

DOSSIER

QUESTIONI DI LEGITTIMITA' RELATIVE ALLE CESSIONI DI RAMO D'AZIENDA ATTUATE DALLA TELECOM ITALIA S.P.A.

a cura di
Lidia Undiemi*

Publicato su: www.ernalizzati.it – www.giureta.unipa.it

* dottoranda di ricerca presso il dipartimento di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente – Università degli Studi di Palermo – Facoltà di Economia.

Si precisa che la documentazione e le informazioni attraverso cui è stata effettuata la ricostruzione delle esternalizzazioni oggetto del presente scritto sono quelle appartenenti alla Banca dati ANLE, che è stata messa a disposizione dell'autore. Tutti gli allegati sono stati realizzati dai membri dell'ANLE.

Il dossier è stato redatto con l'obiettivo di denunciare la battaglia legale che stanno portando avanti le centinaia di lavoratori che sono stati esternalizzati dalla Telecom Italia S.p.a..

Attraverso la raccolta metodica e capillare delle informazioni e della documentazione (atti di cessione, sentenze, bilanci ecc.) da parte dei lavoratori dell'ANLE, è stato possibile ricostruire i tratti essenziali delle cessioni di ramo d'azienda attuate dalla Telecom Italia S.p.a, anche attraverso un proficuo parallelismo con i principali orientamenti dottrinali e giurisprudenziali in materia di esternalizzazioni.

Nonostante le sentenze (in primo grado d.g.) emesse dai Tribunali di tutta Italia siano nella maggior parte favorevoli ai lavoratori "illegittimamente ceduti", a tutt'oggi, Telecom Italia S.p.a., ha di fatto reintegrato soltanto una esigua parte di coloro che hanno vinto i ricorsi, in forza di mirati esposti presentati successivamente dai lavoratori alla Magistratura, per cercare di rendere esecutive di fatto le sentenze. Tutti gli altri lavoratori, si trovano fra le mani un diritto riconquistato (il proprio posto di lavoro) ma continuamente leso da una realtà imprenditoriale, che decide illegittimamente di esternalizzarli ed illegittimamente di non reintegrarli.

*Infine, verranno prospettate delle soluzioni concrete ai problemi esposti, che saranno utili non solo per risolvere la vicenda dei lavoratori ceduti dalla Telecom Italia S.p.a., ma anche per fare dei passi avanti contro quelle esternalizzazioni selvagge che affliggono il sistema italiano. Principalmente sarà proposta l'introduzione del **diritto di opposizione** del lavoratore alla propria cessione e la sperimentazione di un sistema di monitoraggio, per capire cosa sia realmente diventato il mercato delle esternalizzazioni in Italia*

Sommario

<i>Introduzione</i>	p. 4
- 1. Cenni sulla normativa posta a tutela dei lavoratori nei processi di esternalizzazione	p. 9
- 2. Le politiche di esternalizzazione attuate dalla Telecom Italia	p. 14
- 3. L'accordo del 28 marzo 2000 come punto di partenza: un commento critico	P. 16
- 3.1 Segue: gli accordi sul Piano Industriale del 2002-2004 e del 2005-2007	p. 18
- 4. Questioni di legittimità legate alle politiche di esternalizzazione di Telecom Italia	p. 22
- 4.1 Le procedure di informazione e consultazione sindacale nel Trasferimento d'azienda: il controllo sulla legittimità della cessione.....	p. 23
- 4.2 La condotta antisindacale ex art. 28 come conseguenza della violazione della procedura di informazione e consultazione	p. 27
- 4.3 La violazione del mantenimento dei diritti dei lavoratori esternalizzati dalla Telecom Italia	p. 30
- 4.4 Questioni relative al sistema di relazioni societarie emerse dal caso Telecom Italia	p. 32
- 4.5 Questioni giuridiche sui rapporti di lavoro nell'ambito di un collegamento societario	P. 34
- 4.6 Il gruppo di società e l'attività di direzione e coordinamento	P. 35
- 4.7 I risvolti in ambito lavoristico della disciplina dei gruppi di società: l'impresa come fattispecie essenziale a tutela dei lavoratori	p. 39
- 4.8 La disciplina del trasferimento di azienda in funzione elusoria della normativa posta a tutela dei lavoratori	p. 44
- 4.9 La frode alla legge nel trasferimento di ramo di azienda nell'ambito di un collegamento societario	p. 45
- 4.10 Questioni di legittimità riguardanti le politiche societarie relative alla cessione del ramo d'azienda: il caso "Gestione Autoparco"	p. 49
- 4.11 Segue: il caso TE.SS.	p. 53

- 4.12 Segue: il caso Im.Ser p. 55
- 5. Un'ampia elaborazione giurisprudenziale sancisce l'illegittimità delle cessioni attuate dalla Telecom Italia p. 56
 - 5.1 L'illegittima individuazione dei dipendenti addetti all'attività da trasferire nelle cessioni Telecom Italia e il discutibile orientamento giurisprudenziale che nega l'interesse dei lavoratori ad agire contro il trasferimento *ex art.* 2112 c.c. p. 59
 - 5.2 I giudici d'Italia dichiarano l'illegittimità di sette delle otto cessioni di ramo d'azienda attuate dalla Telecom Italia. La centralità dei mezzi immateriali di produzione come probabile dimostrazione dell'invalidità delle esternalizzazioni p. 63
 - 5.2.1 La cessione dell'attività "Gestione autoparco" a Savarent Fleet Services p. 67
 - 5.2.2 La cessione dell'attività "Logistica della funzione acquisti di domestic wireline" a TNT p. 69
 - 5.2.3 La cessione dell'attività "Document Management" a Telepost p. 70
 - 5.2.4 La cessione dell'attività "Grandi immobili" a Im.Ser p. 72
 - 5.2.5 La cessione dell'attività "User Support" a HP DCS p. 73
 - 5.2.6 La cessione dell'attività "Human Resource/Servizi Generali" a Emsa Servizi e dell'attività "Manutenzione e Servizi Ambientali" a MP Facility p. 73
 - 5.2.7 La cessione dell'attività "Centri territoriali di Sorveglianza in ambito Purchasing Acquisti e Servizi per la Security" a Tecnosis e dell'attività "Property Management" a Pirelli & Real Estate Property Management p. 74
- 6. Conclusioni p. 76
 - 6.1 Proposte di modifica dell'art. 2112 c.c.: l'introduzione del *diritto di opposizione* al trasferimento in favore dei lavoratori e la reintroduzione del requisito della *preesistenza* del ramo d'azienda p. 78
 - 6.2 Ipotesi di monitoraggio dell'attuale assetto del mercato delle esternalizzazioni in Italia p. 82

Allegati:

- A) Elenco sintetico delle sentenze e dei dispositivi nelle cause contro Telecom Italia S.p.a..
- B) Prospetto riepilogativo rami d'azienda ceduti da Telecom Italia S.p.a..
- C) Quadro generale singole cessioni effettuate da Telecom Italia S.p.a..
- D) Cosa ne è stato del mantenimento dei diritti dei lavoratori in capo al cessionario?

Introduzione

Già da parecchi anni, ormai, le politiche di esternalizzazione¹ hanno provocato effetti devastanti sulle condizioni di lavoro e di vita delle persone che sono diventate, malgrado loro, vittime di un sistema capitalistico orientato al perseguimento del massimo profitto, e talvolta anche al di fuori delle stesse logiche di mercato.

Attorno al fenomeno è cresciuta molta confusione, ed il termine *esternalizzazione* oggi mette insieme i più svariati significati, al punto da racchiudere in sé logiche difficilmente conciliabili fra loro, come *sviluppo economico* (logica rivendicata dagli imprenditori) e *precarietà del lavoro* (così come percepita dai lavoratori).

Sciogliere l'ambiguità terminologica del fenomeno in esame, significa fare un enorme passo in avanti verso l'eliminazione della precarietà causata dalle false esternalizzazioni, perché, se ci si pensa bene, questo agire quasi indisturbato, per anni, di certe realtà imprenditoriali molto discutibili, è stato reso possibile soltanto oscurando ciò che è realmente accaduto.

Per comprendere cosa abbia effettivamente generato questo stato di confusione di non poco conto, occorre fare qualche passo indietro, e partire dalle stesse premesse attraverso cui la categoria imprenditoriale ha "venduto" alla collettività il ricorso all'outsourcing.

Sulla base delle teorie di sviluppo della new economy, l'utilità delle politiche di esternalizzazione, ossia dell'affidamento a terzi di vari processi aziendali, risiede prevalentemente in scelte strategiche dettate dalla necessità di adattamento delle imprese alle dinamiche imposte dal mercato, la cui evoluzione richiede una maggiore flessibilità organizzativa, ed un costante miglioramento della qualità dei prodotti e/o dei servizi offerti.

Negli ultimi anni, infatti, il ricorso all'outsourcing ha modificato la struttura dei mercati, i quali sono passati da un'economia basata sulla produzione industriale ad un'economia incentrata sull'erogazione di servizi, il cui valore aggiunto viene creato attraverso la conoscenza: è questo, sostanzialmente, il passaggio dalla old alla new economy.

Ciò si è tradotto nella progressiva frammentazione delle imprese di grandi dimensioni, che hanno lasciato spazio all'espansione di piccole e medie imprese, giuridicamente distinte, ognuna delle quali si occupa di svolgere il pezzetto di

1 In questo scritto non si farà alcuna distinzione fra i termini "esternalizzazione", "outsourcing", "terziarizzazione", ecc.

attività di sua competenza, in una catena di produzione dove le stesse imprese si relazionano tra di loro attraverso rapporti di fornitura, formalizzati con la stipulazione di contratti di natura commerciale, fra i quali spicca il contratto di appalto.

Riassumendo questa logica d'impresa, dunque, si può concludere affermando che un sistema produttivo della new economy dovrebbe essere caratterizzato dalla prevalenza di piccole e medie imprese, in grado di generare un profitto più o meno ampio, a seconda delle capacità imprenditoriali di chi è preposto al governo dell'attività.

In termini di stabilità occupazionale, si può facilmente dedurre che in un mercato tendenzialmente "sano" della new economy, si dovrebbe assistere ad una redistribuzione dei flussi occupazionali dalla grande impresa alla piccola e media impresa. Quindi, non perdita dei posti di lavoro, bensì ricollocazione degli stessi.

Certo, i lavoratori perderebbero comunque, in questo passaggio, tutta una serie di diritti (compresi quelli di natura sindacale) che la legge riserva ai dipendenti delle imprese di certe dimensioni, e questo è tutto sommato sopportabile, anche perché è una conseguenza delle dinamiche imposte dal sistema produttivo, di cui il mercato del lavoro è parte integrante. Ed è in questa direzione che è possibile parlare di "sano conflitto" fra capitale e lavoro.

Ma quando queste strategie aziendali provocano la perdita di migliaia di posti di lavoro, come è di fatto accaduto negli ultimi anni, è evidente che le esternalizzazioni non possono giustificarsi con i principi di sviluppo imprenditoriale. Ed ecco, che il termine "esternalizzazione" passa da una logica di sviluppo economico, ad una logica di espulsione dei lavoratori dall'impresa che esternalizza, che non di rado sfocia, appunto, nella perdita dei posti di lavoro.

La verità, allora, è che esistono almeno due categorie di politiche di outsourcing: la categoria delle *esternalizzazioni sane* e la categoria delle *esternalizzazioni malate*. Nella prima categoria sono incluse le politiche di outsourcing che rientrano nella logica dello sviluppo economico, in cui l'impresa terziarizza con lo scopo di affidare realmente ad un'altra impresa il governo dell'attività esternalizzata, su cui il committente continua a mantenere un reale interesse a beneficiare del risultato prodotto dalla medesima attività. Ne deriva che la misura del livello di genuinità della terziarizzazione dipenderà principalmente dalla qualità imprenditoriale del fornitore (know how posseduto, esperienza maturata nel mercato, autonomia organizzativa e capacità di gestione del rischio), che di certo non può riscontrarsi in una società costituita ad hoc in occasione del

trasferimento, specie se controllata dal committente.

Viceversa, nella seconda categoria (esternalizzazioni malate) rientrano le politiche di outsourcing caratterizzate da una precisa strategia dell'impresa cedente di liberarsi dei propri dipendenti, o perché la loro prestazione di lavoro non serve più, oppure perché, nonostante questi lavoratori continuino ad essere necessari al buon funzionamento dell'impresa, a quest'ultima conviene cederli al fine di ottenere il vantaggio di essersi liberata dagli obblighi derivanti dal mantenimento di un rapporto di lavoro diretto con i dipendenti.

Nel primo caso si tratta di veri e propri licenziamenti di massa, attuati quindi al di fuori degli oneri e dei costi che la legge impone nelle procedure di licenziamento collettivo.

Nel secondo caso, invece, l'impresa esternalizzante cede l'attività continuando ad usufruire direttamente delle prestazioni di lavoro dei dipendenti ceduti, anche se formalmente ha stipulato un contratto di fornitura con il soggetto economico che ha acquisito il ramo di attività ceduto.

E' importante evidenziare la differenza fra la tipologia di esternalizzazioni sane, come sopra prospettate, e quest'ultima tipologia di esternalizzazioni malate. In entrambe le ipotesi si effettua una cessione di attività (compresi i lavoratori) a cui segue l'instaurazione di un rapporto di fornitura fra cedente e cessionario, generalmente con la stipulazione di un contratto di appalto. Solo che se l'esternalizzazione è genuina (sana) allora il fornitore, e quindi colui che ha acquisito il ramo, agisce come vero imprenditore, e quindi assume effettivamente il governo dell'attività e delle persone preposte al suo svolgimento. Diversamente, se l'esternalizzazione è falsa accade che, anche se formalmente l'attività è stata ceduta ed è stato stipulato un contratto di fornitura, l'impresa cedente mantiene di fatto il governo dell'attività ceduta, con la conseguenza che il fornitore non agisce come vero imprenditore, bensì come mero interposto. Viene in questi casi meno quel nesso fondamentale fra governo ed imputazione che giustifica l'esistenza dell'impresa fornitrice, e di conseguenza si è di fronte ad una deviazione del sistema economico stesso.

E' ovvio allora che la questione delle esternalizzazioni non può essere ridotta ad una mera contrapposizione di interessi fra imprenditori e lavoratori. Il vero problema da affrontare è che le politiche di outsourcing sono passibili di strumentalizzazione abusiva a scapito dei lavoratori, e al di fuori di ogni logica di creazione di valore per l'impresa.

Come si è già affermato, non si tratta solamente di un problema di tutela dei

lavoratori, bensì di un grave fenomeno di denigrazione del sistema economico di riferimento, che va anche a scapito di quegli imprenditori che utilizzano correttamente l'outsourcing, e che conseguentemente sono meritevoli di tutela così come i lavoratori.

Eliminata l'ambiguità concettuale del termine esternalizzazione, che già da un punto di vista economico/organizzativo è possibile tenere distinto dalle pratiche abusive, interviene la legge che, attraverso una specifica normativa posta a tutela dei lavoratori in materia di esternalizzazioni, traccia una linea di confine fra ciò che l'impresa può lecitamente esternalizzare con i lavoratori e ciò che è invece considerata una pratica abusiva. Ed è proprio attraverso il *criterio di legalità* che è possibile individuare, vietare e punire tutte quelle false esternalizzazioni, che di fatto trasformano uno strumento di sviluppo economico in una piaga sociale.

La legge, infatti, attraverso una serie di disposizioni ben precise, fornisce un concetto legale di *esternalizzazione*, che sostanzialmente coincide con la categoria delle *esternalizzazioni sane* precedentemente descritta. Viceversa, le *esternalizzazioni malate* possono solamente essere definite *pratiche abusive* vietate dalla legge.

In altri termini, la vera *esternalizzazione* è quella che rispetta la logica dello sviluppo economico e della stabilità occupazionale.

Adesso risulta più convincente la tesi che non sono state probabilmente le esternalizzazioni che hanno fatto prosperare una precarietà selvaggia delle condizioni di lavoro, bensì delle pratiche illecite annidate dietro false esternalizzazioni.

Ed è ancora più ovvio che, poiché gli abusi si sono di fatto verificati ed hanno generato un costo sociale non indifferente, la normativa deve essere ulteriormente rafforzata. In questa direzione, una proposta di legge interessantissima, che sarà esposta successivamente, potrebbe essere quella attraverso cui si consente al lavoratore di potersi opporre alla cessione del proprio contratto di lavoro, dato che in base alla normativa vigente è sostanzialmente previsto il trasferimento automatico dei rapporti di lavoro in capo al cessionario, a prescindere dal consenso dei lavoratori ceduti. E' necessario però sottolineare che la previsione del passaggio automatico dei lavoratori alle dipendenze del cessionario è, coerentemente con la normativa comunitaria in materia di trasferimento di azienda, un modo per evitare che i lavoratori subiscano un peggioramento delle condizioni di lavoro in conseguenza

delle vicende circolatorie dell'azienda. Ed infatti, per espressa previsione legislativa, i lavoratori conservano tutti i diritti derivanti dal rapporto di lavoro instaurato con il cedente.

Quindi, l'esigenza di introdurre un diritto di opposizione al trasferimento in favore dei lavoratori è la causa dell'enorme uso distorto delle politiche di esternalizzazione.

Queste verità emergono chiaramente dalle politiche di esternalizzazione attuate dalla Telecom Italia S.p.a. (d'ora in poi Telecom Italia), e che si vogliono denunciare attraverso il presente dossier.

Qui si vuole solo anticipare che centinaia di lavoratori esternalizzati dalla Telecom Italia hanno rifiutato di credere che le cessioni di ramo di azienda attuate dalla loro datrice di lavoro siano state legittime, ed hanno fatto ricorso al giudice per chiederne la nullità degli effetti nei loro confronti. Sono state emanate decine di sentenze di primo grado² che hanno dato ragione ai lavoratori dichiarando illegittima la cessione, seguite da poche altre che hanno prodotto un esito favorevole per la Telecom Italia. In pratica, su quindici cessioni di ramo di azienda sette sono state dichiarate nulle da diversi giudici di tutta Italia, e per altre due cessioni si attende a breve la valutazione del giudice. Ed è evidente che questo è stato possibile perché esiste una legge che punisce le false esternalizzazioni.

La questione più grave in assoluto è dunque che l'emergenza sociale su cui versano migliaia di lavoratori non è stata causata da una politica legislativa tendente a tutelare gli interessi degli imprenditori piuttosto che dei lavoratori, ma è stata frutto di una delle più gravi violazioni dello stato di diritto, dove l'unica forma di difesa in favore dei lavoratori è rimasta il ricorso al giudice del lavoro.

Ma il ricorso in tribunale non può diventare il principale mezzo di difesa dei lavoratori contro le pratiche abusive. L'espansione di questa "ultima spiaggia" per i lavoratori si traduce necessariamente nel fallimento delle istituzioni, del sistema di controllo del mercato del lavoro, e soprattutto dell'azione sindacale che si è dimostrata poco efficace nel limitare i danni prodotti a scapito dei lavoratori. Un rinnovamento dell'azione sindacale è senz'altro essenziale.

Fatte queste premesse è adesso possibile entrare nel merito della vicenda Telecom Italia. Si inizierà con il fornire un quadro generale della normativa di riferimento, e successivamente si analizzeranno le principali questioni giuridiche

² Si veda l'allegato A).

che si ricavano dalla lettura delle sentenze, e questo ovviamente alla luce delle dinamiche economiche/organizzative che hanno caratterizzato le esternalizzazioni Telecom Italia. Seguirà una descrizione delle singole vicende, ossia delle singole cessioni di ramo di azienda. Infine, sulla base di quanto emerso, verranno prospettate possibili soluzioni alternative al ricorso in tribunale, dato che, comunque, sono in corso numero cause, ed altre ancora che probabilmente i lavoratori porteranno avanti in ragione del successo riscosso dai propri colleghi.

1. Cenni sulla normativa posta a tutela dei lavoratori nei processi di esternalizzazione

Una politica di outsourcing è generalmente attuata attraverso due fasi: la cessione a terzi di una determinata attività attraverso il trasferimento di azienda (generalmente di un suo ramo) di cui all'art. 2112 c.c., e la riacquisizione del bene o del servizio prodotto dal ramo ceduto mediante la stipulazione del contratto di appalto di cui all'art. 1655 c.c..

La disciplina legale del trasferimento di azienda³ è stata recentemente ridisegnata ad opera del d.lgs. n. 18 del 2 febbraio 2001 di attuazione della Direttiva n. 98/50/CE⁴, nonché attraverso un'ulteriore modifica da parte del

3 Per un quadro generale della normativa comunitaria e nazionale del trasferimento di azienda prima della riforma del 2003 si rimanda a M. MARINELLI, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2002; R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo di azienda e rapporti di fornitura*, in AA.VV., *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, a cura di R. DE LUCA TAMAJO, Esi, Napoli, 2002, p. 20 ss, F. SCARPELLI, *Nuova disciplina del trasferimento di azienda*, in *Dir. prat. Lav.*, 2001, n. 12, p. 779 ss; L. DE ANGELIS, *La tutela del lavoratore ceduto*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"* .INT – 24/2004, reperibile nel sito www.lex.unict.it. Per approfondimenti sul tema dopo la riforma del 2003 si veda: M. MARINELLI, *I licenziamenti per motivi economici*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 209 ss; A. PALLADINI, G. SANTORO PASSARELLI e V. SPEZIALE, *Opinioni sul trasferimento di azienda*, in *Giorn. dir. rel. ind.*, 2006, n. 112, p. 668 ss; L. NASEDDU, *Il bilanciamento degli interessi nella fattispecie del trasferimento d'azienda*, in *Dir. lav.*, 2005, n. 5-6, p. 527 ss; V. SPEZIALE, *Il trasferimento d'azienda tra disciplina nazionale ed interpretazioni "vincolanti" della Corte di Giustizia Europea*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"* .IT – 46/2006, reperibile nel sito www.lex.unict.it.

4 Tale Direttiva ha modificato la precedente Direttiva n. 77/187/CEE, ed è stata sua volta oggetto di modifica, ma solo in termini di numerazione, da parte della Direttiva n. 23/2001/CE.

d.lgs. n. 276 del 10 settembre 2003. La regolamentazione di base è comunque oggi racchiusa nell'art. 2112 c.c. e nell'art. 47 della l. n. 428 del 29 dicembre 1990 di attuazione della direttiva n. 77/187/CEE.

La normativa sul trasferimento si basa sul principio del mantenimento dei diritti del lavoratore in caso di trasferimento di azienda o di un suo ramo, al fine di garantire una sostanziale indifferenza dei rapporti di lavoro rispetto alle vicende circolatorie dell'azienda, che tra l'altro oggi sono sottoposte ad un controllo sindacale (art. 47 l. n. 428/1990)⁵.

L'art. 2112 c.c. stabilisce che in caso di trasferimento <<*il rapporto di lavoro continua con il cessionario ed il lavoratore conserva tutti i diritti che ne derivano*>> (comma 1). Questo meccanismo di passaggio automatico dei lavoratori alle dipendenze del cessionario è quindi nato con lo scopo di garantire la stabilità occupazionale dei lavoratori coinvolti nei processi di esternalizzazione. In questo senso, l'art. 2112 c.c. si pone in contraddizione con il principio civilistico di cui all'art. 1406 del c.c. che attribuisce valore decisivo al consenso del contraente ceduto.

Altri due aspetti fondamentali della fattispecie in esame sono la nozione di trasferimento ed il suo oggetto.

Sia con la riforma del 2001 che con quella del 2003 è stato ampliato il concetto normativo di trasferimento, tenendo conto dell'influenza esercitata dalla giurisprudenza italiana e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia europea che si è sviluppata intorno all'interpretazione della fattispecie. Per trasferimento si intende <<qualsiasi operazione che, in seguito a cessione contrattuale o fusione, comporti il mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata ... che conserva nel trasferimento la propria identità a prescindere dalla tipologia negoziale o dal provvedimento sulla base del quale il trasferimento è attuato...>> (comma 5 art. 2112 c.c.). In sostanza, al cedente è consentito di trasferire automaticamente i dipendenti addetti all'attività esternalizzata, indipendentemente dallo strumento giuridico utilizzato per realizzare il trasferimento.

Riguardo invece all'oggetto del trasferimento, la riforma del 2001 introduce due concetti, ossia quello di azienda e quello di parte (o ramo) di azienda.

5 V. M. MAGNANI (a cura di), *Commento all'art. 47 della l. 29 dicembre 1990, n. 428, Disposizioni in tema di trasferimento di azienda*, in *Nuove leggi. Civ. comm.* 1992, p. 627 ss.

L'attuale formulazione dell'art. 2112 c.c. amplia la nozione di azienda, riconducendola al concetto di <<attività economica organizzata>>. Questa definizione consente un distacco rispetto alla materialità evocata dall'art. 2555 c.c., e sposta l'accento sui concetti di *attività* e di *organizzazione*, con la conseguenza che anche le attività smaterializzate possono formare oggetto di trasferimento⁶. Questa definizione appare infatti più omogenea alla nozione di impresa di cui all'art. 2082 c.c., rispetto a quella di azienda di cui all'art. 2555 c.c..

Queste considerazioni sono valide anche nei casi di trasferimento di parte di azienda, intesa appunto come <<articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata>> (comma 5 art. 2112 c.c.).

E' inoltre importante sottolineare che mentre il d.lgs. n. 18/2001 aveva imposto il requisito della *preesistenza* della parte di azienda rispetto al trasferimento, il d.lgs. n. 276/2003 ha eliminato tale presupposto, stabilendo che l'identificazione della parte di azienda da esternalizzare possa avvenire anche al momento del trasferimento. La conseguenza è una maggiore autonomia per il cedente e per il cessionario di decidere cosa deve formare oggetto di esternalizzazione. Nel caso invece di trasferimento di azienda, il requisito della *preesistenza* non è stato eliminato.

Comunque, a prescindere dalla *preesistenza* o meno del ramo di azienda, quest'ultimo deve necessariamente presentare il requisito dell'autonomia funzionale, ossia che la cessione abbia ad oggetto una entità economica che oggettivamente si presenti dotata di un'autonomia organizzativa ed economica funzionalizzata allo svolgimento di un'attività volta alla produzione di beni o servizi⁷.

Infine, il legislatore del 2003, nel tentativo di disciplinare i processi di esternalizzazione come fenomeno unitario, ha aggiunto il comma 6 all'art. 2112 c.c., con il quale dispone che nel caso in cui l'alienante stipuli con l'acquirente un contratto di appalto la cui esecuzione avviene utilizzando il ramo d'azienda oggetto di cessione, l'appaltante e l'appaltatore sono obbligati in solido verso i lavoratori dipendenti dell'appaltatore entro il limite di un anno dalla cessazione

⁶ Sulla impraticabilità del principio secondo cui l'azienda può esistere senza l'esercizio dell'attività d'impresa si veda il commento di A. LEPORI, sulla *modifica dell'art. 2112, comma quinto del Codice civile*, in (dovrebbe essere un nuovo commentario), p. 483 ss.

⁷ Sentenza Cass. n. 8017/2006.

dell'appalto.

Ma fermo restando il tentativo del legislatore, il vero punto di collegamento fra la disciplina del trasferimento di azienda e la disciplina della tutela del lavoro negli appalti è la verifica dei requisiti di imprenditorialità in capo al cessionario/appaltatore. Infatti, i concetti di organizzazione e di rischio che caratterizzano l'appalto ai sensi dell'art. 1655 c.c. (organizzazione dei mezzi necessari e gestione a proprio rischio) coincidono con quelli della nozione di imprenditore (art. 2082 c.c.), che, come già visto, sono gli stessi elementi utilizzati per valutare l'autonomia funzionale del ramo ceduto.

Nell'ambito della disciplina sull'appalto⁸, e sulla base delle novità introdotte dal

8 La distinzione fra appalti leciti di opere o servizi ed interposizione illecita è stata governata per decenni dalla l. n. 1369/1960, nata con lo scopo di combattere un grave fenomeno di sfruttamento della manodopera, il cosiddetto "caporalato", attraverso il quale un soggetto (pseudo-appaltatore) si interpone fra il lavoratore e il datore di lavoro, con lo scopo di consentire a quest'ultimo di potere usufruire di mere prestazioni di lavoro senza assumersi le relative responsabilità in ordine al rapporto di lavoro. Coerente con la finalità della norma era il regime sanzionatorio, che imponeva, al verificarsi della fattispecie vietata, la costituzione del rapporto di lavoro in capo all'effettivo utilizzatore della prestazione. Questo regime di divieto assoluto è stato attenuato dalla l. n. 196 del 24 giugno 1997 (cosiddetto pacchetto Treu) che ha introdotto la fattispecie di lavoro temporaneo nell'ordinamento giuridico italiano. Questa normativa, pur senza abrogare la l. n. 1369/1960, ha legittimato la fornitura di mere prestazioni di lavoro da parte di un'impresa, soggetta ad un regime rigoroso di autorizzazioni amministrative, ad un'altra impresa per il soddisfacimento di esigenze produttive temporanee. Al di fuori dei casi di fornitura di prestazioni di lavoro autorizzate dalla legge, il divieto generale di interposizione di manodopera ha continuato a sopravvivere attraverso la legge del 1960. Infine, la disciplina in materia di interposizione è stata modificata in modo sostanziale dal d.lgs. n. 276/2003 che abrogando la legislazione precedente, ha dettato una nuova normativa attraverso la quale ha ampliato le opportunità di ricorso legittimo alla somministrazione di lavoro (fornitura professionale di manodopera ai sensi dell'art. 2 e dell'art. 20), pur mantenendo un divieto generale di ricorso a tale fattispecie contrattuale (vedi Sentenza Cass. n. 2583/2004) al di fuori delle ipotesi previste dalla stessa legge, e comunque sottoponendo gli operatori ad uno specifico regime di autorizzazione amministrativa. Restano pertanto vietati gli appalti di manodopera, e quindi la distinzione concettuale fra l'interposizione di manodopera (o somministrazione di lavoro) e l'appalto. Quest'ultimo, infatti, deve essere finalizzato alla produzione di un prodotto e/o di un servizio, e non all'erogazione di mere prestazioni di lavoro. Per approfondimenti sulla disciplina prima della riforma del 2003 si rimanda a M. T. CARINCI, *La fornitura di lavoro*

d.lgs. n. 276/2003, è il divieto di somministrazione di lavoro non autorizzata, o al di fuori dei casi consentiti dalla legge, che rappresenta la principale fonte legislativa a tutela dei lavoratori. Il profilo di maggiore rilievo della normativa risiede nella distinzione fra la somministrazione di lavoro (o interposizione di manodopera) e l'appalto. Questo in quanto la fattispecie vietata si è quasi sempre nascosta dietro un contratto di appalto, che formalmente risulta finalizzato alla realizzazione di un'opera o di un servizio, ma che in verità ha come oggetto reale la mera fornitura di manodopera. Quando ciò si verifica, o in altri termini quando l'appalto è privo dei requisiti di cui al comma 1 dell'art. 29 del d.lgs. 276/2003 (che rinvia all'art. 1655 c.c.), il lavoratore può chiedere la costituzione di un rapporto di lavoro subordinato alle dipendenze del committente che ne ha effettivamente utilizzato la prestazione (comma 3 *bis* art. 29).

Di sicuro, uno degli indici più frequentemente utilizzati dalla giurisprudenza per verificare l'autonomia organizzativa dell'appaltatore è stato quello dell'esercizio, in concreto, del potere direttivo e di controllo dell'appaltante sui lavoratori impiegati nell'attività appaltata, specie nei casi di attività sostanzialmente riconducibili all'organizzazione del lavoro. E comunque, l'illecito si verifica in tutti i casi in cui il committente esercita i poteri riconducibili al concetto di subordinazione sui dipendenti dell'appaltatore.

