ai lavoratori interessati il diritto di optare per il mantenimento del loro rapporto di lavoro con il cedente. Invero, le ragioni che inducono normalmente i lavoratori a contestare il passaggio del rapporto di lavoro presso l'impresa del cessionario, e a chiedere di rimanere presso il cedente, mettendo in discussione la sussistenza dei presupposti legali del trasferimento del ramo aziendale emergono, non soltanto nel caso in cui l'esternalizzazione assuma caratteri patologici, ma anche nelle ipotesi fisiologiche, in relazione al tipo di contratto collettivo applicabile al cessionario, alle minori garanzie sul piano della tutela occupazionale, ovvero all'applicazione di discipline di minore tutela, anche sul versante collettivo, collegate a determinate soglie dimensionali e, più in generale, all'affidabilità del nuovo datore di lavoro, il più delle volte titolare di un'impresa di minori dimensioni e dalle prospettive economiche poco certe. Quella tesi, che poi è rimasta minoritaria, muoveva proprio dalle differenze strutturali tra il trasferimento dell'intera azienda, che effettivamente pone rilevanti problemi di tutela per i lavoratori che, viceversa, sarebbero senz'altro licenziati, e il trasferimento di una singola parte dell'azienda, in cui per i lavoratori da cedere un'alternativa esiste ed è quella di rimanere alle dipendenze del cedente, che spesso offre maggiori garanzie rispetto al datore di lavoro cessionario (F. SCARPELLI, "Esternalizzazioni" e diritto del lavoro, cit., 363; ID., *Nozione di trasferimento di ramo d'azienda e rilevanza del consenso del lavoratore*, in *RIDL*, 2003, 150; M.P. AIMO, *Il trasferimento di azienda tra diritto comunitario e diritto interno. Le garanzie individuali dei lavoratori*, in *RGL*, 1999, 839; C. DE MARCHIS, *Aspetti vecchi e nuovi del trasferimento d'azienda alla luce del decreto legislativo 2 febbraio 2001, n. 18*, in *RGL*, 2002, 121. Ma in senso contrario, M. MARINELLI, *op. cit.*, 73 ss., e S. PICCININO, *Trasferimento di azienda, rapporti di lavoro e autonomia privata*, in *ADL*, 2000, 669. Un diritto di opposizione del lavoratore in caso di

trasferimento di parte di azienda è stato riconosciuto in Italia da una giurisprudenza minoritaria, Pret. Milano 14 maggio 1999, in *D&L*, 1999, 732, con nota di S. CHIUSOLO, *Trasferimento di ramo d'azienda, art. 2112 c.c. e normativa comunitaria: la cessione del rapporto di lavoro è subordinata al consenso del lavoratore ceduto*; in *ILJ*, 1999, 6, con nota di M.P. AIMO, e in *RGL*, 2001, 344, con nota di A. LEPORE, *Trasferimento di ramo di azienda e diritto di opposizione del lavoratore alla sua cessione (anche con riferimento al nuovo articolo 2112 cod. civ. in attuazione della direttiva 98/50)*. Sul tema, anche U. RUNGALDIER, *Trasferimento d'azienda e consenso del lavoratore alla cessione del contratto*, in *DLRI*, 1999, 523). Essa, peraltro, aveva trovato un importante appiglio nella giurisprudenza europea, che però non si è mai spinta fino ad affermare l'esistenza di un obbligo preciso, nei confronti degli Stati membri, di riconoscere uno specifico diritto di opposizione. Nella sentenza *Katsikas*, infatti, la Corte di giustizia ha precisato che «il disposto di cui all'art. 3, n. 1, della direttiva del Consiglio 14/2/77, n. 77/187/CEE [...] deve essere interpretato nel senso che esso non osta a che un lavoratore occupato dal cedente alla data del trasferimento dell'impresa, ai sensi dell'art. 1, n. 1, della direttiva, si opponga al trasferimento al cessionario del suo contratto o del suo rapporto di lavoro». Invero, secondo la Corte, se la direttiva venisse interpretata «nel senso che essa obbliga il lavoratore a proseguire il suo rapporto di lavoro con il 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». Tuttavia, «la direttiva non obbliga gli Stati membri a stabilire che, qualora il lavoratore decida liberamente di non proseguire il contratto o il rapporto di lavoro col cessionario, il contratto o il rapporto di lavoro sia mantenuto col cedente. Essa neanche vi si oppone. Nella fattispecie di cui trattasi spetta agli Stati membri stabilire la disciplina riservata al contratto o al rapporto di lavoro col cedente» (C. giust. 16 dicembre 1992, *Katsikas*, cause riunite C-132-138-139/91, in *Racc.*, 1992, I, 6577; C. giust. 7 marzo 1996, cause riunite C-171/94 e 172/94, *Merck*, in *Racc.*, 1996, 1253; in *MGL*, 1996, 362, con nota di I. INGLESE, *Sulla necessità di una rigorosa definizione di trasferimento di azienda*; e in *LG*, 1996, 717, con nota di L. CORAZZA, *Il trasferimento di attività costituisce trasferimento d'impresa ai sensi della direttiva 77/187*; C. giust. 12 novembre 1998, causa C-399/960, *Eurpieces*, in *Racc.*, 1998, 6976. Più di recente, C. giust. 24 gennaio 2002, causa C-51/00, *Temco*, in *FI*, 2002, IV, 142).