L'art. 29 del D.Lgs. 276/2003, oltre a precisare la distinzione fra l'appalto (art. 1655 c.c.) e la somministrazione di lavoro, mettendo in evidenza la natura imprenditoriale del primo rispetto alla mera fornitura di manodopera (somministrazione), fornisce una definizione di appalto nella quale la liceità di quest'ultimo può anche risultare dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto, associato al rischio d'impresa, svalutando così quanto previsto dalla ormai abrogata L. n. 1369/1960, e cioè la rilevanza dei mezzi materiali (presunzione di illiceità qualora l'appaltatore impieghi capitali, macchine ed attrezzature fornite dall'appaltante).

Com'è evidente, anche in tema di appalto si assiste allo stesso fenomeno che si manifesta nel trasferimento di azienda, ossia la tendenza a dare sempre maggiore spazio alle attività smaterializzate. In effetti, l'espandersi dei servizi

altrui, in Comm. Cod. Civ., diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 2000, p. 8 ss; G. DE SIMONE, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza*, FrancoAngeli, Milano, 1995, p. 40 ss. Per approfondimenti sulla disciplina della somministrazione di lavoro si veda M. MARINELLI, *Aspetti problematici del contratto di somministrazione di lavoro*, in *Dir. merc. lav.*, n. 1-2, 2004, p. 327 ss.

alla produzione, dove l'impiego delle infrastrutture materiali è spesso notevolmente ridimensionato, ha spinto dottrina e giurisprudenza a valorizzare l'organizzazione del lavoro quale elemento di liceità dell'appalto.

In tutti i casi, a prescindere cioè dalle particolari caratteristiche del settore economico di riferimento, la verifica in concreto della fattispecie interpositoria si è quindi fondata su una serie di indici idonei a rilevare se l'interposto sia effettivamente un vero imprenditore.

2. Le politiche di esternalizzazione attuate dalla Telecom Italia

Negli ultimi anni, il gruppo Telecom Italia (d'ora in poi gruppo Telecom) ha subito sostanziali modifiche causate da una ingente politica di sviluppo e di riorganizzazione aziendale.

Ma con il presente dossier non ci si prefigge lo scopo di esaminare le esternalizzazioni riguardanti l'intero gruppo, bensì esclusivamente i trasferimenti di ramo d'azienda effettuati dalla Telecom Italia (società capogruppo).

Dal 2000 ad oggi la Telecom Italia ha ceduto 15 rami d'azienda⁹, in cui sono stati coinvolti circa 3000 lavoratori. Le attività esternalizzate sono riconducibili a svariate funzioni: gestione e valorizzazione del patrimonio immobiliare; fatturazione bollette telefoniche; gestione autoparco; amministrazione del personale; manutenzione hardware e software; gestione logistica; gestione delle polizze sinistri; gestione protocollo, posta ed archivi cartacei; manutenzioni e servizi ambientali; gestione servizi di sicurezza; gestione servizi radiomarittimi.

Tutte le cessioni sono state successivamente accompagnate dalla stipulazione di contratti di appalto, attraverso cui la società cedente ha reinserito il risultato dell'attività esternalizzata nel proprio ciclo produttivo.

Queste politiche di esternalizzazione sono parte integrante di un complesso Piano di Sviluppo e di Riorganizzazione del gruppo Telecom, che, come si vedrà meglio in seguito, è stato inizialmente approvato dalle organizzazioni sindacali con un accordo del 2000 (per il periodo 2000-2002), cui sono seguiti altri due accordi siglati nel 2002 (per il periodo 2002-2004) e nel 2005 (per il periodo 2005-2007), che riguardano sostanzialmente delle fasi di attuazione degli obiettivi raggiunti nella prima intesa¹⁰.

⁹ Si vedano allegati B) e C).

¹⁰ Punto fermo della strategia aziendale affermata nel Piano è stato il consistente ridimensionamento del personale: dal 2000 al 2006 si è avuta una diminuzione di circa

Ma nonostante le cessioni di ramo di azienda siano state regolate per il tramite della contrattazione collettiva, i lavoratori si sono opposti, fin dall'inizio, alla loro esternalizzazione, ed hanno fatto ricorso al giudice per richiedere l'illegittimità del trasferimento. Decine di sentenze sono state emesse¹¹, e altre cause sono ancora in corso.

La motivazione principale, che ha spinto questa massa di lavoratori ad agire legalmente contro la Telecom Italia, risiede nella paura che la tecnica del trasferimento di ramo d'azienda sia stata in realtà finalizzata alla loro espulsione. Quindi, da un lato si ha la più importante impresa italiana di telecomunicazioni che decide di attuare una complessa politica di outsourcing, appoggiata da una serie di accordi con le organizzazioni sindacali, e dall'altro lato centinaia di (ex) dipendenti Telecom Italia che hanno costantemente negli anni portato avanti una protesta legale, che ha praticamente sconvolto la logica del sistema delle relazioni industriali posto in essere dalle parti a livello nazionale.

Il fenomeno di cui si sta discutendo non ha precedenti, e ciò in quanto esso mostra importanti tendenze dell'attuale mercato del lavoro, che inevitabilmente investono una serie di contesti che vanno al di là di quelli strettamente lavoristici. Dallo studio condotto, basato principalmente sulle numerose sentenze che hanno riguardato i trasferimenti, emergono questioni importantissime, che investono i principali punti cardine delle esternalizzazioni.

In particolare si esamineranno i seguenti profili giuridici:

- le procedure di informazione e consultazione sindacale previste dalla legge;
- la tutela dei lavoratori nell'ambito dei (finti) gruppi di società: simulazione e frode alla legge nel trasferimento di azienda;
- i requisiti d'imprenditorialità (organizzazione dei mezzi e gestione del rischio) in quanto elementi essenziali per verificare l'autonomia funzionale del ramo ceduto;
- il diritto di opposizione del lavoratore alla propria cessione.

Ma prima di iniziare questa analisi, è essenziale un breve commento critico agli accordi sindacali richiamati nel presente paragrafo.

30 mila dipendenti. In particolare, il personale del gruppo Telecom al 31/12/2000 ammontava a 114.669 unità e al 31/12/2006 sono state dichiarate 83.209 unità, con una variazione netta in diminuzione di 31.460 unità. Fonte dati: bilanci Telecom reperibili nel sito ufficiale: www.telecomitalia.it.

11 V. allegato A).

3. L'accordo del 28 marzo 2000 come punto di partenza: un commento critico

Le politiche di outsourcing oggetto di analisi hanno tratto origine da un verbale di accordo siglato nel marzo del 2000, presso il ministero del Lavoro e della Previdenza sociale, dal gruppo Telecom Italia e dalle organizzazioni sindacali (SLC CGIL - FISTEL CISL - UILTE UIL, e assistiti dalle OO.SS. CGIL – CISL – UIL). Tale accordo è stato il frutto di una serie di incontri in cui le parti hanno esaminato e discusso il Piano Telecom di Sviluppo e di Riorganizzazione per il triennio 2000-2002: si afferma come i lineamenti del Piano trovano rispondenza in specifiche iniziative e processi di sviluppo e di riorganizzazione, comprese le linee operative per la gestione degli aspetti connessi al personale occupato.

L'intenzione, in questa sede, non è quella di entrare nel merito delle scelte tecnico-produttive e organizzative dell'azienda, bensì quella di valutarne l'impatto sulle condizioni di lavoro, sul ruolo attribuito alle organizzazioni sindacali e, infine, sulla corrispondenza fra quanto stabilito nel Piano e ciò che prevede la legge in materia di esternalizzazioni.

L'accordo è sostanzialmente suddiviso in due parti: la politica di sviluppo e di riorganizzazione e il protocollo di relazioni industriali.

Di notevole interesse, nell'ampio contesto della prima parte, è l'importanza attribuita alla politica di sviluppo che fa perno sul principio di *integrazione*:

- integrazione di funzionalità e di applicazioni;
- progressiva integrazione di reti e sistemi informatici;
- integrazione commerciale;
- integrazione funzione hosting e customer care;
- integrazione dei servizi voce e dati;
- e più in generale, integrazione derivante da una visione "aziendale" delle soluzioni ICT come strumento per attuare specifiche strategie di business: <<*un insieme complesso di relazioni, di tecnologie, di applicazioni e di esigenze cui è necessario dare risposta in termini di piena integrazione*>>.

Com'è evidente, l'integrazione è una variabile importantissima per il governo dell'intero gruppo Telecom Italia.

Tuttavia, una tale scelta strategica, proiettata nella logica della normativa posta a tutela dei lavoratori in materia di esternalizzazioni, spinge inevitabilmente a considerare l'ipotesi di incompatibilità della strategia di riorganizzazione con i requisiti di legittimità per il ricorso all'outsourcing. E ciò sulla base del principio già discusso nei paragrafi precedenti, secondo cui all'aumentare del livello

d'*integrazione* fra il ciclo produttivo del cedente/committente e l'attività del cessionario/appaltatore, diminuiscono, fino anche ad annullarsi, gli spazi necessari per qualificare quest'ultimo come vero imprenditore, e quindi se difettano i requisiti di imprenditorialità il trasferimento e/o l'appalto sono illegittimi.

In questo senso, le parti, già attraverso il presente accordo, si sarebbero dovute accorgere che la questione relativa alla potenziale illegittimità delle esternalizzazioni attuate dalla Telecom Italia doveva essere il principale argomento di discussione in sede di contrattazione. Ma ciò non è avvenuto, e non si capisce come si possa discutere delle sorti di migliaia di lavoratori (famiglie comprese) senza una preventiva verifica della compatibilità fra le scelte di riorganizzazione e le norme che tutelano il lavoro in queste specifiche circostanze. O, quantomeno, si doveva lavorare su un diretto, dettagliato, chiaro ed inequivocabile collegamento tra la politica di outsourcing ed il relativo sistema di garanzie.

Diversamente, nell'accordo, con particolare riferimento al "sistema Telecom Italia S.p.a.", si prevede che l'azienda s'impegna a ricercare soluzioni consensuali, attraverso l'avvio di un confronto con le OO.SS. firmatarie del presente accordo, rispetto ai termini formali delle procedure di legge, con l'intento di approfondire i criteri che si utilizzeranno per la definizione delle cessioni previste. In questa direzione, si conferma l'attenzione verso le tematiche relative alle risorse umane e agli assetti contrattuali, agli aspetti previdenziali ed alla rappresentanza sindacale.

Molto preoccupante, a parere di chi scrive, è l'impegno assunto dal cedente di individuare, in accordo con il cessionario, per un periodo di tempo definito, soluzioni volte ad evitare l'utilizzo di provvedimenti di riduzione collettiva degli organici ex art. 24 della l. n. 223/1991. Questo esplicito collegamento fra la politica di cessione e le procedure di licenziamento collettivo non può che spingere, fin dall'inizio, a riflettere sulle reali ragioni dei trasferimenti di rami d'azienda attuati. E questo a maggior ragione se si considera che alcuni cessionari hanno effettivamente attuato delle procedure di mobilità, e talvolta addirittura pochi mesi dopo l'acquisizione del ramo d'azienda¹². E' evidente che da queste poche informazioni non si può (e non si vuole) dedurre l'intento fraudolento della cessione, ma quantomeno si deve riflettere sul perché

¹² Si vedano gli allegati B) e C).

un'azienda che esternalizza avverta l'esigenza di contrattare, per certi versi, l'utilizzo delle procedure di licenziamento collettivo sui lavoratori appartenenti al ramo ceduto.

In questa direzione, è doverosa un'ultima osservazione critica in merito al *nesso di causalità* fra le eccedenze di personale previste e le iniziative di riorganizzazione, che chiaramente è al di fuori della problematica relativa alle esternalizzazioni. In particolare, non si evince nessuna diretta corrispondenza fra i lavoratori in esubero rispetto alle scelte di razionalizzazione delle singole strutture. Per fare un esempio, non viene specificato quanti lavoratori siano effettivamente coinvolti nella razionalizzazione del processo di Esercizio e Manutenzione, delle attività relative al ciclo immobiliare, delle strutture di Customer Care, ecc...

C'è da chiedersi come si possa avallare una individuazione generica dei lavoratori in esubero, in un accordo che ha la pretesa di giustificare la perdita del posto di lavoro di migliaia di persone, con evidenti e gravi ripercussioni sulla loro vita e quella dei loro familiari.

Eppure le parti hanno fatto numerosi incontri prima di presentare questo accordo.

I lavoratori prima, e la collettività dopo, avevano il diritto ad essere informati attraverso l'accordo su tutte le valutazioni che hanno portato alla individuazione delle eccedenze, che sostanzialmente dovevano essere le seguenti: inequivocabile corrispondenza numerica fra i settori "razionalizzati" e i lavoratori coinvolti; chiara individuazione delle professionalità "esuberanti" rispetto alle strategie di sviluppo; le motivazioni relative all'impossibilità di reimpiegare il personale nelle attività in via di sviluppo, anche attraverso adeguati corsi di riqualificazione professionale.

A nulla rileva, poi, il fatto che nella concreta espulsione dei lavoratori eccedenti siano stati stipulati successivi accordi. E questo in quanto questi ultimi rappresentano una fase attuativa dell'intesa oggetto di analisi, rientrano nell'ambito degli obblighi previsti dalla legge in materia di licenziamento collettivo, e, comunque, tutto ciò che è stato in un secondo tempo contrattato non è idoneo a giustificare i vuoti dell'accordo in discussione.

3.1 Segue: gli accordi sul Piano Industriale del 2002-2004 e del 2005-2007

Con una successiva intesa siglata il 27 maggio 2002, ed in linea di continuità con

l'accordo del 28 marzo 2000, le parti, nell'ambito del Piano Industriale 2002-2004, hanno ridiscusso il sistema di Relazioni Industriali, che sostanzialmente conferma quello già posto in essere nel 2000.

Si ribadisce la volontà dell'azienda di attuare un corretto dimensionamento dell'organico, e ciò, tenuto conto dell'esperienza precedentemente maturata, attraverso la mobilità interaziendale nel gruppo Telecom (e professionale), la collocazione in mobilità ex lege n. 223/91 e gli inserimenti mirati per consolidare e migliorare il servizio al cliente. L'obiettivo dichiarato è quello di far sì che gli interventi previsti dal Piano Industriale non generino eccedenze strutturali per il triennio 2002-2004.

Con specifico riferimento all'applicazione della mobilità ex lege n. 223/91, le parti si orientano affinché questa avvenga senza l'opposizione dei lavoratori, prevedendo, in questa direzione, esodi incentivati secondo le linee operative di cui all'accordo del 28 marzo 2000.

L'attenzione inoltre si pone verso l'utilizzo del lavoro atipico (bisogna considerare che l'intesa è stata raggiunta prima della riforma del mercato del lavoro del 2003) nelle sue varie forme: lavoro temporaneo, collaborazioni coordinate e continuative, telelavoro, remotizzazione, part-time e job-sharing.

L'aspetto più interessante è poi evidentemente quello relativo alle esternalizzazioni, e su questo punto l'azienda si esprime nel senso di valutare l'ipotesi di attuazione di iniziative in tal senso.

Di particolare importanza sono le dichiarazioni in merito alle cause che possono spingere il gruppo Telecom a ricorrere all'outsourcing. Si evidenzia, infatti, che le terzizzazioni avverranno *<< sulla base della valutazione della strategicità dei singoli segmenti dei mercati di riferimento, della necessità di poter fruire di servizi eccellenti alle migliori condizioni di costo, dell'opportunità di avviare partnership con operatori specializzati.>>*.

Ora, com'è possibile che i requisiti di "servizio eccellente" e "operatori specializzati", ritenuti fondamentali, siano stati soppressi nella concreta attuazione dell'esternalizzazione, attraverso l'affidamento ad imprese nate poco tempo prima della cessione¹³? Di certo, non sembra potere esistere alcuna razionalità logica, figuriamoci economica e/o organizzativa, fra la volontà teorica di ricorrere ad un fornitore esterno in possesso dei requisiti sopra esposti e la scelta concreta di affidare un servizio ad una società neocostituita. Qualcuno

13 Si veda allegato C).

potrebbe obiettare che la neonata impresa possiede indirettamente un'adeguata esperienza, in quanto controllata, spesso totalmente, da un'azienda leader nel settore cui l'esternalizzazione si riferisce. Ma, come si vedrà successivamente in modo più approfondito, si tratta pur sempre di soggetti giuridici differenti, ossia di distinti centri di imputazione di rapporti obbligatori, con la conseguenza che sulle sorti dei contratti di lavoro stipulati dalla newco ne risponde esclusivamente quest'ultima, restando quindi esclusa qualsiasi possibilità per i lavoratori di rivalersi sulla società controllante. E' evidente che un sistema di questo tipo è a tutto sfavore dei prestatori di lavoro, ed è per questo che, sempre in sede di contrattazione, non doveva essere tralasciata questa problematica, ed a maggior ragione se si considera che i lavoratori sono ben consapevoli di questa logica.

Per il resto, nell'intesa del 2002 si riprendono gli stessi principi dell'accordo del 2000, ed in particolare riguardo all'impegno assunto dall'azienda di ricercare, in accordo con il cessionario, l'utilizzo di provvedimenti di riduzione collettiva del personale (la critica a tale previsione è già stata fornita nel paragrafo precedente).

Alcune preoccupazioni di carattere generale sembrano infine emergere dalle premesse che hanno preceduto il contenuto dell'intesa.

Si afferma che lo scenario competitivo è mutato, nel senso che il processo di liberalizzazione ha innescato un meccanismo competitivo, che ha provocato un forte calo dei prezzi per tutte le tipologie di servizio. Questa diminuzione del margine di redditività ha spinto l'azienda a reagire anche attraverso una maggiore attenzione alle dinamiche dei costi. E ciò anche alla luce di un ripensamento delle strategie di sviluppo, in quanto le attese di crescita del mercato Internet si sono rivelate eccessive.

A questo deve aggiungersi un appesantimento della situazione debitoria, a cui si è deciso di far fronte con una ristrutturazione finanziaria orientata verso l'aumento della componente con scadenza a medio/lungo termine¹⁴.

Tornando alle iniziative di terziarizzazione, queste sono state successivamente riconfermate in un accordo del 10 giugno 2003, dove le parti si sono preoccupate

14 Fra il 2002 ed il 2004 il prestito obbligazionario risulta triplicato, passando da 10.624 milioni di euro a 31.118 milioni di euro. Si deve sottolineare come tale aumento sia in realtà iniziato a partire dal 2000 dove il prestito era pari a 1.814 milioni di euro. Un andamento diverso ha invece caratterizzato il debito verso le banche: dal 1999 al 2000 raddoppia (slitta da 8.149 milioni di euro a 16.796 milioni di euro), e negli anni successivi fino al 2004 si riduce progressivamente. Fonte dati: bilanci Telecom, cit..

di evidenziare che tali scelte non verranno adottate nell'ottica della soluzione di eventuali problematiche occupazionali. Questa affermazione somiglia ad una "*Excusatio non petita, accusatio manifesta*", in quanto non si comprende la necessità di specificare una ovvia conclusione, ossia che l'outsourcing non deve e non può essere utilizzato per risolvere eventuali problemi occupazionali.

Sempre con riferimento al Piano Industriale del 2002-2004, ulteriori dettagli in tema di esternalizzazioni sono contenuti in un accordo del 12 novembre 2004, che si riferisce alla serie di incontri svolti dalle parti nel corso dell'anno, al fine di verificare gli impegni precedentemente assunti e di analizzare i temi di maggiore rilevanza complessiva.

Colpiscono anche in questo caso tutta una serie di esternazioni attraverso cui l'azienda, probabilmente spinta dal malcontento dei lavoratori esternalizzati, dichiara esplicitamente che essa s'impegna affinché vengano rispettati i principi dell'ordinamento e di etica nella conduzione degli affari, ritenendo inoltre fondamentale il rispetto dei diritti dei lavoratori e l'attuazione di un sistema di garanzie atte a prevederne la salvaguardia ed il mantenimento.

Ancora una volta, poi, si commette l'errore di considerare il mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento come oggetto di contrattazione fra le parti, addirittura incanalandoli all'interno di alcune clausole del contratto di cessione.

Interessante è infine il richiamo allo strumento del monitoraggio nell'ambito del sistema di garanzie, in quanto ci si pone come obiettivo quello di verificare l'andamento dell'iniziativa di outsourcing in relazione agli assetti organizzativi del cedente e del cessionario. Ebbene, l'utilizzo di questa importantissima funzione, proiettata nell'ottica della normativa in materia di esternalizzazioni, avrebbe probabilmente evitato la massa di ricorsi legali al fine di verificare la legittimità del trasferimento.

Passando invece all'accordo del 7 novembre 2005, relativo al Piano Industriale del periodo 2005-2007, si può anzitutto evincere un cambiamento positivo, ossia che, mentre nell'accordo del 27 maggio 2002 veniva dichiarato un calo di redditività dovuto alla crescente competitività nel settore delle telecomunicazioni, nell'esercizio 2004 emerge un miglioramento dei ricavi e della redditività.

Ma il fatto non ha prodotto alcun effetto positivo sul ricorso alla mobilità ex lege n. 223/91, per la quale continuano a trovare applicazione gli stessi criteri e le stesse garanzie individuate nell'accordo del 27 maggio 2002.

La stessa cosa deve dirsi per la politica di outsourcing, ed infatti viene

riconfermata la validità dell'accordo del 12 novembre 2004.

Diversamente, e relativamente alla questione relativa alla legittimità della esternalizzazione, può invece essere considerata indicativa, nell'accordo, la descrizione del *nuovo modello di business integrato*, che riprende quanto già discusso sul tema dell'integrazione nell'accordo del 28 marzo 2000, ma con delle precisazioni che forse rappresentano la giusta chiave di lettura, in termini giuridici, dell'outsourcing.

Nello specifico, nel nuovo assetto organizzativo viene operata una distinzione fra le attività di indirizzo e controllo connesse al business, nonché il governo complessivo delle tematiche trasversali al business stesso, e una struttura "Operations" per le attività di gestione e lo sviluppo del business delle telecomunicazioni Fisse, Mobili e dei servizi Internet.

Si evince chiaramente che il sistema organizzativo scelto dall'azienda si basa su una logica piramidale, dove la tecnica dell'integrazione consente di gestire in modo ottimale la distinzione fra le attività di "indirizzo e controllo" e le attività "operative".

Il problema che ci si deve porre è quello di capire se questa tipologia di assetto organizzativo possa, a livello interaziendale (indipendentemente dall'appartenenza o meno al gruppo), creare delle sovrapposizioni fra imprese giuridicamente distinte, ognuna delle quali deve possedere, per essere considerata tale, delle concrete funzioni di governo. In altri termini, come sopra argomentato, l'eccessiva ingerenza del cedente/committente sull'attività del cessionario/appaltatore potrebbe provocare la perdita dei requisiti di legittimità della cessione e/o dell'appalto.

Bisogna precisare che, in base a quanto dichiarato nell'accordo, nell'ambito delle "Operations" sono state create delle funzioni, fra cui quella di direzione generale, che fanno propendere verso una corretta impostazione della politica di esternalizzazione.

Ma in realtà la soluzione va ricercata nella corretta interpretazione dell'assetto organizzativo effettivamente posto in essere, che si tenterà di fornire, nei paragrafi successivi, attraverso l'analisi delle singole cessioni di ramo d'azienda.

4. Questioni di legittimità legate alle politiche di esternalizzazione di Telecom Italia

Come si è già accennato, le numerose sentenze emesse sui trasferimenti di ramo d'azienda attuati dalla Telecom Italia hanno fatto emergere importantissime

questioni sulla legittimità delle cessioni.

I profili giuridici da esaminare sono diversi, ma quasi tutti concatenati nei principi base della normativa di riferimento.

Si inizierà con le procedure di informazione e consultazione sindacale previste dalla legge, fino ad arrivare all'analisi dell'elemento più importante, ossia la mancanza di autonomia del ramo al momento della cessione. Alla luce di quanto emerso, poi, si valuterà l'ipotesi dell'introduzione del diritto di opposizione del lavoratore alla propria cessione, che attualmente non è specificatamente previsto nell'ordinamento giuridico italiano.

4.1 Le procedure di informazione e consultazione sindacale nel trasferimento d'azienda: il controllo sulla legittimità della cessione

Nei casi di trasferimento d'azienda la legge impone agli imprenditori il rispetto di una procedura di informazione e (eventuale) consultazione sindacale. La disciplina¹⁵ è contenuta nell'art. 47 della l. n. 428/1990 (di attuazione della direttiva n. 77/187/CEE), ed è stata oggetto di alcune modifiche ad opera dell'art. 2 del d. lgs. n. 18/2001¹⁶.

La procedura trova applicazione nel caso in cui l'operazione traslativa sia effettuata da un'azienda che occupa più di 15 dipendenti, computati secondo i criteri elaborati in relazione all'art. 35 della l. n. 300/1970, ed a prescindere, secondo l'orientamento prevalente¹⁷, dal numero dei lavoratori effettivamente coinvolti nella cessione qualora il trasferimento abbia ad oggetto una parte dell'azienda. Dunque, la soglia numerica oltre la quale scatta l'obbligo procedurale si riferisce al numero complessivo dei dipendenti impiegati presso l'azienda, e non a quelli da trasferire.

Il cedente ed il cessionario devono informare per iscritto, almeno 25 giorni prima

15 V. M. MARINELLI, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, op. cit., p. 84 ss; M. MARINELLI, *I licenziamenti per motivi economici*, op. cit., p. 229 ss; L. DE ANGELIS, *La tutela del lavoratore ceduto*, op. cit., p. 15 ss; P. PASSALACQUA, *Trasferimento d'azienda e ruolo del sindacato*, in *Dir. lav.*, 2000, I, p. 531 ss.

16 Per un breve quadro generale delle modifiche apportate dalla riforma del 2001 si rimanda a F. SCARPELLI, *Nuova disciplina del trasferimento d'azienda*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2001, n. 12, pp. 784-785.

17 Sull'argomento si veda M. MARINELLI, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, op. cit., pp. 85-86; F. SCARPELLI, *Nuova disciplina del trasferimento d'azienda*, op. cit., p. 784.

della stipula del contratto di cessione, o di un'intesa vincolante tra le parti, alle rispettive rappresentanze sindacali unitarie, ovvero alle rappresentanze sindacali aziendali, costituite ai sensi dell'art. 19 della l. n. 300/1970, nonché ai sindacati di categoria che hanno stipulato il contratto collettivo applicato nelle imprese interessate al trasferimento. Nel caso in cui manchi la rappresentanza sindacale in azienda l'obbligo di comunicazione va adempiuto nei confronti dei sindacati di categoria comparativamente più rappresentativi, i quali possono anche essere informati tramite l'associazione sindacale alla quale gli imprenditori aderiscono, o conferiscono mandato. Ciò significa che il sindacato è il soggetto al quale la norma riserva il diritto ad essere informato sull'attuazione dell'operazione traslativa.

Riguardo alla comunicazione, la legge impone che debbano essere indicate le informazioni relative alla data (o la data proposta) del trasferimento, i motivi del trasferimento, le sue conseguenze giuridiche, economiche e sociali per i lavoratori, ed infine le eventuali misure previste nei confronti di questi ultimi.

Sui motivi del trasferimento si sono contrapposte diverse opinioni¹⁸. Secondo un primo orientamento¹⁹, le informazioni contenute nella comunicazione dovrebbero essere circoscritte alla valutazione delle conseguenze del trasferimento nei confronti dei lavoratori, senza interferire in alcun modo nel merito delle scelte riservate alle parti contraenti, che, in quanto espressione di libertà di iniziativa economica, sono tutelate e garantite ai sensi dell'art. 41 della Costituzione. In senso diverso un secondo indirizzo²⁰, secondo cui il cedente ed il cessionario

18 Per una ricostruzione si veda P. PASSALACQUA, *Trasferimento d'azienda e ruolo del sindacato*, in *op. cit.*, p. 544 ss.

19 V. P. TOSI, *Il dovere di informazione e consultazione sindacale nel trasferimento di azienda*, in AA.VV., *Le trasformazioni aziendali in vista del Mercato Europeo: legge e contratto collettivo*, in *Not. Giur. Lav. Supplemento*, Roma, 1992, p. 284; P. LAMBERTUCCI, *Le tutele del lavoratore nella circolazione dell'azienda*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 219; R. ROMEI., *Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda*, Milano, Giuffrè, 1993, 117; D. GOTTARDI, *Legge e sindacato nelle crisi occupazionali*, Padova, Cedam, 1995, p. 68.

20 L. GUAGLIONE, *Le procedure di informazione e consultazione sindacale*, a cura di M. MAGNANI, *Disposizioni in tema di trasferimento di azienda. Commento all'art. 47 della l. 29 dicembre 1990, n. 428*, in *Nuove leg. Civ. comm.*, 1992, p. 639; A. PERULLI, *I rinvii all'autonomia collettiva: mercato del lavoro e trasferimento di azienda*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1992, p. 549; G. PERA, *Trasformazioni e fusioni nel sistema creditizio*, in *Riv. it.*

sono tenuti a comunicare anche i motivi economici e finanziari che hanno indotto al trasferimento, al di là dell'ambito strettamente connesso alle sorti dei lavoratori. In quest'ultimo caso l'obbligo relativo alla comunicazione andrebbe ad investire il merito della scelta dell'imprenditore.

Fra queste due impostazioni interpretative è possibile ipotizzare una terza soluzione, che, basandosi sul rilevamento dei requisiti di legittimità previsti dalla disciplina sul trasferimento, consentirebbe alle rappresentanze sindacali di potere ottenere adeguate informazioni in merito alle scelte economiche e organizzative (e sotto certi aspetti anche finanziarie) che hanno condotto al trasferimento, ma con una ingerenza circoscritta alla verifica dei limiti imposti dalla legge al cedente e al cessionario. In pratica, si tratterebbe di ricondurre al contenuto della comunicazione le informazioni relative alla capacità imprenditoriale del cessionario (organizzazione di mezzi e di persone e gestione del rischio), al fine di potere valutare l'autonomia funzionale del ramo di attività oggetto di cessione. Risulta evidente che utilizzando tali parametri di valutazione, il sindacato avrebbe a disposizione tutti gli elementi per potere valutare i reali termini dell'operazione, evitando, allo stesso tempo, di interferire su contesti della scelta imprenditoriale che, anche se relativi al trasferimento, sono estranei all'ambito della tutela del lavoratore ceduto. Ed è in questo senso che è possibile considerare questa terza impostazione come intermedia rispetto ai due orientamenti sopra descritti. Infatti, il primo si sviluppa attorno al principio che limita il ruolo del sindacato alla valutazione ed alla formulazione di una eventuale proposta (nella fase successiva di consultazione) alle parti contraenti di misure alternative nei confronti dei dipendenti interessati al trasferimento, mentre il secondo, non ponendo un chiaro limite al controllo sindacale rispetto alla libertà di iniziativa economica che spetta all'imprenditore, risulta troppo estremista. L'alternativa prospettata, invece, consente di attribuire al sindacato un potere di negoziazione *forte*, in quanto retto dal presupposto della legalità della cessione, ed efficace perché *mirato* a risolvere la più importante questione che dovrebbe emergere in sede di contrattazione, ossia la conferma che l'impresa cessionaria non sia una scatola vuota, in quanto se fosse tale non sarebbe idonea a garantire una reale stabilità occupazionale.

dir. lav., 1993, I, p. 441; U. CARABELLI – VENEZIANI B., *Il trasferimento di azienda in Italia*, a cura di A. OJEDA AVILÉS, J. GORELLI HERNANDÉZ E M. J. RODRÌGUEZ RAMOS, in *La transmisión de empresas en Europa*, Bari, Cacucci, 1999, p. 119.

In questo modo, il livello di interferenza dei soggetti collettivi sulle decisioni imprenditoriali può essere misurato dalla stessa normativa posta a tutela dei lavoratori, divenendo pertanto ingiustificabile una eventuale resistenza della parte datoriale alle richieste di informazioni dirette e dettagliate²¹.

Ma non solo. Questo approccio metodologico risolverebbe automaticamente un interrogativo posto da un autore²², che riguarda la compatibilità fra il potere di identificazione del ramo d'attività da trasferire, riconosciuto al cedente e al cessionario al momento del trasferimento (comma 1, art. 32 del d. lgs. 276/2003), e l'obbligo di comunicazione sindacale per iscritto da adempiere almeno 25 giorni prima del perfezionamento dell'atto da cui deriva il trasferimento, o il raggiungimento di un'intesa vincolante tra le parti (comma 1, art. 47 della l. n. 428/1990). Colui che ha messo in evidenza il problema lo risolve attraverso un coordinamento fra le due norme, ritenendo che a larghe linee l'informazione debba comprendere l'identificazione della parte d'azienda, i cui dettagli possono essere rimessi al momento del trasferimento.

Se si considerano piuttosto i requisiti di legittimità della cessione, la contraddizione delle disposizioni in esame si annullerebbe, senza una forzatura di termini, in favore di una inclusione dell'individuazione del ramo nei termini previsti dall'art. 47, e ciò per la ovvia ragione che sarà interesse dei contraenti, dietro la spinta dei sindacati, dimostrare la genuinità della cessione.

A questo punto, il vero nodo da sciogliere sarebbe semmai quello relativo alla possibilità di considerare l'informativa sulla valenza legale del trasferimento come parte integrante dell'obbligo di informazione, oppure una mera alternativa che dipenderà dal potere di contrattazione della parte sindacale. Ma, mancando una

21 Ci si potrebbe porre il problema della tutela del segreto aziendale, ed in questo caso, in assenza di una specifica previsione di fonte legislativa, si possono richiamare i limiti derivanti dall'obbligo di fedeltà imposto dall'art. 2105 c.c. se i partecipanti alla procedura sindacale sono dipendenti del cedente o del cessionario, mentre se ad acquisire le informazioni sono dei soggetti esterni all'azienda si possono richiamare i limiti sul piano penale degli artt. 622 e 623 c.p., e su quello della responsabilità extracontrattuale dell'art. 2053 c.c.. Resta tuttavia ferma la possibilità per l'imprenditore di rifiutare di fornire le informazioni richieste qualora la loro diffusione possa arrecare un danno alla sua attività non proporzionato al vantaggio ricavabile dalla parte sindacale dal possesso delle informazioni. Per quanto esposto sulla tutela del segreto aziendale v. M. MARINELLI, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, op. cit., pp. 89-90.

22 V. L. DE ANGELIS, *La tutela del lavoratore ceduto*, op. cit., pp. 16-17.

espressa previsione legislativa, non pare prospettabile la prima soluzione, e quindi non potrebbe imporsi alcun obbligo in tal senso, se non attraverso un successivo utilizzo dello strumento del controllo giudiziario. Ed allora spetterà alle organizzazioni sindacali negoziare²³ le informazioni idonee a consentire una puntuale valutazione dell'autonomia del ramo ceduto, per la quale verranno ragionevolmente utilizzati gli stessi criteri sui quali si basa il giudice in sede di giudizio.

E' evidente che anche la successiva fase di consultazione²⁴ risulterebbe rinvigorita da questa logica di intervento. E questo a maggior ragione se si considera che il confronto fra sindacati e parte datoriale è solo eventuale, e quindi una volta adempiuto l'obbligo di informazione, il cedente ed il cessionario potrebbero anche decidere di non discutere la questione.

Comunque, a prescindere dalle considerazioni di carattere tecnico-giuridico, la verifica della legittimità della esternalizzazione, come strumento di contrattazione collettiva, è diventata una questione di notevole rilevanza pratica e sociale, ed il caso Telecom ne è un esempio lampante.

4.2 La condotta antisindacale ex art. 28 come conseguenza della violazione della procedura di informazione e consultazione

Anzitutto occorre discutere la questione relativa alla natura della procedura, in quanto essa assume valore decisivo in merito alle conseguenze derivanti dal mancato rispetto dei relativi obblighi. Sul punto la dottrina è divisa²⁵: alcuni ritengono che gli obblighi di informazione e di consultazione dovrebbero essere considerati come vincoli di natura procedimentale alla legittimità del contratto di

23 La normativa nazionale deve essere interpretata nel senso che di un vero e proprio obbligo a trattare da parte del sindacato, il quale non comporta che l'accordo deve necessariamente essere concluso, ma implica che le parti rispettino nella trattativa i canoni della correttezza e della buona fede. V. M. MARINELLI, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori, op. cit.*, p. 90.

24 Su richiesta scritta delle rappresentanze sindacali dei sindacati di categoria, entro sette giorni dall'adempimento dell'obbligo di informazione, il cedente ed il cessionario sono tenuti ad avviare un esame congiunto della situazione nei sette giorni successivi con i soggetti sindacali richiedenti. La consultazione di intende esaurita qualora, decorsi dieci giorni dal suo inizio, non sia stato raggiunto un accordo.

25 V. M. MARINELLI, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori, op. cit.*, p. 85.

cessione, altri, invece, considerano tali obblighi come requisiti procedurali di operatività della scelta imprenditoriale. La Cassazione²⁶ è comunque orientata ad escludere il carattere procedimentale di tali obblighi sul piano del rapporto individuale, e di affermare la loro valenza esclusivamente sul piano delle relazioni collettive. In altri termini, l'inosservanza degli obblighi di cui al primo ed al secondo comma dell'art. 47 della l. n. 428/1990 non incide sulla sfera giuridica dei singoli lavoratori, e ciò in quanto la legittimazione ad agire in giudizio contro il mancato rispetto degli obblighi procedurali spetta, in via esclusiva, al sindacato. Invece, nell'ambito della normativa comunitaria, di cui l'art. 47 è attuazione, si riconosce agli stati membri la possibilità di fissare doveri di sola informazione nei confronti dei singoli, e solo in via sussidiaria, fermo restando dunque l'obbligo a carico delle organizzazioni sindacali.

Quel che interessa rilevare in questa sede è che la mancanza di una disciplina sanzionatoria in favore del singolo lavoratore indebolisce l'efficacia della tutela

26 V. Cass., 22 agosto 2005, n. 17072, con nota di M.T. SALIMBENI, *Violazione degli obblighi procedurali e posizione dei singoli lavoratori nel trasferimento di azienda*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, p. 592 ss. Questa sentenza si inserisce in un percorso già segnato da una precedente pronuncia (Cass., 4 gennaio 2000, n. 23, per la quale si rinvia ad uno scritto di L. DE ANGELIS, *La tutela del lavoratore ceduto*, *op. cit.*, pp. 15-16). L'autore della nota mette in evidenza il percorso logico seguito nella motivazione per pervenire alla conclusione che ai lavoratori non è attribuita la legittimazione ad agire, che è il seguente: le violazioni degli obblighi di cui all'art. 47, l. n. 428/1990, primo e secondo comma, non incidono sulla validità del negozio traslativo, non costituendone presupposto di legittimità, ma configurano lesione dell'interesse del sindacato a un'informazione trasparente e corretta e a un'esecuzione puntuale dell'eventuale accordo; poiché la *ratio* della norma procedurale è quella di consentire soluzioni <<concordate>> a tutela di tutti i lavoratori, le disposizioni di cui all'art. 47 cit. valgono anche in caso di accordi conclusi tra imprenditore e r.s.a. La violazione dell'accordo raggiunto può pertanto costituire causa dell'azione sindacale, ma giammai produrre lesioni di diritti soggettivi dei singoli lavoratori e azioni individuali di tutela. Ciò perché se è vero che l'azienda è tenuta al rispetto degli obblighi di correttezza e buona fede nei confronti del sindacato, sia nella fase informativa, sia in quella conclusiva dell'eventuale accordo, sia, naturalmente, nella fase attuativa di quest'ultimo, tali obblighi, rilevanti come <<modalità di generico comportamento delle parti ai fini della concreta realizzazione delle rispettive posizioni di diritti e obblighi, oppure come comportamento dovuto in relazione a specifici obblighi>>, non generano diritti ulteriori in capo ai singoli lavoratori che non sono parti della negoziazione collettiva intervenuta, pur se destinatari finali dei benefici della stessa.

prevista nell'ambito della procedura in esame²⁷. E questo a maggior ragione se si effettua un paragone con la procedura di informazione e consultazione sindacale prevista per i licenziamenti collettivi, la cui violazione è punita con l'inefficacia del licenziamento posto in essere²⁸.

Aderendo all'orientamento che vede nel sindacato l'unico soggetto destinatario degli obblighi relativi alla procedura legale, è adesso possibile entrare nel merito della questione più delicata, che riguarda l'applicazione dell'art. 28 della l. n. 300/70 per violazione della procedura di informazione e consultazione, così come espressamente disposto dal terzo comma dell'art. 47.

In particolare, ci si riferisce alle conseguenze che scaturiscono dall'accertamento della condotta antisindacale ex art. 28, nell'ambito del quale la problematica di maggiore rilievo riguarda la determinazione del contenuto dell'ordine giudiziale, nella parte in cui si dispone la rimozione degli effetti del comportamento illegittimo²⁹. Sul punto si richiamano due tesi contrapposte: secondo il primo orientamento l'adempimento degli obblighi procedurali andrebbe qualificato come requisito di efficacia del negozio di trasferimento, per cui la violazione delle relative disposizioni comporterebbe la temporanea inefficacia di quest'ultimo, fino a quando i soggetti obbligati non abbiano correttamente adempiuto gli obblighi, in seguito all'ordine giudiziale. In base ad un diverso orientamento, invece, il negozio di trasferimento manterrebbe validità ed efficacia anche in caso di violazione degli obblighi di procedura. Nei confronti dei singoli lavoratori le misure adottate sarebbero comunque inefficaci, a meno che la procedura non venga successivamente effettuata in modo corretto.

Alla tesi appena citata hanno aderito alcuni giudici di merito³⁰, e la Corte di

27 Sul punto si rimanda a L. DE ANGELIS, *Informazione e consultazione sindacale nel trasferimento d'azienda: regime sanzionatorio e tutela processuale*, in *Foro it.*, 1999, V, p. 289 ss.

28 Per un approfondimento si veda M. MARINELLI, *I licenziamenti per motivi economici*, *op. cit.*, pp. 224-229.

29 Per una dettagliata esposizione dei problemi interpretativi legati alla questione, che saranno comunque esposti di seguito in questo paragrafo, si veda M. MARINELLI, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, *op. cit.*, p. 94 ss.

30 Pret. Udine, 9 agosto 1995, con nota di E. BAIDA, *Trasferimento di azienda. La sanzione per omessa informazione-consultazione*, in *Lav. Giur.*, 1996, p. 291 ss; Pret. Napoli, 7 dicembre 1993, con nota di R. COSIO, *La nuova disciplina del trasferimento di azienda: i primi interventi della giurisprudenza*, in *Foro. it.*, 1995, I, p. 407 ss; Pret.

Cassazione³¹, che ha ritenuto che l'adempimento degli obblighi in discussione non può configurarsi come un presupposto di legittimità del negozio di trasferimento, che resta di conseguenza valido anche se posto in essere in assenza del rispetto degli obblighi procedurali.

Tralasciando ulteriori approfondimenti sulle questioni interpretative legate alla validità del negozio di trasferimento, si può affermare che, dall'accertamento della condotta antisindacale deriva, in ogni caso, l'inefficacia degli effetti del trasferimento in capo ai singoli lavoratori.

Se si considera, poi, che le aziende, compresa la Telecom Italia, tendono ad esternalizzare rami di attività a prevalente impiego di prestazioni di lavoro, eliminare gli effetti nei confronti dei lavoratori, significherebbe in pratica annullare la cessione stessa. Ed è soprattutto in queste situazioni che l'accertamento della condotta antisindacale produce notevoli effetti positivi, sia in termini di maggiore efficacia del ruolo della contrattazione collettiva, e sia nei confronti dei singoli lavoratori.

Nelle esternalizzazioni attuate dalla Telecom Italia pare che sia emersa la sussistenza della condotta antisindacale, derivante dalla violazione della procedura legale di informazione e consultazione. Ciò è avvenuto in occasione della cessione a TNT, nell'ambito della quale la questione è stata sollevata dal sindacato Snater. Un dubbio legittimo si pone anche in relazione al trasferimento dell'attività (funzionale) alla "amministrazione del personale" in favore della società Accenture HR Services S.p.a./in breve TE.SS. Il fatto è emerso nell'ambito dei ricorsi promossi da centinaia di lavoratori (ex) Telecom Italia contro la loro esternalizzazione, dove, a quanto pare, non è stato presentato il documento relativo all'esperimento della suddetta procedura.

4.3 La violazione del mantenimento dei diritti dei lavoratori esternalizzati dalla Telecom Italia

Come già accennato, uno dei principi fondamentali della normativa in materia di trasferimento è il <<mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda>> (comma 1, art. 2112 c.c.). Questa disposizione è

Benevento, 29 aprile 1999, con nota di M. MARANDO, *La violazione degli obblighi di informazione e il comportamento antisindacale nel trasferimento di azienda*, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 2147 ss.

31 V. Cass., 4 gennaio 2000, n. 23, cit..

inderogabile, con la conseguente nullità ex art. 1418 c.c. di pattuizione contraria, individuale o collettiva, ferme restando, per quest'ultima, alcune eccezioni specificatamente previste dalla legge³².

I diritti cui ci si riferisce sono quelli derivanti dai contratti di lavoro dei dipendenti del cedente, che proseguono *ipso iure* con il cessionario, per il solo fatto del trasferimento³³. L'effetto successorio si produce automaticamente alla data del trasferimento.

Rimangono estranee alla successione situazioni non ancora attuali o perfezionate, con la conseguenza che i diritti che si possono fare valere nei confronti del nuovo datore di lavoro devono essere attuali, già esistenti e relativi a prestazioni non ancora eseguite al momento del trasferimento. Inoltre, affinché tali diritti permangano inalterati nel contratto individuale, anche a seguito del trasferimento, è necessario che essi trovino la loro origine e la relativa regolamentazione nel contratto stesso, ovvero nella legge. Questo vale anche per quei diritti che siano entrati nel contratto individuale attraverso la reiterazione di un comportamento concludente da parte del datore di lavoro nei confronti di un gruppo ben individuato di lavoratori.

Diversamente, nel caso in cui il diritto trae origine dal contratto individuale di lavoro ed è disciplinato nei suoi effetti dal contratto collettivo, esso potrà subire modifiche nel suo contenuto per il futuro, pur restando acquisito al patrimonio

32 Resto salva l'eccezione di cui al comma 5 dell'art. 47 della l. n. 428/1990, secondo la quale in determinate circostanze (stato di crisi accertato dal Ministero del Lavoro e procedure concorsuali a particolari condizioni), e fermo restando il rispetto di una specifica procedura, non trova applicazione l'art. 2112 c.c.. Per approfondimenti si veda M. MARINELLI, *Il perdurante contrasto tra diritto interno e diritto comunitario sulla tutela dei lavoratori nel trasferimento di azienda*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, p. 819 ss; L. DE ANGELIS, *La tutela del lavoratore ceduto*, *op. cit.*, p. 33 ss. Per un commento critico sull'ammissibilità di accordi sindacali di natura transattiva, che prevedano la risoluzione dei rapporti di lavoro con il cedente e la costituzione di nuovi autonomi rapporti con il cessionario (sempre nell'ambito della eccezione appena descritta), si rinvia a M. MARINELLI, *Il perdurante contrasto tra diritto interno e diritto comunitario sulla tutela dei lavoratori nel trasferimento di azienda*, *op. cit.*; F. NOTARO, *Trasferimento dell'azienda in crisi e derogabilità dell'art. 2122 c.c. in sede collettiva*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, p. 179 ss.

33 Per approfondimenti sulla successione del contratto di lavoro si veda M. MARINELLI, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, *op. cit.*, p. 77 ss; M. MARINELLI, *I licenziamenti per motivi economici*, *op. cit.*, pp. 224-229.

del lavoratore.

Infine, se il diritto del lavoratore origina ed è regolamentato esclusivamente dal contratto collettivo, la sua attribuzione ed il suo contenuto saranno esposti alle modifiche riguardanti la parte collettiva, salvi i diritti già maturati.

Nell'ambito delle procedure di armonizzazione relativi a trasferimenti di rami d'azienda effettuati dalla Telecom Italia, si sono verificate delle violazioni circa il mantenimento dei diritti a seguito del trasferimento³⁴.

4.4 Questioni relative al sistema di relazioni societarie emerse dal caso Telecom Italia

Nel mercato delle esternalizzazioni, quando al già complesso sistema di relazioni commerciali si aggiunge l'intreccio di partecipazioni societarie, si possono verificare delle anomalie che mettono in discussione il senso stesso dell'economia e del diritto.

L'analisi della questione che verrà di seguito esposta, sarà effettuata con l'intento di fornire importanti spunti di riflessione su determinate politiche societarie, da alcuni ricondotte al cosiddetto "gioco delle scatole cinesi".

Data l'ampiezza e la complessità del fenomeno in esame, che va ben oltre la materia delle esternalizzazioni, e considerando le finalità del presente scritto, ci si riferirà in questa sede al circoscritto ambito lavoristico. In particolare, si tenterà di valutare l'impatto del trasferimento di parte di attività sui rapporti di lavoro, allorquando il ramo d'azienda viene acquisito da una società, detta newco, che è generalmente creata pochi mesi prima della cessione da un'altra società che ne detiene il controllo.

In sostanza, accade che la cessione di ramo d'azienda, che dovrebbe coinvolgere solo due parti (cedente e cessionario), risulta di fatto governata dalla partecipazione di tre società: cedente, cessionario (Newco) e controllante del cessionario. Si consideri che la società controllante è, non di rado, una realtà imprenditoriale che ha un livello apprezzabile di solidità patrimoniale ed un'esperienza consolidata nel mercato.

Il ricorso a tali schemi societari solleva non poche perplessità in ordine alle esigenze di effettività della tutela nei confronti dei lavoratori che ne risultano coinvolti. E ciò in quanto la società cessionaria neocostituita, a cui imputare, in veste di nuova datrice di lavoro, i rapporti di lavoro, è giuridicamente l'unica

34 Si veda allegato D).

diretta "garante" della *stabilità occupazionale* dei dipendenti esternalizzati. Ne deriva, ad esempio, che se questi ultimi si trovano coinvolti da uno stato di crisi aziendale, tale per cui la società decide di procedere a riduzioni di personale, non esiste alcuna forma di responsabilità diretta da parte della società che controlla il cessionario.

E' dunque il crollo della stabilità occupazionale e, si badi bene, non dei singoli diritti scaturenti dal contratto di lavoro, che rappresenta la principale fonte di preoccupazione delle persone passate alle dipendenze della Newco.

L'ansia derivante dalla paura di perdere il posto di lavoro per il tramite delle esternalizzazioni è un sentimento che accompagna, da sempre, molti dei lavoratori esternalizzati dalla Telecom Italia. E se si considera, come già accennato, che quasi tutte le cessioni sono sfociate nell'attuazione di procedure di mobilità e di licenziamenti collettivi, non si può non dare rilievo all'interesse del lavoratore ad ostacolare i trasferimenti indesiderati.

Guardando il fenomeno dall'ottica aziendale risulta evidente l'importanza strategica della Newco per la grande impresa. Quest'ultima è ben consapevole che se decidesse di rilevare essa stessa il ramo d'azienda da integrare nella propria realtà produttiva, le verrebbero imputati i rapporti obbligatori relativi all'attività oggetto di cessione, compresi i rapporti di lavoro. Facendo invece acquisire l'attività ad una società controllata, la grande impresa ottiene un duplice vantaggio, e cioè quello di non essere la controparte dei rapporti obbligatori in discussione, e quello di potere usufruire del ramo acquisito attraverso un potere di governo, che le è riconosciuto in ragione del controllo posseduto sulla società cessionaria.

Ma attenzione. La tipologia di controllo cui ci si riferisce non riguarda soltanto le quote di partecipazione, bensì una serie di variabili che nel loro complesso consentono alla controllante un elevato grado di governabilità sull'attività della propria controllata, al punto da poterne anche decidere le sorti.

Alcune di queste variabili sono già evidenti in prossimità della cessione, come ad esempio quando il cedente e la controllante del cessionario stipulano un contratto di appalto per l'esecuzione del servizio che veniva eseguito dal cedente (anche) attraverso il ramo ceduto. In questi casi la società che ha acquisito l'attività esternalizzata è chiamata a realizzare una parte di quel servizio, o tramite un contratto di appalto stipulato direttamente con il cedente, ovvero attraverso un contratto di subappalto sottoscritto con la propria controllante. In sostanza il cedente intrattiene dei rapporti contrattuali di natura commerciale con la "società

madre” e la “società figlia”, in relazione all'ambito produttivo coinvolto nella cessione. L'aspetto rilevante in questi intrecci contrattuali è che, in molti casi, il ramo di attività che viene trasferito alla Newco è sostanzialmente formato da masse di lavoratori.

Per comprendere come possa essere risolta la questione è adesso necessario fornire una valida dimensione giuridica al fenomeno in discussione.

4.5 Questioni giuridiche sui rapporti di lavoro nell'ambito di un collegamento societario

Nel nostro ordinamento giuridico non esiste una specifica disciplina che regola i rapporti di lavoro nell'ambito di un collegamento societario. Ne deriva che, a seconda del caso concreto, la qualificazione giuridica di tali rapporti avviene mediante le norme generali del diritto del lavoro e del diritto civile³⁵.

Una conseguenza importantissima dell'attuale impostazione normativa è l'esclusione dell'esistenza di un'autonoma soggettività giuridica del gruppo societario in quanto tale ai fini dell'imputazione del rapporto di lavoro³⁶, salvo non si sia in presenza di un gruppo creato artificialmente per il fine fraudolento di eludere la disciplina posta a tutela dei lavoratori³⁷. La questione cruciale è dunque riconducibile alla individuazione del soggetto datore di lavoro, qualora la prestazione lavorativa sia resa in favore di società “collegate” a quella identificabile come datore di lavoro.

Ad avviso della dottrina³⁸, poi, il fenomeno si manifesta essenzialmente attraverso i casi di utilizzazione “cumulativa” o “alternativa” della prestazione lavorativa da parte di più società appartenenti al gruppo.

Ma queste ipotesi non saranno oggetto di approfondimento, in quanto le politiche

35 V. A. VALLEBONA, *Lavoro nelle società collegate*, *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XXIX, Roma, 1993, p. 1 ss.

36 V. G. BRANCA, *La prestazione di lavoro in società collegate*, Milano, Giuffrè, 1965; A. VALLEBONA, *Lavoro nelle società collegate*, *Enciclopedia Giuridica Treccani*, op. cit., p. 1 ss; Cass., 24 marzo 2003, n. 4274, con nota di E. POLELLA, *In materia di licenziamenti il requisito dimensionale-occupazionale va considerato tenendo conto anche delle società collegate*, in *Il nuovo diritto*, 2003, fasc. 9, p. 721 ss.

37 F. GALGANO, *Direzione e coordinamento di società – Art. 2497 – 2497 septies*, Bologna, 2005, p. 43 ss e p. 197 ss.

38 Si veda in particolare A. VALLEBONA, *Lavoro nelle società collegate*, *Enciclopedia Giuridica Treccani*, ... p. 1 ss.

di outsourcing attuate dalla Telecom Italia fanno emergere un'altra tendenza, che, come già accennato, consiste nel coinvolgimento di più società collegate nell'attuazione del trasferimento di parte di azienda, al punto che può risultare difficile comprendere a chi compete cosa.

L'obiettivo è allora quello di individuare l'effettivo centro di imputazione dei rapporti obbligatori scaturenti dalla cessione dell'attività, e quindi anche dei rapporti di lavoro.

Si ribadisce che la ricostruzione dei possibili schemi giuridici potrà avvenire attraverso la combinazione di norme generali del diritto del lavoro e del diritto civile. Per tale ragione, è necessario un accenno alle principali discipline che potrebbero essere ricondotte al caso concreto, ossia: il gruppo di società e l'attività di direzione e coordinamento, la simulazione e la frode alla legge nel trasferimento di azienda, ed infine il divieto di interposizione illecita di manodopera (per quest'ultima disciplina il commento è già stato effettuato nei paragrafi precedenti).

Fatto ciò, nei paragrafi successivi saranno analizzati i casi più rappresentativi di tale problematica, per capire se le strategie societarie realizzate in occasione delle cessioni possano essere ricondotte a fattispecie vietate dalla legge, e sanzionabili mediante un'azione di accertamento promossa dai lavoratori esternalizzati.

4.6 Il gruppo di società e l'attività di direzione e coordinamento

Nonostante il gruppo di società sia uno strumento largamente diffuso, nell'ordinamento giuridico italiano non è prevista una disciplina unitaria e complessiva. Ciò ha spinto dottrina e giurisprudenza ad intervenire in modo rilevante sulla questione³⁹. Il vuoto normativo non è stato nemmeno colmato con la riforma del diritto societario (D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6)⁴⁰, anche se il

39 Per un breve quadro generale prima della riforma del diritto societario si veda il commento a sentenza, tribunale Bari 15 luglio 2004, di F. FUNARI, *Il concetto di gruppo fra diritto societario e diritto fallimentare*, in *Le società*, 2005, n. 5, pp. 638-640.

40 Le disposizioni in tema di direzione e coordinamento di società sono contenute in sei articoli (2497 – 2497 *sexies*). Per approfondimenti si veda R. RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Le società*, 2004, n. 5, p. 538 ss; U. TOMBARI, *Riforma del diritto societario e gruppo di imprese*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2004, I, p. 61 ss; F. FUNARI, *Il concetto di gruppo fra diritto societario e diritto fallimentare*, op. cit., p. 636 ss; F. GALGANO, *Direzione e coordinamento di società – Art. 2497 – 2497*

legislatore è intervenuto in questa occasione ad occuparsi per la prima volta del fenomeno, riferendosi all'ipotesi patologica della <<responsabilità>> da abuso del potere di direzione e coordinamento⁴¹.

Il gruppo di società è sostanzialmente un'aggregazione di società formalmente autonome e giuridicamente distinte l'una dall'altra, ma tutte accomunate dall'assoggettamento al potere di direzione e coordinamento della società-madre (o capogruppo), che le dirige perché le controlla totalmente o in maggioranza, sia direttamente che indirettamente.

Uno dei profili maggiormente discussi in dottrina, che è quello che interessa ai fini del presente scritto, consiste nella individuazione dei soggetti lesi dall'abuso dell'attività di direzione e coordinamento di società.

L'art. 2497 c.c., comma 1, sancisce la responsabilità diretta, nei confronti dei soci e dei creditori sociali della società controllata, della società o dell'ente che <<*esercitando attività di direzione e coordinamento di società, agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime*>> arreca pregiudizio alla redditività ed al valore della partecipazione sociale o all'integrità del patrimonio della società.

Il riferimento del legislatore a queste due specie di responsabilità, della controllante nei confronti dei soci e dei creditori della controllata, suggerisce una lettura della norma volta ad una maggiore tutela nella prospettiva dell'interesse individuale di due particolari categorie di soggetti. L'art. 2497 c.c. pone infatti una tutela risarcitoria nei confronti dei soci e dei creditori che intendano recuperare il proprio patrimonio⁴².

septies, op. cit.; S. MAZZAMUTO, *Questioni sparse al confine tra diritto comune e diritto societario*, in *Contratto e impresa*, 2006, n. 6, p. 1486 ss; M. ROSSI, *Responsabilità e organizzazione dell'esercizio dell'impresa di gruppo*, in *Rivista Diritto Commerciale*, 2007, n. 7 – 8 – 9, p. 613 ss.

41 Sul problema relativo alla qualificazione del titolo di tale responsabilità, in chiave aquiliana o contrattuale, si veda S. MAZZAMUTO, *Questioni sparse al confine tra diritto comune e diritto societario*, op. cit., p. 1486 ss.

42 La nozione di pregiudizio differisce a seconda se l'azione risarcitoria è promossa dal creditore ovvero dal socio. Nel primo caso rileveranno solo le lesioni all'integrità del patrimonio sociale da cui derivi l'insufficienza di questo a soddisfare le ragioni del creditore medesimo. Nell'ipotesi in cui è invece il socio a promuovere l'azione, esso potrà conseguire il risarcimento dei danni sofferti dal patrimonio della società, e poi, ma solo

La norma dunque non contempla ulteriori categorie di soggetti legittimate a far valere la responsabilità della controllante dall'abusivo esercizio dell'attività di direzione e coordinamento.

Ma guardando al fenomeno dei collegamenti societari, risulta abbastanza chiaro che attorno ad un gruppo di società gravitano anche altre posizioni giuridiche altrettanto meritevoli di tutela.

Partendo dal presupposto che i grandi gruppi di società presentano una struttura ampia e complessa, e per tale ragione in grado di coinvolgere un ampio ventaglio di interessi, ci si rende conto che la responsabilità della società controllante, derivante dall'esercizio abusivo dell'attività di direzione e coordinamento *ex art. 2497 c.c.*, è irrisoria rispetto al danno che una cattiva gestione potrebbe arrecare ai vari centri d'interesse.

L'irrisorietà della tutela posta dalla norma non riguarda solo l'ambito soggettivo (soci e creditori della controllata), ma investe anche il suo contenuto se si considera che essa è di natura meramente patrimoniale.

Basti pensare ad un'abusiva manovra economico-finanziaria realizzata dalla capogruppo, i cui effetti negativi si ripercuotono a cascata sulla stabilità delle controllate, al punto da porle in una situazione di crisi aziendale. In questi casi, le posizioni giuridiche relative all'attività d'impresa della controllata⁴³, che sono escluse dalla tutela di cui all'*art. 2497 c.c.*, dovranno subire l'abuso della controllante in quanto prive di un'adeguata e specifica tutela.

Ebbene evidenziare che i danni che può provocare l'abuso della società controllante di un grande gruppo possono andare ben al di là delle singole posizioni giuridiche, e coinvolgere sensibilmente parte del sistema economico e sociale di un territorio. Questo accade, ad esempio, quando per far fronte alla crisi le società controllate attuano procedure di mobilità e licenziamenti collettivi di masse di lavoratori, che a loro volta gravano anche sul sistema previdenziale.

per conseguenza, dal suo patrimonio personale. Così R. RORDORF, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, op. cit., pp. 542-543.

43 V. M. ROSSI, *Responsabilità e organizzazione dell'esercizio dell'impresa di gruppo*, op. cit., pp. 614-615. L'autore evidenzia il silenzio del legislatore in ordine alla legittimazione della stessa società controllata a far valere la responsabilità della controllante. La società controllata resta comunque legittimata ad agire attraverso altri strumenti normativi (con l'azione ordinaria *ex artt. 2392 e 2393 c.c.* verso i propri amministratori o nei confronti della controllante, e, alternativamente, *ex artt. 2043, 1175 e 1375 c.c.*, ovvero 2028 c.c.).

O ancora quando le società del gruppo hanno avuto accesso a forme di finanziamento pubblico per lo sviluppo d'impresa non andate a buon fine. In questo senso, l'esercizio abusivo dell'attività di direzione e coordinamento diventa un grave problema di tutela dell'interesse collettivo, che di sicuro non può risolversi attraverso l'estensione a singole categorie di una tutela di natura esclusivamente patrimoniale.