Sicché, il cosiddetto diritto di opposizione del lavoratore ceduto non ha trovato il riconoscimento sperato né nella giurisprudenza di legittimità, e nemmeno sul piano legislativo, in quanto il d.lgs. n. 276/2003 si è limitato a mantenere il diritto del lavoratore a presentare le dimissioni per giusta causa qualora avesse subito sostanziali modifiche peggiorative, già previsto dal d.lgs. n. 18/2001 (la disposizione inserita nel comma 4 dell'art. 2112 c.c. ha dato attuazione all'art. 4, § 2, della direttiva 98/50/CE, che prevede che la risoluzio-

ne del rapporto, dovuta al fatto che il trasferimento comporta a scapito del lavoratore una modifica sostanziale delle condizioni di lavoro, «è considerata come dovuta alla responsabilità del datore di lavoro». Sulla disposizione in senso critico F. SCARPELLI, *Il mantenimento dei diritti del lavoratore nel trasferimento d'azienda: problemi vecchi e nuovi*, Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".INT, 2004, n. 20, 21; nella giurisprudenza italiana, per l'irrelevanza del consenso del lavoratore ceduto, Cass. 22 luglio 2002, n. 10701, e Cass. 25 ottobre 2002, n. 15105, entrambe in *RIDL*, 2003, II, 150 ss.).

Ciò non toglie, tuttavia, che affermare la necessaria preesistenza dell'autonomia del ramo da cedere, secondo un'interpretazione letterale della direttiva, e poi negarla in virtù di un suo considerando desta diverse perplessità. E risulta fuorviante anche il riferimento all'art. 8 della stessa direttiva che, proprio perché autorizza normative nazionali di miglior favore per i lavoratori, dovrebbe escludere la conformità col diritto comunitario di una normativa che imponga la prosecuzione del rapporto di lavoro con il cessionario in ipotesi di esternalizzazione di rami d'azienda non preesistenti al trasferimento. È innegabile che, interpretata come clausola di non regresso, l'art. 8 determinerebbe l'illegittimità della modifica del 2003, perché peggiorativa degli standard di tutela predisposti dalla precedente normativa del 2001, che appunto contemplava il requisito della preesistente autonomia funzionale. Sotto questo profilo, la Corte ha ripetutamente affermato il carattere imperativo della direttiva per quanto attiene al diritto alla prosecuzione del rapporto in capo al cessionario, ma non invece nei confronti del lavoratore. Invero, sebbene la direttiva svolga, come qualsiasi operazione di armonizzazione, una funzione di regolazione del mercato e della concorrenza, la finalità immediata ed esclusiva, secondo l'opinione più diffusa, è sicuramente quella della tutela sociale dei lavoratori, rimanendo ad essa estranea l'eventuale funzione di sostegno all'operazione imprenditoriale di circolazione dell'impresa (sulle clausole di non regresso, in generale, M. ROCCELLA, *Diritto comunitario, ordinamenti nazionali, diritto del lavoro*, Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".INT, 2004, n. 23; M. DELFINO, *Il principio di non regresso nelle direttive in materia di politica sociale*, in *DLRI*, 2002, 487; L. GAROFALO, *Le clausole di "non regresso" nelle direttive comunitarie in materia di politica sociale*, in *RGL*, 2004, I, 39 ss.; U. CARABELLI, V. LECCESE, *Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le clausole di favor e di non regresso nelle direttive sociali*, Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".INT, 2005, n. 35).

4. La sentenza *Amatori* costituisce, al momento, l'ultimissima posizione espressa dalla Corte di giustizia in materia di esternalizzazioni. Essa solo di poco segue la penultima tappa dell'articolato iter giurisprudenziale in materia, rappresentata dalla ormai nota sentenza *Klarenberg*. Con il caso *Klarenberg* la Corte ha affrontato l'altrettanto complessa questione dei limiti alle modifiche organizzative apportate dal cessionario dopo la cessione del ramo, relativa

ad un caso in cui il ramo d'azienda ceduto era stato assorbito, con significative innovazioni dell'organizzazione originaria, all'interno della struttura organizzativa del cessionario (C. giust. 12 febbraio 2009, causa C-466/07, *Klaremberg*, in *RIDL*, 2010, II, 212, con nota di C. CESTER, *Due recenti pronunce della Corte di Giustizia europea in tema di trasferimento d'azienda. Sulla nozione di ramo d'azienda ai fini dell'applicazione della direttiva e sull'inadempimento alla stessa da parte dello Stato italiano nelle ipotesi di deroga per crisi aziendale*). Con *Klaremberg*, la Corte ha ricordato che la formulazione letterale della direttiva fornisce una definizione ampia di impresa, «incentrata tutta sull'idea della conservazione dell'identità dell'attività economica» (L. CORAZZA, *Trasferimento parziale d'impresa e autonomia organizzativa nel prisma della giurisprudenza europea*, in *LG*, spec., *Innovazione tecnologica, esternalizzazione dei servizi e professionalità*, 2010, 15 ss., secondo cui, proprio la centralità del dato della conservazione dell'identità dell'entità economica trasferita ha tradizionalmente assunto un ruolo emblematico dell'approccio flessibile manifestato dalla Corte nei confronti del campo di applicazione della direttiva). Il che consente l'applicazione della direttiva comunitaria alla fattispecie esaminata, in quanto il concetto di parte di azienda, pur non richiedendo il mantenimento della specifica organizzazione imposta dall'imprenditore cedente, presuppone comunque il mantenimento di un nesso funzionale tra i fattori di produzione trasferiti, in modo che al cessionario venga consentito di proseguire, attraverso quei fattori, un'attività economica o identica oppure analoga.

La sentenza è stata letta come una conferma della possibilità che la struttura ceduta possa essere dissolta nell'organizzazione produttiva del cessionario e, secondo le analisi più attente, essa avrebbe ribadito la necessità che il ramo comunque mantenga un «nesso funzionale di interdipendenza e complementarità tra i diversi fattori della produzione», rinforzando quelle interpretazioni che, a livello nazionale, avevano sostenuto la persistenza del requisito della preesistenza. Dopo la sentenza *Klaremberg*, invero, era apparso difficile teorizzare un'identificazione dell'autonomia del ramo d'azienda che prescindesse da nessi funzionali di interdipendenza tra i fattori della produzione, da apprezzare su basi oggettive, nonché già esistenti (L. CORAZZA, *Trasferimento parziale d'impresa e autonomia organizzativa nel prisma della giurisprudenza europea*, cit., 21. Nella giurisprudenza di merito, ha riconosciuto la necessità di un collegamento funzionale di interdipendenza e complementarità tra i diversi fattori produttivi, App. Milano 18 gennaio 2008, in *OGI*, 2009, 69, secondo cui la cessione di un'attività economica gestita mediante manodopera, purché produttivamente organizzata, integra trasferimento d'azienda).

Quest'ultimo aspetto getta un'ombra anche sulla seconda parte della sentenza *Amatori*, relativa al «dopo» la cessione del ramo d'azienda ed al tipo di assetto organizzativo che, in caso di gruppi di impresa, cedente e cessionario intendano adottare in merito al ramo d'azienda trasferito.