Ed è sotto quest'ulteriore profilo che l'impostazione della norma genera un'ulteriore aggravante, se si considera che l'art. 2497 subordina l'esperimento dell'azione del socio e del creditore nei riguardi della società controllante all'infruttuoso esercizio di un'analogia azione nei confronti della società partecipata, o propria debitrice. Ciò significa che quest'ultima, che è stata direttamente lesa dal malgoverno della capogruppo, deve anche paradossalmente risarcire il danno da essa cagionato al socio o al creditore agente⁴⁴, facendolo inevitabilmente gravare sul proprio patrimonio, e conseguentemente sull'interesse collettivo, nei termini sopra esposti.

Ma c'è di più. La tutela privilegiata concessa ai soci e ai creditori sociali è idonea a creare un pericoloso "effetto silenziatore", in quanto è proprio da queste categorie che ci si dovrebbe aspettare un'efficace azione di contrasto, specialmente preventiva, nei confronti dell'esercizio abusivo dell'attività di direzione e coordinamento. Invece, non solo questi restano comunque garantiti dal patrimonio della capogruppo, ma potranno ristorarsi, ledendolo, con il patrimonio della società per il quale essi stessi avrebbero dovuto avere un interesse a mantenere integro. Insomma, la legge mette a disposizione di questi soggetti, e soprattutto dei soci, uno strumento che indebolisce l'interesse alla salvaguardia dell'attività d'impresa della società controllata, ma che soddisfa comunque le loro esigenze di redditività. Ed è così che l'interesse individuale viene promosso a scapito dell'interesse collettivo.

Infine, si deve aggiungere che, poiché la maggior parte delle partecipazioni sono possedute proprio dalla controllante, è probabile che gli istituti di credito che erogano i prestiti alla controllata intrattengono un rapporto fiduciario con la capogruppo, secondo un loro schema strategico complessivo volto al raggiungimento degli obiettivi di gruppo. Ed è per questo che risulta difficile pensare ad un'azione della più influente categoria di creditori sociali, volta a far

44 Così M. ROSSI, *Responsabilità e organizzazione dell'esercizio dell'impresa di gruppo*, op. cit., pp. 617-618.

valere la responsabilità della capogruppo.

4.7 I risvolti in ambito lavoristico della disciplina dei gruppi di società:

L'impresa come fattispecie essenziale a tutela dei lavoratori

Passando adesso ad analizzare i risvolti in ambito lavoristico della disciplina dei gruppi di società, ci si rende agevolmente conto che la categoria dei lavoratori ne esce ingiustamente (apparentemente) sconfitta.

Come già accennato, infatti, eventuali forme di responsabilità in ordine alla stabilità occupazionale dei dipendenti della società controllata gravano solo su di essa, essendo il gruppo di società privo di un'autonoma soggettività giuridica. Ciò a prescindere dunque dalla circostanza che sia stata la società controllante a determinare, attraverso l'esercizio abusivo dell'attività di direzione e coordinamento, le premesse per una riduzione di personale. Si afferma⁴⁵ che è solo in presenza di una finzione di gruppo finalizzata alla elusione della normativa posta a tutela dei lavoratori, che si potranno attribuire al gruppo di società, quale autonomo soggetto di diritto, i rapporti di lavoro facenti capo alle società del gruppo.

Ma prima di entrare nel merito di tale questione è necessario introdurre il principio della *centralità dell'attività d'impresa* nella disciplina delle società.

Una valida ricostruzione in questa direzione è fornita da un autore⁴⁶, il quale critica le prospettive attraverso cui è stata affrontata l'interpretazione del regolamento normativo della direzione e coordinamento di società, in quanto le soluzioni proposte prescindono dalla circostanza, in realtà centrale, che tale normativa sia anzitutto disciplina di un'attività d'impresa. Costui sottolinea come in questo modo si finisce con il capovolgere l'impostazione del codice civile, dal momento in cui si prescinde del tutto dall'impresa, o al più se ne postula un rilievo solo economico, non in grado di incidere sui profili organizzativi della società, se non in via di fatto.

Pertanto, se si guarda al gruppo di società mettendo in risalto l'aspetto finanziario, come ha fatto lo stesso legislatore, e ponendo in secondo piano l'attività d'impresa, si finisce con lo svalutare il dato essenziale che le società,

45 V. F. GALGANO, *Direzione e coordinamento di società – Art. 2497 – 2497 septies*, op. cit., p. 43.

46 V. M. ROSSI, *Responsabilità e organizzazione dell'esercizio dell'impresa di gruppo*, op. cit., p. 627 ss.

anche se appartenenti al medesimo gruppo, restano pur sempre giuridicamente distinte ed individualmente responsabili per la propria attività imprenditoriale, nei confronti dei titolari di posizioni giuridiche riferite specificatamente ad essa. In caso contrario verrebbe meno il nesso fondamentale fra governo ed imputazione della fattispecie imprenditoriale⁴⁷.

La società deve essere dunque concepita come <<forma d'esercizio dell'impresa>>⁴⁸, ed in termini sistematici la disciplina societaria deve intendersi come strumentale rispetto all'attività imprenditoriale oggettivamente intesa.

Introdotta il principio della *centralità dell'attività d'impresa* nella disciplina delle società, è adesso possibile riprendere la problematica della tutela dei lavoratori nei gruppi di società, che troverà una soluzione proprio attraverso il richiamo ai requisiti d'imprenditorialità di cui all'art. 2082 c.c., su cui si fonda la normativa che tutela i lavoratori nei processi di esternalizzazione.

Quello che si vuole dimostrare sarà l'idea che attraverso l'impostazione dell'attuale normativa in materia di esternalizzazioni, si può arrivare alla conclusione che, indipendentemente dall'intento elusorio, se all'alterità soggettiva fra le società del gruppo non corrisponde l'attribuzione a ciascuna di esse di un'attività d'impresa cui si riferisce la prestazione di lavoro, il rapporto di lavoro deve necessariamente imputarsi a chi effettivamente governa l'attività imprenditoriale. Il vero datore di lavoro deve coincidere con chi governa l'impresa.

Un autore⁴⁹, basandosi su una serie di massime enunciate dalla Cassazione, propone di dare rilievo giuridico, in presenza di determinate circostanze, al concetto di *impresa unitaria di gruppo* in coesistenza con l'alterità soggettiva fra le società del gruppo stesso, da cui far derivare l'imputazione del rapporto di lavoro di coloro che in essa operano ad una pluralità di società. Queste sarebbero tutte di conseguenza solidalmente responsabili verso i lavoratori, in quanto codatori di lavoro.

Di questa ricostruzione se ne può senz'altro apprezzare l'intento, in quanto mira ad introdurre forme di tutela del lavoro a livello di gruppo mettendo al centro

47 In questo senso G. OPPO, *L'impresa come fattispecie*, in *Diritto dell'impresa, Scritti giuridici*, I, Cedam, Padova, 1992, in particolare pp. 244-246-255.

48 Così P. FERRO-LUZZI, *I patrimoni <<dedicati>> e i <<gruppi>> nella riforma societaria*, in *Riv. not.*, 2002, p. 274.

49 V. F. GALGANO, *Direzione e coordinamento di società – Art. 2497 – 2497 septies*, op. cit., p. 43 ss.

l'impresa, piuttosto che l'aspetto meramente finanziario del fenomeno societario. Anche in termini di efficacia la valutazione è positiva, dato che l'imputazione del rapporto di lavoro alle società del gruppo vanificherebbe la strumentalizzazione di alcune di queste alla realizzazione dell'intento elusorio.

E' necessario però mettere in evidenza alcuni punti deboli dell'impostazione in esame. Il primo è sicuramente il criterio di identificazione dell'*impresa unitaria di gruppo*: l'imputazione del rapporto di lavoro alle società co-datrici di lavoro avviene automaticamente in conseguenza dell'appartenenza ad un gruppo? Una soluzione in tal senso non sarebbe prospettabile principalmente perché non esiste una definizione giuridica di gruppo, da cui far derivare l'imputazione del rapporto di lavoro alle società appartenenti ad esso. Di conseguenza la nozione di *impresa unitaria di gruppo* può essere solo funzionale ad una ricostruzione giurisprudenziale, attraverso cui è possibile verificare, caso per caso, se esistono effettivamente i presupposti della contitolarità soggettiva del rapporto da parte delle società del gruppo.

Un ulteriore problema definitorio, tutt'altro che squisitamente teorico, si pone in relazione alla nozione di "impresa unitaria". La conclusione raggiunta, che verrà di seguito esposta, consente di aggravare la fragilità, e talora anche l'incoerenza sistematica, di una disciplina societaria che punta sull'aspetto finanziario piuttosto che gestionale. In particolare, dalla descrizione dei concetti di organizzazione e di rischio che caratterizzano la fattispecie imprenditoriale ex art. 2082, si dimostrerà l'impraticabilità della dissociazione fra chi governa un'attività e le responsabilità che ne derivano.

Il requisito organizzativo implica che la distinzione fra attività imprenditoriali e non imprenditoriali risiede nell'attività organizzatrice, che si manifesta con la scelta della destinazione funzionale ed organica dei beni che caratterizzano l'azienda, e con la creazione di apparati e l'imposizione di regole che presiedono al suo funzionamento⁵⁰.

50 V. A. NIGRO, *imprese commerciali e imprese soggette a registrazione*, op. cit., p. 652. Gli studi in materia di organizzazione hanno messo in evidenza come «l'essenza del fenomeno organizzativo è da ritrovare nel suo aspetto dinamico, nel farsi cioè dell'organizzazione, più che nella struttura organizzata: e ciò sia perché quest'ultima è, ovviamente, inscindibilmente legata all'attività (organizzatrice) che ne è all'origine e che continuamente la trasforma, adeguandola alle esigenze per cui l'organizzazione è posta; sia soprattutto perché la struttura prodotta non è che l'aspetto effettuale, la concretizzazione del farsi, appunto, dell'organizzazione»>>, A. NIGRO, *imprese*

Questo significa che se una società si occupa della realizzazione di un bene e/o di un servizio, la *direzione* (o governo) dell'organizzazione di mezzi e di persone, riferita all'attività imprenditoriale preposta alla suddetta produzione, spetta ad essa. Ed è infatti sulla base di tale presupposto che si giustifica l'imputazione, alla società, delle responsabilità derivanti dai rapporti giuridici sorti nell'ambito dell'esercizio della propria attività imprenditoriale.

Anche dal concetto di rischio emerge l'essenzialità del potere direzionale in capo alla società che formalmente svolge una determinata attività imprenditoriale. Il rischio d'impresa si presenta come l'aspetto negativo del profitto, e di conseguenza comporta l'assunzione del rischio sull'impiego della forza-lavoro e di tutti i beni materiali ed immateriali coinvolti nell'esercizio dell'impresa⁵¹. Risulta in tal modo coerente la stretta connessione fra il concetto di rischio ed il concetto di profitto, quest'ultimo visto come <<la remunerazione non della amministrazione o della coordinazione, ma del rischio e della responsabilità che l'imprenditore (...) si è assunto>>⁵².

Quindi, se il profitto rappresenta la remunerazione del rischio e della responsabilità che l'imprenditore si è assunto, e se l'imputazione della responsabilità e del rischio dipende dall'effettiva direzione dell'impresa, ne deriva che l'utile (o la perdita) prodotto da una società che esercita un'attività imprenditoriale, deve essere considerato come il risultato di tale attività. L'aspetto finanziario ha pertanto ragione di esistere solo se è strumentale alla creazione di valore (reale) per l'impresa, e non viceversa.

In questo modo si è dimostrato che non è giuridicamente corretto dissociare il soggetto che governa l'attività d'impresa dalla persona giuridica che formalmente si pone nei confronti del mercato come l'imprenditore di un'attività che in realtà non governa, e che quindi finisce con il fare da "schermo protettivo" in favore di una ingiustificata deresponsabilizzazione del vero imprenditore. Questa problematica si scontra inevitabilmente con la definizione ed i limiti dei poteri di direzione e coordinamento riconosciuti alla capogruppo.

commerciali e imprese soggette a registrazione, op. cit., p. 650 e nota 236.

51 V. G. ALPA, M. BESSONE e V. ZENO-ZENCOVICH, *I criteri d'imputazione: colpa, dolo, rischio*, in *Trattato di diritto privato, Obbligazioni e contratti*, a cura di P. RESCIGNO, 1995, VI, p. 103.

52 V. G. ALPA, M. BESSONE e V. ZENO-ZENCOVICH, *I criteri d'imputazione: colpa, dolo, rischio*, op. cit., p. 103.

Ecco perché attraverso l'idea dell'impresa unitaria svolta per il tramite di una pluralità di soggetti, si finisce con il commettere l'errore di forzare strumenti normativi che mettono in risalto l'aspetto gestionale per tutelare una particolare categoria di soggetti, che in questo caso è quella dei lavoratori. Così come, in fin dei conti, ha fatto il legislatore con la disciplina della direzione e coordinamento di società, che è stata finalizzata, valorizzando stavolta l'aspetto finanziario, alla tutela patrimoniale della categoria dei soci e dei creditori.

Per fare un esempio, ipotizzando una situazione in cui valga il principio dell'impresa unitaria di gruppo, e che tutte le società che vi appartengono siano quindi co-datrici di lavoro, il fallimento di una di queste nell'ambito della quale risultano impiegate migliaia di persone, graverebbe sulle altre società, a prescindere da chi effettivamente abbia causato la crisi, che potrebbe ad esempio derivare da una cattiva gestione aziendale della fallita. In questi casi verrebbe anzitutto meno il nesso fra governo ed imputazione della fattispecie imprenditoriale, e si finirebbe con il seguire la stessa logica (ingiusta) della tutela posta dalla disciplina sulla responsabilità da abuso di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento. Nel caso dell'impresa unitaria di gruppo i lavoratori godrebbero di una eccessiva tutela a scapito delle altre, perché i costi del personale graverebbero ingiustamente sulla redditività e sulla stabilità del patrimonio sociale delle altre società, e quindi sui soci e sui creditori sociali. Mentre nel secondo caso, si ricorda che la tutela patrimoniale riconosciuta ai soci ed ai creditori sociali dall'art. 2497 c.c. grava sul patrimonio della società controllata ed a cascata su tutti gli altri soggetti che vantano una posizione giuridica nei confronti di questa, compresi i lavoratori.

La verità è che probabilmente in questi casi non è necessario introdurre nuove nozioni per tutelare alcune posizioni soggettive, tra l'altro senza preoccuparsi delle altre. Considerando le circostanze, è possibile affermare che esistono già gli strumenti giuridici che tutelano le varie categorie di soggetti in un'ottica di interesse collettivo.

In questo senso, la disciplina lavoristica in materia di esternalizzazioni pone delle solide basi nell'ambito del fenomeno dei gruppi societari, in quanto mette al centro della tutela la verifica dei requisiti d'imprenditorialità in capo ai soggetti che fanno ricorso alla politica di outsourcing. E ciò vale sia nella disciplina sul trasferimento di azienda⁵³ che in quella sulla tutela del lavoro negli appalti.

53 Unico punto oscuro della normativa sul trasferimento di azienda, e che in un certo

Infatti, si ricorda che i concetti di organizzazione e di rischio che caratterizzano l'appalto ai sensi dell'art. 1655 c.c. (organizzazione dei mezzi necessari e gestione a proprio rischio) coincidono con quelli della nozione di imprenditore (art. 2082 c.c.), che, come già visto, sono gli stessi elementi utilizzati per valutare l'autonomia funzionale del ramo ceduto.

In conclusione, la tutela del lavoro nell'ambito del fenomeno dei gruppi di società deve essere collegata alla disciplina in materia di politiche di outsourcing, anche attraverso l'ipotesi di simulazione e frode alla legge in tema di trasferimento di azienda.

4.8 La disciplina del trasferimento di azienda in funzione elusoria della normativa posta a tutela dei lavoratori

Anche se la disciplina contenuta nell'art. 2112 c.c. è finalizzata alla salvaguardia dei diritti dei lavoratori nei casi di trasferimento di azienda o di un suo ramo, la realtà ha dimostrato che essa è stata spesso utilizzata dalle imprese per aggirare la normativa posta a tutela dei lavoratori. Ed è per questo motivo che, a prescindere dal fatto di quanto ciò sia vero o meno, le esternalizzazioni attuate negli ultimi tempi sono state aspramente contestate dagli stessi lavoratori, che evidentemente non considerano il passaggio automatico alle dipendenze del cessionario come una forma di tutela in loro favore.

Per contrastare l'uso illegittimo dell'art. 2112, la dottrina e la giurisprudenza fatto ricorso ad alcuni strumenti tradizionali del diritto civile⁵⁴.

In generale si può affermare che, qualora l'operazione traslativa realizzata dalle parti sia stata posta in essere al fine di eludere la normativa posta a tutela dei lavoratori, è possibile chiederne la nullità per frode alla legge *ex art. 1344 c.c.*. Ma può anche verificarsi che in assenza dell'intento fraudolento la cessione possa

senso affronta la tematica della disciplina dei rapporti di lavoro nell'ambito di un collegamento societario, è l'art. 31 del d. lgs. 276/2003 intitolato ai <<gruppi d'impresa>>, che dispone la possibilità di delegare alla società capogruppo lo svolgimento degli adempimenti in materia di lavoro, previdenza e assistenza che gravano sul datore di lavoro ai sensi dell'art. 1 della l. n. 12/1979. La principale critica posta alla norma si riferisce all'inutilità di una previsione in tal senso, in quanto è già con il d. lgs. n. 6/2003 che si riconosce implicitamente la legittimità di tale forma di delega per derivazione dall'attività di direzione e coordinamento. V. G. SCOGNAMIGLIO, ...commentario.

54 V. M. MARINELLI, *I licenziamenti per motivi economici*, *op. cit.*, p. 262 ss.

ritenersi nulla in quanto simulata, ossia orientata a concludere un accordo diverso da quello dichiarato.

Non potendo in questo scritto effettuare la complessa ricostruzione del quadro generale di tali discipline⁵⁵, si proseguirà con l'analisi di quei profili della simulazione e della frode alla legge che interessano ai fini della ricostruzione di alcuni possibili scenari che riguardano le cessioni Telecom Italia.

Si devono anzitutto distinguere due momenti in ordine a tali questioni, ossia quello iniziale relativo al contenuto dell'accordo formalmente raggiunto nell'atto di cessione, e quello successivo di effettiva attuazione del trasferimento che è emerso dalle sentenze emesse dai giudici.

Quello che sarà discusso nei prossimi paragrafi sarà il momento iniziale, dove quindi saranno analizzati gli atti di cessione che presentano maggiori problematiche, soprattutto nella prospettiva soggettiva delle società che hanno governato la cessione.

In particolare, una volta accennato ai principali orientamenti giurisprudenziali in ordine alla nullità per frode alla legge valutata sostanzialmente in base alla qualità imprenditoriale del cessionario, saranno analizzate le seguenti cessioni: il trasferimento a Savarent Fleet Services dell'attività denominata "Gestione Autoparco", quello relativo all'attività (funzionale) all'"amministrazione del personale" in favore di TE.SS.; ed infine il trasferimento a Im.Ser della funzione "Grandi Immobili".

4.9 La frode alla legge nel trasferimento di ramo di azienda nell'ambito di un collegamento societario

Sulla base delle argomentazioni già svolte in materia di collegamenti societari, è adesso possibile descrivere i tratti caratterizzanti delle ipotesi di nullità della cessione, allorquando l'imputazione del ramo d'azienda ad una determinata società si giustifica solo in vista di un intento fraudolento.

Il fenomeno, largamente diffuso in Italia, si manifesta essenzialmente attraverso la costituzione di una pluralità di società di capitali, le cui azioni o quote appartengono ai medesimi soggetti, al solo scopo di eludere l'applicazione di

55 Per questo si rimanda a F. ANELLI, *Simulazione e interposizioni*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, III – *Effetti*, a cura di M. COSTANZA, 2006; A. GENTILI, *Il contratto simulato*, Eugenio Jovene, Napoli, 1982.

norma imperativa di legge⁵⁶. Lo schema di creazione delle società fittizie dipende dall'obiettivo che si intende raggiungere. Si può attuare la costituzione di più società, anziché di una sola con un numero rilevante di dipendenti, al solo fine di evitare il raggiungimento della soglia numerica prevista per l'applicabilità della normativa sui licenziamenti collettivi e della tutela reale sancita *ex art.* 18 della l. n. 300/1970. Oppure, con lo scopo di licenziare un certo numero di dipendenti senza passare per i costi e gli oneri previsti nell'ambito delle procedure di licenziamento collettivo, si decide di trasferire i lavoratori in una società destinata ad essere sciolta. O ancora si può creare artificiosamente una società in prossimità della cessione, controllata dall'effettivo cessionario, per evitare di vestire i panni del datore di lavoro nei confronti dei lavoratori appartenenti al ramo acquisito.

Quello che si censura in queste ipotesi è evidentemente l'abuso della personalità giuridica, ossia della <<alterità soggettiva che la creazione di una nuova società ha creato entro una entità soggettiva sostanzialmente unitaria>>⁵⁷.

In questi casi la Cassazione⁵⁸, pur affermando il principio secondo cui l'attuale disciplina in materia di collegamenti societari non consente di attribuire all'attività di gruppo, di per sé, "un valore giuridicamente unificante", ha confermato che la medesima giurisprudenza ha sempre fatto salva la possibilità di ravvisare un unico centro di imputazione dei rapporti di lavoro ogni volta che vi sia una simulazione o preordinazione in frode alla legge degli atti costitutivi delle società del gruppo mediante interposizione fittizie di persone ovvero reali ma fiduciarie, o vi sia una illecita interposizione di manodopera.

Si deve avvertire che l'applicazione della sanzione della nullità per frode alla legge del contratto di società incontra la limitazione posta dalla tassatività dei casi di nullità delle società di capitali fissata dal comma 1 dell'art. 2332 c.c., che non sono nemmeno superabili con l'idea della simulazione. Ed è per tale ragione che la stessa giurisprudenza pone crescente attenzione all'abuso dell'alterità soggettiva, fra società che sono solo nominalmente fra loro diverse, e ad ogni

56 V. F. GALGANO, *Direzione e coordinamento di società – Art. 2497 – 2497 septies*, op. cit., p. 198 ss.

57 Così F. GALGANO, *Direzione e coordinamento di società – Art. 2497 – 2497 septies*, op. cit., pp. 198-199.

58 Cass., 24 marzo 2003, n. 4274, con nota di E. POLELLA, *In materia di licenziamenti il requisito dimensionale-occupazionale va considerato tenendo conto anche delle società collegate*, op. cit, p. 721.

altro effetto considerate dai loro soci come un'unica società⁵⁹.

Tutte le fattispecie richiamate per l'individuazione di un unico centro di imputazione necessitano però di una specifica prova. Secondo la Cassazione⁶⁰, in relazione al caso concreto bisogna rivelare l'esistenza di alcuni requisiti essenziali, quali:

- l'unicità della struttura produttiva e organizzativa;
- l'integrazione tra le attività esercitate dalle varie imprese del gruppo e il correlativo interesse comune;
- Il coordinamento tecnico e amministrativo-finanziario tale da individuare un unico soggetto direttivo che faccia confluire le diverse attività delle singole imprese verso uno scopo comune;
- l'utilizzazione contemporanea della prestazione lavorativa da parte delle varie società titolari delle distinte imprese, nel senso che la stessa sia volta in modo indifferenziato e contemporaneamente in favore dei vari imprenditori.

Essa precisa inoltre come l'individuazione di un unico centro di imputazione dei rapporti di lavoro, al di là degli schemi societari utilizzati, risponde al contenuto dell'art. 2094 c.c. che impone di individuare l'effettivo datore di lavoro, ossia colui che di fatto detiene ed esercita il potere direttivo e disciplinare nei confronti dei lavoratori.

L'utilizzo di questi indici rilevatori da parte della giurisprudenza, in particolare dei primi tre, rafforza in modo determinante le criticità sopra esposte in materia di gruppi di società, e la necessità di un intervento legislativo in tal senso.

Anzitutto è interessante notare come i poteri della capogruppo regolati dalla disciplina societaria (potere di *direzione* e potere di *coordinamento* in considerazione dell'*interesse comune* del gruppo nel suo complesso) coincidono sostanzialmente, ed in parte anche nominalmente, con gli indici utilizzati per l'individuazione di un unico centro di imputazione dei rapporti di lavoro (*coordinamento* tecnico e amministrativo-finanziario tale da individuare un *unico soggetto direttivo* che faccia confluire le diverse attività delle singole imprese

59 Così F. GALGANO, *Direzione e coordinamento di società – Art. 2497 – 2497 septies*, op. cit., p. 19.

60 V. Cass., 24 marzo 2003, n. 4274, con nota di E. POLELLA, *In materia di licenziamenti il requisito dimensionale-occupazionale va considerato tenendo conto anche delle società collegate*, op. cit, p. 721 ss. Si veda anche Cass., 15 maggio 2006, n. 11107, con nota di M. LOZITO, *Presunti gruppi di impresa e lavoratore condiviso*, in *Riv. giur. lav. e prev. Soc.*, 2007, n. 3, p. 440 ss.

verso uno *scopo comune*). Ciò significa che se da un lato la disciplina societaria attribuisce alla controllante una serie di poteri in ambito infra-gruppo, dall'altro lato la giurisprudenza utilizza questo stesso potere di azione per attribuire all'effettivo centro di governo delle attività del gruppo le responsabilità relative alle prestazioni di lavoro inserite nelle varie strutture organizzative. Tale questione deve evidentemente essere risolta alla luce delle problematiche sopra discusse in relazione alla *centralità dell'attività d'impresa* nella disciplina societaria e nella normativa posta a tutela dei lavoratori nei processi di esternalizzazione. In questo senso le argomentazioni giurisprudenziali risultano essere valide in quanto seguono la logica sistematica del codice civile, ed in particolare della correlazione esistente fra la fattispecie impresa ricavata dall'art. 2082, la nozione di prestatore di lavoro subordinato fornita dall'art. 2094, la disciplina del trasferimento di azienda di cui all'art. 2112 ed il concetto di appalto ex art. 1655 richiamato dalla normativa da cui si ricava il divieto di interposizione illecita di manodopera. Si può dunque concludere che, o si stabiliscono precisi limiti al potere di direzione e coordinamento attribuiti alla società controllante, oppure si deve ammettere che sussistono gli elementi per poter ritenere che l'individuazione di un unico centro di imputazione dei rapporti di lavoro avviene in conseguenza dell'attività di direzione e coordinamento della capogruppo. Ma si può anche supporre che se sussistono i presupposti di una coincidenza fra il *potere di direzione ex art. 2497* con il *potere direttivo* tipico del datore di lavoro di cui all'art. 2094, e ipotizzando inoltre che le società controllate risultano essere dei meri interposti, i rapporti di lavoro (del gruppo) devono essere imputati direttamente ed esclusivamente alla società controllante. In questo caso dunque non si tratta di considerare il gruppo di società come un autonomo soggetto di diritto a cui imputare i rapporti di lavoro, bensì di individuare nella capogruppo l'effettivo datore di lavoro.

Si deve inoltre richiamare una recentissima pronuncia della Cassazione⁶¹ che ha individuato la sussistenza della frode alla legge nel contratto di affitto di ramo d'azienda in favore di una società che ha immediatamente licenziato i lavoratori transitati (formalmente) presso di essa. E' stato sostanzialmente ravvisato lo scopo illecito nel collegamento fra il contratto di affitto di ramo d'azienda e i successivi recessi⁶². L'accento a tale orientamento giurisprudenziale si è reso

61 V. Cass., 7 febbraio 2008, n. 2874.

62 V. E' da segnalare un'ulteriore pronuncia della Cassazione (2 maggio 2006, n.

necessario in considerazione della frequenza con cui tale combinazione negoziale si è manifestata nell'ambito delle esternalizzazioni effettuate dalla Telecom Italia⁶³.

4.10 Questioni di legittimità riguardanti le politiche societarie relative alla cessione del ramo d'azienda: il caso "Gestione Autoparco"

L'intenzione di cedere l'attività denominata "Gestione Autoparco" è chiaramente emersa all'epoca della stipulazione dell'accordo sindacale del 28 marzo 2000. Ed effettivamente il 21 dicembre 2001 è stato concluso, con efficacia differita di qualche mese, il contratto fra la Telecom Italia e la Savarent Fleet Services S.r.l. per la cessione del suddetto ramo di azienda⁶⁴.

La peculiarità di questa cessione è direttamente rinvenibile nel contratto di cessione, che è stato stipulato da tre parti (Telecom Italia, Savarent Fleet Services S.r.l. d'ora in poi Savarent Fleet Services e Savarent S.p.a. d'ora in poi Savarent), quando invece dovrebbe generalmente coinvolgere i soli cedente e cessionario, che nel caso in esame sono rispettivamente la Telecom Italia e la Savarent Fleet Services.

10108), nella quale si afferma che che <<non è in frode alla legge, né concluso per un motivo illecito, il contratto di cessione dell'azienda a un soggetto che, per le sue caratteristiche imprenditoriali e in base alle circostanze del caso concreto, renda probabile la cessazione dell'attività produttiva e dei rapporti di lavoro>>. Per un commento di rimanda alla nota di E. GRAGNOLI, *Trasferimento di azienda, licenziamenti collettivi e frode alla legge*, in *Riv. giur. lav. e prev. Soc.*, 2006, n. 4, p. 663 ss. Si veda inoltre il commento di D. BONSIGNORIO, *Trasferimento d'azienda e frode alla legge: una pronuncia della Suprema Corte*, in *D&L*, 2006, n. 3, p. 814 ss. Il richiamo a tale pronuncia è altresì contenuto nella sentenza in esame (7 febbraio 2008, n. 2874), dove la Cassazione precisa che quanto stabilito con la pronuncia n. 10108/2006 non può essere invocato in quanto si riferisce ad una ipotesi diversa: <<la Corte ha, infatti, in sostanza, semplicemente affermato che l'ordinamento non condiziona la validità della cessione di azienda alla "prognosi favorevole alla continuazione dell'attività produttiva" e neppure "all'onere del cedente di verificare le capacità e potenzialità imprenditoriali del cessionario">>.

⁶³ Si veda l'allegato C).

⁶⁴ La ricostruzione è stata effettuata utilizzando i dati contenuti nel contratto di cessione di ramo d'azienda concluso fra Telecom Italia, Savarent Fleet Services S.r.l. e Savarent Fleet Services e Savarent S.p.a., nonché attraverso le sentenze emesse in merito a tale cessione, ed in particolare quella del tribunale di Torino, 27 febbraio 2003, n. 1407.

Ma considerando le circostanze della vicenda risulta chiara qual'è stata la strategia societaria posta in essere dalla Savarent, e ciò, si badi bene, a prescindere dal fatto se questa possa essere ricondotta a fattispecie vietate dalla legge.

L'accordo di cessione fra la Telecom Italia e la Savarent Fleet Services trae origine dalla stipulazione di un contratto di servizi fra la Telecom Italia e la Savarent, che si è aggiudicata la gara indetta dall'appaltante per l'affidamento dei servizi di noleggio degli autoveicoli e la gestione degli autoveicoli noleggiati nonché di quelli che resteranno di proprietà del cedente (v. lettera h) ed i) delle premesse dell'atto di cessione). Ed è stato solo successivamente a tale accordo che la Savarent ha deciso di costituire *ex novo* la Savarent Fleet Services⁶⁵.

Precisamente, il primo marzo 2002 Telecom Italia e Savarent hanno stipulato un contratto di appalto avente ad oggetto il noleggio di lunga durata di autoveicoli da parte della seconda alla prima, nonché la prestazione di servizi di "fleet management" (tanto sui veicoli così noleggiati che su quelli già di proprietà) che Savarent ha (in un secondo momento, con decorrenza dal primo giugno 2002, surrogata da Leasys S.p.a.) subappaltato a Savarent Fleet Services⁶⁶. Gran parte dell'autoparco è stato invece acquistato dalla Leasys S.p.a.. Ad un certo punto, in data 18 novembre 2002, la Savarent Fleet Services è stata trasformata nell'attuale Targa Fleet Management S.r.l..