Su questa questione si era soffermata quella dottrina interessata ad accertare la consistenza del ramo ceduto, anche in una fase successiva alla cessione, quando cioè l'imprenditore cedente e quello cessionario si accordano sulle modalità di svolgimento della fase della cosiddetta internalizzazione, normalmente dominata dal contratto di appalto (art. 2112, ultimo comma, c.c., che la giurisprudenza ha applicato anche ad altre figure giuridiche simili) che abbia ad oggetto il ramo ceduto (con il termine "internalizzazione" si allude, in dottrina, a quella fase, conclusiva del processo di esternalizzazione produttiva, che mira a riportare all'interno dell'impresa quanto è stato in precedenza esternalizzato. Normalmente, questo "contromovimento" comporta la creazione di un vincolo contrattuale con l'impresa che, nella fase precedente, ha ricevuto la disponibilità dei fattori della produzione del segmento esternalizzato. Mediante la stipulazione di questo secondo vincolo contrattuale, la cessionaria si obbliga quindi a fornire all'esternalizzante i servizi o i prodotti che prima erano gestiti direttamente da quest'ultima. Il contratto di appalto è senz'altro quello più diffuso, ma spesso le imprese si avvalgono di altre figure contrattuali, quali la fornitura, la vendita, la somministrazione, il franchising. Sulla seconda fase delle esternalizzazioni, in generale, in dottrina, R. DEL PUNTA, *Mercato o gerarchia? Il disagio del diritto del lavoro nell'era delle esternalizzazioni*, in *DML*, 2000, 49; S. NAPPI, *Negozi traslativi dell'impresa e rapporti di lavoro*, Esi, 1999, 139; R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessioni di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, cit., 10). Qui, la verifica sul collegamento negoziale volontario tra la cessione del ramo e la conservazione della sua utilità economica può apparire funzionale all'indagine sul requisito dell'autonomia funzionale del ramo, in quanto il contratto d'appalto consente al cedente di recuperare l'utilità economica della parte di attività trasferita. Il che permette di verificare, in un momento successivo, l'effettiva presenza dei requisiti che la legge impone ai fini di un legittimo trasferimento di ramo d'azienda. In linea di massima, potrebbe sostenersi che quando l'appalto coinvolge il solo ramo che è stato anche oggetto della cessione, le parti abbiano rispettato i requisiti costitutivi prescritti dall'art. 2112 c.c. (G. SPINELLI, *Nuove problematiche giurisprudenziali in materia di trasferimento di ramo d'azienda*, in *RIDL*, 2009, II, 525 ss.; S. CIUCCIOVINO, *Trasferimento d'azienda ed esternalizzazione*, cit., 401). Tuttavia, non è possibile affermare con esattezza l'opposto: non è detto cioè che quando l'appalto venga eseguito attraverso l'impiego di mezzi e personale ulteriore rispetto a quelli utilizzati nel ramo ceduto, le parti non abbiano inteso realizzare un legittimo trasferimento di ramo d'azienda. Rientra in questo stesso orientamento l'indagine sull'impegno organizzativo del cessionario nei confronti dei lavoratori addetti all'attività ceduta e sull'esercizio da parte dello stesso cessionario dei poteri direttivo e conformativo della prestazione nei confronti di questi ultimi. Questa impostazione risulta adottata da una recentissima giurisprudenza di merito. Ancora una volta in applicazione di criteri elaborati in sede comunitaria (C. giust. 17 dicembre 1987, causa C-234/98, *Suez*, in *Racc.*, 1999,

1259; e, più recentemente, C. giust. 15 dicembre 2005, cause riunite C-232/04 e 233/04, *Günei-Görres*, in *Racc.*, 2005, I-11237), il giudice ha optato per la sussistenza di una fattispecie di trasferimento di ramo d'azienda ai sensi dell'art. 2112, comma 5, c.c., malgrado la cessione non avesse contemplato beni materiali, di proprietà del cedente, che ne aveva concesso la disponibilità al cessionario per la durata dell'intero contratto di appalto (così, App. Milano 22 marzo 2010, n. 492, in *RIDL*, 2011, II, 320, con nota di M.L. VALLAURI, *Autonomia funzionale e integrabilità del ramo da parte del cessionario, avente ad oggetto un caso di outsourcing di call center*; in dottrina la tesi è stata sostenuta da R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, cit., 36).

Si tratta però di un criterio discutibile, che rischia di autorizzare esternalizzazioni basate su una forte integrazione strumentale da parte del cessionario, e la cui legittimità viene misurata in maniera circoscritta al solo lasso temporale durante il quale si svolgerà il contratto commerciale con il cedente (M.L. VALLAURI, *Autonomia funzionale e integrabilità del ramo da parte del cessionario*, cit., 342). Soprattutto nel caso in cui si tratti di ipotesi di monocomittenza, le sorti dei lavoratori che l'art. 2112 c.c. mira a salvaguardare vengono esposte ad elevatissimi livelli di instabilità, perché affidate al mantenimento del vincolo contrattuale tra le due imprese, e fino al momento del suo compimento.

La seconda parte della sentenza *Amatori* interviene anche su questo aspetto. La Corte, infatti, esclude l'incompatibilità con l'ordinamento comunitario di «una normativa nazionale [...] 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».

Sono però deboli gli argomenti a sostegno della soluzione adottata.

È fragile quello testuale, secondo il quale «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». Il legislatore dell'Unione non «può» prendere in considerazione tutti i possibili assetti per cui le imprese optino in ipotesi di riorganizzazione o ristrutturazione d'azienda, mentre un organo giurisdizionale «dovrebbe» farlo, per evitare che soluzioni organizzative discutibili possano tradursi in una vanificazione delle tutele dei lavoratori se è vero, come afferma la stessa Corte, che le discipline adottate in presenza di riorganizzazione o di ristrutturazione aziendale hanno come principale obiettivo quello di garantire «il mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di cambiamento dell'imprenditore alle stesse condizioni pattuite con il cedente».

Anche questa soluzione, quindi, è frutto di un errore di impostazione dovuto ad una sopravvalutazione degli effetti protettivi delle normative, comunitaria e nazionale, sul trasferimento di impresa. La cui applicazione acritica ed automatica ha spesso mostrato attitudini lesive dei diritti dei lavoratori, che si ve-

dono negato il legittimo diritto a “reagire” a fattispecie fraudolente in cui il trasferimento del ramo d’azienda, seguito da una fase di internalizzazione caratterizzata da forte controllo societario o da intensa monocommittenza, maschera operazioni interpositorie volte a rinunciare ad una gestione diretta dei rapporti di lavoro. All’interno dei gruppi d’impresa, infatti, sovente la capogruppo imputa la titolarità formale dei rapporti di lavoro, pur intendendone mantenere il controllo sostanziale, a soggetti che presentano solo apparentemente una autonomia sul piano della personalità giuridica. Con le due diverse formule di “impresa di gruppo” e di “gruppo di imprese”, tendenzialmente, si allude ad un fenomeno omogeneo in cui, dal punto di vista economico, più imprese, pur mantenendo soggettività giuridica diversa, generano una struttura unitaria caratterizzata, dal punto di vista gestionale, da un’unica attività, svolta da soggetti fra di loro collegati. Dal punto di vista giuridico, però, ciascuna impresa appare separata dall’altra, tramite lo schermo della personalità giuridica, che impedisce la configurazione di un unico ed autonomo soggetto di diritto. Ogni impresa, pertanto, rimane l’unico datore di lavoro del personale che viene impiegato nell’attività produttiva da ognuna di esse esercitata (per l’impossibilità di concepire il gruppo come soggetto unitario cui imputare l’attività svolta da più imprese collegate, F. CARINCI, *Diritto privato e diritto del lavoro*, Giappichelli, 2007, 57; U. CARABELLI, *La responsabilità del datore di lavoro nelle organizzazioni di impresa complesse*, in *q. Rivista*, 2009, 91; O. RAZZOLINI, *Contitolarità del rapporto di lavoro nel gruppo caratterizzato da “unicità di impresa”*, in *DLRI*, 2009, 263 ss.; G. BOLEGO, *Autonomia negoziale e frode alla legge*, Cedam, 2011, 255. Per le posizioni più risalenti, ma di analogo contenuto; G. VARDARO, *Prima e dopo la persona giuridica: sindacati e imprese di gruppo e relazioni industriali*, in *DLRI*, 1988, 203 ss., spec. 212; T. TREU, *Gruppi di imprese e relazioni industriali: tendenze europee*, in *DLRI*, 1988, 641).

La casistica giurisprudenziale nazionale è ricca di fattispecie concrete: ha visto spesso i lavoratori privati di garanzie economiche di cui prima godevano presso l’impresa controllante, ed è evidente che l’affermata compatibilità con l’ordinamento comunitario rappresenta una forma di liberalizzazione di operazioni economiche e di riassetto societario estremamente discutibili. È vero, infatti, che normalmente la scelta economico-organizzativa sottesa alla creazione del gruppo mira a perseguire obiettivi di efficienza, produttività, specializzazione o coordinamento delle attività svolte dalle consociate. Altre volte, tuttavia, il gruppo può risultare funzionale alla realizzazione di strategie elusive di normative poste a tutela del lavoro subordinato, con l’obiettivo di sottrarre lavoratori effettivamente impiegati al computo nella pianta organica della controllante, per orientare il requisito dimensionale dell’impresa; di creare forme di interposizione; di sottrarre al lavoratore la titolarità di determinati diritti sindacali; di frazionare il rapporto di lavoro in modo da frammentare il diritto ad istituti connessi all’anzianità di servizio. Il che spiega il frequente ricorso, anche con riferimento al gruppo di imprese, al divieto di

frode alla legge (Cass. 15 maggio 2006, n. 11107, in *NGL*, 2006, 457; App. Milano 21 giugno 2006, in *LG*, 2007, 526; Trib. Roma 23 maggio 2011, n. 9642, in *GLav*, 2011, 20). In ogni caso, il “gruppo” offre uno scenario non sempre limpido, sede privilegiata di fenomeni circolatori dei rapporti di lavoro dove, conseguentemente, si pone un problema di trasparenza, collegato all’esigenza di individuare chi sia l’effettivo datore di lavoro (in giurisprudenza, Cass. 21 settembre 2010, n. 19931, in *RIDL*, 2011, II, 717, con nota di S. BRUN, *Sulla (ir)rilevanza del collegamento societario nel giudizio in ordine alla legittimità degli atti di gestione del rapporto di lavoro*; Cass. 1° aprile 1999, n. 3136, in *MGL*, 1999, 467; Cass. 27 febbraio 1995, n. 2261, in *NGL*, 1995, 286; Cass. 5 aprile 1990, n. 2831, in *RIDL*, 1991, II, 183. Propone l’impiego, in sede giudiziale, dei generali meccanismi antifrodatori, a fronte della scelta compiuta nel d.lgs. n. 276/2003 di liberalizzare le esternalizzazioni, R. DE LUCA TAMAJO, *Ragioni e regole del decentramento produttivo*, in *q. Rivista*, 2005, 310; ID., *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d’azienda e rapporti di fornitura*, cit., 35 ss.)