Senza entrare per adesso nel merito dell'oggetto della cessione⁶⁷, si ricostruiranno di seguito alcuni scenari astrattamente concepibili in riferimento ai collegamenti societari emersi nella vicenda. La principale fonte di informazione utilizzata sarà l'atto di cessione.

L'atto di cessione è stato il frutto di una precisa scelta strategica della Savarent, finalizzata alla gestione del servizio affidatole dalla Telecom Italia. Ciò risulta evidente se si considera che la newco Savarent Fleet Services è stata costituita dalla Savarent, che la controlla totalmente.

Quindi, la Savarent stipula un contratto di servizi con la Telecom Italia, e poco dopo crea una società con lo scopo di far confluire su di essa il ramo di attività esternalizzato dalla Telecom Italia, che riguarda in parte la medesima attività

65 V. Cass., 8 agosto 2007, n. 17434.

66 Ricostruzione contenuta nella sentenza del Tribunale di Roma, 23 novembre 2004, n. 33319.

67 Si veda il paragrafo "La cessione dell'attività "Gestione autoparco" a Savarent Fleet Services".

oggetto del contratto di appalto. In sostanza, anche se il ramo di azienda è stato rilevato dalla neonata Savarent Fleet Services, l'intera cessione è stata decisa ed è stata governata dalla sua controllante.

Tenendo a mente le questioni affrontate nel paragrafo precedente, già da queste scarse considerazioni non è difficile ipotizzare che la società che ha (formalmente) rilevato il ramo di attività "Gestione Autoparco" assuma in realtà un ruolo di mero interposto, con la conseguenza che l'atto negoziale (contratto di cessione) posto in essere è riconducibile all'ipotesi di simulazione relativa soggettiva⁶⁸. In questo caso il contratto dissimulato sarebbe quello in cui la Savarent risulta formalmente il cessionario del ramo ceduto dalla Telecom Italia. Come ormai stabilmente affermato dalla giurisprudenza, ai fini della dimostrazione dell'interposizione simulatoria si richiede la prova di un accordo avente natura *trilaterale*, con la conseguenza che, ai fini dell'accertamento dell'interposizione fittizia, occorre la dimostrazione della partecipazione del terzo (Telecom Italia) all'intesa simulatoria e il rispetto del requisito di forma per il trasferimento del diritto oggetto del negozio⁶⁹. Nel caso in esame, tale prova risiede chiaramente nell'atto di cessione.

Questo documento fornisce anche altri elementi che rafforzano la suddetta ipotesi di simulazione.

Nel contratto di cessione si trova anzitutto una particolare condizione (lettera n) delle premesse e articolo XII), ossia che la Telecom Italia <<si è dimostrata disponibile a cedere il ramo di azienda a Savarent Fleet Services S.r.l. a condizione che Savarent si faccia garante di tutte le obbligazioni previste dal contratto, a carico della stessa Savarent Fleet Services S.r.l., quale co-obbligato solidale>>. La richiesta del cedente è stata accolta dalla Savarent (lettera o)). È evidente che la richiesta della Telecom Italia è probabilmente dettata dalla consapevolezza che una società neonata, con le caratteristiche sopra esposte, non può costituire un'adeguata garanzia per le obbligazioni derivanti dal contratto di cessione.

Un altro indice sintomatico dell'intesa simulatoria è la condizione secondo cui qualsiasi comunicazione riferita al contratto dovrà essere indirizzata, sia per

68 Per approfondimenti in materia di simulazione si veda F. ANELLI, *Simulazione e interposizioni*, in *Trattato del contratto*, op. cit..

69 V. F. ANELLI, *Simulazione e interposizioni*, in *Trattato del contratto*, op. cit., pp. 639-640.

Savarent che per Savarent Fleet Services, alla medesima persona ed al medesimo indirizzo (articolo XIII).

O ancora la previsione in base alla quale Savarent Fleet Services e Savarent dovranno tenere Telecom Italia <<manlevata ed indenne in relazione a qualsiasi pretesa o richiesta avanzata da qualsiasi terzo...>> (articolo VIII).

Se si vuole invece ipotizzare la frode alla legge, occorrono ulteriori argomentazioni, in quanto il meccanismo della frode alla legge consiste nell'utilizzare un negozio in sé lecito per realizzare mediatamente un fine vietato da una norma imperativa⁷⁰. Nel caso in esame, lo scopo vietato che le parti hanno inteso raggiungere potrebbe essere quello di evitare che la Savarent assumesse le responsabilità derivanti dall'instaurazione di un rapporto di lavoro con i dipendenti ceduti dalla Telecom Italia, che di fatto risultano però essere alle dipendenze della prima società. Ma anche se ciò fosse vero occorrerebbe identificare la normativa elusa, che in questo caso è il divieto di interposizione illecita di manodopera. Se si vuole battere questa strada bisogna dunque accertare se i lavoratori alle dipendenze della Savarent Fleet Services (si ricorda adesso Targa Fleet Management S.r.l.) sono di fatto soggetti al potere dispositivo e di controllo della Savarent. In questa direzione, l'analisi dei contratti di appalto di servizi fra le società che figurano nell'atto di cessione è d'obbligo.

Tralasciando ulteriori approfondimenti, si può concludere affermando che la ricostruzione effettuata sulla base del solo atto di cessione, oltre a confermare le problematiche affrontate in relazione alla tutela dei lavoratori nell'ambito dei collegamenti societari, costituisce uno spiraglio per quei lavoratori che ancora oggi vogliono far valere la nullità della cessione del proprio contratto di lavoro. Questa sembra infatti l'unica strada percorribile, visto che la richiesta di invalidità di tale cessione per mancanza di autonomia del ramo ceduto è stata disattesa fino in Cassazione⁷¹.

Nelle sentenze di primo grado emesse dal tribunale di Roma e dal tribunale di Ancona parte delle questioni esposte sono state affrontate.

Il giudice di Roma⁷² ha affermato che non sussiste una ipotesi di interposizione illecita di manodopera a beneficio di Savarent S.p.a. - Leasys S.p.a., in quanto mancano le necessarie allegazioni per potere prospettare tale ipotesi.

70 V. Cass., 7 febbraio 2008, n. 2874.

71 V. Cass., 8 agosto 2007, n. 17434.

72 V. Tribunale di Roma, 23 novembre 2004, n. 33319.

Il giudice di Ancona⁷³ fornisce invece una serie di argomentazioni che sono, a parere di chi scrive, molto discutibili. Nello specifico, sembra di capire che il giudice non reputa significativo il riferimento, da parte dei ricorrenti, alla duplicità dei soggetti (Savarent Fleet Services e Savarent), in quanto essi risultano di fatto *soggettivamente ed economicamente unitari*, ed appartenenti ad un *unico centro imprenditoriale* (gruppo Fiat). Ed infatti prosegue affermando che, una volta stabilito che il ramo d'azienda è stato effettivamente alienato dalla Telecom Italia, ogni questione relativa alla unità (sostanziale) o dualità (formale) di acquirenti-appaltatori, e del rapporto tra loro, esula dall'oggetto del presente giudizio in quanto non sussiste l'interesse dei ricorrenti ad essere considerati dipendenti della Savarent⁷⁴. Per analoghi motivi, continua il giudice, l'ipotesi di interposizione di manodopera può assumere rilievo solo con riferimento al rapporto (di appalto) tra Telecom Italia (da una parte) e le due Società Fiat dall'altra, e non anche nell'ambito del rapporto formalizzato tra queste ultime. In sostanza, esso considera la Savarent e la Savarent Fleet Services come un soggetto unitario. Ma come è stato già ampiamente discusso, anche se una società è controllata al 100% da un'altra società si tratta pur sempre di soggetti giuridici differenti, ed una eventuale co-datorialità deve essere dimostrata e sancita in sede di giudizio. Ed effettivamente anche lo stesso giudice ammette indirettamente che il lavoratore non è dipendente di Savarent, e tra l'altro cade anche in una contraddizione quando inizialmente afferma che deve essere riconosciuto l'interesse ad agire dei lavoratori, ai fini della individuazione della controparte contrattuale.

4.11 Segue: il caso TE.SS.

Con atto di conferimento di ramo d'azienda stipulato il 30 ottobre 2000 (efficace dal primo novembre 2000), la Telecom Italia ha operato il trasferimento dell'attività (funzionale) all'"Amministrazione del personale" alla cessionaria Telepayroll Service S.p.a. (da ora in poi TE.SS.).

Il cedente detiene una partecipazione del 100% nella società TE.SS.. Praticamente la società Telecom Italia ha esternalizzato a se stessa, liberandosi, a prescindere da ogni altra considerazione, di 349 lavoratori, di cui soltanto

73 V. Tribunale di Ancona, 8 giugno 2005, n. 544.

74 C'è da dire che, come giustamente affermato dal giudice, il giudizio non è stato instaurato in contraddittorio con la Savarent.

alcuni precedentemente adibiti all'unità/linea "amministrazione del personale" appartenente alla macro divisione Risorse Umane.

TE.SS. è stata costituita nel 1990 a Napoli con la denominazione Teleporti Italia S.p.a.. Con Assemblea straordinaria del 2 febbraio 1998 la società veniva posta in liquidazione. Successivamente con delibera del 31 maggio 2000 l'Assemblea straordinaria dei soci revocava lo stato di liquidazione, trasferiva la sede in Roma, variava la denominazione sociale in TE.SS.. Si afferma che le principali *linee di business* in cui l'azienda intenderà operare successivamente al conferimento del ramo sono attività relative all'amministrazione del personale. Da ciò si evince che TE.SS. non è altro che una riproposizione di una società, posta in liquidazione, che a quanto pare non si era mai occupata di amministrazione del personale. La "rinascita" di TE.SS. è stata strumentale alla cessione, basti pensare che la revoca dello stato di liquidazione e di attribuzione della nuova denominazione sociale è avvenuta sei mesi prima della data di conferimento del ramo di azienda.

In data 20 dicembre 2002 la Telecom Italia cede l'intero capitale azionario all'acquirente società Accenture HRS International Lmted. Il contratto di compravendita azionaria diveniva efficace a seguito del provvedimento autorizzativo n. 11708, emesso in data 13 febbraio 2003 dalla competente Autorità Garante per la concorrenza ed il mercato (v. art. 5 del contratto di compravendita di azioni). Per l'effetto, i lavoratori ceduti entravano a far parte della compagine lavorativa dell'attuale azienda di destinazione: Accenture HR Services S.p.a./in breve TE.SS..

Con questo ulteriore acquisto di partecipazioni, i lavoratori ceduti in TE.SS. si sono ritrovati a lavorare per una società esterna al gruppo, nonostante la Telecom Italia si era impegnata nell'accordo sindacale del 2000 a mantenere le attività di amministrazione del personale in società operanti in un ambito di controllo di Telecom Italia.

Ma attenzione. Può anche darsi che la Telecom Italia non abbia mai realmente esternalizzato l'attività di "amministrazione del personale". Presupposto essenziale per l'esternalizzazione di questo tipo di attività è che i requisiti di imprenditorialità del cessionario/appaltatore debbano manifestarsi attraverso il governo dell'organizzazione, in capo ad esso, del software di gestione dell'amministrazione del personale, in quanto principale mezzo di produzione. Se questa condizione non si verifica, è probabile che la Telecom Italia non abbia realmente ceduto l'attività di amministrazione del personale, ma solo i lavoratori.

In questo modo, la Telecom Italia potrebbe tranquillamente decidere di non rinnovare la commessa, e la società appaltatrice potrebbe anche cessare l'attività. Di conseguenza le centinaia di lavoratori (ex) Telecom Italia perderebbero il posto di lavoro.

Negli ultimi anni i bilanci della Accenture HR Services S.p.a. hanno mostrato una perdita, che va progressivamente aumentando.

Attualmente tantissimi lavoratori, circa duecento, sono in causa al fine di ottenere la reintegrazione in Telecom Italia.

4.12 Segue: il caso Im.Ser

Durante la lettura è necessario porre particolare attenzione alla sequenza delle date in relazione agli eventi⁷⁵. In data 10 novembre 2000 veniva sottoscritto il verbale di riunione fra Telecom Italia, Im.Ser S.p.a. (d'ora in poi Im.Ser) e le OO.SS. di esperimento della procedura di cui all'art. 47 della l. n. 428/1990 in merito al conferimento alla società Im.Ser da parte della Telecom Italia del proprio ramo d'azienda "Grandi Immobili", una funzione realizzata per garantire la gestione patrimoniale della quota di patrimonio immobiliare costituita dagli immobili di maggior pregio (circa 570 immobili), pianificando e realizzando le relative operazioni di valorizzazione o dismissione.

In data primo 1° dicembre 2000 la Telecom Italia ha conferito il ramo d'azienda "Grandi Immobili" alla Im.Ser, ed ha successivamente ceduto il 60% di tale società a Beni Stabili (45%) e Lehman Brothers (15%).

Con ordine di servizio n. 1 del 24 gennaio 2001 il consiglio di amministrazione di Im.Ser deliberava la costituzione di due divisioni (*Investment e Trading*) rispettivamente con funzioni di mantenimento del patrimonio immobiliare strategico e di vendita di quelli non strategici.

In data 23 marzo 2001 veniva sottoscritto il verbale di riunione fra Im.Ser, Telemaco Immobiliare S.p.a. (d'ora in poi Telemaco Immobiliare) e OO.SS. per l'esperimento della procedura di cui all'art. 47 della l. n. 428/1990 relativa alla decisione di Im.Ser di conferire alla neocostituita Telemaco immobiliare il proprio ramo d'azienda "Divisione Trading" (con decorrenza dal primo maggio 2001) dedicato alla gestione dinamica della quota di patrimonio immobiliare per la quale sono previsti la pianificazione e la realizzazione delle relative operazioni di

75 Le informazioni di seguito riportate sono in parte contenute nella sentenza del tribunale di Roma, 22 dicembre 2003, n. 3876 e nei bilanci della Telecom Italia.

valorizzazione, nonché interventi di engineering e di manutenzione straordinaria. Il 1° agosto 2002 si è perfezionata la cessione di Telemaco Immobiliare a Mirtus, azienda indirettamente controllata dal fondo immobiliare americano Whitehall, promosso dal Gruppo Goldman Sachs, con un incasso netto di euro 192 milioni, ed una plusvalenza netta di euro 64 milioni per il Gruppo Telecom Italia.

Provando a ricostruire la vicenda, si può anzitutto affermare che è stata attuata una colossale cessione di immobili di proprietà della Telecom Italia. Non si comprende bene però quale sia stato il concreto interesse economico/strategico legato alla realizzazione delle suddette operazioni, di esternalizzazioni "a catena". Per quanto riguarda gli 89 dipendenti ceduti all'inizio dalla Telecom Italia, essi si occupano della manutenzione dei pochi stabili rimasti ad Im.Ser.. La maggior parte (62) hanno fatto ricorso al giudice, che nel dicembre 2003 ha ritenuto nulla la cessione, decisione impugnata da Telecom Italia che è ricorso in Appello.

Il 28 marzo 2005 anche la Telemaco Immobiliare S.r.l., frutto di un successivo passaggio, apre una procedura di mobilità per cessazione dell'attività entro l'anno licenziando 52 dipendenti (ex) Telecom Italia.

5. Un'ampia elaborazione giurisprudenziale sancisce l'illegittimità delle cessioni attuate dalla Telecom Italia

Come già accennato, delle quindici cessioni di ramo d'azienda effettuate dalla Telecom Italia, dal 2000 al 2006, otto (10 se si considerano i ricorsi in corso dei lavoratori ceduti a TE.SS. e a ITS Servizi Marittimi e Satellitari S.p.a.) sono state oggetto di moltissimi ricorsi legali da parte dei lavoratori, che hanno chiesto al giudice di dichiarare la nullità della cessione nei loro confronti⁷⁶.

Dalle sentenze raccolte⁷⁷ si evince la netta vittoria dei lavoratori, il cui ricorso è stato accolto nel 77% dei casi.

Anche se tutti i lavoratori hanno sostanzialmente agito in giudizio per far valere l'illegittimità del loro trasferimento, le richieste sono variate dall'accertamento del demansionamento e della verifica della mancanza di autonomia funzionale del ramo ceduto all'accertamento di quest'ultimo senza il primo.

⁷⁶ Si veda l'allegato A).

⁷⁷ L'Associazione Nazionale dei Lavoratori Esternalizzati (ANLE) è riuscita ad effettuare la raccolta di 60 sentenze, di cui 56 relativi al primo grado di giudizio, 3 emesse dalla Corte d'Appello ed 1 riferita al ricorso in Cassazione. Per i dettagli si rimanda nuovamente all'allegato A).

Il demansionamento si caratterizza per la sua valenza prettamente individualista, nel senso che l'accoglimento del ricorso necessita di una serie di accertamenti da parte del giudice relativi alla situazione individuale del lavoratore nei confronti dell'azienda.

Diversamente, la verifica della mancanza di autonomia del ramo ceduto passa attraverso una valutazione complessiva dell'attività esternalizzata. Ma anche tale accertamento esplica comunque la sua efficacia esclusivamente nei confronti dei lavoratori che hanno agito in giudizio.

Ora, considerando che le cessioni hanno riguardato rami di attività sparsi sul territorio nazionale, si è assistiti a delle situazioni in cui, da una parte la maggioranza dei giudici hanno dichiarato l'illegittimità del trasferimento di ramo d'azienda per mancanza dei requisiti richiesti dalla legge (art. 2112 c.c.), mentre una minoranza di essi hanno ritenuto valida la medesima cessione.

Questo è accaduto nell'ambito dei ricorsi attuati contro la cessione del ramo d'azienda in favore di TNT Logistic Italia S.p.a. (d'ora in poi TNT), dato che in ben diciannove sentenze i giudici hanno dichiarato l'illegittimità della cessione per mancanza di autonomia del ramo ceduto, e contemporaneamente in altre quattro sentenze se ne è dichiarata invece la legittimità.

La circostanza si ripete con la cessione a HP DCS – Hewlett Packard Distributed Computing Services S.r.l. (d'ora in poi HP DCS), in cui a fronte di sette ricorsi accolti per mancanza di autonomia del ramo ne è stato respinto uno soltanto.

E ancora, una situazione simile è successa con la cessione del ramo di attività in favore di Telepost: in sette sentenze è stata dichiarata l'illegittimità della cessione per mancanza di autonomia del ramo ceduto, a fronte di altre quattro sentenze in cui la stessa viene dichiarata valida.

Per quanto riguarda le decisioni dei giudici sulle altre cessioni, si riportano di seguito i seguenti risultati, sempre in ordine alla valutazione dell'autonomia del ramo ceduto:

- Cessione a Savarent Fleet Services (ora Targa Fleet Management): tutti i ricorsi dei lavoratori (quattro) sono stati respinti, di cui uno fino in Cassazione.
- Cessione a Im.Ser: una sola sentenza emessa in favore dei lavoratori. La società ha fatto ricorso in Corte d'Appello, il cui verdetto è atteso per la metà di luglio.
- Cessioni a Emsa servizi: un solo ricorso accolto.
- Cessione a M.P. Facility S.p.a. (d'ora in poi MPF): tre ricorsi accolti.

- Cessione a Tecnosis S.p.a. (d'ora in poi Tecnosis): un solo ricorso che è stato accolto.
- Cessione a Pirelli & Real Estate Property Management S.p.a. (d'ora in poi Pirelli): due ricorsi, entrambi accolti.

Com'è evidente, l'elaborazione giurisprudenziale è nettamente orientata a considerare illegittime le cessioni per mancanza dei requisiti stabiliti dall'art. 2112 c.c..

Al di là della apprezzabilità del risultato, e dunque prima di effettuare una sommaria analisi delle sentenze in questione, si deve osservare che se l'intenzione del cedente era davvero quella di liberarsi dei dipendenti, c'è riuscito. Telecom Italia è infatti obbligata a reintegrare soltanto una minima parte dei lavoratori esternalizzati, e cioè solo quelli che hanno vinto il ricorso.

Fatta questa precisazione, si proseguirà adesso con l'analisi delle due principali problematiche giuridiche su cui si basano le decisioni dei giudici, ossia: l'individuazione dei dipendenti addetti al ramo ceduto e l'autonomia funzionale della parte di attività oggetto di trasferimento. Quest'ultima verifica sarà effettuata attraverso la ricostruzione delle singole vicende.

Si premette che non sarà possibile, in ragione delle finalità del presente scritto, effettuare una completa ed approfondita analisi giuridica delle tematiche in discussione. Per questo saranno comunque forniti dei riferimenti bibliografici. Maggiori approfondimenti sono stati invece forniti in relazione alle procedure di informazione e consultazione sindacale, e sul tema della tutela dei lavoratori nell'ambito dei collegamenti societari. E ciò perché questi ultimi argomenti, anche se molto importanti, non sono retti dalla ricca elaborazione giurisprudenziale, attraverso cui si potrà invece trattare il tema della individuazione dei dipendenti addetti al ramo ceduto e l'autonomia funzionale dello stesso.

Per quanto riguarda infine l'esame delle sentenze, non si potranno in questo dossier argomentare tutte le questioni che emergono dalle decisioni dei giudici, ma soltanto quelle che, con tutte le limitazioni del caso, risultano più idonee a spiegare il fenomeno studiato.

5.1 L'illegittima individuazione dei dipendenti addetti all'attività da trasferire nelle cessioni Telecom Italia e il discutibile orientamento giurisprudenziale che nega l'interesse dei lavoratori ad agire contro il trasferimento ex art. 2112 c.c.

La discrezionalità dell'imprenditore nella scelta dei dipendenti da trasferire con il ramo di attività che si intende cedere è soggetta a delle limitazioni, che derivano da una serie di tutele approntate dall'ordinamento giuslavoristico⁷⁸.

Dall'esame delle sentenze è emerso che non pochi ricorsi hanno riguardato l'ipotesi di demansionamento⁷⁹, e qualcuna anche di mancata inerenza del

78 V. M. MARINELLI, *I licenziamenti per motivi economici*, p. 255 ss. In breve, l'autore argomenta le seguenti massime: la principale forma di tutela del lavoratore nei confronti di tali operazioni risiede nei limiti posti al potere dell'imprenditore di mutare il luogo ed il contenuto della prestazione lavorativa (p. 256). Una limitazione di carattere generale è data dall'art. 15 della l. n. 300/1970 che vieta una serie di atti discriminatori, su cui però l'onere della prova spetta al lavoratore (p. 256). Il trasferimento del lavoratore deve inoltre essere giustificato da esigenze di tipo tecnico produttivo ed organizzativo, per le quali l'onere della prova ricade sull'imprenditore (pp. 256-257). La scelta del dipendente da trasferire, tra più soggetti tutti in linea di massima idonei a ricoprire il posto nell'unità di destinazione, va normalmente risolto secondo criteri di oggettiva convenienza aziendale (p. 257). Il datore di lavoro non può adibire il dipendente a qualunque mansione prevista dall'organizzazione, ma solo a mansioni *equivalenti* a quelle di assunzione, o a quelle successivamente acquisite e svolte con carattere di continuità (p. 260) (v. anche nota successiva). Qualora il lavoratore venisse promosso al fine del suo inserimento in un ramo di azienda, egli potrebbe, rifiutando la promozione, evitare l'esclusione dal processo produttivo del datore di lavoro (p. 261).

79 V. AA.VV., *Il rapporto di lavoro subordinato*, Milano, Utet, 2006, p. 151 ss. L'art. 2103 c.c., così come modificato dall'art. 13 della l. n. 300/1970 (Statuto dei lavoratori), pone dei limiti al potere unilaterale (denominato *jus variandi*) del datore di lavoro di modificare le mansioni del lavoratore. In particolare, la norma consente al datore di lavoro di potere modificare le mansioni del lavoratore, ma solo se <<equivalenti>> a quelle di assunzione, ovvero a quelle successivamente svolte con carattere di stabilità, senza alcuna diminuzione della retribuzione (comma 1). L'equivalenza delle mansioni è essenzialmente equivalenza *professionale*, se si considera che la garanzia del mantenimento del trattamento retributivo è specificatamente previsto dalla norma (<<senza alcuna diminuzione della retribuzione>>). L'equivalenza professionale va accertata principalmente in relazione al <<complesso delle attitudini e delle capacità acquisite dal lavoratore>> (v. le sentenze citate in a p. 153 nota 18), ovvero quel bagaglio di perizia ed esperienza che costituisce il suo patrimonio professionale. L'ultimo

lavoratore al ramo ceduto, attraverso cui i ricorrenti hanno chiesto al giudice di far dichiarare l'illegittimità della cessione del loro contratto di lavoro.

Le decisioni dei giudici saranno analizzate nella prospettiva del collegamento fra il demansionamento ed il trasferimento del ramo d'azienda, che è invece un'ovvietà nei casi di mancata inerenzia del lavoratore al ramo ceduto.

Il demansionamento è stato oggetto di ricorso nell'ambito della cessione da Telecom Italia a TNT, Telepost, HP DCS, TecnoSis e a Emsa.

Nel caso della TNT, su un totale di venticinque sentenze emesse undici hanno anche riguardato la richiesta dei lavoratori di far valere l'asserito demansionamento. Di queste⁸⁰, otto sono state accolte.

Nei ricorsi accolti, risulta evidente il collegamento fra il demansionamento e il trasferimento di ramo d'azienda, che consiste nella circostanza che la sottrazione

comma dell'art. 2103 sancisce la nullità di *ogni* patto contrario, anche se sussistono delle deroghe di fonte legale o per via interpretativa. Per ulteriori approfondimenti anche su altri aspetti della disciplina di veda M. BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore*, in Comm. Cod. Civ., diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1997; F. LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Milano, Franco Angeli, 1982; P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, II, Milano, Giuffrè, 2003, p. 284 ss. Sul regime probatorio del demansionamento e del mobbing si rimanda a M. MEUCCI, *Alcuni punti fermi in tema di oneri probatori del demansionamento e del mobbing*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2007, n. 3, p. 631 ss. Sul danno da demansionamento si veda inoltre Cass., 24 marzo 2006, n. 6572, con nota di P. MAGNO, *Danno da demansionamento e onere della prova*, in *Dir. lav.*, 2006, II, p. 141 ss. Nell'ambito delle sentenze emesse in riferimento alle esternalizzazioni Telecom Italia, si vedano le argomentazioni del tribunale di Ferrara, 1 febbraio 2008, n. 50, il quale, ripercorrendo i tratti essenziali della disciplina, accenna alla tendenziale affermazione di una nozione dinamica di *equivalenza* professionale.

⁸⁰ Le accolte sono: Tribunale di Roma, 27 ottobre 2005, n. 18777; Tribunale di Bologna, 6 ottobre 2005, n. 741; Tribunale di Palermo, 20 ottobre 2006, n. 4420; Tribunale di Palermo, 20 ottobre 2006 n. 4418; Tribunale di Palermo, 20 ottobre 2006 n. 4422; Tribunale di Palermo, 20 ottobre 2006, 4423; Tribunale di Palermo, 20 ottobre 2006 n. 4417; Tribunale di Bologna, 3 maggio 2007, n. 236. Quelle respinte sono: Tribunale di Forlì, 3 dicembre 2004, n. 327; Tribunale di Rimini, 13 dicembre 2006, n. 513; Tribunale di Ferrara, 1 febbraio 2008, n. 50. Si precisa che delle richieste respinte solo una è stata accompagnata dall'ulteriore mancato accoglimento dell'accertamento della mancanza di autonomia del ramo d'azienda ceduto. Nelle altre sentenze i ricorrenti hanno comunque ottenuto la reintegrazione in Telecom Italia, in conseguenza della mancanza dei presupposti di cui all'art. 2112 c.c..

di mansioni è stata finalizzata all'inserimento in un settore di attività, a sua volta funzionale ad una successiva cessione di ramo d'azienda, e quindi anche dei lavoratori demansionati. Ciò è confermato anche dalla tempistica degli eventi: l'inizio del demansionamento (febbraio 2002) contestato dai lavoratori coincide con il periodo in cui Telecom Italia ha attuato la riorganizzazione (febbraio-marzo 2002)⁸¹.

Si precisa che ci si sta riferendo all'ipotesi di demansionamento attuato prima della cessione del ramo di azienda, sicché dalla dichiarazione di nullità dell'atto posto in essere da Telecom Italia consegue il diritto del lavoratore a ritornare alle mansioni originarie presso l'impresa di provenienza⁸².

Sui ricorsi non accolti, bisogna considerare che in questi tre casi i lavoratori chiedono di far valere il demansionamento a partire dal 1997, e quindi diversi anni prima del momento della cessione del ramo d'azienda. Ne deriva che non sussiste alcun collegamento apparente, e giuridicamente rilevante, fra lo stesso ed il trasferimento di ramo d'azienda nei termini sopra esposti. Ed in questo senso, in due delle tre sentenze in discussione (tribunale di Rimini, 2 maggio 2007, n. 513 e tribunale di Ferrara, 1 febbraio 2008, n. 50), anche se non è stato accertato l'asserito demansionamento, i giudici hanno comunque dichiarato l'illegittimità della cessione di ramo d'azienda, con conseguenze non operatività del disposto di cui all'art. 2112 c.c., per cui la cessione del contratto di lavoro del ricorrente è inefficace, in quanto esso non ha prestato il proprio consenso (art. 1406 c.c.).

Seguendo lo stesso percorso argomentativo per il caso Telepost⁸³, c'è da dire che, in ragione del fatto che si hanno a disposizione solo tre sentenze e tra l'altro con risultati diversi, non è possibile confermare quello che in TNT è un evidente collegamento fra demansionamento e cessione dell'attività. Tuttavia è doveroso precisare che nei due casi in cui il ricorso contro l'adibizione a mansioni inferiori è

81 Così in tutte le sentenze accolte, tranne che per quella di Bologna (4 settembre 2007, n. 236), in cui il demansionamento è stato accertato a partire dal 1998. Tuttavia anche in questa occasione il giudice ha richiamato un collegamento con la cessione dell'attività: <<le attività svolte dal ricorrente anteriormente al trasferimento sono state cedute TNT e che nessuno dei dipendenti di Telecom Italia che erano addetti all'ufficio ove operava il ricorrente è stato ceduto a TNT>>.

82 Così M. MARINELLI, *I licenziamenti per motivi economici*, op. cit., p. 262.

83 Ricorsi accolti: tribunale di Napoli, 21 febbraio 2008, n. 5792; tribunale di Venezia, 8 aprile 2008, n. 110. Ricorso respinto: tribunale di Roma, 28 febbraio 2007, n. 6528.

stato accolto, tale collegamento emerge nei termini seguenti: i ricorrenti sono stati adibiti nell'area di attività denominata "Document Management" nello stesso mese in cui la stessa è stata creata (luglio 2003), a sua volta poco tempo dopo (marzo 2004) trasferita alla società Telepost. A questo deve aggiungersi che tutti e tre ricorsi sono stati accolti in relazione all'accertamento della illegittimità della cessione per mancanza dei requisiti di cui all'art. 2112 c.c..

Per quanto riguarda invece il caso HP DCS deve essere fatta un'importante premessa. Su due dei tre ricorsi persi in merito alla richiesta di demansionamento, la motivazione adottata dal giudice (lo stesso in entrambe le cause) consiste nella carenza di interesse ad agire, ex art. 100 c.c.p., dei ricorrenti⁸⁴. Nello specifico, si afferma che: «Nel caso in esame il ricorrente non fornisce alcuna allegazione comprovante di aver subito alcun pregiudizio dal trasferimento del ramo d'azienda di cui è causa. Anzi, si ritiene che lo stesso non abbia subito alcun pregiudizio, poiché risulta dall'accordo sindacale dell'otto aprile 2003 e dal contratto di cessione ed è circostanza non contestata che l'attore ha conservato lo stesso trattamento economico e normativo precedente, e gode di una garanzia di stabilità assoluta per 24 mesi»⁸⁵. Questo discutibile orientamento giurisprudenziale è stato giustamente criticato da un autore che ha affrontato la questione commentando altre due sentenze⁸⁶, sempre contro Telecom Italia, con le stesse argomentazioni, di cui una emessa proprio dallo stesso giudice delle sentenze in questione⁸⁷. In breve, questo sottolinea come sussiste un interesse ad agire del lavoratore legato a ragioni di carattere

84 Così: tribunale di Bologna, 26 gennaio 2006, n. 959 e tribunale di Bologna, 2 marzo 2006, n. 210. Per l'altro ricorso respinto si veda tribunale di Bologna, 15 settembre 2006, n. 708. I ricorsi accolti, che però riguardano l'ipotesi di mancata inerenza dei lavoratori al ramo ceduto, si veda: tribunale di Roma, 11 luglio 2007, n. 14964 e tribunale di Roma, 6 giugno 2007, n. 14959.

85 Tribunale di Bologna, 2 marzo 2006, n. 210. Identica conclusione nella sentenza del tribunale di Bologna, 6 dicembre 2005, n. 959.

86 V. tribunale Bologna, 17 ottobre 2005 e tribunale Torino, 8 febbraio 2006 con nota di P. PASSALACQUA, *L'interesse ad agire del dipendente nell'azione di accertamento della nullità del trasferimento d'azienda*, in Riv giur lav e prev soc, 2007, fasc. 2, p. 289 ss.

87 Si segnala un'altra sentenza emessa sempre dallo stesso giudice (tribunale di Bologna, 3 maggio 2007, n. 236), dove però non discute dell'interesse ad agire del lavoratore, bensì dichiara l'illegittimità della cessione del contratto di lavoro nell'ambito della cessione del ramo d'azienda in conseguenza dell'accertato demansionamento.

sostanziale attinenti più da vicino alla *ratio* della normativa giuslavoristica del trasferimento di azienda. Si consideri inoltre che in tutte le sentenze esaminate nel presente scritto che hanno affrontato l'argomento, è stata dichiarata la sussistenza dell'interesse ad agire dei ricorrenti. Fra tutte si segnala quella del tribunale di Napoli sul caso Telepost (23 marzo 2007), in cui il giudice sostiene fortemente l'interesse del lavoratore ad opporsi al trasferimento, considerando che le vicende circolatorie di segmenti aziendali si prestano ad utilizzi fraudolenti in senso lato, anche alla luce delle innovazioni legislative sulla materia dichiaratamente finalizzate ad agevolare i processi di esternalizzazione.

Un altro caso di demansionamento si è infine avuto in relazione alla cessione ad Emsa (si veda tribunale di Roma, 10 maggio 2007).

Chiusa questa parentesi, resta da accennare alle sentenze dove è emersa la mancata inerenza dei lavoratori al ramo di azienda ceduto, da cui è derivata l'invalidità della cessione dei contratti di lavoro dei ricorrenti. In questo senso il tribunale di Ancona nel caso TNT (7 novembre 2006), il tribunale di Roma nel caso HPDCS (7 agosto e 4 ottobre 2007) ed il tribunale di Trieste (9 marzo 2007).

5.2 I giudici d'Italia dichiarano l'illegittimità di sette cessioni di ramo d'azienda attuate dalla Telecom Italia. La centralità dei mezzi immateriali di produzione come dimostrazione dell'invalidità delle esternalizzazioni

Nel corso del presente scritto sono state affrontate rilevanti questioni legate ai trasferimenti di ramo d'azienda di Telecom Italia. Con la consapevolezza di ciò che è gravitato attorno a tale fenomeno, è adesso possibile affrontare l'elemento di valutazione decisivo da cui è scaturita l'illegittimità delle cessioni: la mancanza di autonomia funzionale del ramo ceduto. Ben sette delle otto cessioni sono state dichiarate illegittime da diversi giudici d'Italia⁸⁸.

Ma prima di affrontare le valutazioni dei giudici sulle singole cessioni, è necessario fare qualche premessa sul requisito dell'autonomia funzionale *ex art.* 2112 c.c., prestando particolare attenzione alle attività cosiddette "smaterializzate".

Affinché si possa parlare di ramo di azienda, e quindi ai fini dell'applicabilità

⁸⁸ Si ricorda che sono in corso altre cause relative alla cessione in favore della società TE.SS. e della società ITS Servizi marittimi e Satellitari S.p.a..

dell'art. 2112 attraverso cui si attua il passaggio automatico dei lavoratori alle dipendenze del cessionario, è necessario che esso si presenti come una <<articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata>> (comma 5).

Sostanzialmente, la parte di attività ceduta deve possedere le stesse caratteristiche di un'attività d'impresa (art. 2082 c.c.), il cui profilo essenziale, considerando la nuova formulazione dell'art. 2112, è l'attività sorretta dalla nozione di organizzazione⁸⁹.

Si premette che le argomentazioni che seguiranno si baseranno su una trattazione complessiva dei requisiti di imprenditorialità, sia in relazione alla disciplina sul trasferimento di azienda che in riferimento alla normativa in tema di appalti illeciti di manodopera. Questa impostazione, oltre che per ragioni di sintesi, risulta utile in quanto l'esternalizzazione realizzata da Telecom Italia è proseguita con l'esecuzione di appalti dove sono stati impiegati i lavoratori ceduti⁹⁰.

Come già accennato, il requisito della organizzazione in un'attività di impresa si manifesta attraverso l'esercizio del potere di governo sulla destinazione funzionale ed organica dei mezzi impiegati, e sull'esercizio del potere di direzione e controllo sui lavoratori addetti alla esecuzione dell'attività appaltata⁹¹. In altri termini, la strutturazione dei mezzi impiegati per la produzione di un determinato bene e/o servizio, associata alla organizzazione del lavoro in termini scelta delle modalità e dei tempi di lavoro, devono essere il frutto dell'autonomia decisionale

89 Così A. PALLADINI, *Opinioni sul trasferimento di azienda*, op. cit., p. 668. Sul concetto di rischio, che è l'altro elemento caratterizzante l'attività d'impresa, si veda quanto argomentato sopra.

90 V. S. CIUCCIOVINO, *Trasferimento di ramo d'azienda ed esternalizzazione*, in *Arg. dir. lav.*, 2000, n. 1, p. 401 ss, l'autore valuta il collegamento fra il contratto di appalto e la sussistenza del trasferimento di ramo d'azienda nella prospettiva che il primo può essere funzionale alla verifica della sussistenza del secondo *a posteriori*.

91 Per questo aspetto si vedano le considerazioni della dottrina e della giurisprudenza in merito alla identificazione del "vero imprenditore" nell'ambito della disciplina sul divieto di interposizione di manodopera. Per tutti M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, in *Comm. Cod. Civ.*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 2000, p. 82 ss. Sul collegamento fra i requisiti di imprenditorialità e l'autonomia funzionale del ramo ceduto si veda A. PALLADINI, *Opinioni sul trasferimento di azienda*, op. cit., p. 686;

tipica dell'imprenditore⁹². In questa direzione la giurisprudenza della Corte di Giustizia, la quale afferma sostanzialmente che *l'esercizio dell'impresa attiene al momento causale del trasferimento*, o in altre parole che <<il trasferimento d'impresa comporta che i due profili – la cessione del complesso di beni e rapporti giuridici e l'esercizio attuale dell'impresa da parte del cessionario – siano strettamente connessi⁹³.

Nei casi di attività imprenditoriali "smaterializzate", è evidente che il potere sull'organizzazione si esplica in relazione ai mezzi immateriali⁹⁴. Tutto ovviamente dipende dall'oggetto dell'attività, perché solo attraverso l'individuazione del bene e/o del servizio che si intende produrre è possibile valutare i requisiti caratterizzanti l'attività d'impresa, e dunque l'autonomia funzionale del ramo ceduto, ovvero la liceità dell'appalto.

L'importanza crescente del software e del Know-how, in quanto elementi essenziali per il raggiungimento di autonomi risultati economici, è stata messa

92 Sul punto si veda anche la ricostruzione della qualità imprenditoriale dell'appaltatore di L. UNDIEMI, *L'utilizzo del lavoro autonomo negli appalti ed il suo collegamento con l'interposizione illecita di manodopera*, in corso di pubblicazione su *Giureta*, 2008 – volume VI, www.giureta.unipa.it.

93 V. G. SANTORO PASSARELLI, *Fattispecie e interessi tutelati nel trasferimento di azienda e di ramo di azienda*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, n. 2, p. 193 ss, con particolare riferimento alla famosa sentenza *Suzen* (Corte Giust., 11 marzo 1997 - in causa C 13/95 – *Suezen c. Zehnacker*). Sulla nozione di trasferimento di azienda nelle fonti comunitarie si veda anche M. MARINELLI, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, op. cit., p. 65 ss; V. SPEZIALE, *Il trasferimento d'azienda tra disciplina nazionale ed interpretazioni "vincolanti" della Corte di Giustizia Europea*, op. cit., p. 11 ss. Si segnala infine una recentissima sentenza della Corte di Giustizia (13 settembre 2007 – in causa C 458/05 – *Princess Personal Service GmbH c. J.*), con il commento di F. MATTIUZZO, in *Lav. giur.*, 2008, n. 1, p. 43 ss, dove si è affermato che l'impresa, ovvero un suo ramo di attività, può essere considerato tale anche senza l'apporto di componenti materiali significative. Ma nel caso di specie si tratta di un'attività imprenditoriale, quella delle agenzie di lavoro interinale, che ha ad oggetto proprio la fornitura di "prestazioni di lavoro", ed è dunque ovvio che i caratteri di imprenditorialità debbano ricercarsi sul gruppo organizzato di lavoratori e sulla gestione amministrativa degli stessi. La somministrazione di lavoro, si ricorda, è l'eccezione al divieto di interposizione illecita di manodopera.

94 V. L. UNDIEMI, *L'utilizzo del lavoro autonomo negli appalti ed il suo collegamento con l'interposizione illecita di manodopera*, op. cit..

bene in evidenza dalla Cassazione in una nota sentenza in tema di appalto⁹⁵. Nella sentenza emerge un altro passaggio fondamentale, e cioè che l'apporto di beni materiali (per esempio il pc), è considerato talvolta strumentale ai fini del raggiungimento del risultato economico, risultando invece determinante il contributo di beni immateriali (ad esempio il software).

Sotto questo aspetto va evidenziato che determinate attività "smaterializzate", in relazione all'oggetto che le caratterizza, possono anche richiedere una complessa organizzazione di mezzi e di persone, nonché notevoli investimenti di capitali.

Così, se si cede un ramo d'azienda preposto alla realizzazione di un servizio, ed il principale mezzo di produzione dello stesso non è compreso nell'attività esternalizzata, allora probabilmente non può essere rispettato il requisito dell'autonomia funzionale ex art. 2112 c.c.. Stessa conclusione in termini di illiceità dell'appalto per mancanza del requisito dell'organizzazione di mezzi (art. 1655 c.c.). E' dunque ipotizzabile che in queste circostanze siano realmente ceduti i soli lavoratori, piuttosto che un'attività imprenditoriale. In termini di rischio d'impresa, poi, non si vede come la società cessionaria/appaltatrice possa creare economicità ed efficienza in relazione al costo se non può intervenire sulla funzionalità e sulla combinazione dei mezzi di produzione. Il Know-how relativo all'attività da realizzare deve essere dunque posseduto da chi è preposto alla realizzazione del servizio oggetto di cessione, o di fornitura.

In questo senso anche la Cassazione, che ritiene, nella specifica ipotesi di trasferimenti di un'entità economica costituita prevalentemente da lavoratori, che *<<non basta una mera e occasionale aggregazione di persone dipendenti all'interno di diverse e variegate strutture aziendali, ma occorre l'esistenza di un collegamento stabile e funzionale delle loro attività, costituito appunto dall'organizzazione la quale costituisce perciò il "legante", ovvero il valore aggiunto – al punto che, piuttosto che parlare di trasferimento di azienda sembra più appropriato parlare di impresa (o rami di impresa) rilevando piuttosto il dato dinamico e funzionale come essenziale>>*⁹⁶.

95 V. Cass., 19 ottobre 1990, n. 10183. Sulle problematiche relative al ruolo del Know-how nell'ambito della distinzione fra appalto ed interposizione si vedano M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, op. cit., p. 100; M. MARINELLI, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 112 ss.; L. CALCATERRA, *L'ambito oggettivo di applicazione del divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro: problemi e prospettive di riforma*, op.cit., pp. 71-77.

96 Sentenza Cass. n. 19842/2003.

In conclusione, si può affermare che affinché possa parlarsi di “ramo di azienda funzionalmente autonomo”, occorre necessariamente imputare a tale attività delle funzioni di governo, e dunque non solo operative, in relazione a ciò che si è inteso esternalizzare.

5.2.1 La cessione dell'attività “Gestione autoparco” a Savarent Fleet Services

Ad oggi, la cessione del ramo d'azienda “Gestione Autoparco” è stata l'unica esternalizzazione di Telecom Italia che è stata ritenuta valida da tutti i giudici che si sono pronunciati sulla vicenda⁹⁷.

La “Gestione Autoparco” consiste nell'attività di gestione del parco autoveicoli, tenuta distinta dall'Autoparco (complesso di autovetture, furgoni, camion e mezzi speciali) che è rimasto in parte a Telecom e in parte è stato acquistato dalla Leasys. C'è da dire che la Telecom Italia, prima di cedere il ramo, aveva già appaltato alla Savarent i servizi di noleggio degli autoveicoli ed anche la gestione del parco veicoli, ed è solo in un secondo momento che quest'ultima ha a sua volta subappaltato alla Savarent Fleet Services la prestazione di servizi di “fleet management”.

In relazione a tutte le sentenze emesse, i ricorrenti hanno chiesto al giudice di far valere l'insussistenza di un effettivo ramo d'azienda⁹⁸. Il problema è dunque quello di capire se la “Gestione Autoparco” possa essere ricondotta ad un'attività imprenditoriale funzionalmente autonoma.

Nella sentenza del tribunale di Torino (27 febbraio 2003), seguita da quella relativa al ricorso in Corte d'Appello (8 gennaio 2004, n. 1) ed alla Corte di Cassazione (13 giugno, n.17434), si afferma sostanzialmente che il ramo

97 V. allegato A).

98 Sulla contestazione relativa al rispetto della procedura di informazione e consultazione sindacale ex art. 47 della l. n. 428/1990, questa giurisprudenza ha giustamente rilevato come la richiesta di supposta violazione di tale procedura non può essere fatta valere dai ricorrenti, e ciò perché la legge attribuisce la legittimazione attiva ad agire in giudizio contro la suddetta violazione alle organizzazioni sindacali. Per approfondimenti si veda il paragrafo “4.1 Le procedure di informazione e consultazione sindacale nel trasferimento d'azienda: il controllo sulla legittimità della cessione”. Altra contestazione dei ricorrenti riguarda la rilevanza del consenso dei lavoratori alla cessione, ma per questo si rimanda al paragrafo “L'introduzione del diritto di opposizione del lavoratore al trasferimento”.

d'azienda deve essere considerato "autonomo", in quanto formato da un complesso di beni materiali ed immateriali e di rapporti contrattuali funzionalmente collegato all'attività di gestione dell'autoparco aziendale.

Sul punto, maggiori informazioni sono contenute nelle altre sentenze di primo grado. In particolare, nella sentenza del tribunale di Roma (23 novembre 2004) si specifica il contenuto della "gestione operativa dell'autoparco aziendale" in termini di: approntamento/consegna/ritiro veicoli e accessori; controlli tecnico/specialistici sugli interventi di manutenzione; adempimenti relativi a revisioni e collaudi. L'autonomia funzionale della "Gestione autoparco" in relazione a queste attività è soprattutto garantita dai mezzi immateriali trasferiti, software (come meglio individuati nell'allegato "C" del contratto di cessione) e know-how acquisito dai dipendenti trasferiti (in termini di avviamento). La centralità dei mezzi di produzione immateriali nell'ambito di tale cessione è inoltre ribadita dal tribunale di Ancona (8 giugno 2005) che sul punto rileva una contraddizione determinante, ossia che i "software" inclusi nel ramo d'azienda (allegato "C" del contratto di cessione fra Telecom Italia e Savarent Fleet Services) risultano essere stati ceduti dalla Telecom Italia anche a Savarent con un contratto di servizi. Si consideri anche la coincidenza di date: l'1 marzo 2002 è stato stipulato il contratto di servizi e nello stesso giorno è decorsa la validità del contratto di cessione. Tuttavia il giudice tralascia la questione in quanto ritiene, erroneamente, che la Savarent e la Savarent Fleet Services sono esplicitamente considerati sostanzialmente come unico soggetto cessionario-appaltante⁹⁹. Ma se si tralascia questa considerazione aggiuntiva, e si valuta esclusivamente la cessione alla Savarent Fleet Services ci si rende agevolmente conto che se i "software" sono stati ceduti realmente ceduti alla Savarent, il ramo di azienda trasferito non può essere considerato funzionalmente autonomo, proprio in quanto privato del mezzo immateriale che in tutte le sentenze è stato reputato determinante. Una corretta indagine su questo aspetto potrebbe anche comportare un ribaltamento delle decisioni dei giudici, anche in considerazione della richiesta di alcuni ricorrenti in ordine alla configurazione di un appalto illecito di manodopera.

⁹⁹ Sulle problematiche relative al sistema di relazioni societarie emerse da tale cessione si veda il paragrafo "4.11 Questioni di legittimità riguardanti le politiche societarie relative alla cessione del ramo d'azienda: il caso "Gestione Autoparco".

5.2.2 La cessione dell'attività "Logistica della funzione acquisti di domestic wireline" a TNT

In riferimento a tale cessione sorprende che in ben 22 sentenze emesse, su un totale di 25, si dichiara l'illegittimità della cessione per mancanza di autonomia del ramo ceduto. In ragione dell'ampia elaborazione giurisprudenziale si procederà con la valutazione complessiva delle sentenze in cui è stata dichiarata l'illegittimità della cessione, a cui seguirà una breve analisi comparata fra i ricorsi accolti e quelli respinti.

Le decisioni dei giudici, in riferimento ai ricorsi accolti, si basano fondamentalmente sulla circostanza che non è stata ceduta l'intera struttura logistica, bensì solo una parte di tale questa.

Nella recentissima sentenza del tribunale di Novara (10 aprile 2008), si ricostruiscono i fatti nel modo seguente: per ammissione della stessa Telecom Italia infatti, la funzione logistica, originariamente articolata in quattro strutture (Rete, Clienti Residenziali, Data.Com e Fonia business), composta da sei Centri di raccolta cui si affiancavano 110 micro-strutture (magazzini) e completata da un'attività impiegatizia di supporto, è stata modificata nel febbraio – marzo 2002: dapprima sono state accorpate le strutture Fonia Business e Data.Com nella struttura Rete che permase, con tale modificazione, assieme alla struttura "Clienti Residenziali" e poi, nel marzo 2002, si creò un'unica struttura logistica denominata "Domestic Wireline". Oggetto del trasferimento non è stata l'intera struttura logistica, ma solo una parte di essa, quella relativa alla logistica della funzione "Acquisti" di Domestic Wireline, da cui deriva l'impossibilità per la parte di attività trasferita di porsi autonomamente nel mercato. A ciò si aggiunga che la logistica della "rete" (Case Management) e quella dei "clienti privati" afferente l'amministrazione dei negozi Telecom Italia non è stata oggetto di cessione. Per tutte queste ragioni è stato affermato che non si è trattato di un trasferimento di ramo d'azienda, quanto piuttosto dello "smembramento di un unico servizio" (Corte d'Appello di Torino, 26 settembre 2006, n.1441). Si è trattato sostanzialmente della cessione a TNT della logistica dei negozi affiliati (Franchising), e quindi di una esternalizzazione avente una finalità di separazione "burocratica", piuttosto che economico/funzionale, dei negozi affiliati rispetto ai negozi sociali.

Quello che sicuramente assume valore decisivo è che Telecom Italia, anche dopo la cessione, ha mantenuto il potere decisionale sull'organizzazione aziendale dell'attività esternalizzata: non solo in ordine a scelte di carattere strategico,

sulla tipologia dei prodotti o dei materiali da utilizzare, ma anche sul loro numero e sulle modalità di sistemazione dei medesimi.

In relazione alle pochissime sentenze dove il ramo d'azienda è stato ritenuto autonomo, si segnalano anzitutto le particolari considerazioni del tribunale di Forlì (7 gennaio 2005), secondo cui la suddetta esternalizzazione deve essere valutata nel contesto di generale favore espresso dal legislatore a tale procedura, ed inoltre ricava la validità della cessione sulla base di una testimonianza del sindacato Snater, per il solo fatto che quest'ultimo, in altra sede, ha invocato la procedura *ex art.* 47 della l. n. 428/1990.

Ciò su cui invece sembra essere stata fondata la comune, quanto sintetica, decisione di ritenere legittima la cessione *ex art.* 2112 è il principio secondo cui appare irrilevante che determinate attività (beni) siano rimasti in Telecom Italia.

E' evidente che in questa vicenda il nodo cruciale è la scissione fra l'attività di governo e le funzioni meramente esecutive, queste ultime non sufficienti a potere configurare un'attività d'impresa. In questa direzione, considerando che la cessione a TNT (come d'altronde anche le altre) si riferisce ad un'attività sparsa sul territorio nazionale, non è pensabile che questa possa essere governata ed organizzata senza il supporto di adeguati programmi informatici. Ed infatti nella sentenza del tribunale di Venezia (25 luglio 2007) la mancanza di autonomia funzionale viene anche valutata in relazione all'attribuzione a Telecom Italia della possibilità di controllare i dati archiviati da TNT visionando direttamente il suo archivio informatico, grazie all'adozione del medesimo programma informatico GEM sviluppato dal cedente ed utilizzato anche dal suo personale.

5.2.3 La cessione dell'attività "Document Management" a Telepost

Il "Document Management" consiste nell'attività di gestione della corrispondenza in ingresso e in uscita, della corrispondenza in uscita prodotta su file con stampa presso centro specializzato, gestione della distribuzione della corrispondenza, gestione degli archivi cartacei e di gestione del parco macchine fotocopiatrici (lettera A) delle premesse dell'atto di cessione).

Su 11 sentenze emesse l'invalidità della cessione è stata rilevata ben 7 volte.

Da questa esternalizzazione emerge con prepotenza che un ramo di attività, sparso su più presidi in diverse città, non può essere autonomo se non c'è un complesso organizzativo, governato dal cessionario/appaltatore, basato sull'utilizzo di un software gestionale idoneo a consentire la realizzazione dello specifico servizio. La mancanza di autonomia funzionale di un siffatto ramo si

ricava con chiarezza già dall'atto di cessione: con i 257 lavoratori ceduti sono state trasferite irriskorie strumentazioni (10 affrancatrici, 18 bilance, un carrello, una bucatrice, due calcolatrici, due distruggi documenti, dieci imbustatrici, una incollatrice, una plastificatrice, dodici protocollatrici, due rilegratici, una spillatrice e due taglierine, oltre alcuni mobili di arredo), che avrebbero dovuto consentire, nell'ottica imprenditoriale del cedente e del cessionario, l'operatività aziendale in 17 sedi sparse in tutta Italia. Praticamente, il valore complessivo dei beni (allegato C) dell'atto di cessione) è di 77.790 euro, e, così come evidenziato dal giudice di Milano (8 ottobre 2007), dividendo tale somma per 17 si ottiene il valore dei beni "non divisibili" per ciascuna sede, ossia circa 4.500 euro. Con questi mezzi materiali, in ragione dell'oggetto dell'attività in una dimensione nazionale, non si può nemmeno parlare di organizzazione del lavoro.

E' fin troppo evidente che l'unico modo per portare avanti un'attività come quella del Document Management è l'utilizzo di un programma informatico attraverso cui coordinare e gestire il lavoro a livello nazionale.

Il giudice di Napoli (23 marzo 2007) ha ben chiara questa situazione, ed infatti precisa come l'utilizzo di un software (Fastmail) per la gestione dell'attività ceduta rimasto di proprietà esclusiva del cedente ed escluso dal ramo, tale da non consentire la piena autonomia del servizio reso. Esso sottolinea inoltre l'assoluta prevalenza del fatturato Telepost degli introiti derivanti dal cliente Telecom Italia, tale da segnare la dipendenza economica; l'esercizio della funzione ceduta in aree nella piena disponibilità del cedente, tale da ridurre la commerciabilità di un servizio che può essere reso solo a chi è in grado di trarne utilità (ecc.).

Attualmente i dipendenti Telepost lavorano utilizzando il Sigec, uno strumento informatico su intranet Telecom Italia. Senza l'utilizzo di questo programma, basato su procedure e direttive Telecom Italia, l'attività di Telepost ne risulterebbe paralizzata.

Dando un brevissimo sguardo alle sentenze dove il ramo trasferito è stato invece considerato autonomo, si può affermare che sono stati ritenuti sufficienti i beni materiali e i beni immateriali (non si capisce quali) trasferiti ai fini della produzione di un autonomo ramo produttivo.

Tuttavia, è doveroso sottolineare che i risultati giurisprudenziali non sono nettamente a favore dei lavoratori, ed infatti su 11 sentenze 7 ricorsi sono stati accolti e 4 respinti.

5.2.4 La cessione dell'attività "Grandi immobili" a Im.Ser

Sul caso Im.Ser si ha a disposizione una sola sentenza, positiva per i lavoratori.

L'attività "Grandi immobili" è stata realizzata per garantire la gestione patrimoniale della quota di patrimonio immobiliare costituita dagli immobili di maggior pregio (circa 570 immobili), pianificando e realizzando le relative operazioni di valorizzazione o dismissione¹⁰⁰.

Il giudice di Roma (22 dicembre 2003), ha dichiarato illegittima la cessione per mancanza di una congrua preesistenza dell'autonomia funzionale del ramo, considerando che al momento della cessione tale requisiti era richiesto dalla normativa previgente.

In particolare si afferma che la funzione Grandi immobili, prima dell'ordine di servizio del 21 dicembre 1999, non esisteva autonomamente in ambito Telecom Italia, ed è stata costituita al fine di valorizzare degli immobili di maggior pregio, ossia di vendita a terzi ovvero messa a reddito degli stessi, tramite la locazione alla medesima ex-proprietaria, peraltro con la peculiarità del mantenimento in capo a questa anche degli oneri di manutenzione straordinaria. Dunque, si continua, creazione *ex novo*, di un'articolazione aziendale prima non esistente perché nemmeno esisteva tra le finalità imprenditoriali dell'azienda (poi) cedente, quella di valorizzazione dei propri immobili di maggior pregio con ordine di servizio del 21 dicembre 1999; assegnazione ad essa (senza particolare documentazione dei criteri seguiti per la selezione tra i circa 1.000 dipendenti che si occupavano del settore immobiliare in senso lato) di un ristretto numero di lavoratori senza esperienza in materia di commercializzazione degli immobili; accordo, dopo 3 mesi, per la costituzione di autonome strutture in ambito di controllo Telecom Italia; configurazione, con ordine di servizio 8 novembre 2000, della funzione come articolazione di *autonoma business unit*, dopo solo due giorni, informazione alle OO.SS. del trasferimento del ramo d'azienda; dopo pochi altri giorni cessione del controllo della società cessionario. Da tale sviluppo degli eventi si ricavano la stretta sequenza cronologica degli eventi (costituzione di funzione non preesistente e per finalità non preesistenti, informativa ai sindacati sfociata in una presa d'atto e non in un accordo, cessione di ramo d'azienda) in meno di un anno ed il venir meno, sempre in pochi mesi, della circostanza oggetto dell'accordo sottoscritto al Ministero del Lavoro del

100 Sulla ricostruzione dell'intera vicenda da un punto di vista societario si rimanda al paragrafo "4.13 Segue: il caso Im.Ser".

mantenimento delle strutture autonome in ambito di controllo Telecom Italia. Non si ritiene si debba aggiungere qualcos'altro alle constatazioni del giudice.

5.2.5 La cessione dell'attività "User Support" a HP DCS

Si deve premettere che in 7 delle 10 sentenze relative a tale cessione la Telecom Italia è subentrata quale incorporante di It Telecom S.p.a. (d'ora in poi It Telecom). Ma ciò si spiega alla luce di una serie di passaggi societari che hanno ruotato attorno a questa vicenda.

L'attività User Support è stato costituito all'interno di It Telecom, attraverso l'aggregazione di personale derivante da diverse aree, tutti aventi diverse funzioni, privi di coordinamento o interazione. Successivamente It Telecom cede a HP DCS la suddetta attività, e stipula con essa in contratto di appalto di servizi. E proprio su questa linea il tribunale di Roma (31 gennaio 2007) conclude sostenendo la mancanza di un'articolazione funzionalmente autonoma, il trasferimento di professionalità diverse da quelle cedute, la riduzione delle attività svolte dai ricorrenti, la tipologia dei passaggi societari descritti che hanno visto la costituzione di una società (It Telecom) nell'agosto 2002 precedentemente alla cessione della struttura It User Support, creata pochi mesi prima della cessione (ecc.).

Tralasciando ulteriori considerazioni, per le quali si rimanda ad un'approfondita analisi delle sentenze allegate, è su questo intreccio che ha sostanzialmente gravitato questa vicenda.

5.2.6 La cessione dell'attività "Human Resource/Servizi Generali" a Emsa Servizi e dell'attività "Manutenzione e Servizi Ambientali" a MP Facility

Anche per questo trasferimento di ramo d'azienda sono state attuate una serie di manovre societarie che rendono difficile la comprensione delle finalità delle esternalizzazioni "a catena", che a quanto pare sono una regola in ambito Telecom Italia.

Prima di procedere all'analisi di questa sentenza, dove Telecom Italia agisce in qualità di incorporante della It Telecom S.p.a., occorre specificare che questa cessione è stata effettuata parallelamente alle cessioni del medesimo settore di Finsiel e TIM alla società Emsa Servizi. Lo scorporo di parte dei "Servizi Generali" di queste tre società si inserisce nel quadro del riassetto delle attività di "Facility Management" di Telecom Italia. In sostanza, la società Emsa è stata utilizzata

come "area di transito" per i lavoratori in attesa delle successive cessioni verso MP Facility e Telepost.

Nel 2003 è stato infatti trasferito ad Emsa (tribunale Roma, 10 maggio 2007) il ramo d'azienda di IT Telecom denominato HR/SG (Human Resource/Servizi Generali), a sua volta il frutto di una riorganizzazione e suddivisione dei Servizi Generali. Cedente e cessionario hanno successivamente stipulato il contratto di appalto avente ad oggetto lo svolgimento delle attività cedute. Il primo novembre 2004 il ricorrente è stato nuovamente ceduto alla società MP Facility, anch'essa convenuta.

La cessione da IT Telecom ad Emsa è stata dichiarata illegittima in ragione della frammentazione dei Servizi generali, tale per cui il trasferimento di una porzione di questo comporta il non rispetto dei requisiti di cui all'art. 2112 c.c..

La successiva cessione alla MP Facility non viene valutata in questa sentenza, posto che il giudizio che invalidava la prima rende ovviamente superflua la valutazione di merito della seconda cessione. Dei tre ricorsi promossi contro la cessione effettuata in favore di MP Facility non si hanno ancora le motivazioni.