Su questo aspetto però, rispetto all’ordinamento nazionale, la giurisprudenza comunitaria gode di un osservatorio privilegiato, perché altre realtà giuridiche europee hanno predisposto forme di tutela nei confronti di lavoratori che rivendicano il diritto a rimanere alle dipendenze del datore di lavoro cedente. Le è noto, in altri termini, che soprattutto all’interno dei gruppi di impresa lo “spostamento” di lavoratori dalla controllante alla controllata può costituire uno schema posto in essere al solo fine di eludere la disciplina protettiva dei medesimi. In questa direzione si era mossa, d’altronde, con riferimento al lavoro prestato nei gruppi di impresa, con la sentenza *Albron*, relativa ad una complessa vicenda di esternalizzazione realizzata da un gruppo di società. La capogruppo – Heineken Nederlands Beheer BV, la “HNB” – aveva distaccato permanentemente alcuni suoi lavoratori presso una delle società del gruppo – Heineken Nederland BV, la “Heineken Nederland” –, che gestisce l’attività di ristorazione per il personale nei vari siti del gruppo. La Heineken Nederland aveva a sua volta subappaltato le attività di ristorazione ad una società esterna al gruppo, la *Albron*, che esercita un’attività di fornitura pasti in tutto il territorio olandese, in particolare nelle mense aziendali, sia nel settore pubblico sia in quello privato. La Corte esclude che, in un contesto che prevede una pluralità di datori di lavoro, la direttiva imponga di privilegiare il datore di lavoro formale rispetto a quello che gestisce nei fatti il rapporto contrattuale, pur non disponendo del relativo contratto. Sicché, «se, in seno ad un gruppo di società, coesistono due datori di lavoro, uno avente rapporti contrattuali con i lavoratori di detto gruppo e l’altro avente rapporti non contrattuali con essi, può essere considerato un “cedente” ai sensi della direttiva 2001/23 anche il datore di lavoro responsabile dell’attività economica dell’entità trasferita che, a tale titolo, stabilisce rapporti di lavoro con i lavoratori di tale entità, e ciò malgrado l’assenza di rapporti contrattuali con i lavoratori in parola» (C. giust. 21 ottobre 2010, causa C-242/09, *Albron Catering BV c. Bondgenoten – Roest.*,

in *RIDL*, 2011, I, 470, con nota di E. AGOSTI, *Le garanzie previste per il trasferimento d'azienda operano anche a favore dei dipendenti stabilmente distaccati presso l'azienda ceduta*. Ma, sulla pronuncia, anche O. RAZZOLINI, *Il problema dell'individuazione del datore di lavoro nei gruppi di imprese al vaglio della Corte di Giustizia. Verso un'idea di codatorialità?*, *ivi*, 1286).