Oltre a questa sentenza, in cui è direttamente coinvolta la Telecom Italia (in qualità di incorporante di IT Telecom), se ne segnalano altre 7 di accoglimento del ricorso in ordine alle 3 distinte cessioni effettuate da Tim, It Telecom e Finsiel verso Emsa, e successivamente da Emsa e Telecom Italia verso Mp Facility e soltanto 2 di rigetto dell'istanza¹⁰¹.

In sostanza sono state realizzate ben 3 cessioni verso Emsa e 2 cessioni distinte dei rami "Manutenzione e Servizi Ambientali" e "Document Management" della Emsa alle società Mp Facility e Telepost.

Per i dipendenti transitati in Emsa e successivamente in Telepost abbiamo ad oggi una sentenza di accoglimento del ricorso (26 febbraio 2007).

5.2.7 La cessione dell'attività "Centri territoriali di Sorveglianza in ambito Purchasing Acquisti e Servizi per la Security" a TecnoSis e dell'attività "Property Management" a Pirelli & Real Estate Property Management

La cessione dell'attività di sorveglianza è unica nel suo genere per l'oggetto

¹⁰¹ Si veda l'allegato A) per le sentenze relative alla cessione effettuata da Tim Italia S.p.a. e It Telecom S.p.a. alla società "Emsa Servizi S.p.a." e successivamente alla M.P. Facility S.p.a..

dell'esternalizzazione, ed inoltre in quanto Telecom Italia ha successivamente deciso di riacquisire il ramo trasferito a Tecnosis, sempre con lo strumento del trasferimento di ramo d'azienda. Quello che colpisce è la riacquisizione di un ramo ceduto che il tribunale di Trieste aveva comunque dichiarato illegittimo. Le argomentazioni fornite si basano sulle prove documentali, e soprattutto sulla base di quanto emerso dal contratto di cessione. Si intende richiamare in questo scritto un punto del contratto da cui emerge con chiarezza la non genuinità dell'operazione (punto 6.4): <<... Nell'ipotesi in cui per provvedimento giudiziale tutti o una parte dei dipendenti dovessero essere riconosciuti, per qualsiasi motivazione, dipendenti di Telecom, outsourcer si obbliga a rinegoziare con Telecom Italia il corrispettivo del contratto di servizi e del presente contratto adeguandone l'entità anche tenendo conto del costo (retributivo e contributivo) dei lavoratori il cui rapporto di lavoro proseguirà con Telecom Italia...>>.

Altro elemento ritenuto indicativo dal giudice è quello relativo alla non proporzionalità fra il prezzo pagato da Tecnosis ed il valore della parte di attività trasferita. Ed infine valuta l'inesistenza di un autonomo ramo produttivo in relazione alla eterogeneità delle attività che sono state trasferite, che non risultano dunque unificate dall'elemento dell'organizzazione. Per ulteriori dettagli si rimanda alla lettura della sentenza.

L'ultima cessione alla quale si accenna è quella che ha ad oggetto l'attività denominata "Property Management", preposta alla gestione amministrativa del patrimonio immobiliare e relativa rendicontazione, gestione degli interventi edili/impiantistici a carico del proprietario e/o contrattualmente previsti. Tale attività è stata creata a seguito della riorganizzazione della Real Estate & General Services, nell'ambito della quale è stata creata una sotto struttura costituita dalle unità organizzative Serices Sistem Management, Asset Management, project Management, Property Management, Agency, e facility Mangement.

Il ricorrente, nella sentenza del tribunale di Roma (20 febbraio 2007), ha contestato che la cessione della divisione Property Management è illegittima in quanto ha riguardato solo una parte della linea Real Estate & General Services e non tutte le articolazioni che sono in rapporto di necessaria interdipendenza. Il giudice ha accolto il ricorso del lavoratore, constatando la centralità del sistema informatico SAP, in quanto il ramo d'azienda formalmente trasferito al cessionario continuava, di fatto, ad essere governato dal cedente. Sul punto nella sentenza si evince come: i dati inseriti nel SAP della Property Management Pirelli potevano essere modificati esclusivamente da dipendenti di quest'ultima e

potevano essere visualizzati dal personale Telecom Italia addetto al controllo dell'attività svolta da Pirelli. Ciò era stabilito dal contratto di servizio che precedeva l'esclusività dell'attività svolta da Pirelli per Telecom Italia. La procedura prevedeva, in caso di verifica di errore da parte del controllo, una segnalazione ai referenti Pirelli. Il sistema SAP lascia traccia sia della modifica che del suo autore. Per quasi un anno i dipendenti (ex) Telecom Italia predisponivano della documentazione in carta Telecom Italia poi firmata da dipendente Telecom Italia relativa ai rapporti di locazione, ad esempio lettere di recesso, rinnovo contratti. L'attività di predisposizione dell'atto in base al contratto era di Pirelli, ma la svolge Telecom seppur preparata da Pirelli.

Sulla base di tali argomentazioni, il giudice afferma che l'originaria incapacità già all'interno di Telecom Italia allo svolgimento di un'attività autonoma organizzata da parte dell'unità Property Management, si è protratta dopo la cessione della struttura a Pirelli, costringendo i dipendenti transitati al continuo supporto ed intervento degli ex colleghi di lavoro non transitati.

6. Conclusioni

Trarre delle conclusioni in riferimento ad un fenomeno così complesso non è cosa facile.

Quello che sicuramente si può fare è ripercorrere brevemente le questioni più rilevanti, che meritano indubbiamente ulteriori approfondimenti.

Anzitutto il ruolo dei sindacati, perché non si può accettare una situazione simile, in cui si raggiungono accordi in sede di trasferimento che sono palesemente contrastati dagli stessi lavoratori.

E non si può nemmeno accettare che siano firmati degli accordi dove le strategie di riorganizzazione presentano delle incongruenze inaccettabili dal punto di vista della tutela dei lavoratori.

Ancor più rilevante è l'aspetto relativo alla complessità dei rapporti societari, delle relazioni commerciali e dei continui trasferimenti di azienda che sviscerano i lavoratori che ricorrono in giudizio.

Come si è avuto modo di dimostrare (per un quadro generale si veda l'allegato C)), non si è trattato di mere esternalizzazioni, bensì di continui trasferimenti di rami d'azienda (e di aziende) "a catena", spesso intrecciati fra loro. Per questo, non pare sia possibile giustificare un simile disegno strategico attraverso i classici obiettivi che le imprese intendono raggiungere con il ricorso all'outsourcing.

In questa direzione, considerando le problematiche giuridiche affrontate in tema

di responsabilità della capogruppo nei gruppi di società, si è visto inoltre che le cessioni sono state governate nell'ambito di gruppi societari, da cui è scaturita l'acquisizione (formale) della maggior parte dei rami d'azienda da parte di società neonate, controllate da realtà imprenditoriali che invece hanno una presenza consolidata nel mercato. Basti pensare ai nomi assegnati alle Newco rispetto alle controllanti, che sono anche potenzialmente idonei a creare una certa confusione fra questi distinti soggetti giuridici. Ad esempio: Savarent e Savarent Fleet Services nell'ambito del gruppo Fiat; TE.SS. rinominata Accenture HR Services appartenente al gruppo Accenture con capogruppo Accenture S.p.a.; nell'ampio contesto della cessione della gestione del patrimonio immobiliare i lavoratori sono passati attraverso quattro società fra cui due nominate entrambe Telemaco immobiliare, una S.r.l. e l'altra S.p.a.; oppure le cosiddette "pirelline" (Pirelli & c. Project Management S.p.a., Pirelli & c. Commercial Agency, S.p.a., Pirelli & c. Real Estate Property Management S.p.a. e Pirelli & c. Real Estate S.p.a.) tutte appartenenti al gruppo Pirelli; ecc..

Strettamente legata a questo aspetto della vicenda delle esternalizzazioni Telecom Italia è la circostanza che quasi tutte le cessioni sono successivamente sfociate in procedure di mobilità e di licenziamenti collettivi (si vedano allegati B) e C)).

Infine, si ricorda come l'integrazione delle attività, resa possibile da determinati mezzi di produzione immateriali, consente a chi esternalizza di non perdere il controllo sull'attività trasferita, e addirittura sui lavoratori ceduti. La speranza è che dallo studio del caso in esame si cominci a riflettere sul vero ruolo che le imprese attribuiscono alla tecnologia nel mercato delle esternalizzazioni. Dall'esame delle numerose sentenze emesse è emerso con chiarezza come, attraverso adeguate strumentazioni informatiche, si può esternalizzare il lavoratore senza esternalizzare la sua prestazione di lavoro.

Tutte queste problematiche spingono inevitabilmente a considerare delle proposte di modifica dell'attuale normativa in tema di trasferimento di azienda. Non si può continuare a pensare di mantenere una legge che è idonea a garantire il lavoratore solo teoricamente. Attraverso l'analisi del caso Telecom Italia è stato ampiamente dimostrato che l'unico soggetto che oggi è realmente in grado di tutelare il lavoratore, è il lavoratore stesso. L'introduzione del diritto di opposizione al trasferimento è un passo necessario. Maggiore libertà contrattuale e maggiore flessibilità? Bene, diamo questa possibilità anche al lavoratore.

6.1 Proposte di modifica dell'art. 2112 c.c.: l'introduzione del *diritto di opposizione* al trasferimento in favore dei lavoratori e la reintroduzione del requisito della *preesistenza* del ramo d'azienda

Prima di trattare gli aspetti giuridici legati al diritto di opposizione¹⁰² al trasferimento in favore del lavoratore, si vuole prima accennare ad un altro fattore problematico sulla disciplina del trasferimento di azienda, ossia il requisito della *preesistenza* del ramo d'azienda rispetto al trasferimento.

Secondo la riformulazione dell'art. 2112 c.c. operata dal d.lgs. n. 18/2001, l'attività economica organizzata doveva preesistere rispetto al trasferimento. Successivamente, con il d.lgs. 276/2003 il presupposto della preesistenza è stato eliminato per il caso specifico di cessione di ramo di azienda. Pertanto, la parte di azienda oggetto di trasferimento può essere identificata dal cedente e dal cessionario al momento del trasferimento (comma 5 art. 2112 c.c.).

Questa nuova previsione è altamente discutibile sotto diversi profili giuridici.

Anzitutto l'eliminazione del requisito della preesistenza è in contrasto con la regola posta nell'ordinamento comunitario (e delineata dalle sentenze della Corte di giustizia¹⁰³), secondo la quale *<<è considerato come trasferimento ai sensi della presente direttiva quello di un'entità che conserva la propria identità, intesa come insieme di mezzi organizzati al fine di svolgere un'attività economica, sia essa essenziale o accessoria.>>* (art. 1, primo comma, lett. b), dir. n. 2001/23/CE). Questa previsione preclude, già in astratto, la possibilità di trasferire un'entità economica non *preesistente*.

In questa direzione, la Corte di Cassazione (sentenza n. 15105/2002) aveva chiarito che il ramo di azienda deve presentarsi come una sorta di piccola azienda in grado di funzionare in modo autonomo. Ed è evidente che *<<la possibilità di identificare il segmento dell'attività produttiva al momento del trasferimento appare difficilmente conciliabile con il requisito dell'autonomia funzionale così come conosciuto ed avallato dalla giurisprudenza pronunciata in materia, perchè non sembra potersi sfuggire alla seguente alternativa: o si tratta di mera ricognizione di un complesso di beni e rapporti già sperimentatamente idonea ad attingere un risultato produttivo, nel qual caso l'autonomia non può*

¹⁰² Si ricorda che l'introduzione del diritto di opposizione al trasferimento è stato oggetto di una proposta di legge ad iniziativa dei deputati Bugio, Zipponi, Pagliarini, Ferrara, Rocchi, Provera e De Cristofaro.

¹⁰³ Cgce 11.3.1997, *Suez*, causa C-13/95; Cgce 10.12.1998, *Vidal*, causa C-127/96, C-229/96 e C-74/97.

logicamente non riflettere un assetto già formato e dunque <<preesistente>>, o si tratta di una vera e propria individuazione di aree di attività eterogenee e mai operativamente come tali collaudate, ma prospetticamente nondimeno capaci di offrire un prodotto economico>>¹⁰⁴.

L'eliminazione del requisito della *preesistenza* ha, non a caso, incentivato forme abusive di utilizzo del sistema di garanzie previsto dall'art. 2112 c.c., con gravi risvolti negativi sulla stabilità occupazionale dei lavoratori coinvolti nelle cessioni, che spesso si sono ritrovati espulsi dal mercato del lavoro in modo improprio e senza alcuna possibilità concreta di difesa (si veda il dossier sulle esternalizzazioni attuate dalla Telecom).

E' senza dubbio fuori discussione la necessità del ripristino del requisito della *preesistenza* del ramo di azienda rispetto alla cessione. Ma, come giustamente evidenziato da un autore¹⁰⁵, l'efficacia del requisito della *preesistenza* nei termini esposti dipende anche dal suo profilo temporale, nel senso di considerare un arco di tempo ragionevole idoneo ad escludere che, con ragionevole probabilità, una certa strutturazione dell'impresa non sia stata orientata al taglio dei ramo secchi. Passando adesso al diritto di opposizione, ossia della possibilità per il lavoratore di potere rimanere alle dipendenze del cedente, anche se questo decide di esternalizzare determinate attività.

E' evidente infatti che l'ampliamento della nozione di ramo di azienda, associata alla previsione del passaggio automatico alle dipendenze del cessionario, espone i lavoratori ad un rischio ingiustificato di uso distorto della normativa a tutto vantaggio delle imprese.

Anzitutto occorre richiamare la normativa nazionale e comunitaria sull'argomento, nonché i principali orientamenti dottrinali e giurisprudenziali.

L'art. 2112 c.c. stabilisce che in caso di trasferimento <<*il rapporto di lavoro continua con il cessionario ed il lavoratore conserva tutti i diritti che ne derivano*>> (comma 1). Questo meccanismo di passaggio dei lavoratori alle dipendenze del cessionario è automatico, nel senso che opera a prescindere dal consenso delle parti coinvolte nella cessione. In questo senso, l'art. 2112 c.c. rappresenta una deroga al principio civilistico di cui all'art. 1406 del c.c., che invece attribuisce valore decisivo al consenso del contraente ceduto.

Il passaggio automatico dei lavoratori alle dipendenze del cessionario è,

104 Vedi A. PALLADINI, *Opinioni sul trasferimento di azienda*, op. cit, p. 672.

105 Vedi A. PALLADINI, *Opinioni sul trasferimento di azienda*, op. cit, p. 672.

coerentemente con la finalità della disciplina sul trasferimento, espressione di un *diritto* dei lavoratori a non subire una modifica (in senso peggiorativo) delle condizioni di lavoro causata da vicende attinenti alla proprietà o alla titolarità dell'azienda.

In questo senso, la previsione di cui all'art. 2112 c.c. è coerente con il principio comunitario in base al quale <<*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*>> (art. 3, primo comma, lett. b), dir. n. 2001/23/CE).

La Corte di Giustizia europea ha affermato che la regola prevista dal primo comma dell'art. 3 della direttiva deve essere interpretata nel senso che, in caso di trasferimento, il contratto di lavoro si trasferisce al subentrante senza necessità del consenso del dipendente, dei rappresentanti sindacali del lavoratore, o del cedente o del cessionario e con la regola imperativa che non può essere derogata in senso sfavorevole ai lavoratori. La Corte ha inoltre affermato che questa disposizione, tuttavia, consente al dipendente di rifiutare che il suo contratto di lavoro sia trasferito al cessionario, ed 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 impresa¹⁰⁶.

La legge italiana non disciplina espressamente il diritto di opposizione. L'art. 2112 c.c. prevede solo che il lavoratore <<*le cui condizioni di lavoro subiscono una sostanziale modifica nei tre mesi successivi al trasferimento d'azienda, può rassegnare le dimissioni con gli effetti di cui all'art. 2119, primo comma*>> (comma 4).

In sostanza, sulla base dell'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia europea, il lavoratore può rifiutare il passaggio alle dipendenze del nuovo imprenditore, e dipenderà poi dalla normativa di ogni stato membro stabilire le conseguenze connesse a questo rifiuto.

Ora, poiché la disciplina nazionale non regola espressamente il diritto di opposizione, le conclusioni devono trarsi per via interpretativa¹⁰⁷.

106 Cgce 24.01.2002, *Temco*, causa C - 51/00; Cgce 16.12.1992, *Katsikas*, cause riunite C - 132/91, C - 138/91, C - 139/91; Cgce 07.03.1996, *Merckx*, cause riunite C - 171/94, C - 172/94; Cgce 12.11.1998, *Europièces*, causa C - 399/96.

107 Sul punto di veda in particolare la ricostruzione di: M. MARINELLI, *Decentramento produttivo e*

Secondo l'orientamento prevalente il rifiuto del dipendente va considerato come dimissioni, per le quali egli è tenuto a dare il preavviso, a meno che non sia configurabile una giusta causa.

Altri autori hanno invece sostenuto che, almeno nei casi in cui il trasferimento abbia ad oggetto un ramo di azienda, il lavoratore avrebbe diritto ad opporsi al passaggio alle dipendenze del cessionario, mantenendo il rapporto con il cedente. Nella giurisprudenza italiana, soltanto un orientamento minoritario ammette la possibilità per il lavoratore di esercitare il diritto di opposizione al trasferimento¹⁰⁸.

Tralasciando in questa relazione gli approfondimenti relativi alle diverse impostazioni interpretative, si reputa necessario tuttavia argomentare la scelta di quegli autori che sostengono la possibilità per il lavoratore di potersi opporre al trasferimento di ramo di azienda, e non quindi al trasferimento dell'azienda nel suo complesso.

Le ragioni sono condivisibili in quanto nel caso di trasferimento dell'intera azienda, la regola della continuità (senza possibilità di potere rimanere alle dipendenze del cedente) è giustificata dalla non modificazione dell'organizzazione produttiva nella quale il lavoratore è inserito, ed alla quale egli risulta legato.

Nel caso invece in cui il trasferimento ha ad oggetto solo parte di azienda, l'assetto organizzativo potrebbe subire un'alterazione tale da rendere agevole per il cedente l'utilizzo dello strumento fornito dall'art. 2112 c.c. al fine di realizzare forme di espulsione del personale, evitando l'uso delle procedure di licenziamento collettivo. Questo specie nei casi in cui l'attività trasferita è sostanzialmente composta da lavoratori.

Tuttavia non si deve tralasciare il rischio di licenziamento che potrebbe correre il lavoratore qualora decidesse di restare alle dipendenze del cedente, essendo che quest'ultimo non possiede più il ramo di azienda dove il lavoratore eseguiva la propria prestazione. Pertanto, il lavoratore dovrebbe valutare attentamente la possibilità di esercitare o meno il diritto di opposizione, e cioè capire se effettivamente risulta conveniente restare alle dipendenze del cedente piuttosto che passare al nuovo datore di lavoro.

Un'ipotesi di nuova formulazione dell'art. 2112 c.c. potrebbe essere la seguente:
<<In caso di trasferimento di azienda, il rapporto di lavoro continua con il

tutela dei lavoratori, op. cit., p. 73 ss; V. SPEZIALE, *Opinioni sul trasferimento di azienda*, op. cit, p. 730 ss.

108 Pret. Milano, 14.5.1999 n. 1102. Va segnalata inoltre la sentenza della Cass. n. 19379/2004.

cessionario ed il lavoratore conserva tutti i diritti che ne derivano ... (comma 2) ... (comma 3) ... Ferma restando la facoltà di esercitare il recesso ai sensi della normativa in materia di licenziamenti, il trasferimento d'azienda non costituisce di per sé motivo di licenziamento. Il lavoratore, le cui condizioni di lavoro subiscono una sostanziale modifica nei tre mesi successivi al trasferimento d'azienda, può rassegnare le proprie dimissioni con gli effetti di cui all'articolo 2119, primo comma. *(comma aggiunto) Ferma restando la previsione di cui al primo comma del presente articolo, al lavoratore è riconosciuto il diritto ad opporsi al trasferimento automatico del proprio rapporto di lavoro in favore del cessionario e di rimanere conseguentemente alle dipendenze del cedente. Il lavoratore potrà esercitare questo diritto di opposizione al trasferimento automatico del proprio rapporto di lavoro entro trenta giorni dalla ricezione della comunicazione scritta da parte del cedente, il quale dovrà indicare tutte le informazioni utili riguardanti la cessione per consentire al lavoratore di potere valutare l'opportunità di esercitare tale diritto di opposizione.* ... (comma 5) ... (comma 6) ... (comma 7)>>.

Si noti che il principio della continuità del rapporto di lavoro di cui al comma 1 non è stato eliminato. Il diritto di opposizione sarebbe infatti solo eventuale, ferma restando dunque la regola generale della continuità del rapporto di lavoro in capo al cedente. E quindi, si badi bene, non si tratta di ritornare alla disciplina civilistica che attribuisce valore decisivo al consenso del contraente ceduto ex art. 1406 c.c., bensì di consentire al lavoratore di non essere vittima dell'uso distorto di una tutela che non per questo deve smettere di esistere. In questo modo si evita anche di porsi in contrasto con la disciplina comunitaria che mette al centro della tutela la continuità del rapporto di lavoro in capo al cessionario in conseguenza del trasferimento.

In sostanza dovrebbero restare tutti soddisfatti: coloro che rivendicano maggiore flessibilità ed autonomia contrattuale, e coloro che giustamente vogliono combattere l'utilizzo distorto dell'art. 2112 c.c., che in questo senso finisce con l'essere uno strumento di lesione dei diritti dei lavoratori, piuttosto che di tutela del posto di lavoro.

6.2 Ipotesi di monitoraggio dell'attuale assetto del mercato delle esternalizzazioni in Italia

Fermo restando la necessità di una modifica della normativa nei termini sopra esposti, si reputa inoltre necessario attuare una politica di monitoraggio

dell'attuale assetto del mercato delle esternalizzazioni¹⁰⁹, attraverso cui cercare di capire se il caso Telecom Italia è isolato, oppure se si versa in una situazione di grave conflittualità.

Anche l'immenso mercato delle esternalizzazioni dei call center sembra infatti presentare le stesse problematiche. Si pensi ad esempio alla recente esternalizzazione di parte di attività dei call center Vodafone Italia, attraverso cui sono stati ceduti 914 lavoratori. Tale cessione è stata sostanzialmente realizzata da tre società, ossia la Vodafone Italia (cedente), la Comdata Spa (controllante della cessionaria) e la Comdata Care Srl (cessionaria). Questa tripla partecipazione è addirittura contenuta nell'accordo sindacale, in cui risulta davvero difficile capire la separazione (sostanziale) fra l'attività d'impresa della Comdata rispetto a quella della Comdata Care. A ciò si aggiunga che si tratta di attività che fanno perno sull'utilizzo di mezzi immateriali di produzione, prevalentemente dei CRM per la gestione del contatto con il cliente, che pone dei problemi relativi all'intreccio delle attività di governo fra società cedente e società cessionaria.

Per quanto riguarda l'oggetto del monitoraggio è necessario riferirsi all'appalto piuttosto che al momento (originario) del trasferimento, in quanto il primo consente di rilevare il fenomeno nella sua completezza ed in riferimento al concreto atteggiarsi delle parti.

Sulle modalità attraverso cui attuare un'inchiesta di questo tipo, ci si potrebbe ricollegare allo strumento della certificazione previsto dal d. lgs. 276/2003¹¹⁰, o meglio ancora allo sistema informativo previsto dalla l. n. 3 agosto 2007, n. 123 in materia di salute e sicurezza sul lavoro.

¹⁰⁹ Si veda l'ipotesi di monitoraggio degli appalti di L. Undiemi, *Ipotesi di monitoraggio degli appalti ai fini di un'applicazione concreta delle tutele dei lavoratori sulla base dell'attuale normativa*, in corso di pubblicazione su Giureta, 2008 – volume VI, www.giureta.unipa.it.

¹¹⁰ Per approfondimenti si veda L. PERINA, *La certificazione nell'impianto della riforma Biagi del mercato del lavoro: finalità, natura ed effetti*, in *Compendio critico per la certificazione dei contratti di lavoro*, a cura di C. ENRICO E M. TIRABOSCHI, Milano, 2005, pp. 11–12; AA.VV., *La rilevanza della qualificazione operata dalle parti e le <<presunzioni>> giurisprudenziali. La procedura di certificazione*, in *Diritto del lavoro: il rapporto di lavoro subordinato*, Torino, 2006, p. 27; P. RAUSEI, *Efficacia della certificazione a fronte di un'indagine ispettiva*, a cura di C. ENRICO E M. TIRABOSCHI, Milano, 2005, p. 130 e ss.

La preferenza accordata al sistema informativo rispetto alla certificazione si giustifica in ragione delle limitazioni poste dalla legge rispetto all'utilizzo di quest'ultimo strumento. Infatti, se il progetto di monitoraggio fosse strettamente dipendente dalla procedura di certificazione, la sua attuazione sarebbe estremamente difficile, se non addirittura inutile. In primo luogo per l'elemento della volontarietà che caratterizza la certificazione, che non consentirebbe un'adeguata raccolta dei dati (e quindi la costruzione di un campione rappresentativo), nel senso che sfuggirebbero le informazioni relative alle attività non certificate, che probabilmente coinciderebbero con quelle dove il confine fra l'appalto lecito e l'interposizione vietata è più labile. In secondo luogo, considerando la rilevanza degli effetti dell'atto di certificazione nei confronti dei terzi, e considerando inoltre l'importanza del complesso meccanismo delle esternalizzazioni, la procedura prevista dal decreto dovrebbe essere preceduta dal monitoraggio del fenomeno in questione. E questo essenzialmente per due ordini di ragioni. Anzitutto perchè l'attuazione di una seria procedura di certificazione, in grado di tutelare adeguatamente i diritti dei vari soggetti portatori di interessi, non può prescindere da una conoscenza approfondita dell'oggetto da certificare. Si tratta di non considerare in via esclusiva un'astratta fattispecie contrattuale, bensì un complesso di attività eterogenee nell'ambito del quale andare a riscontrare gli elementi di liceità richiesti dalla legge (nello specifico i requisiti dell'appalto di cui all'art. 1655 c.c.). Quest'obiettivo può essere raggiunto solo attraverso la creazione di un solido sistema, informatico ed organizzativo, idoneo a consentire una efficace ed efficiente gestione dei dati. A ciò si aggiunga che la finalità del progetto sopra citato è più ampio rispetto a quella della certificazione voluta dal legislatore, in quanto la prima è orientata ad un'analisi complessiva del fenomeno interpositorio, mentre la seconda è dichiaratamente finalizzata alla diminuzione della litigiosità sulla qualificazione del contratto.

Queste limitazioni sembrano invece non sussistere nel sistema informativo previsto dalla l. n. 123/2007.

Posto che la legge ha un oggetto diverso da quello sistema di monitoraggio (salute e sicurezza sul lavoro la prima e tutela in materia di esternalizzazioni la seconda), l'aggancio potrebbe agevolmente attuarsi attraverso la condivisione delle informazioni. Ma attenzione, ci riferisce ai dati non sensibili, ossia quelli delle banche dati che la legge considera pubblici.

Interessante è anche il richiamo nella legge all'appalto, nella parte in cui si prevede la realizzazione di una tessera di riconoscimento per il personale delle imprese appaltatrici e subappaltatrici, siano essi lavoratori subordinati o autonomi (comma 1, art. 6). Nel caso poi di datori di lavoro con meno di dieci dipendenti, l'assolvimento del compito di cui al comma 1 può essere assolto mediante annotazione, su apposito registro vidimato dalla direzione provinciale del lavoro territorialmente competente, da tenersi sul luogo di lavoro, degli estremi del personale giornalmente impiegato nei lavori (comma 2, art. 6). Infine, sempre al comma 2, si stabilisce che nel computo delle unità lavorative, si tiene conto di tutti i lavoratori impiegati a prescindere dalla tipologia dei rapporti di lavoro instaurati, ivi compresi quelli autonomi per i quali si applicano le disposizioni di cui al comma 1.

In questo senso, si consideri che il d. lgs. 9 aprile 2008 n. 81 (di attuazione dell'art. 1 della l. n. 123/2007) prevede che il contenuto dei flussi informativi devono almeno riguardare, fra le altre cose, il *quadro produttivo ed occupazionale* (lettera a), punto 6, art. 8)).

In sostanza il sistema di monitoraggio del mercato delle esternalizzazioni potrebbe agevolmente essere inserito nel più ampio sistema informativo in materia di salute e sicurezza sul lavoro.

Allegato A)

**CESSIONI DI RAMO D'AZIENDA
EFFETTUATE DA TELECOM ITALIA SPA**

**ELENCO SINTETICO DELLE SENTENZE E DEI DISPOSITIVI
NELLE CAUSE CONTRO TELECOM ITALIA SPA**

Cessione a Savarent Fleet Services S.r.l.

Tribunale Torino, 27 febbraio 2003, n. 1407	ricorso respinto
Corte d'Appello di Torino, 8 gennaio 2004, n. 1	ricorso respinto
Cass., 13 giugno 2007, n.17434	ricorso respinto
Tribunale di Roma, 23 novembre 2004, n. 33319	ricorso respinto
Tribunale di Palermo, 20 maggio 2005, n. 2298	ricorso respinto
Tribunale di Ancona, 8 giugno 2005, n. 544	ricorso respinto

Cessione a TNT Logistics Italia S.p.a.

Tribunale di Forlì, 3 dicembre 2004, n. 327	ricorso respinto
Tribunale di Torino, 1° aprile 2005, n.2084	ricorso accolto
Tribunale di Bologna, 6 ottobre 2005, n. 741	ricorso respinto
Tribunale di Roma, 27 ottobre 2005, n. 18777	ricorso accolto
Tribunale di Milano, 18 maggio 2006, n. 4012	ricorso respinto
Tribunale di Venezia, 14 giugno 2006, n. 576	ricorso accolto
Corte d'Appello di Torino, 26 settembre 2006, n. 1441	ricorso accolto
Tribunale di Palermo, 20 ottobre 2006, n. 4417*	ricorso accolto
Tribunale di Palermo, 20 ottobre 2006 n. 4418	ricorso accolto
Tribunale di Palermo, 20 ottobre 2006 n. 4420	ricorso accolto
Tribunale di Palermo, 20 ottobre 2006 n. 4422	ricorso accolto
Tribunale di Palermo, 20 ottobre 2006 n. 4423	ricorso accolto
Tribunale di Sassari, 27 ottobre 2006, n. 913	ricorso accolto
Tribunale di Ancona, 7 novembre 2006, n. 975	ricorso accolto
Tribunale di Rimini, 13 dicembre 2006, n.513	ricorso accolto
Tribunale di Torino, 9 marzo 2007, n. 1466	ricorso accolto
Tribunale di Bologna, 3 maggio 2007, n. 236	ricorso accolto
Tribunale di Ferrara, 1 febbraio 2008, n. 50	ricorso accolto
Tribunale di Genova, 11 gennaio 2008, n. 42	ricorso accolto
Tribunale di Novara, 10 aprile 2008, n. 72	ricorso accolto
Tribunale di Pescara, 22 aprile 2008 manca numero su dispositivo	ricorso accolto
Tribunale di Bari, disp. del 5 giugno 2008, n. 14494	ricorso accolto
Tribunale di Bari, disp. del 5 giugno 2008, n. 14495	ricorso accolto
Tribunale di Bari, disp. del 5 giugno 2008, n. 14496	ricorso accolto
Corte d'Appello di Torino, giugno 2008*	ricorso accolto

Cessione a Telepost S.pa.

Tribunale di Trieste, 10 novembre 2006, n. 627	ricorso accolto
Tribunale di Palermo, 25 gennaio 2007, n. 276	ricorso respinto
Tribunale di Napoli, 15 febbraio 2007, n. MANCA, R.g. 8489/2004	ricorso accolto
Tribunale di Roma, 21 febbraio 2007, n. 8739	ricorso respinto

Tribunale di Roma, 26 febbraio 2007, n. 6528	ricorso accolto
Tribunale di Trieste, 19 giugno 2007, n. 436	ricorso respinto
Tribunale di Milano, 8 ottobre 2007, n. 3227	ricorso accolto
Tribunale di Venezia, 8 aprile 2008, n.110	ricorso accolto
Tribunale di Venezia, 8 aprile 2008, n.111	ricorso accolto
Tribunale di Napoli, 21 febbraio 2008, n. 5792	ricorso accolto
Tribunale di Palermo, 4 aprile 2008,*	ricorso respinto

Cessione a Imser S.p.a.

Tribunale di Roma, 22 dicembre 2003, n. 3876	ricorso accolto
--	-----------------

Cessione a Hewlett Packard Distributed Computing Services S.r.l.

Tribunale di Bologna, 6 dicembre 2005, n. 959	ricorso respinto
Tribunale di Bologna, 2 marzo 2006 n. 210	ricorso respinto
Tribunale di Bologna, 15 settembre 2006, n. 708	ricorso respinto
Tribunale di Roma, 31 gennaio 2007, n. 1842	ricorso accolto
Tribunale di Roma, 31 gennaio 2007, n.4793	ricorso accolto
Tribunale di Roma, 31 gennaio 2007, n. 4796	ricorso accolto
Tribunale di Roma, 15 marzo 2007, n. 5627	ricorso accolto
Tribunale di Roma, 6 giugno 2007, n. 14859	ricorso accolto
Tribunale di Roma, 11 luglio 2007, n. 14964	ricorso accolto
Tribunale di Catanzaro, 27 febbraio 2008, RG 2748/2004	ricorso accolto

Cessione a Emsa

Tribunale di Roma, 10 maggio 2007, n. 9588	ricorso accolto
--	-----------------

Cessione a M.P. Facility S.p.a.

Tribunale di Firenze, 8 aprile 2008, disp. 472	ricorso accolto
Tribunale di Venezia, 10 giugno 2008, disp. 587	ricorso accolto
Tribunale di Venezia, 24 giugno 2008, disp. 645	ricorso accolto

Cessione a Tecnosis S.p.a.

Tribunale di Trieste, 9 marzo 2007, n. 163	ricorso accolto
--	-----------------

Cessione a Pirelli & Real Estate Property Management S.p.a.

Tribunale di Roma, 20 febbraio 2007, n. 3874	ricorso accolto
Tribunale di Roma, 31 gennaio 2008, n. 1836	ricorso accolto

* = in attesa di dispositivo

**ELENCO SINTETICO DELLE SENTENZE E DEI DISPOSITIVI
NELLE CAUSE CONTRO SOCIETA' DEL GRUPPO TELECOM ITALIA SPA**

**Sentenze relative alla cessione effettuata da Tim Italia S.p.a. e It
Telecom S.p.a alla società "Emsa Servizi S.p.a." e successivamente
alla M.P. Facility S.p.a.**

Corte d'Appello di Torino, 9 gennaio 2007, n.3	ricorso respinto
Tribunale di Roma, 17 marzo 2006, n. 13435	ricorso accolto
Tribunale di Roma, 4 maggio 2006, n. 15282	ricorso accolto
Tribunale di Padova, 1 dicembre 2006, n. 1079	ricorso accolto
Tribunale di Napoli, 31 maggio 2007, n.22707	ricorso accolto
Tribunale di Roma, 20 marzo 2008, n.5306	ricorso accolto
Tribunale di Palermo, in attesa di dispositivo	ricorso respinto

Allegato B)

PROSPETTO RIEPILOGATIVO RAMI D'AZIENDA CEDUTI DA TELECOM ITALIA S.p.a.

Data Cessione	Società cessionaria del ramo di azienda	Attività oggetto della cessione	Lavoratori ceduti	Lav. cessati (pens.ecc.)	Lav. licenziati Legge 223	Procedure di mobilità avviate	Lav. in servizio 2008	% personale cessato	Lavoratori reint/riass/ceduti a Telecom Italia spa
01/11/2000	Tele Payroll Services Spa	Complesso Aziendale relativo e funzionale all'Amministrazione del personale	352	36	42	4	250	22,16%	
01/12/2000	Imser Spa	Grandi Immobili	88	4	48	1	0	100%	46
01/02/2001	Printel Spa	Centri stampa e imbustamento bollette telefoniche	110	n.p.	n.p.	n.p.	n.p.	-	
01/03/2002	Savarent Fleet Services S.r.l.	Gestione Autoparco	143	13	40	1	90	37,06%	
01/11/2002	<u>Pirelli & c. Project Management Spa</u>	Project Management	30	n.p.	n.p.	n.p.	n.p.	-	
01/11/2002	<u>Pirelli & c. Commercial Agency Spa</u>	Agency	25	n.p.	n.p.	n.p.	n.p.	-	
01/11/2002	<u>Pirelli & c. Real Estate Property Management Spa</u>	Property Management	62	n.p.	48	1	n.p.	-	
01/11/2002	<u>Pirelli & c. Real Estate Spa</u>	Asset Management	12	n.p.	0	n.p.	n.p.	-	
01/03/2003	TNT Logistics Italia Spa	Logistica in ambito Domestic Wireline-Acquisti-Acquisti per la commercializzazione	400	62	167	3	168	57,25%	3
16/04/2003	Hewlett Packard Distributed Computing Services S.r.l.	Desktop Management Services e Application Support Services	600	81	18	2	647	16,50%	
01/12/2004	P.g.a. srl	Gestione tecn. Amm. polizze di assicurazione	12	1		0	11		
01/03/2004	<u>Telepost spa</u>	Gest. Corrispondenza+Archivi+fotocop.	257	40	28	3	189	26,46%	
01/11/2004	<u>MP Facility S.p.a.</u>	Manutenzione immobili, impianti tecnologici e servizi ambientali.	437	112	36	2	275	33,87%	2
01/07/2005	Tecnosis S.p.a.	Servizi per la Security - Centri Territoriali per la Sorveglianza	104	0	0	0	0	-	104
16/09/2006	ITS Servizi Marittimi e Satellitari S.p.a	Servizi Clienti Radiomarittimi	76	0	0	0	75	-	1
	Totale lavoratori/ci ceduti (ad inizio cessione) ca.		2.708	349	427	17	1.705	30%*	156

IMPORTANTE: LA PERCENTUALE DEL PERSONALE CESSATO DEVE ESSERE VALUTATA IN FUNZIONE DELLA DATA DI CESSIONE DI RAMO, RISPETTO ALLA QUALE, CRESCE PROPORZIONALMENTE -

PER LA CRONISTORIA SINTETICA DI QUESTO PROSPETTO VEDERE: "Elenco Trasferimenti Ramo d'Azienda"

- Note:
- 1) HP-DCS Sri ha acquisito 130 unità in data successiva all'acquisizione da Telecom, questo giustifica il numero degli addetti attuali superiore ai ceduti Telecom Italia.
 - 2) Le società Telepost Spa e MP Facility Spa hanno acquisito 2 rami di azienda da Telecom e da EMSA. I numeri riportati sono quelli dell'intera acquisizione
 - 3) la società MP Facility Spa ha ceduto 71 unità alle società Pirelli e Manutencoop
 - 4) Le società sottolineate vedono il gruppo Pirelli nella compagine societaria
 - 5) Sono 7 le cessioni ritenute illegittime dalla magistratura, in qualche caso con sentenze contrastanti
 - 6) Sono 3 le società in cui i lavoratori non hanno voluto accordi sindacali con le due aziende al momento della cessione
 - 7) Sono due le società i cui lavoratori sono rientrati tra il personale di Telecom Italia, si tratta dei dipendenti ceduti alla IMSER e alla Tecnosis

Allegato C)**Quadro generale singole cessioni effettuate da Telecom Italia S.p.a.
Tele Payroll Services S.p.a.**

La Tele Payroll Services S.p.a., in breve TE.SS., è stata costituita a Napoli nel 1990 con la denominazione Teleporti Italia S.p.a.. Con assemblea straordinaria del 2 febbraio 1998 la società veniva posta in liquidazione e successivamente, con delibera assembleare del 31 maggio 2000, veniva revocato lo stato di liquidazione, trasferita la sede a Roma e variata la denominazione in Tele Payroll Services S.p.a. Il pacchetto azionario della società è interamente detenuto da Telecom Italia.

Il 1° novembre 2000 veniva ceduto il ramo di azienda complesso aziendale relativo e funzionale all' "Amministrazione del personale", unitamente ai rapporti di lavoro di 352 dipendenti. Il 20 dicembre 2002 la Società è stata venduta al gruppo Accenture, che l'ha rinominata Accenture Hr Services S.p.a, uscendo quindi definitivamente dall'ambito di controllo di Telecom Italia.

Nel 2004, 25 lavoratori hanno lasciato il servizio con la procedura di mobilità nazionale mentre altri 17 con 2 procedure regionali su Palermo e Napoli. Nel 2008 è stata avviata un'ulteriore procedura di mobilità per 18 lavoratori, anche in questo caso sfociata in un accordo per la mobilità volontaria.

Attualmente circa 200 lavoratori hanno fatto ricorso in giudizio per far valere l'illegittimità della cessione e si attende a breve la decisione del giudice.

I bilanci TESS/ACCENTURE evidenziano una crescente perdita di esercizio pari ad Euro 1.019.000 nel 2005, 2.653.712 nel 2006 e 3.077.000 nel 2007.

Imser S.p.a.

Il 1° dicembre 2000 la Telecom Italia ha ceduto il ramo di azienda "Grandi Immobili", costituito da circa 570 immobili di maggior valore unitamente ai rapporti di lavoro di circa 90 dipendenti, alla società IMSER S.p.a. (40% di proprietà di Telecom Italia). I dipendenti ceduti prestano servizio presso l'Imser dal 1° Dicembre 2000 al 30 Aprile 2001.

Il 1° maggio 2001 viene effettuata un'ulteriore cessione di ramo di azienda da parte di Imser S.p.a. nei confronti della società Telemaco Immobiliare S.p.a. che viene ulteriormente ceduta nell'agosto 2002 al gruppo Goldman Sachs mediante la creazione della Mirtus S.r.l.; nel settembre dello stesso anno la Mirtus S.r.l. cambia

denominazione sociale diventando Telemaco Immobiliare S.r.l.: una parte consistente dei lavoratori ceduti ha per ben quattro volte cambiato datore di lavoro, per essere licenziati infine per cessazione dell'attività dalla Telemaco Immobiliare S.r.l.. I lavoratori che hanno agito in giudizio, ed ottenuto l'accoglimento del ricorso, sono stati riassunti in Telecom Italia.

Printel S.p.a.

Il 1° febbraio 2001 Telecom Italia ha effettuato la cessione dei "Centri stampa e imbustamento bollette telefoniche". Qualche giorno prima Telecom Italia aveva sottoscritto con le OO.SS. un accordo in cui si impegnava a corrispondere ai lavoratori ceduti una somma di €. 20.000.000 a saldo, stralcio, transazione e liberazione di ogni e qualsivoglia obbligazione, diritto o pretesa derivanti dall'intercorso rapporto di lavoro, somma erogabile a seguito di sottoscrizione di verbale di conciliazione in sede sindacale. All'Associazione Nazionale Lavoratori Esternalizzati ad oggi non risultano pervenute sentenze che dichiarino questa cessione nulla.

Savarent Fleet Services S.r.l.

Il 1° marzo 2003 Telecom ha ceduto il ramo di azienda "Gestione Autoparco" unitamente ai rapporti di lavoro di 143 lavoratori alla newco Savarent Fleet Services S.r.l., creata e controllata dalla Savarent S.p.a. in occasione della cessione. Il primo marzo 2002 Telecom Italia e Savarent hanno stipulato un contratto di appalto avente ad oggetto il noleggio di lunga durata di autoveicoli da parte della seconda alla prima, nonché la prestazione di servizi di "fleet management" (tanto sui veicoli così noleggiati che su quelli già di proprietà) che Savarent ha (in un secondo momento, con decorrenza dal primo giugno 2002, surrogata da Leasys S.p.a.) subappaltato a Savarent Fleet Services. Gran parte dell'autoparco è stato invece acquistato dalla Leasys. Ad un certo punto, in data 18 novembre 2002, la Savarent Fleet Services è stata trasformata nell'attuale Targa Fleet Management S.r.l..

Targa Fleet Management ha fatto ricorso alla mobilità territoriale per 11 persone. Alla prima scadenza del contratto di appalto (3 anni) Telecom Italia ha ridotto la manutenzione di circa 1000 automezzi (formula global) che hanno generato procedure di mobilità per 56 lavoratori in esubero (-38%).

**Pirelli & c. Project Management S.p.a., Pirelli & c. Commercial Agency ,
S.p.a., Pirelli & c. Real Estate Property Management S.p.a. e
Pirelli & c. Real Estate S.p.a.**

Il 1° novembre 2002 sono stati ceduti 4 rami di azienda che impiegavano circa 140 lavoratori alle newco "Pirelli & c. Project Management S.p.a.", "Pirelli & c. Commercial Agency S.p.a.", "Pirelli & c. Real Estate Property Management S.p.a." e "Pirelli & c. Real Estate S.p.a.". Le attività cedute sono inerenti ai rami di azienda " Project Management", "Agency" , " Property Management" e "Asset Management" di Telecom Italia. La società Pirelli & c. Real Estate Property Management ha avviato una procedura di mobilità per 48 lavoratori nel 2003.

TNT Logistics Italia S.p.a.

Il 1° marzo 2003 la Telecom ha ceduto il ramo d'azienda denominato "Logistica della funzione acquisti di domestic wireline" alla società TNT Logistics Italia S.p.a. unitamente ai contratti di lavoro di circa 400 dipendenti.

TNT ha in quattro anni effettuato una riduzione del personale del 50% circa: in tre anni (2004 – 2005 - 2006) sono state attuate delle procedure di mobilità che hanno coinvolto 156 lavoratori e 127 lavoratori sono stati distaccati in altre aziende del gruppo TNT. Nel dicembre 2006 TNT Logistic Italia viene venduta ad un fondo di investimento americano "Apollo Management" assumendo la denominazione di CEVA Logistic S.r.l.

Hewlett Packard Distributed Computing Services S.r.l. (HP DCS)

Il 16 aprile 2003 viene ceduto il ramo d'azienda "Desktop Management Services e Application Support Services", unitamente ai contratti di lavoro di circa 600 addetti alla newco Hewlett Packard Distributed Computing Services S.r.l.

Alla prima scadenza del contratto di appalto, nel luglio 2006, Telecom Italia riduce la commessa del 24%, generando forti problematiche che si risolveranno con la mobilità per 50 dipendenti e chiusura di sedi. Nel 2008 altri 32 dipendenti vengono dichiarati in esubero; anche questa volta viene firmato un accordo per la mobilità volontaria in data 30 aprile 2008.

P.g.a. S.r.l.

Il ramo di azienda "Gestione tecn. Amm. polizze di assicurazione" viene ceduto nel 2004 unitamente ai contratti di lavoro di solo 12 dipendenti. Non risultano notizie di contenzioso legale sulla cessione effettuata. Si sottolinea che il 20% della proprietà della P.g.a. è posseduta da Telecom Italia.

Telepost S.p.a.

Il 1° marzo 2004 Telecom cede alla newco Telepost S.p.a. il ramo di azienda denominato "Document Management". Telepost è una joint venture partecipata da TNT Mail (51%), Pirelli RE Facility (20%) e Comdata (29%). Nello specifico, oggetto della cessione è la gestione della Corrispondenza, degli archivi e dei fotocopiatori. I lavoratori Telepost provenivano da due distinte cessioni effettuate da Telecom Italia e da Emsa Servizi S.p.a., che aveva a sua volta acquisito, in data 1° dicembre 2003, i lavoratori addetti al Document Management di Tim, It e Finsiel; complessivamente sono 257 unità di cui circa 70 invalide e/o soggette alla l. n. 104/1992. In questi anni 9 dipendenti sono stati licenziati in tronco, tra questi 4 capi presidio. Nel 2006 sono stati dichiarati 72 esuberanti. E' stata avviata nel 2007, per ben altre due volte, un'ulteriore procedura di mobilità per 40 persone, che è stata annullata dalla stessa società Telepost a seguito di lotte sindacali.

MP Facility S.p.a.

Il 1° novembre 2004 la Telecom Italia cede alla newco MP Facility S.p.a. il ramo di azienda addetto alla "manutenzioni immobili, impianti tecnologici e servizi ambientali". Mp Facility è di proprietà di Manutencoop e Pirelli RE Facility Management, che detengono entrambe il 50% del pacchetto azionario. I lavoratori di MP Facility provengono da due distinte cessioni effettuate da Telecom Italia e dalla società Emsa, che aveva a sua volta acquisito, in data 1° dicembre 2003, i lavoratori addetti alle Manutenzioni e Servizi Ambientali di Tim, It e Finsiel. Complessivamente sono stati trasferiti i contratti di lavoro di 437 dipendenti. La cessionaria dichiara 80 esuberanti a soli 10 mesi dalla cessione; 71 unità circa sono passate alle dipendenze di Manutencoop e Pirelli. A maggio 2008 Mp dichiara ulteriori 90 esuberanti; la mobilità volontaria viene firmata il 30 maggio 2008. Ad oggi si hanno a disposizione quattro sentenze vittoriose, per le quali si attendono le motivazioni dei giudici.

Tecnosis S.p.a.

Il 1° luglio 2005 Telecom cede alla newco Tecnosis S.p.a. (di proprietà della Elsag/Finmeccanica) il ramo di azienda addetto ai "Centri territoriali di Sorveglianza in ambito Purchasing Acquisti e Servizi per la Security" unitamente ai contratti di lavoro di 104 dipendenti.

A distanza di due anni, ed esattamente il 1° novembre 2007, Telecom Italia, con una operazione uguale e contraria, ha riacquisito il ramo di azienda oggetto della cessione effettuata a Tecnosis, facendo rientrare nel proprio organico tutti i lavoratori ceduti. Quello che colpisce è la riacquisizione di un ramo ceduto che il tribunale di Trieste aveva comunque dichiarato illegittimo. I lavoratori di Tecnosis sono stati privati in questi due anni di tutti i benefit aziendali, come riportato nell'allegato relativo ai Benefit. In cambio Telecom Italia ha offerto una somma di 5000 euro per i lavoratori che avevano intrapreso un contenzioso legale e 3000 euro a coloro che non avessero vertenze legali in corso, a sanatoria dei premi di risultato non erogati e di qualsiasi altra vertenza. La battaglia prosegue ora, nonostante il reintegro, nelle aule giudiziarie per quasi tutti i lavoratori che avevano intrapreso questo percorso.

ITS Servizi Marittimi e Satellitari S.p.a

Il 16 settembre 2006 Telecom cede il ramo d'azienda "Servizi Clienti Radiomarittimi" alla newco ITS Servizi Marittimi e Satellitari S.p.a. I rapporti di lavoro trasferiti questa volta sono 76.

Il 21 marzo 2006 i dipendenti, tramite i loro legali, diffidano l'azienda ad operare detta cessione del proprio contratto di lavoro in quanto incompatibile con almeno tre elementi cardine, ossia:

- la mancanza dei requisiti per definire il settore "Servizi Clienti Radiomarittimi" un Ramo d'Azienda anche in virtù del fatto che la nuova azienda è sprovvista dell'elemento caratterizzante l'operato di detto ramo (la licenza 737/00).
- La mancanza dei requisiti da parte della azienda ITS Servizi Marittimi e Satellitari S.p.A. a richiedere al Ministero delle Comunicazioni il passaggio di detta licenza in quanto appena costituita e quindi non in grado di dare tutte quelle garanzie che la legge richiede per ottemperare alla gestione della licenza stessa.

- La cessione esula dalla fattispecie giuridica di cui all'art. 2112 c.c. non essendo relativa ad alcuna articolazione funzionalmente autonoma dell'attività aziendale. Infatti, l'efficacia della cessione era subordinata alla concessione delle previste autorizzazioni ministeriali, che il Ministero delle Comunicazioni concede in data 30 agosto 2006.

Allegato D)

Cosa ne è stato del mantenimento dei diritti dei lavoratori in capo al cedente?

I dipendenti ceduti dalla Telecom Italia S.p.a. dal 2000 ad oggi hanno riportato notevoli danni economici, in conseguenza del mancato rispetto degli obblighi assunti dal cessionario al momento della firma dell'atto di cessione.

Infatti, la Telecom Italia, in alcuni atti di cessione esaminati (es.: TNT, TELEPOST, MP, TECNOSIS, ITS, P.G.A.), aveva espressamente elencato, in un apposito allegato del contratto di cessione, i "fringe benefits" spettanti ai lavoratori ceduti, i cd. "diritti acquisiti", ottenuti con anni di lotte sindacali e scioperi.

Negli articoli relativi alle "Garanzie ed indennizzi" degli atti di cessione esaminati dall'ANLE, appare in un apposito paragrafo la garanzia di Telecom Italia di "non aver pattuito e/o promesso compensi, fringe benefits o quant'altro, a favore dei dipendenti, con la sola ed unica eccezione di quanto previsto nell'allegato chiamato "Compensi individuali e Fringe Benefits".

Inoltre nei predetti atti di cessione veniva dichiarato che la società cessionaria si sarebbe impegnata a riconoscere, ad ogni effetto, l'anzianità maturata comunque spettante a tali prestatori, *nonché ogni altro diritto ad essi facente capo per effetto del rapporto con Telecom Italia.*

A titolo di esempio riportiamo integralmente i contenuti degli allegati "Fringe Benefits".

Per tutti i dipendenti:

- Assicurazione infortuni professionali
- Assicurazione infortuni extraprofessionali
- Trattenuta in 10 rate mensili dei premi assicurativi polizze Meie Aurora
- n. 2 Carte di Credito senza spese annuali
- Prestiti per acquisto e ristrutturazione abitazione principale e per motivi vari
- Soggiorni estivi per i figli da 6 ai 12 anni.
- Buono pasto del valore di Euro 5,16 (o 6 euro per le cessioni dal 2004 in poi) per ogni giorno di presenza (escluso personale dirigente)
- Rimborso tassa iscrizione al 1° anno di Università, per un massimo di € 800,00, per ciascun figlio (con votazione di diploma uguale o superiore a 90/100) (dalla cessione di MP Facility in poi)

- Fondo previdenza complementare "Fontedir" (solo per il personale dirigente)
- Fondo previdenza complementare "Telemaco" (escluso personale dirigente)
- Assistenza sanitaria integrativa "Assida" (solo per il personale dirigente)
- Assistenza sanitaria integrativa "Assilt" (escluso personale dirigente)
- Premio di anzianità ai 25°, 30 e 35 anni di servizio del valore di 150 Euro
- Circolo ricreativo aziendale Cralt

Per il personale dirigente e quadro:

- Assicurazione invalidità permanente da malattia
- Assicurazione vita
- Cellulare aziendale
- Check up sanitario
- Auto aziendale (solo per il personale dirigente)
- Carta CALL IT su utenza mobile (solo per il personale dirigente)

Questo era quanto sottoscritto al momento delle cessioni dai firmatari dei relativi atti.

In realtà, invece, la società cessionaria del ramo di azienda ha individuato subito l'unico benefit, i buoni pasto, la cui corresponsione non è stata mai in alcun caso interrotta.

Gli altri benefits (soprattutto Assilt e Telemaco), pur essendo parte integrante del rapporto di lavoro del dipendente ceduto ed espressamente previsti nell'atto di cessione, sono stati oggetto di "trattative forzate" durante gli incontri sindacali al momento della cessione.

In molte cessioni è stato per l'appunto necessario un accordo di armonizzazione per costringere le aziende a corrispondere le quote a proprio carico per l'assistenza sanitaria integrativa (Assilt) e Previdenziale (Fondo Telemaco), e garantire quindi ai lavoratori la continuità nell'erogazione delle prestazioni. Ove non è stato possibile raggiungere un accordo di armonizzazione i lavoratori sono stati privati, ingiustamente, e a volte anche per anni, dell'assistenza sanitaria e del fondo previdenziale. A titolo di esempio riportiamo quanto accaduto in alcune società dopo la cessione.

I lavoratori di Telepost sono stati i primi a rifiutare l'accordo di armonizzazione poiché Telecom e Telepost non concedevano in cambio alcuna garanzia occupazionale; sono stati privati per oltre un anno dell'assistenza sanitaria e per 6 mesi circa del fondo previdenziale. Assilt, Telemaco e rateizzazione della Meie a foglio paga sono gli unici benefits riconosciuti; la corresponsione degli altri (Cralt, colonie, premi 25, 30 e 35 anni, prestiti ai dipendenti) è stata più volte richiesta all'azienda sia attraverso comunicati sindacali che a mezzo lettere raccomandate ma non vi è stato mai alcun riscontro da parte aziendale.

I lavoratori di Tecnosis non hanno mai fatto alcun accordo sindacale con questa società e sono stati privati dalla data di cessione sino alla data del riacquisto di Telecom del medesimo ramo di azienda, di TUTTI questi benefit, ad eccezione di Buoni Pasto e di Telemaco. Questi lavoratori hanno perso per due anni oltre all'assistenza sanitaria, il Cralt, le colonie e i premi di risultato. Chi non ha sottoscritto una transazione con Telecom al momento del passaggio in Telecom avvenuto in data 1° novembre 2007, vedrà forse risarciti questi danni economici nelle sentenze a conclusione dei giudizi tutt'ora pendenti nei tribunali di tutta Italia. L'atto di cessione da Tecnosis spa a Telecom riporta solo i seguenti benefits;

- Assicurazione infortuni professionali
- Assicurazione infortuni extraprofessionali
- Trattenuta in 10 rate mensili dei premi assicurativi polizze Meie Aurora
- Rimborso tassa iscrizione al 1° anno di Università, per un massimo di € 800,00, per ciascun figlio (con votazione di diploma uguale o superiore a 90/100)
- Buono pasto del valore di Euro 6 euro per ogni giorno di presenza
- Fondo previdenza complementare "Telemaco"

Tecnosis S.p.a. ha in maniera del tutto arbitraria deciso quale benefits era da corrispondere ai lavoratori dopo la cessione e quale fosse "superfluo" e quindi sopprimibile da parte aziendale.

L'impatto economico è stato notevole se pensiamo che l'Assilt eroga assistenza sanitaria, rimborsa ai lavoratori spese odontoiatriche, visite mediche specialistiche, analisi, farmaci, protesi oculistiche e tutta un'altra serie di prestazioni non a carico del Servizio Sanitario Nazionale.

I lavoratori di TNT Logistics e Savarent hanno l'importo dei Tickets bloccato a 5,16 Euro. In nessuna di queste aziende è infatti stato possibile sinora stipulare un accordo di II livello che adeguasse l'importo dei tickets al livello di quello di Telecom Italia. Anche a loro sono stati soppressi il Cralt, Colonie, Premi per anzianità, prestiti aziendali .

I lavoratori di Accenture HR Services hanno perso Cralt, Asili nido, Conto obbligazioni, Corsi di lingua per i figli, Prestiti aziendali, Policy Cellulari per i quadri (da 2.300 €/anno a 960€/anno); Conto Deposito Titoli (i possessori di titoli hanno dovuto aprire un c/c Bancario) mentre prima, come dipendenti Telecom la gestione era gratuita e fatta direttamente dall'azienda; colonie (come dipendenti Telecom, il contributo previsto è di 100€, oggi il contributo richiesto da AHRS è di 550 €).

I lavoratori di ITS, società che non è mai pervenuta ad alcun accordo di armonizzazione con i sindacati confederali, hanno perso al pari degli altri colleghi esternalizzati, tutti i benefits, ad esclusione di Telemaco e Assilt.

In quasi tutte le aziende cedute, il premio di risultato, se e quando viene erogato, risulta essere di molto inferiore a quello che i loro ex – colleghi percepiscono in Telecom Italia Spa.

E' importante sottolineare che le aziende dichiarano immediatamente al momento della cessione che non possono erogare gli importi di premio di risultato (premio di produzione) della Telecom Italia spa poiché l'attività svolta è completamente diversa e che quindi va ricontrattato a livello sindacale .

Non sono mai stati stipulati accordi sindacali per il Premio di risultato al momento della cessione o in contemporanea alla sottoscrizione di un accordo di armonizzazione, ma quasi sempre, la firma di tale accordo è stata posticipata ad un momento successivo. Infatti, in molte società cessionarie, l'accordo per l'erogazione e i relativi parametri per calcolare il Premio di risultato sono stati firmati in concomitanza con la firma di accordi per la collocazione in mobilità volontaria a seguito dell'apertura della procedura per licenziamenti collettivi ai sensi della legge 223/91. Il premio di risultato viene mercanteggiato in cambio della firma di accordi sindacali di altro genere (mobilità volontaria quasi sempre). In alcune società (Telepost e Savarent Fleet Management) i lavoratori hanno proposto decreto ingiuntivo per ottenere la corresponsione dei premi di risultato spettanti in Telecom in virtù di accordi sindacali sottoscritti prima della cessione che nessuna armonizzazione aveva mai annullato. I decreti sono stati opposti da parte avversa e i giudizi sono tutt'ora pendenti presso i Tribunali di parecchie città d'Italia. Solo presso il Tribunale di Napoli si è conclusa la prima vertenza di primo grado con una sentenza vittoriosa per il lavoratore.

Per dare una panoramica sull'erogazione del premio di risultato ai lavoratori delle aziende esternalizzate, indichiamo, a titolo di esempio, l'importo che un lavoratore Telecom di 5° livello percepirà per il 2007, pari a 2450 Euro.

I lavoratori di Savarent percepiranno invece 1.600 Euro per il 2007 e per il 2008 invece soltanto 800 Euro, esattamente la metà.

I lavoratori di Accenture invece non hanno percepito il Premio di risultato nel 2005, 2006, 2007 e solo a seguito di un accordo sindacale sottoscritto nel mese di Marzo 2008, (in concomitanza con l'apertura di una procedura di mobilità), percepiranno l'importo di 500 euro per il fiscal year 2008.

Questi sono solo alcuni esempi dei danni economici che i lavoratori esternalizzati da Telecom Italia spa hanno subito a causa della cessione del proprio contratto di lavoro. Se dovessimo calcolare, oltre ad analizzare la soppressione di quasi tutti i benefits acquisiti, la riduzione o la soppressione del premio di risultato, i danni economici conseguenti alla perdita dello status di lavoratore "Telecom Italia", sarebbero migliaia e migliaia gli euro in meno di reddito all'anno. Infatti, da un paio di anni ormai, Telecom Italia ha dotato i propri dipendenti di cellulari di servizio utilizzabili anche privatamente. I dipendenti di Telecom Italia hanno un plafond annuo di circa 3000 minuti di telefonate gratis dai cellulari di servizio (es. lavoratore di 5° livello). Inoltre con un servizio di extension, anche 2 cellulari TIM (su indicazione del dipendente) usufruiscono del medesimo benefit per le chiamate tra i predetti numeri. Per non parlare delle offerte relative al traffico telefonico e di internet riservate gratuitamente ai dipendenti; oltre alla possibilità di usufruire di asili nido nelle sedi aziendali, servizi navetta e molti altri servizi resi gratuitamente dall'azienda Telecom Italia ai propri dipendenti. Se si aggiunge che la perdita dello status di dipendente Telecom Italia è causata da una condotta ritenuta illecita dai giudici che hanno dichiarato in ben 7 casi illegittima la cessione, si comprende con chiarezza perché la quasi totalità dei lavoratori ceduti ha impugnato legalmente la cessione del proprio contratto di lavoro.