La soluzione, assolutamente condivisibile, evidentemente discendeva dalla rigorosa applicazione della nozione di "cedente", che nella direttiva viene identificato tramite il mero dato della perdita della qualità di datore di lavoro di lavoratori coinvolti dal trasferimento dell'attività economica. Il problema quindi, in queste fattispecie, diventa quello di capire chi, in un contesto sostanzialmente multidatoriale, in presenza di un'esternalizzazione di un'attività economica, presenti questo requisito. In quel contesto, la Corte prese atto della possibile "coesistenza" di più datori di lavoro nei gruppi di impresa (O. RAZZOLINI, *Il problema dell'individuazione del datore di lavoro nei gruppi di imprese al vaglio della Corte di Giustizia. Verso un'idea di codatorialità?*, *cit.*, 1287), «uno avente rapporti contrattuali con i lavoratori, l'altro avente rapporti non contrattuali con essi» (C. giust. 21 ottobre 2010, *cit.*, 31). Tuttavia, attraverso un'attenta analisi della struttura del gruppo (caratterizzato dal permanente distacco di lavoratori formalmente assunti dal "datore di lavoro centrale", ma in realtà stabilmente utilizzati da altro datore di lavoro), la Corte oltrepassò la apparente multidatorialità e selezionò un solo soggetto cui imputare il rapporto di lavoro. In tale selezione essa trascurò la barriera formale del contratto di lavoro e guardò oltre, concentrandosi sulla reale consistenza del rapporto, svoltosi permanentemente alle dipendenze di colui il quale non detiene il relativo contratto (così va letta anche Cass. 21 settembre 2010, n. 19931, *cit.*, dove viene confermata l'illegittimità del licenziamento di un lavoratore intimato dall'impresa indicata come datore di lavoro nel contratto di lavoro, ma di fatto priva della titolarità sostanziale del relativo rapporto, in virtù di un distacco realizzato a favore di altra impresa del gruppo. Ritiene che dalla recente giurisprudenza della Corte di giustizia emergano indicazioni di segno contrario alla considerazione unitaria del fenomeno dei gruppi di impresa, che sta invece "faticosamente" trovando qualche riconoscimento nella giurisprudenza italiana, C. ZOLI, *Licenziamenti collettivi e gruppi di imprese: la procedura di informazione e consultazione nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *RIDL*, 2010, II, 524. Cfr. anche O. RAZZOLINI, *Il problema dell'individuazione del datore di lavoro nei gruppi di imprese al vaglio della Corte di Giustizia. Verso un'idea di codatorialità?*, *cit.*, 1292, per cui la decisione comunitaria offre interessanti spunti «problematici con i quali un eventuale futuro sviluppo della prospettiva della codatorialità non potrà non misurarsi»).

La sentenza *Albron* aveva rappresentato un'importante conferma dell'esigenza, avvisata a livello comunitario, di procedere ad un costante adeguamento ed aggiustamento degli strumenti finalizzati a «proteggere i lavoratori in caso di cambiamento di imprenditore», dovuto a modifiche della strut-

tura delle imprese, come si afferma nei considerando della direttiva 01/23/CE del 12 marzo 2001. Invero, per il considerando 3 della direttiva 01/23/CE «occorre adottare le disposizioni necessarie per proteggere i lavoratori in caso di cambiamento di imprenditore, in particolare per assicurare il mantenimento dei loro diritti», o comunque strumenti idonei a turbare la trasparenza nell'imputazione dei rapporti di lavoro (R. DE LUCA TAMAJO, *Ragioni e regole del decentramento produttivo*, cit., 307 ss.).

Si tratta di un dato importante, che va inquadrato nell'ambito della disciplina europea delle conseguenze sociali delle scelte economiche fondamentali relative alla gestione delle aziende (M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, Cedam, 2009, 382). È vero che nel quadro comunitario, ed in particolare nelle direttive in tema di ristrutturazione e crisi di impresa (segnatamente, quelle sul trasferimento di impresa e sui licenziamenti collettivi), la salvaguardia delle posizioni dei lavoratori mantiene l'originaria missione di evitare il verificarsi di fenomeni di distorsione nella concorrenza fra imprese che operano all'interno del medesimo mercato (G.F. MANCINI, *L'incidenza del diritto comunitario sul diritto del lavoro degli Stati membri*, in *Rivista di diritto europeo*, 1989, 31. Sulla differenza esistente tra le tre direttive su trasferimento d'impresa, licenziamenti collettivi e insolvenza del datore di lavoro, per cui quest'ultima, a differenza delle prime due, non sarebbe spiegabile nella medesima chiave di lettura di buon funzionamento del mercato, A. LYON-CAEN, *Droit social international et européen*, Dalloz, 1993, 303).

È anche vero, però, che nell'interpretazione che ne ha tradizionalmente fornito la giurisprudenza comunitaria, l'obiettivo è sempre stato anche quello di «impedire che la ristrutturazione nell'ambito del mercato comune si effettui a danno dei lavoratori delle imprese coinvolte» (C. giust. 7 febbraio 1985, causa C-135/83, *Abels c. Bedrijfsvereniging voor de Metaalindustrie en de Electrotechnische Industrie*, in *Racc.*, 1985, 484. Sul rapporto tra esternalizzazioni e tutela delle posizioni dei lavoratori subordinati, in una più ampia prospettiva, v. anche le riflessioni di M. TIRABOSCHI, *Esternalizzazioni del lavoro e valorizzazione del capitale umano: due modelli inconciliabili?*, in ID. (a cura di), *op. cit.*, 1 ss.). È chiaro che, in linea di massima, tale obiettivo, secondo le disposizioni della direttiva sul trasferimento di impresa, stabilimento, parte di impresa e di stabilimento è da perseguirsi attraverso la garanzia della salvaguardia dei diritti dei lavoratori, durante il cambiamento del datore di lavoro, «consentendo loro di restare alle dipendenze del cessionario nella stessa situazione convenuta con il cedente» (C. giust. 11 luglio 1985, causa C-105/84, *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark c. Fallimento A/S Danmols Inventar*, in *Racc.*, 1985, 2650. Riconosce che l'obiettivo della legislazione comunitaria e nazionale in tema di trasferimento d'azienda sia quello 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», Cass. 26 gennaio 2012, n. 1085, in *D&G*, 2012, fasc. 1, 126, con nota di L.G. PAPALEO). Ciò è confermato da un'attenta analisi dei considerando dell'ultima versione della direttiva, dove si percepisce sì una particolare attenzione per «l'evoluzione economica» che implica, «sul piano nazionale e comunitario, modifiche delle strutture delle imprese effettuate, tra l'altro, con trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti a nuovi imprenditori in seguito a cessioni contrattuali o a fusioni» (considerando 2, direttiva 01/23/CE).

Ma, nell'impostazione del preambolo, tale presupposto va coniugato con quello dichiarato nel considerando successivo, il quale precisa che la Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, adottata il 9 dicembre 1989 ("Carta sociale"), nei punti 7, 17 e 18, dispone, in particolare, che la realizzazione del mercato interno deve portare «ad un miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro dei lavoratori nella Comunità europea» (considerando 5). Tale rinvio dovrebbe indurre ad una maggiore attenzione per il cosiddetto controllo della fattispecie, anche al fine di evitare applicazioni della direttiva in danno dei lavoratori, ovvero in sostituzione di normative inderogabili, contro il rischio di esternalizzazioni incontrollate, costantemente in bilico lungo la linea di confine con il persistente divieto di triangolazione fraudolenta.

L'intreccio tra controllo della fattispecie e della trasparenza nelle relazioni di lavoro emerge anche in altri documenti europei, chiaramente orientati verso la predisposizione di «una sorta di statuto delle "responsabilità imprenditoriali interpositorie"» (M. ESPOSITO, *Somministrazione di lavoro e rapporti interpositori nella nuova stagione comunitaria della flexicurity*, in L. ZOPPOLI, M. DELFINO (a cura di), *Flexicurity e tutele. Il lavoro tipico e atipico in Italia e in Germania*, Ediesse, 2008, 113 ss.). Sul punto, ad esempio, il Libro Verde, forse in una prospettiva apparentemente incompleta, si era soffermato sul problema dell'utilizzazione di lavoratori dipendenti in contesti di codatorialità ed aveva indicato, sia pure limitatamente ai sistemi di garanzie per i lavoratori coinvolti in catene di appalti e subappalti, come criterio orientatore, la fissazione di un «sistema di responsabilità congiunta e solidale dei contraenti principali nei confronti degli obblighi dei loro subappaltatori». Il polo della sicurezza allora era stato dunque declinato sotto forma di certezza dell'imputazione degli obblighi e degli oneri derivanti dall'utilizzazione della manodopera. E la sua enfaticizzazione a scapito della flessibilità (ampiamente garantita nei rapporti triangolari) è stata interpretata come una forma di sensibilità della Commissione. Questa prospettiva è stata certamente valorizzata dal Parlamento, che, infatti, l'ha ripresa nel § 62 della risoluzione dell'11 luglio 2007, come linea primaria di impegno regolativo (risoluzione del Parlamento europeo sul Libro Verde, luglio 2007). Qui compare un significativo richiamo alla raccomandazione ILO n. 198 del 15 giugno 2006 sulla "relazione di lavoro", ed alle proposte ivi contenute sulla necessità di rendere più uni-

voco e trasparente l'assetto delle relazioni lavorative. In merito, infatti, alla distinzione tra le possibili tipologie di collaborazione ed all'esigenza di definirne i tratti distintivi, sì da assicurare adeguati standard regolativi, l'ILO vi inserisce (anche) quello connesso all'individuazione di chi sia il responsabile, il garante della protezione e delle tutele, all'interno della relazione lavorativa. Sicché, negli orizzonti tracciati dal Libro Verde e dalla risoluzione del Parlamento europeo, sia attraverso i richiami alle pratiche di decentramento, sia attraverso il riferimento alla fissazione di un quadro di responsabilità e garanzie chiaro ed uniforme, sembra praticabile individuare una prospettiva antifraudolenta, come possibile direttrice di marcia del nuovo progetto riformista della Comunità europea (M. ESPOSITO, *op. cit.*, 118).

*Marina Nicolosi*

*Ricercatore di diritto del lavoro – Università degli Studi di Palermo*